
XAVIER SOLÀ MONELLS
RICARDO ESTEBAN LEGARRETA
(dirs.)

LA REPRESENTACIÓN LABORAL EN LAS EMPRESAS DISPERSAS Y EN RED

Problemática, disfunciones
y propuestas correctoras

GRANADA, 2021

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

COLECCIÓN: TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Director de la colección:

José Luis Monereo Pérez

n.º 131



Financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades –
Agencia Estatal de Investigación / Proyecto DER2017-83189-R

© Los autores

© Editorial Comares, 2021

Polígono Juncaril

C/ Baza, parcela 208

18220 Albolote (Granada)

Tfno.: 958 465 382

www.comares.com • E-mail: libreriacomares@comares.com

facebook.com/Comares • twitter.com/comareseditor • instagram.com/editorialcomares

ISBN: 978-84-1369-108-4 • Depósito legal: Gr. 533/2021

Fotocomposición, impresión y encuadernación: COMARES

SUMARIO

PRESENTACIÓN, <i>Xavier Solà Monells y Ricardo Esteban Legarreta</i>	XI
--	----

LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS SIN REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y EL SINDICATO

Ramon Alós y Oriol Barranco

1. INTRODUCCIÓN	1
2. METODOLOGÍA	5
3. ¿QUIÉNES SON LOS TRABAJADORES SIN REPRESENTACIÓN Y SUS SITUACIONES CAUSANTES? . .	6
4. UNA APROXIMACIÓN CUANTITATIVA A LOS TRABAJADORES SIN REPRESENTACIÓN EN ESPAÑA .	8
5. SINDICATOS Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA ENTRE LOS TRABAJADORES SIN REPRESENTACIÓN . .	17
6. CONCLUSIONES	24

LAS COMISIONES *AD HOC* COMO FÓRMULA REPRESENTATIVA DE LAS PLANTILLAS SIN REPRESENTACIÓN ESTABLE: CARACTERIZACIÓN GENERAL Y VALORACIÓN CRÍTICA

Xavier Solà i Monells

1. INTRODUCCIÓN	27
2. LOS CARACTERES DEFINITORIOS DE LAS COMISIONES <i>AD HOC</i>	30
2.1. Subsidiariedad	30
2.1.1. <i>La ausencia de representación unitaria como condicionante general pero no único</i> . .	30
2.1.2. <i>La renuncia de las secciones sindicales mayoritarias</i>	32
2.2. Restricción objetiva	38
2.3. Voluntariedad	41
2.4. Dualidad	47
2.4.1. <i>Comisión interna</i>	48
2.4.2. <i>Comisión externa</i>	50
3. REFLEXIONES FINALES	54

LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TELETRABAJADORES EN EL REAL DECRETO-LEY 28/2020, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE TRABAJO A DISTANCIA

Alberto Pastor Martínez

1. LA REGULACIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. DE LA INSUFICIENCIA NORMATIVA A UN MARCO JURÍDICO COMÚN PARA EL TRABAJO A DISTANCIA Y EL TELETRABAJO.	59
2. UN BREVE APUNTE SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RDL 28/2020. DEL 51 AL 30%, UNA PARADOJA Y ALGUNAS INSUFICIENCIAS	65
3. LA ADSCRIPCIÓN DE LOS TRABAJADORES A DISTANCIA A UN CENTRO DE TRABAJO COMO PRESUPUESTO DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN.	66
4. EL PRINCIPIO DE EQUIPARACIÓN EN EL DISFRUTE DE LOS DERECHOS COLECTIVOS COMO PUNTO DE PARTIDA Y EL ESTABLECIMIENTO DE OBLIGACIONES LEGALES ESPECÍFICAS A CARGO DEL EMPRESARIO. ALCANCE MATERIAL Y FUENTES REGULADORAS	69
5. LA TITULARIDAD DE LOS MEDIOS O GARANTÍAS INSTRUMENTALES DE CARÁCTER COLECTIVO RECONOCIDOS EN ART. 19 DEL RDLRT	73
6. LAS FACILIDADES Y GARANTÍAS DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES A DISTANCIA EN EL ART. 19 DEL RDLTAD.	75

LOS DERECHOS DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN EL MARCO DE LA SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS: PERSPECTIVAS LEGAL Y DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Carolina Gala Durán

1. INTRODUCCIÓN.	83
2. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES DE LA EMPRESA PRINCIPAL	86
2.1. Marco general	86
2.2. El derecho de información recogido en el art. 64.2.c) ET	87
2.2.1. <i>Los sujetos implicados y el tempus del cumplimiento del derecho.</i>	87
2.2.2. <i>El alcance del derecho de información.</i>	90
2.2.3. <i>Las consecuencias del incumplimiento empresarial.</i>	92
3. EL DERECHO DE INFORMACIÓN RECOGIDO EN EL ART. 42 ET	93
3.1. Aspectos generales	93
3.2. El derecho de información de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista	93
3.3. El derecho de información de la TGSS	95
3.4. La información que deben recibir los representantes de los trabajadores de la empresa principal	96
3.5. El derecho de información de los representantes de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista.	100
3.6. Balance de la reciente negociación colectiva	101
4. LA ARTICULACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL MARCO DE LA SUBCONTRATACIÓN.	102
4.1. Aspectos generales	102
4.2. El alcance de la representación del art. 42.6 ET	103

4.3. El contenido del art. 42.7 ET	107
4.4. Balance de la negociación colectiva en esta cuestión	108
5. EL PAPEL DE LA REPRESENTACIÓN SINDICAL	109
6. LA REGULACIÓN EN EL MARCO DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES	110
6.1. Coordinación de actividades y derechos de información	110
6.2. El contenido de la negociación colectiva	112
7. REFLEXIONES FINALES.	115

CAMBIOS EN LA REGULACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS EMPRESAS Y CÓMO PUEDEN AFECTAR LOS QUE SE PRODUCEN EN LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL SOBRE LA RELACIÓN LABORAL Y LA REPRESENTACIÓN (MANTENIMIENTO) DE LA DEL PERSONAL

Eduardo Rojo Torrecilla

1. INTRODUCCIÓN. UN NECESARIO CONOCIMIENTO PREVIO DE CUÁL ES LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL EN ESPAÑA	119
2. PROPUESTAS Y REFLEXIONES SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL MARCO NORMATIVO VIGENTE DE LA REPRESENTACIÓN DEL PERSONAL	121
3. ESTUDIO DE CASOS EN LOS QUE LOS CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL (SUPRESIÓN DE CENTROS DE TRABAJO, REUBICACIÓN LEGAL/REAL/VIRTUAL DEL PERSONAL) HA TENIDO IMPACTO SOBRE LA DISMINUCIÓN DEL NÚMERO DE REPRESENTANTES O LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE REPRESENTANTE. LA RELACIÓN JURÍDICA (CONFLICTIVA) ENTRE REDUCCIÓN DE PERSONAL/SUPRESIÓN DE CENTRO DE TRABAJO/TRASLADO DE LA PLANTILLA A OTROS CENTROS, Y EL DERECHO AL MANTENIMIENTO DE LA REPRESENTACIÓN	128
3.1. Sentencia del TJUE de 29 de julio de 2010 (asunto C-151/09).	128
3.2. Sentencia del TS de 5 de febrero de 2013 (Rec. 278/2013).	129
3.3. Sentencia del TC núm. 64/2016 de 11 de abril	130
3.4. Sentencia del TS de 28 de abril de 2017 (Rec. 124/2016).	137

LA ELECCIÓN DE DELEGADOS SINDICALES EN EMPRESAS MULTICENTRO Y EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADAPTACIÓN PROMOCIONAL DE SU ÁMBITO DE ELECCIÓN

Ricardo Esteban Legarreta

1. PLANTEAMIENTO	141
2. EL DELEGADO SINDICAL COMO CONFLUENCIA DE DOS REIVINDICACIONES: UNA MAYOR VISIBILIDAD DEL SINDICATO Y UNA MAYOR EFICACIA EN LA ACTIVIDAD REPRESENTATIVA	142
3. EL ÁMBITO DE LA EMPRESA MULTICENTRO COMO ESPACIO DE EXPANSIÓN DEL DELEGADO SINDICAL	145
3.1. La empresa/centro como espacio «normalizado» de designación de los Delegados Sindicales. Referencia a otros ámbitos	145
3.2. Requisitos específicos a cumplir en el ámbito empresarial de la designación	147
3.2.1. <i>La Sección Sindical de empresa como base de elección del Delegado. Trabajadores con derecho de sufragio pasivo</i>	147

3.2.2.	<i>Plantilla de 250 trabajadores. Forma de efectuar el cómputo</i>	148
3.2.3.	<i>El papel de la jurisprudencia en el debate sobre el ámbito y las atribuciones de los Delegados Sindicales y su designación en el caso de empresas multicentro</i>	149
3.2.3.1.	<i>La sentencia de 18 de julio de 2014, clave en el giro favorable a la elección de Delegado a nivel de empresa</i>	150
3.2.3.2.	<i>Presencia del sindicato, ¿en todos los órganos de representación unitaria? . .</i>	151
3.2.3.3.	<i>Algunas cuestiones a propósito del disfrute del crédito de horas por parte de los Delegados Sindicales de empresa</i>	152
3.2.3.4.	<i>El debate centro/empresa en otros ámbitos competenciales del Delegado Sindical</i>	153
4.	LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU PAPEL EN LA ADAPTACIÓN DEL ÁMBITO DE LOS DELEGADOS SINDICALES A NIVEL DE EMPRESA	154
4.1.	Referencia al contenido de la negociación colectiva a propósito del ámbito de los Delegados Sindicales	155
4.1.1.	<i>Cláusulas convencionales simples</i>	155
4.1.2.	<i>Cláusulas complejas que combinan reducción de plantilla y porcentaje de afiliación. Un apunte sobre la verificación del volumen de trabajadores afiliados</i>	156
4.1.3.	<i>Referencia a otras cláusulas convencionales</i>	159
4.2.	Algunas cuestiones de legalidad suscitadas por el clausulado promocional de los Delegados Sindicales.	160
5.	CONCLUSIONES	162

LA REPRESENTACIÓN SINDICAL Y PREVENTIVA EN LAS EMPRESAS DISPERSAS: UN ANÁLISIS SOBRE LA MEJORA DE SU EFICACIA EN EL MARCO DE LAS SECCIONES SINDICALES Y LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN

David Gutiérrez Colominas

1.	INTRODUCCIÓN: LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS EMPRESAS DISPERSAS . .	165
2.	EL MARCO LEGAL DE LA REPRESENTACIÓN SINDICAL Y PREVENTIVA.	167
2.1.	La configuración legal de la representación sindical.	168
2.2.	La representación preventiva de los trabajadores en la LPRL	169
3.	LA CONSTITUCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN PREVENTIVA Y SINDICAL EN LAS EMPRESAS DISPERSAS: EL PAPEL DEL CENTRO DE TRABAJO COMO UNIDAD DE ADSCRIPCIÓN	175
4.	PROPUESTAS LEGALES PARA INCREMENTAR LA EFICACIA DEL EJERCICIO EFECTIVO DE LA REPRESENTACIÓN SINDICAL Y PREVENTIVA EN LAS EMPRESAS DISPERSAS	179
4.1.	La conveniente reformulación de las unidades electorales a efectos de constitución de la representación sindical y preventiva	179
4.2.	La necesaria adaptación del concepto legal de centro de trabajo a las nuevas formas de organización empresarial.	181
4.3.	La traslación del comité conjunto a la esfera representativa sindical y preventiva . . .	182
4.4.	La negociación colectiva como sujeto imprescindible para mejorar la eficacia de la constitución y ejercicio de los derechos de la representación sindical y preventiva . .	183
5.	CONCLUSIONES	184

LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN EJECUTIVA «EX» ART. 247 LRJS

Jaume González Calvet

1. INTRODUCCIÓN	187
2. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS PREVIAS	188
2.1. Concepto de parte	188
2.2. La Legitimación procesal	189
2.3. Legitimación ordinaria y legitimación extraordinaria.	191
2.4. Capacidad de postulación	193
2.5. Representación y defensa	194
2.5.1. <i>Concepto de representación procesal, mecanismos de otorgamiento y supuestos legales de representación imperativa</i>	194
2.5.2. <i>Defensa y asistencia técnica.</i>	196
3. LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO DECLARATIVO DE CONFLICTO COLECTIVO	197
3.1. Objeto y partes en la modalidad procesal de conflicto colectivo	197
3.2. Legitimación activa en la modalidad de conflicto colectivo (art. 154 LRJS)	198
3.3. La legitimación colectiva de los sindicatos y la jurisprudencia constitucional	199
4. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS COLECTIVAS DE CONDENA.	201
4.1. La legitimación activa en la ejecución de sentencias colectivas que imponen obligaciones indivisibles	202
4.2. Legitimación activa de la representación de los trabajadores en la modalidad de ejecución de sentencias colectivas de condena susceptibles de individualización ex art. 247	203
5. CONCLUSIONES.	207

PRESENTACIÓN

La obra que el lector tiene en sus manos compila buena parte de los resultados finales del proyecto de investigación «*La representación laboral en las empresas dispersas y en red: problemática, disfunciones y propuestas correctoras (DER 2017-83189-R)*», financiado por el Ministerio de Economía Industria y Competitividad y en el que han participado fundamentalmente profesores y profesoras de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, integrados en su Instituto de Estudios del Trabajo (IET-UAB). Junto al núcleo de investigadores en Derecho del Trabajo han colaborado dos profesores de Sociología, miembros también del IET-UAB, lo que ha posibilitado un mayor rigor en la aproximación a datos cualitativos y cuantitativos, además de un fructífero intercambio de perspectivas en clave interdisciplinar.

No pretendemos abrumar con datos de carácter económico o sociológico las razones que llevaron al equipo a acometer esta investigación. Ahora bien, a título introductorio cabe señalar diversos fenómenos como la descentralización productiva, el modesto tamaño de las empresas en España, la proliferación de trabajo autónomo «forzado» o el proceso de digitalización, como algunas de las realidades que contribuyen a dificultar la constitución de órganos de representación y al ejercicio eficaz de sus atribuciones. A esta circunstancia se añade un tratamiento normativo y jurisprudencial no siempre incentivador de las representaciones unitarias, que ha llevado a reclamar de modo creciente la reforma del título II del TLRET a fin de conceder un mayor margen a los comités de empresa y delegados de personal, en tanto que representación de cabecera. Todo ello sin perder de vista la necesidad de impulsar a las representaciones sindicales como elemento complementario, si no alternativo en algunos casos.

En este sentido, el análisis crítico de la normativa heterónoma y de la jurisprudencia y doctrina judicial han sido clave de cara a realizar propuestas de reformas o de reinterpretación de la norma vigente. En algunos capítulos se ha abundado también en el papel de la negociación colectiva, una herramienta que no ha explotado todas sus potencialidades a fin de corregir las anomalías derivadas de un mejorable tratamiento legal y jurisprudencial. A este análisis se añade la colaboración con algunas centrales sindicales —particularmente con CCOO y UGT— que se han brindado a aportar sus inquietudes y experiencias a

través de la participación de sus responsables y cuadros en seminarios, así como a través de entrevistas y la aportación de documentación.

En lo que concierne al detalle de las temáticas de la poligrafía, efectuaremos a continuación una sucinta reseña. El capítulo de apertura, elaborado por los profesores Ramon Alòs y Oriol Barranco, constituye una aproximación en clave sociológica a la situación de partida que ha motivado este proyecto de investigación: la realidad de los trabajadores que carecen de representación. En este sentido, a partir de un análisis cuantitativo y cuantitativo, combinado con el seguimiento de resoluciones sindicales, el estudio identifica los rasgos de los trabajadores sin representación y las razones empresariales que alimentan el fenómeno, que examina no solo la realidad de la empresa, sino también la de la acogida de determinadas tipologías de trabajador en el sindicato. A continuación, el capítulo identifica las estrategias sindicales orientadas a hacer viable la representación de los colectivos más postergados sindicalmente, un análisis en el que se cruzan los sindicatos más tradicionales con entidades sindicales y parasindicales de nuevo cuño, por lo general, más especializadas y de menor alcance.

A continuación, la aportación del profesor Xavier Solà se centra en el análisis de las comisiones *ad hoc* como mecanismo de representación de las plantillas que no disponen de estructuras representativas estables, con la pretensión de identificar las características generales de su vertiente orgánica y determinar si ofrecen una solución adecuada para las plantillas que desean actuar a nivel colectivo. El estudio concluye que la subsidiariedad, la restricción objetiva, la voluntariedad y la dualidad son los rasgos definitorios de esa singular formula representativa, que en términos generales resulta satisfactoria si bien suscita, en su articulación concreta, diversas anomalías. Por ello, se formulan diversas propuestas de ajuste normativo que podrían contribuir a corregirlas, con la pretensión de abrir el debate sobre una reforma tildada de inaplazable.

La aportación del profesor Alberto Pastor constituye un estudio de la regulación que el reciente RDL 28/2020, de 22 de septiembre, efectúa en torno a los derechos colectivos de los teletrabajadores y trabajadores a distancia. Tras destacar el carácter multinivel de la regulación del trabajo a distancia, se analizan los elementos de mayor novedad, resaltando cómo el objetivo último de la norma es asegurar que los trabajadores a distancia disfruten de los derechos colectivos en pie de igualdad que los trabajadores presenciales. A este respecto, el capítulo se detiene en el análisis de las exigencias ordenadas a facilitar la actuación de la representación legal de las personas trabajadoras, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia.

En el capítulo a su cargo, la profesora Carolina Gala se centra en el estudio de los derechos de los representantes de los trabajadores en el marco de la subcontratación de obras y servicios, tanto desde una perspectiva legal como atendiendo a las aportaciones efectuadas por la negociación colectiva. El análisis se divide en dos grandes apartados: de una parte, el dedicado a los derechos de información de la representación laboral previstos en los arts. 64.2.c) y 42 del TRLET; de otra, la articulación de la representación laboral en hipótesis de descentralización, con especial atención al art. 42.6 de la misma norma y al papel que puede desempeñar la representación sindical. Tanto en un ámbito como

en el otro la autora aprecia importantes deficiencias de la norma legal, que los convenios colectivos no han podido compensar; deficiencias que la llevan a proponer diversas correcciones normativas para facilitar el ejercicio de los derechos colectivos del personal que presta servicios en las empresas auxiliares.

La aportación del profesor Eduardo Rojo analiza la repercusión que los cambios en la estructura empresarial —particularmente, la supresión de centros de trabajo y la reubicación del personal—, pueden proyectar sobre los órganos de representación laboral. Tras exponer la realidad de la estructura empresarial en España y de repasar las principales propuestas doctrinales sobre la modificación del marco normativo vigente en materia de representación en la empresa, se aborda con detenimiento el análisis de los principales pronunciamientos judiciales existentes sobre la materia, tanto de la jurisdicción ordinaria como de la constitucional. El estudio pone de manifiesto la divergencia de criterios sobre una cuestión trascendental aquejada de un vacío normativo y que, en opinión del autor, podría haberse resuelto en términos más favorables al derecho fundamental de libertad sindical.

Con un planteamiento netamente centrado en las representaciones sindicales, el profesor Ricardo Esteban analiza en su aportación algunas cuestiones de interés orientadas al logro de una mayor eficacia de los Delegados Sindicales como vía compensadora de las carencias de las representaciones unitarias, especialmente en la empresa multicentro. Para ello, de una parte, el capítulo analiza a fondo el papel del Delegado Sindical multicentro, lo que permite al autor detenerse —en clave de análisis jurisprudencial— en los requisitos a cumplir en este ámbito como son la constitución de la Sección, la determinación y el cómputo de la plantilla y la presencia de las centrales en los órganos de representación unitaria. En un segundo bloque, el capítulo aborda la cuestión del papel de la negociación colectiva a la hora de «adaptar» el ámbito de los Delegados Sindicales para facilitar su elección, principalmente mediante la reducción de la plantilla prevista en la LOLS. Para ello el capítulo analiza las diversas tipologías de cláusulas y se detiene en una selección de cuestiones jurídicas generadas por el contenido de los Convenios

En su aportación a esta obra colectiva, el profesor David Gutiérrez Colominas efectúa una aproximación y algunas propuestas de mejora de la eficacia representativa de Secciones Sindicales y Delegados de Prevención. Para ello, y tras trazar los aspectos básicos de la regulación de ambas figuras, el estudio se detiene en la posibilidad de que ambas estructuras representativas puedan desvincularse de la lógica del centro de trabajo, una posibilidad que *a priori* parece más complicada en el caso de los Delegados de Prevención, estrechamente vinculados al delegado de personal y al comité de empresa. Por ello, entre las propuestas dirigidas a mejorar la eficacia de Secciones y Delegados de Prevención, se propone que la Ley contemple al lugar de trabajo, como noción a añadir al centro de trabajo y la empresa, a lo que se añade la necesidad de formular un concepto de centro de trabajo más impermeable a las maniobras empresariales.

Finalmente, el capítulo a cargo de Jaume González Calvet aborda un análisis crítico de la representación de los trabajadores en el ejercicio de la acción ejecutiva del artículo 247 LRJS, en relación con sentencias dictadas en conflicto colectivo que establecen obligaciones susceptibles de determinación individual. En este sentido, tras una aproximación general, el autor se detiene en aspectos clave de este procedimiento como son, entre otros, 1) la

quiebra del principio de correspondencia de partes entre el proceso declarativo y el proceso ejecutivo; 2) la hibridación de la acción individual con la colectiva, ya que deberá otorgarse representación a las organizaciones sindicales o a las representaciones a nivel de empresa; 3) la falta en sentido estricto de la legitimación de los sujetos colectivos y el carácter de mero postulante de estos sujetos en el procedimiento. Más allá de algunas dificultades e inexactitudes técnicas, el balance del procedimiento es positivo teniendo en cuenta que la intervención de los representantes favorece la eficacia de la ejecución, en comparación con otras vías alternativas de tramitación individual.

Bellaterra (Cerdanyola del Vallès), 5 de noviembre de 2020

XAVIER SOLÀ MONELLS y RICARDO ESTEBAN LEGARRETA
Directores del Proyecto de Investigación

LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS SIN REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y EL SINDICATO

Ramon Alós y Oriol Barranco*

*Profesor titular jubilado y profesor agregado interino de Sociología
Centre d'Estudis Sociològics Sobre la Vida Quotidiana i el Treball (QUIT)
Institut d'Estudis del Treball (IET), Universitat Autònoma de Barcelona*

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. METODOLOGÍA. 3. ¿QUIÉNES SON LOS TRABAJADORES SIN REPRESENTACIÓN Y SUS SITUACIONES CAUSANTES?. 4. UNA APROXIMACIÓN CUANTITATIVA A LOS TRABAJADORES SIN REPRESENTACIÓN EN ESPAÑA. 5. SINDICATOS Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA ENTRE LOS TRABAJADORES SIN REPRESENTACIÓN. 6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo constituye una aproximación al estudio de los trabajadores y las trabajadoras¹ que no disponen de representación o voz ante sus empleadores, o que por sus condiciones contractuales o de empleo tienen severas dificultades para ello². En su conjunto son los trabajadores menos cubiertos por la negociación colectiva y la actividad sindical, al carecer de los canales colectivos al uso para plantear sus demandas, quejas o expectativas ante sus empleadores.

Como es sabido, la actividad representativa en defensa y promoción de los trabajadores está tutelada por un derecho histórico que se ha materializado en los derechos nacionales de la mayoría de países democráticos y en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en particular los Convenios 87 y 95 de libertad sindical, pero también el Convenio 135 sobre los representantes de los trabajadores. Su objetivo

* Correos electrónicos: Ramon.dealos@uab.cat; Oriol.barranco@uab.cat

¹ A partir de este momento, por razones estilísticas, en el capítulo se usa el masculino genérico para hacer referencia conjuntamente a trabajadores y trabajadoras.

² El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D+I titulado «La representación laboral en las empresas dispersas y en red: problemática, disfunciones y propuestas correctoras» (DER2017-83189-R), llevado a cabo en el Grupo de Investigación Derechos de los Trabajadores Españoles y Extranjeros (DRELATES) y cuyos investigadores principales han sido Xavier Solà Monells y Ricardo Esteban Legarreta. El proyecto ha recibido la financiación del Programa estatal de investigación, desarrollo e innovación orientada a los retos de la sociedad del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Agradecemos esta financiación, así como los precisos comentarios y sugerencias que Ricardo Esteban Legarreta realizó a la primera versión de este trabajo.

es asegurar a los trabajadores «la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano»³. Este derecho cobra fuerza ante la casi nula capacidad de negociación individual de una gran mayoría de trabajadores frente a su empleador.

Aunque no supusieron una novedad, desde la década de los años setenta del siglo pasado han ido cobrando cuerpo las resistencias y estrategias de muchas empresas para limitar o eludir los derechos de los trabajadores a la representación, a la presencia sindical y a la negociación colectiva, al objeto de tener más capacidad y márgenes de decisión⁴. Estas resistencias empresariales se amparan en una reafirmación de la empresa como valor supremo desde la ideología y las políticas neoliberales⁵, lo cual se ha materializado en diversos países en reformas de su marco legal⁶, y a nivel de la Unión Europea (UE) a través de la primacía de la libertad de mercado frente a los derechos sociales⁷, entre ellos los laborales⁸.

En el caso de España, son conocidas las consecuencias de las reformas laborales de 2010 y de 2012. Particularmente esta última, la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, impone una desregulación agresiva del mercado de trabajo y de las relaciones laborales, facilita la flexibilidad en la entrada y la salida del empleo, y reduce la cobertura legal y negociadora durante la permanencia en

³ OIT, *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, Ginebra, Organización Internacional del trabajo, 2010, p. 1. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf.

⁴ KOCHAN, Thomas A.; KATZ, Harry C. y MCKERSIE, Robert B., *The Transformation of American Industrial Relations*, Ithaca (NY), ILR/Cornell University Press, 1994; KATZ, Harry C., «Industrial Relations and Work», en Ackroyd, Stephen; Batt, Rosemary; Thompson, Paul y Tolbert, Pamela S. (eds.): *The Oxford Handbook of Work and Organization*, Oxford, Oxford University Press, 2005; JOHNSTONE, Stewart; ACKERS, Peter y WILKINSON, Adrian, «Better than Nothing? Is Non-Union Partnership a Contradiction in Terms?», *Journal of Industrial Relations*, vol. 52, 2010, n.º 2, pp. 151-68; JOHNSTONE, Stewart y ACKERS, Peter, «Introduction: Employee voice-the key question for contemporary employment relations», en Johnstone, Stewart y Ackers, Peter (eds.), *Finding a Voice at Work? New Perspectives on Employment Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 1-17.

⁵ ALONSO, Luis Enrique, *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*, Madrid, Trotta, 1999; BROWN, Wendy, *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*, Barcelona, Malpaso, 2016; SCHARPF, Fritz, *Gobernar en Europa ¿eficaz y democráticamente?* Madrid, Alianza, 2000.

⁶ Por ejemplo, para los Estados Unidos ver FANTASIA, Rick, «Dictature sur le proletariat. Stratégies de répression et travail aux États-Unis», *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, vol. 131, 2001, n.º 1, pp. 3-18; para el caso del Reino Unido ver LOCKWOOD, Graeme, «Conservative legislation and Trade Union Change», en Verma, Anil y Kochan, Thomas A. (eds.), *Unions in the 21st Century*, New York (NY), Palgrave Macmillan, 2004, pp. 91-104.

⁷ HÖPNER, Martin y SCHÄFER, Armin, «A New Phase of European Integration», *West European Politics*, vol. 33, 2010, n.º 2, pp. 344-68; ANDERSON, Perry, *El nuevo viejo mundo*, Madrid, Akal, 2010, pp. 40-60.

⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, «Nuevos rasgos en la evolución del derecho del trabajo en la unión europea. Un estudio a partir de recientes decisiones del tribunal de justicia», *Gaceta Sindical. Reflexión y debate*, 2008, n.º 11, pp. 83-117; SCHÖMANN, Isabelle, «Austérité: quels enjeux pour les droits sociaux?», *Chronique internationale de l'IRES*, 2015, n.º 150, pp. 55-68.

el mismo; todo ello con la finalidad de reforzar el poder empresarial⁹ y depreciar el rol regulador y el poder de negociación de los sindicatos¹⁰.

Son varios los indicadores que apuntan a una expansión y una mayor profundidad de las situaciones de empleo precario y disperso en las últimas décadas¹¹, que abarcan a más y más trabajadores, tanto asalariados, como autónomos. Puede decirse que en el mercado laboral español se ha consolidado un amplio espacio de empleo de escasa calidad, o empleo precario, en los términos que lo define la OIT; esto es, un empleo incierto en cuanto a su duración, la presencia de varios posibles empleadores, una relación de trabajo encubierta o ambigua, la imposibilidad de gozar de la protección social y los beneficios que por lo general se asocian con el empleo, un salario bajo y obstáculos considerables tanto legales como prácticos para afiliarse a un sindicato y negociar colectivamente¹². De ello da cuenta la elevada temporalidad (en la que están el 26,1% de los asalariados en el cuarto trimestre de 2019), la extensión del trabajo a tiempo parcial no deseado (que afecta a más de la mitad de quienes disponen de un horario reducido) o las muy elevadas cifras de contratos de trabajo, muchos de ellos de muy breve duración, registrados en los servicios públicos de empleo. Así, a lo largo del año 2019 se registraron en España un total de 22,5 millones de contratos, siendo la población asalariada a finales de ese mismo año de 16,8 millones. Muchos de estos contratos de trabajo son de muy breve duración: un 27% no sobrepasa los siete días, siendo la duración media del conjunto de 49 días. Asimismo, la Seguridad Social, también en el año 2019, registra hasta 25 millones de altas en el régimen general y 24 millones de bajas, cifras muy superiores al número de trabajadores asalariados ocupados. Estas cifras solo se explican por la existencia de una muy elevada rotación en el empleo. Esta intensidad de altas y de bajas son especialmente habituales en determinados sectores de actividad, entre ellos en varios de los que más crecen en empleo en estos últimos años, como la hostelería y el comercio, pero también en actividades sanitarias o en transporte

⁹ BAYLOS, Antonio, «Una reforma laboral ‘clasista’: antisindicalidad y desregulación en el RDL 3/2012», *Sin Permiso*, 2012. Recuperado de <http://www.sinpermiso.info/textos/una-reforma-laboral-clasista-antisindicalidad-y-desregulacin-en-el-rdl-32012>; BAYLOS, Antonio, «La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012», *Revista de Derecho Social*, 2013, n.º 61, pp. 19-41; PÉREZ AMORÓS, F.: (2013) «La contrarreforma laboral de 2012», *Anuario IET*, n.º 1, pp. 21-35. Recuperado de <http://revistes.uab.cat/anuarioiet/article/view/v1-perez/8>; PÉREZ AMORÓS, Francesc y ROJO TORRECILLAS, Eduardo (dirs.) y YSÀS MOLINERO, Helena (coord.), *Balance de la reforma laboral de 2012*, Albacete, Bomarzo, 2016; CRUCES AGUILERA, Jesús; LAGO PEÑAS, José Manuel; MORENO PRECIADO, Rita; ROCHA SÁNCHEZ, Fernando y SANZ BERZAL, Esmeralda, *El impacto de la reforma laboral de 2012 en la negociación colectiva (2013-2015)*, Madrid, Lefebvre El Derecho, 2016.

¹⁰ BAYLOS, Antonio, «Una reforma...», ob. cit.; BARRANCO, Oriol y MOLINA, Oscar, «Sindicalismo y crisis económica: Amenazas, retos y oportunidades», *Kultur. Revista interdisciplinaria sobre la cultura de la ciudad*, vol. 1, 2014, n.º 2, pp. 171-194.

¹¹ ALÓS, Ramon, *El empleo en España: lejos aún de la economía del conocimiento*. Observatori Social de «la Caixa», 2018. Recuperado de <https://observatoriosociallacaixa.org/ca/-/empleo-en-espana-lejos-de-la-economia-del-conocimiento>; BANYULS, Josep y RECIO, Albert, «Salarios desiguales y sistema productivo», *Gaceta Sindical. Reflexión y debate*, 2018, n.º 31, pp. 151-175.

¹² OIT, *Del trabajo precario al trabajo decente: documento final del simposio de los trabajadores sobre políticas y reglamentación para luchar contra el empleo precario*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2012, p. 20. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/meetingdocument/wcms_179789.pdf.

y almacenamiento, atendiendo a las agrupaciones y la terminología que utiliza la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE). Ello es indicativo tanto de que el empleo que más crece es el más inestable, pero también de que la inestabilidad se extiende entre los más diversos ámbitos de actividad.

La importancia que adquiere la ocupación de corta duración remite a un núcleo considerable de personas en el mercado laboral español que encadenan episodios de empleo, o subempleo, que alternan con otros de desempleo. La vulnerabilidad es el rasgo que define a esta población, para la cual se desdibujan los límites entre ocupación y desempleo¹³. Y cuando las características señaladas se arrastran desde hace tiempo y se expanden a lo largo y ancho del territorio, como se ha visto, no cabe más que concluir que se trata de un grave problema estructural, cuyos rasgos más visibles son la persistencia del desempleo y de la precariedad. Sus repercusiones son evidentes más allá del estricto mercado laboral, con un aumento de las desigualdades sociales, del riesgo de pobreza y la exclusión social¹⁴.

Las estadísticas del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE)¹⁵ permiten constatar que la contratación de muy breve duración afecta en modo particular a los más jóvenes, también a las mujeres, a quienes tienen estudios secundarios y de primer ciclo de formación profesional, a trabajadores de servicios de restauración, personales, protección y vendedores, a técnicos y profesionales, y a quienes son contratados a jornada parcial; por sectores de actividad destacan actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento, hostelería, industria manufacturera, actividades administrativas y de servicios auxiliares, y transporte y almacenamiento.

El capítulo se organiza en cinco apartados. En el segundo se exponen la metodología y las fuentes de datos usadas. En el tercero se explica quiénes son los trabajadores que en España carecen de representación o tienen muy pocas posibilidades de tenerlas y se apuntan las causas de ello. En el cuarto apartado se hace una aproximación cuantitativa al peso que tienen estos trabajadores en el mercado de trabajo español. En el quinto se examinan las respuestas planteadas por los sindicatos para que dichos trabajadores puedan estar cubiertos por la representación unitaria y/o sindical y por la negociación colectiva. Finalmente, en el sexto apartado se plantean las conclusiones.

¹³ PRIETO, Carlos y PÉREZ DE GUZMÁN, Eugenia Sofía, «La precarización del empleo en el marco de la norma flexible-empresarial de empleo», en Torres Albero, Cristóbal (ed.), *España 2015. Situación social*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2015, pp. 629-639; VERD, Joan Miquel; BARRANCO, Oriol y BOLÍBAR, Mireia, «Youth unemployment and employment trajectories in Spain during the Great Recession: what are the determinants?», *Journal for Labour Market Research*, vol. 53, 2019, n.º 4, p. 8.

¹⁴ PIKETTY, Thomas, *La economía de las desigualdades. Cómo implementar una redistribución justa y eficaz de la riqueza*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015; Wilkinson, RICHARD y PICKETT, Kate, *Igualdad. Cómo las sociedades más igualitarias mejoran el bienestar colectivo*, Madrid, Capitán Swing, 2019.

¹⁵ Los datos sobre contratos de trabajo provienen del SEPE, Estadística de contratos. Datos acumulados a diciembre de 2019.

2. METODOLOGÍA

El capítulo se basa en la información e interpretaciones aportadas por investigaciones publicadas sobre la temática abordada, así como en los análisis e interpretaciones realizados por los autores expresamente para este capítulo. Las primeras son las que se van convenientemente citando a lo largo del escrito. Los últimos se han llevado a cabo tanto mediante métodos de tipo cuantitativo como cualitativo, articulados mediante la estrategia denominada por Bericat de *complementación*, que consiste en usar cada uno de los métodos por separado para abordar aspectos distintos del objeto de estudio¹⁶.

En nuestro caso, los métodos cuantitativos se han utilizado para aproximarnos al peso que tienen los trabajadores sin representación, o con casi nulas posibilidades de tenerla, en España. Para ello, se ha realizado un *análisis de frecuencias* de los datos estadísticos obtenidos de las siguientes fuentes: a) datos oficiales del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social del fichero *Trabajadores autónomos, personas físicas, en alta a la Seguridad Social*, en fecha el 31 de diciembre de 2019¹⁷; Encuesta de Calidad de Vida en el Trabajo de 2010 (ECVT-2010), del Ministerio de Trabajo e Inmigración; Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo de 2015 (EWCS-2015), del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo; y la Encuesta de Riesgos Psicosociales de 2016 (ERP-2016), de ISTAS-CCOO. Además, también se han consultado datos puntuales de 2015 de la sexta Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo (*European Working Conditions Survey*- EWCS) de la European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Eurofound), así como de 2019 de la Encuesta Población Activa (EPA) y del Directorio Central de Empresas (DIRCE), ambas del Instituto Nacional de Estadística (INE). Es importante señalar que este conjunto de estadísticas mencionado solo permite aproximarnos al peso de la problemática estudiada, pero no tener un conocimiento preciso porque no la recogen con exactitud. En parte ello es explicable por lo novedoso de algunas de las situaciones referidas, o por su expansión en los últimos años, circunstancias a las que no han sido adaptados los sistemas estadísticos existentes.

Los métodos cualitativos se han usado para conocer las respuestas que plantean los sindicatos para que los trabajadores sin representación o con muchas dificultades para tenerla en España puedan estar cubiertos por la representación unitaria y/o sindical y por la negociación colectiva. Además, con estos métodos también se ha intentado conocer las visiones y planteamientos que tienen algunas de las asociaciones y/o sindicatos más relevantes surgidos de estos colectivos de trabajadores. Para ello, entre Junio de 2019 y Enero de 2020, se realizaron y analizaron *entrevistas a informantes claves*, que en nuestro caso fueron personas con responsabilidades de liderazgo en la acción de las siete organizaciones que se mencionan a continuación: por un lado, a representantes de los *sindicatos generales* Comisiones Obreras (CCOO), Unión General de Trabajadores (UGT), Confe-

¹⁶ BERICAT, Eduardo, *La integración de los métodos cuantitativo y cualitativo en la investigación social*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 37-47.

¹⁷ http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/2019/4TRIMESTRE/Publicacion_diciembre_2019.pdf.

deración General del Trabajo (CGT) y Confederación Nacional del Trabajo (CNT); por otro lado, a representantes de las plataformas Riders por Derechos de los repartidores de comida a domicilio, de la Plataforma de Atención Domiciliaria de Cataluña (PAD) de las trabajadoras de tareas y cuidado en el hogar a personas que lo requieren y, por último, de las Kellys Confederadas de las camareras de piso o limpiadores, mejor dicho limpiadoras, de habitaciones de los hoteles.

Complementariamente, se llevó a cabo un *análisis documental* de dos tipos de documentos sindicales. En primer lugar, se examinaron las resoluciones de los cuatro *sindicatos generales* mencionados de sus respectivos últimos congresos: Documentos de Resolución del 11.º Congreso Confederal de CCOO, de 2017; Documentos del 42.º Congreso Confederal de UGT, de 2016; Acuerdos del XVIII del Congreso Confederal de CGT del 2018; Acuerdos del XI Congreso Confederal de la CNT, de 2015.¹⁸ En segundo lugar, se revisaron tres documentos sindicales específicamente centrados en el análisis de la situación, problemática y retos que la digitalización de la economía, la economía colaborativa y/o el trabajo en plataformas digitales genera para la representación de los trabajadores y la intervención sindical: *Reforzar la participación sindical para una transformación justa a la digitalización*, de las Secretarías de Acción Sindical y la de Juventud y Nuevas Realidades de Trabajo de CCOO, 2019; *El trabajo en la economía colaborativa y la prevención de riesgos laborales*, de la Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente de UGT-CEC, 2018; *El trabajo en las plataformas digitales de reparto*, del Servicio de Estudios de la Confederación de UGT, 2019.¹⁹

3. ¿QUIÉNES SON LOS TRABAJADORES SIN REPRESENTACIÓN Y SUS SITUACIONES CAUSANTES?

Entre los trabajadores que no cuentan con representación conviene distinguir, ante todo, entre los asalariados y los autónomos dependientes. Entre los primeros aun cabe distinguir: a) los empleados en pequeñas empresas o centros de trabajo, muy en especial de menos de seis trabajadores, a los que el Estatuto de los Trabajadores no les concede la facultad legal de disponer de representación unitaria; b) los asalariados que son contratados por empresas de mayores dimensiones pero su actividad laboral se desarrolla aisladamente de otros trabajadores de la misma empresa o bien en pequeños centros de trabajo; c) los trabajadores itinerantes, sin un centro de trabajo o espacio fijo en el que desarrollan sus actividades laborales, como por ejemplo los transportistas o los conductores; d) los asalariados en empleos de corta duración y que viven constantes transiciones entre empleos o del empleo al desempleo, situación en la que se halla una parte no menor de la población asalariada.

¹⁸ Los documentos congresuales referenciados, por orden de su mención, pueden encontrarse en: https://www.ccoo.es/Publicaciones_y_documentos/Confederacion/Documentos_11.º_Congreso; <https://www.ugt.es/publicaciones>; https://cgt.org.es/wp-content/uploads/2018/04/Acuerdos-del-XVIII-Congreso-Confederal-1_0.pdf; y <https://www.cnt.es/noticias/xi-congreso-confederal-acuerdos>.

¹⁹ Los tres documentos referenciados, por orden de su mención, pueden encontrarse en: <https://www.ccoo.es/d5e6c5a69d6f8c6c15911196fd633915000001.pdf>; http://www.ugt.cat/download/mon_del_treball/Economia-de-plataformes/Resumen-ejecutivo_El-trabajo-en-la-economia-colaborativa-y-la-prevencion-de-riesgos-laborales.pdf; <https://www.ugt.es/sites/default/files/el-trabajo-en-las-plataformas-digitales-de-reparto-ugt.pdf>.

En la existencia y expansión de esta diversidad de situaciones de empleo que no permiten o dificultan enormemente que un trabajador pueda disponer de representación, confluyen diverso tipo de circunstancias. Por una parte, están las decisiones empresariales de externalizar o subcontratar tareas o actividades, decisiones que tomaron cuerpo en las últimas décadas del siglo pasado y que desde entonces se han ido expandiendo cada vez más²⁰. Por estos procedimientos una empresa deja de realizar directamente determinadas actividades, algunas necesarias para el funcionamiento empresarial y otras de su propio proceso de trabajo, para encargarlas a otras empresas o a trabajadores que deben establecerse como autónomos.

Los procesos de externalización y subcontratación se han desarrollado de tal forma que no solo han aumentado en volumen, sino también en formas y complejidad. Hoy por ejemplo es habitual lo que se suele conocer como *subcontratación interna*, es decir, que actividades de una empresa y en su propio centro de trabajo sean realizados de forma esporádica o permanente por trabajadores que son contratados por terceras empresas, sean empresas de trabajo temporal (ETTs) o las llamadas empresas multiservicios, o bien por trabajadores autónomos. Así pues, en un mismo espacio o centro de trabajo tienen cabida los trabajadores de la empresa principal y los trabajadores pertenecientes a múltiples empresas, a menudo, aunque no siempre, realizando las mismas o parecidas tareas que los trabajadores de la empresa principal. Como muestran Godino y Molina²¹, la subcontratación o la externalización es un fenómeno muy extendido en España: en el año 2013 afectaría a un 30% de las empresas, un proceso que habría crecido exponencialmente durante la pasada crisis económica.

Por otra parte, también contribuye a un aumento de trabajadores sin derecho o con dificultades a tener representación el llamado *minifundismo empresarial*, esto es, la gran extensión de microempresas y de empresas de muy pequeñas dimensiones, entre otras razones al calor de los procesos antes descritos de externalización y subcontratación. A todo ello se añade la elevada rotación empresarial de creación y cierres de empresas. Según el Directorio Central de Empresas (DIRCE), del Instituto Nacional de Estadística (INE), cerca del 13% de las empresas existentes a inicios de 2019 tienen menos de un año de antigüedad, proporción que aumenta conforme se reduce el tamaño de las empresas.

Finalmente, debe hacerse referencia a lo que se conoce como cuarta revolución industrial o la revolución digital, que con la digitalización de la información y los avances tecnológicos facilita enormemente los procesos de externalización y subcontratación de actividades. Al mismo tiempo, la irrupción de las plataformas digitales incide directamente sobre las formas tradicionales de empleo, con la proliferación de «nuevas» figuras laborales (colaboradores, *partners*, etc.) en buena parte de las ocasiones con estatus legal

²⁰ MARCHINGTON, Mick; GRIMSHAW, Damian; RUBERY, Jill y WILLMOTT, Hugh. (eds.), *Fragmenting Work: Blurring Organizational Boundaries and Disordering Hierarchies*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

²¹ GODINO, Alejandro y MOLINA, Oscar, *Who overcomes collective bargaining? Outsourcing practices, regulatory framework and Facility Management in Spain*, Country Report – RECOVER project, 2018. Recuperado de <https://ddd.uab.cat/record/202073>; GODINO, Alejandro y MOLINA, Oscar, «¿Quién debilita la negociación colectiva? Prácticas de externalización y regulación en España», *RECOVER Policy Paper*, 2019.

como mínimo ambiguo. Como se comentará más adelante, estas empresas suelen recurrir a intersticios o vacíos regulatorios, por lo que la figura del trabajador por cuenta ajena se controvierte²². Estos trabajadores están en algunos casos obligados a una relación permanente con una misma empresa (como serían los casos de Uber, Deliveroo, Glovo y similares), en otros como *freelance* o como *crowdworkers* en la realización de pequeñas tareas para diversas empresas o clientes, como son los llamados trabajadores nómadas (p.ej., Amazon Mechanical Turk)²³. En estos casos la relación de empleo viene marcada por las dificultades de conocer y comunicarse con la contraparte, lo que lleva a una despersonalización de la figura del empleador²⁴. Por todo ello con la digitalización se da un crecimiento de las relaciones de empleo individualizadas, al mismo tiempo que se difuminan los límites entre el trabajo por cuenta propia y el por cuenta ajena²⁵.

4. UNA APROXIMACIÓN CUANTITATIVA A LOS TRABAJADORES SIN REPRESENTACIÓN EN ESPAÑA

En este apartado se analizan las estadísticas disponibles para aproximarnos al peso que tienen en el mercado de trabajo español los trabajadores sin representación o con prácticamente nulas posibilidades de tenerla²⁶.

Las dos tablas siguientes muestran, la primera, la gran extensión del minifundismo empresarial en España: el 75,8% de las empresas no alcanza a tener más de cinco trabajadores contratados. Obviamente, la distribución del empleo por tamaños de empresa ofrece unos resultados distintos. En la tabla 2 se observa que son poco más de 2 millones los asalariados (esto es, el 14,6% del total de asalariados) quienes a finales de 2019 trabajan en empresas de hasta cinco trabajadores, por tanto, sin posibilidad legal de tener representación unitaria allí donde se emplean. Si les añadimos quienes están empleados en empresas de hasta 9 trabajadores, estamos hablando de algo más de 3 millones de asalariados, el 21,6% del total.

²² PASTOR MARTÍNEZ, Albert, «Representación de los trabajadores en la empresa digital». *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 2018, n.º 5, pp. 111-122. Recuperado de <https://doi.org/10.5565/rev/alet.67>.

²³ Sobre el trabajo y el empleo en la economía *gig* o de plataforma en general ver RAVANELLE, Alexandra J., *Precariedad y pérdida de derechos. Historias de la economía gig*, Madrid, Alianza Editorial, 2020; PERERA, Kapila; OHRVIK-STOTT, Jacob y MILLER, Catherine, *Better Work in the Gig Economy*, London, Doteveryone, 2020. Recuperado de <https://doteveryone.org.uk/report/betterwork>. Sobre estas cuestiones en los casos de las plataformas de reparto y transporte ver KÖHLER, Holm-Detlev, «Las relaciones laborales en la economía de plataformas», *Sociología del Trabajo*, 2020, n.º 96, pp. 23-33; y para la plataforma Uber en particular ver GINÈS, Anna y GÁLVEZ, Sergi, «Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital», *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 2016, n.º 1. Recuperado de https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1212_es.pdf.

²⁴ Riders por Derechos organizó en Barcelona los días 25 y 26 de abril de 2019 un encuentro bajo el lema «Mi jefe no es un algoritmo» (ver <https://www.mensakas.com/ridersfestival2019/programa-cast.html>).

²⁵ KILHOFFER, Zachary; DE GROEN, Willem Pleter; LENAERTS, Karollen; SMITH, Ine; HAUBEN, Harald; WAEYAERT, Willem; GIACUMACATOS, Elisa; LHERNOULD, Jean-Philippe y ROBIN-OLIVIER, Sophie, *Study to gather evidence on the working conditions of platform workers*, Bruselas, European Commission, 2020. Recuperado en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8280>.

²⁶ No hemos recogido datos del año 2020 dadas las fuertes alteraciones en el mercado laboral ocasionadas como consecuencia de la pandemia del Covid-19. En todo caso, algunas de sus consecuencias, como el mayor recurso al teletrabajo, pueden reforzar los ámbitos de trabajo desprotegidos por la representación laboral.

Tabla 1. Número de empresas inscritas en la Seguridad Social según tamaño de la plantilla. España.

	<i>31 dic 2014</i>	<i>31 dic 2019</i>	<i>31 dic 2014</i>	<i>31 dic 2019</i>
	<i>Empresas</i>		<i>Distribución (en %)</i>	
De 1 a 2	709.907	714.284	56,54	53,29
De 3 a 5	277.515	301.576	22,10	22,50
De 6 a 9	116.117	137.417	9,25	10,25
De 10 a 49	128.103	157.113	10,20	11,72
De 50 a 249	20.075	25.154	1,60	1,88
De 250 a 499	2.126	2.633	0,17	0,20
Más de 499	1.770	2.238	0,14	0,17
TOTAL	1.255.613	1.340.415	100,00	100,00

Nota: se han agrupado en una única unidad (empresa) todas las cuentas con el mismo Número de Identificación Fiscal.

Fuente: elaboración propia con datos de Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Estadística de Empresas inscritas en la Seguridad Social.

Tabla 2. Trabajadores por cuenta ajena según tamaño de la plantilla de la empresa en la Seguridad Social. España.

	<i>31 dic 2014</i>	<i>31 dic 2019</i>	<i>31 dic 2014</i>	<i>31 dic 2019</i>
	<i>Trabajadores</i>		<i>Distribución (en %)</i>	
De 1 a 2	939.524	949.095	7,99	6,68
De 3 a 5	1.035.010	1.131.741	8,80	7,97
De 6 a 9	833.359	989.171	7,09	6,96
De 10 a 49	2.468.506	3.049.109	20,99	21,46
De 50 a 249	1.970.779	2.465.943	16,76	17,36
De 250 a 499	737.443	904.842	6,27	6,37
Más de 499	3.777.233	4.717.914	32,11	33,21
TOTAL	11.761.854	14.207.815	100,00	100,00

Nota: los trabajadores figuran agrupados bajo una misma cuenta (empresa) de cotización a la Seguridad Social cuando pertenecen a una misma empresa (mismo Número de Identificación Fiscal) que desarrolla su actividad laboral en una misma provincia y que tiene características homogéneas frente a la cotización.

Fuente: elaboración propia con datos de Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Estadística de Empresas inscritas en la Seguridad Social.

Las mismas estadísticas de la Seguridad Social muestran que, al finalizar el año 2019, el 23,5% de los asalariados en empresas de hasta 5 trabajadores estaban empleados en comercio al por mayor y al por menor y reparación de vehículos; si le añadimos los empleados en hostelería y en construcción, en tan solo estos tres sectores de actividad están empleados casi la mitad (el 47,1%) de todos los trabajadores excluidos de la posibilidad legal de tener representación (ver tabla 3).

Tabla 3. Los diez sectores de actividad que concentran una mayor proporción de trabajadores por cuenta ajena en empresas con menos de 6 trabajadores. España, diciembre de 2019.

	<i>En %</i>	<i>En % acumulado</i>
Comercio por mayor y por menor; rep. vehículos	23,5	23,5
Hostelería	14,0	37,6
Construcción	9,6	47,1
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	9,1	56,2
Actividades profesionales, científicas y técnicas	7,2	63,4
Industria manufacturera	6,5	69,9
Otros servicios	6,1	76,0
Transporte y almacenamiento	4,5	80,5
Actividades sanitarias y de servicios sociales	3,7	84,2
Actividades administrativas y servicios auxiliares	3,4	87,6
Resto de sectores de actividad	12,4	100,0
TOTAL	100,0	

Fuente: elaboración propia con datos de Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Estadística de Empresas inscritas en la Seguridad Social.

Más allá de las pequeñas empresas en las que los trabajadores no pueden disponer de representante²⁷, diversas encuestas coinciden en que no llega al 50% la población asalariada que se beneficia de esta circunstancia (ver tabla 4). De mantenerse hasta finales de 2019

²⁷ En España los trabajadores pueden disponer de representante/s en las empresas bajo diversas circunstancias. La forma más extendida es la unitaria, en el ámbito de la empresa privada y del personal laboral de la administración pública el delegado de personal o comité de empresa y en el ámbito de la función pública el delegado o junta de personal. En segundo lugar, está la figura del delegado o la sección sindical, que representa a los trabajadores de una empresa afiliados a un sindicato, y con ciertas atribuciones también de representación del conjunto de trabajadores de la empresa. A diferencia de la representación unitaria, para los delegados sindicales no se dispone de un registro público, por lo que se desconoce el alcance de su presencia más allá de alguna aproximación parcial. Una tercera posibilidad de representación de los trabajadores proviene de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995), que, aunque remite la representación de los trabajadores en materia de prevención a los delegados de personal o miembros del comité de empresa, deja abierta la posibilidad, contemplada en algún convenio colectivo, de que la función de delegado de prevención recaiga sobre algún trabajador de la plantilla que no sea representante unitario. Tampoco se dispone de un registro que informe del alcance de esta forma de representación de los trabajadores en las empresas. Finalmente, la cuarta modalidad de representación de los trabajadores se da en la forma de nominación *ad hoc*. Esta es una figura que tiene alguna presencia en empresas o centros de trabajo que no disponen de representante unitario, sindical o de prevención; este es un procedimiento que puede ser más o menos informal y del cual no se dispone de conocimiento sobre su alcance. En todo caso, la ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral parece que dio algún modesto impulso a esta última opción en pequeñas e incluso medianas empresas sin representación unitaria ni sindical, en buena parte promovidas por el propio empresario y constituidas por personas de su confianza o incluso familiares, como lo atestiguan Martín Artiles, Antonio y Alòs, Ramon, «Continuidad y cambio después de la reforma de la negociación colectiva», PÉREZ AMORÓS, Francesc y ROJO TORRECILLAS, Eduardo (dirs.) y YSÀS MOLINERO, Helena (coord.), *Balance...*, ob. cit., pp. 121-148.

las proporciones indicadas, nos estaríamos refiriendo en torno a 8 millones de asalariados en España que no cuentan con representante en su empresa. Para estos trabajadores, sus quejas y demandas en el trabajo no pueden vehicularse por los canales considerados habituales de la representación unitaria, pieza que se considera básica en las relaciones laborales tradicionales.

Tabla 4. Resultados comparativos sobre la presencia de representación de los trabajadores en la empresa.

	<i>ECVT-2010</i>	<i>EWCS-2015</i>	<i>ERP-2016</i>
Sí	47,4%	48,9%	49,4%
No	37,2%	45,0%	42,7%
No sabe	15,3%	6,0%	7,9%
TOTAL	100,0% (N=6512)	100,0% (N=2758)	100,0% (N=1807)

Fuente: elaboración propia con datos de la Encuesta de Calidad de Vida en el Trabajo de 2010 (ECVT-2010), del Ministerio de Trabajo e Inmigración; la Encuesta nacional de condiciones de trabajo de 2015 (EWCS-2015), del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo; y la Encuesta de Riesgos Psicosociales de 2016 (ERP-2016), de ISTAS-CCOO.

En Alós *et al.*²⁸ se señala que, en 2012, hasta el 91,4% de quienes estaban empleados en empresas de 6 a 10 trabajadores no contaban con representante, como tampoco el 77,2% de asalariados en empresas de 11 a 30 trabajadores; situaciones que, coincidiendo con las apreciaciones precedentes, afectaban de modo especial al comercio y a la hostelería, además de a las empresas de reciente creación. Cabe decir que la situación de España al respecto no difiere en exceso de la de otros países europeos, pues según la sexta Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo, de 2015, prácticamente la mitad de los trabajadores de la UE no disponen en su empresa de representación sindical, si bien con diferencias notables entre países.

Por otra parte, la estadística de flujos de la EPA, del INE, permite aseverar que, en el último trimestre de 2019, en torno al 12% de la población ocupada modificó su estatus entre ocupación, desempleo o inactividad en relación con el trimestre precedente. Para este colectivo resulta difícil generar en sus ámbitos de trabajo una sociabilidad y unas relaciones de confianza, debido a sus breves episodios de empleo²⁹, lo que dificulta su estructuración como grupo laboral y su acción colectiva y, por ello, su capacidad de ejercer su voz y defender sus derechos laborales.

²⁸ ALÓS, Ramon; BENEYTO, Pere; JÓDAR, Pere; MOLINA, Oscar y VIDAL, Sergi, *La representación sindical en España*, Madrid, Fundación 1.º de Mayo, 2015.

²⁹ SENNETT, Richard: *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, Barcelona, Anagrama, 2000; BARRANCO, Oriol, «A vueltas con la identidad obrera. Notas y reflexiones sobre los efectos de las metamorfosis sociales en la identidad y la conciencia proletarias», en Susín, Raúl y San Martín, David (eds.), *De Identidades. Reconocimiento y diferencia en la modernidad líquida*, Valencia, Tirant lo Blanch/ Universidad de la Rioja, 2008, pp. 229-274.

Por lo que se refiere a los trabajadores autónomos, la EPA reconoce en España poco más de 2 millones de «empresarios sin asalariados o trabajadores independientes» a finales de 2019. La Seguridad Social, por su parte, ofrece el dato de 3,2 millones en la misma fecha, que se reducen a también cerca de 2 millones si nos remitimos exclusivamente a personas físicas³⁰ y aún a 1,6 millones de autónomos sin asalariados, excluyendo pues a los que cuentan con algún asalariado a su cargo. Entre los que no cuentan con asalariado a su cargo, el 8% no sobrepasa los seis meses de antigüedad como autónomo, lo que da cuenta de una elevada proporción de entradas y salidas en el sistema. El 73% de estos autónomos trabaja en servicios, básicamente en comercio, transporte, servicios de comidas y bebidas, y servicios personales, además de construcción y actividades agrícolas y ganaderas³¹.

Por su parte, la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, regula la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE), esto es, aquéllos que desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata, del que proviene, al menos, el 75% de sus ingresos. El preámbulo de la citada Ley recoge los datos del INE por los que, en el año 2004, ascendían a 285.600 los autónomos sin asalariados que trabajaban para una única empresa o cliente. Sin embargo, la Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas, del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, cifra en tan solo 8.936 los autónomos económicamente dependientes registrados a finales de 2019³². Como destaca un informe de CCOO³³, y pese a las dificultades de obtener información al respecto, es insignificante el número de contratos formalizados de autónomos dependientes, lo que mostraría la existencia de reticencias a los compromisos que conlleva dicho contrato por parte del empresario que les proporciona trabajo.

Finalmente, en este apartado debe hacerse referencia a las nuevas figuras de empleo que emergen asociadas a la llamada revolución digital. Posiblemente el colectivo más importante sea el de quienes trabajan para plataformas digitales. Aunque es difícil estimar fiablemente cuántas personas están involucradas en trabajos vinculados a dichas plataformas³⁴, como aproximación, la encuesta *COLLEEM* promovida por la UE estimó que a lo largo del año 2017 unos 2,3 millones de personas habían trabajado para dichas

³⁰ Esto es, no integrados en sociedades mercantiles, cooperativas ni en otras entidades societarias. Cabe tener presente, además, que existen otras diferencias entre los procedimientos estadísticos del INE y los registros de la Seguridad Social, entre ellas que esta última puede incluir a trabajadores autónomos sin ocupación temporal pero que optan por cotizar a efectos de devengo de derechos.

³¹ Datos extraídos de Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, *Trabajadores autónomos, personas físicas, en alta a la Seguridad Social*, 31 de diciembre de 2019.

³² Ver nota 17.

³³ CCOO, *Propuestas de actuación con las personas que trabajan como «falsos autónomos» Julio 2019*. Recuperado de https://www.ccoo.es/descargas/20190710_SEyCPDEF_PROPUESTAS%20DE%20ACTUACION%20C3%93N_falsos%20autonomos.pdf.

³⁴ O'FARRELL, Rory y MONTAGNIER, Pierre, n.º 282, Paris, OECD Publishing, 2019. Recuperado de <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/170a14d9-en.pdf?expires=1602316450&id=id&accname=guest&checksum=73FE618D36CDCDA7299BB85335DB4FC2>; Eurofound, *Platform work: Maximising the potential while safeguarding standards?* Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2019; PIASNA, Agnieszka

plataformas en España³⁵. No obstante, para quienes el trabajo en la plataforma constituye su actividad económica principal, esto es, que al menos el 50% de sus ingresos provengan de dicho trabajo o le haya dedicado más de 20 horas semanales, la cifra se reduce a cerca de 700.000 personas, aproximadamente un 3,7% de la población ocupada³⁶. La misma encuesta europea revela que los trabajadores de plataformas suelen ser jóvenes, más hombres que mujeres y con más estudios que la población en general; además, una gran mayoría se reclama a sí mismo como empleado, aunque no disponga de este estatus. Por último, al respecto, UGT recoge la cifra proporcionada por ADIGITAL (*Asociación Española de la Economía Digital*) de 14.337 personas empleadas en plataformas digitales de reparto en España en el año 2018³⁷. Como concluyen Huws *et al.*³⁸, la devaluación de los salarios, el empeoramiento de las condiciones de empleo y las políticas de austeridad parecen estar detrás de un aumento del empleo en plataformas; unos trabajadores que, según los mismos autores, recurren a diferentes formas de empleo a través de instrumentos digitales para aumentar sus ingresos.

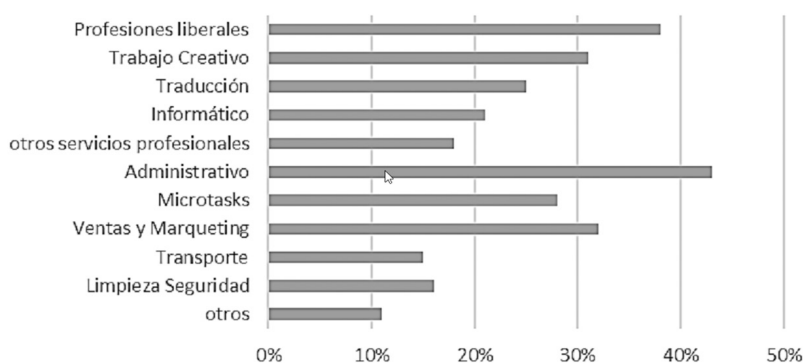


Gráfico 1. Ocupaciones de los Trabajadores en Plataformas

Fuente: Todolí-Signes³⁹ a partir de Pesole *et al.*⁴⁰ con datos de la encuesta COLLEEM.

y DRAHOKOUPIL, Jan, *Digital labour in central and eastern Europe: evidence from the ETUI Internet and Platform Work Survey*, Working Paper 2019.12, Bruselas, European Trade Union Institute, 2019.

³⁵ PESOLE, Annarosa; URZÍ BRANCATI, Cesira; FERNÁNDEZ-MACÍAS, Enrique; BIAGI, Federico y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, Ignacio, *Platform Workers in Europe*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2018.

³⁶ TODOLÍ-SIGNES, Adrian, «Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista», *Lan Harremanak*, 2019, n.º 41, pp. 1-21.

³⁷ UGT: *El trabajo en las plataformas digitales de reparto*. Estudios, n.º 1, 2019, p. 15. Recuperado de <https://www.ugt.es/sites/default/files/el-trabajo-en-las-plataformas-digitales-de-reparto-ugt.pdf>.

³⁸ HUWS, Ursula; SPENCER, NEIL H.; COATES, Matthew y HOLTS, Kaire, *The platformisation of work in Europe. Research from research in 13 European countries*. FEPS, UNI Europa, University of Hertfordshire, 2019. Recuperado de <https://www.feps-europe.eu/attachments/publications/the%20platformisation%20of%20work%20in%20europe%20-%20final%20corrected.pdf>.

³⁹ TODOLÍ-SIGNES, Adrian, «Plataformas...», ob. cit.

⁴⁰ PESOLE, Annarosa *et al.*, *Platform...*, ob. cit.

La citada encuesta europea distingue entre los trabajadores que prestan servicios en el ámbito local (en trabajo de reparto de comida, correo, transporte, de cuidados, trabajos manuales, etc.) y quienes prestan servicios remotos digitalmente (en tareas de tipo administrativo, entrada de datos, programación de software, servicios profesionales diversos, actividades creativas o de animación, etc.). En España algo más de la mitad realiza estos últimos servicios *online*, esto es, su trabajo se realiza básicamente a través de internet. El gráfico 2, partiendo de la distinción entre plataformas digitales de servicios locales, presenciales y plataformas de servicios globales virtuales, añade una subdivisión en función de si las tareas son asumidas por determinadas personas o bien se distribuyen ampliamente, a menudo en este último caso consistiendo en micro tareas; uno y otro suele ir asociado a mayores o menores requerimientos profesionales, entre otros aspectos.

Con las plataformas de servicios globales virtuales aparece un nuevo tipo de trabajador, el trabajador digital deslocalizado física y geográficamente, sujeto a prestaciones fraccionadas y micro remuneradas que complica extraordinariamente su encaje legal⁴¹. Denominaciones usuales para estos empleos son las de *crowdwork* o *crowdsourcing*, economía *gig* o trabajo bajo demanda. Se trata de trabajo externalizado hacia una multitud de personas o incluso pequeñas empresas, habitualmente consistente en micro tareas que utilizan aplicaciones digitales («apps»), páginas *webs* o plataformas para vender su servicio. De hecho, se trata de la descentralización de servicios hacia un gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria, que se lleva a cabo mediante una plataforma digital⁴².

En Estados Unidos, explica Ravenelle⁴³, la mayor parte de los trabajadores de plataformas son considerados autónomos y, por ello, carecen de la protección laboral del resto de asalariados, incluyendo el derecho a sindicarse y no pudiendo ejercer el derecho a huelga. Estos trabajadores, además, suelen carecer del derecho a indemnizaciones por accidente laboral y suelen realizar largas jornadas de trabajo. En la Unión Europea, Kilhoffer *et al.*⁴⁴ muestran una situación parecida para estos trabajadores: suelen carecer de representación, de oportunidades de participación en cuestiones relacionadas con su trabajo y de apoyo social (de compañeros, incluso de superiores o clientes), debido a su dependencia de la tecnología o de los algoritmos, así como por la naturaleza y organización del trabajo.

⁴¹ GUERRERO VIZUETE, Esther, «La digitalización del trabajo y su incidencia en los derechos colectivos de los trabajadores», *IusLabor*, 2019, n.º 1, pp. 267-286.

⁴² CASILLI, Antonio; TUBARO, Paola; LE LUDEC, Clément; COVILLE, Marion; BESENVAL, Maxime; MOUTARE, Touhfat y WAHAL, Elinor, *Le Micro-travail en France. Derrière l'automatisation de nouvelles précarités au travail?* Informe de investigación del proyecto DiPLab, 2019. Recuperado de <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02139528/document>.

⁴³ RAVENELLE, Alexandra J.: *Precariedad...*, ob. cit.

⁴⁴ KILHOFFER, Zachary *et al.*: *Study...*, ob. cit.

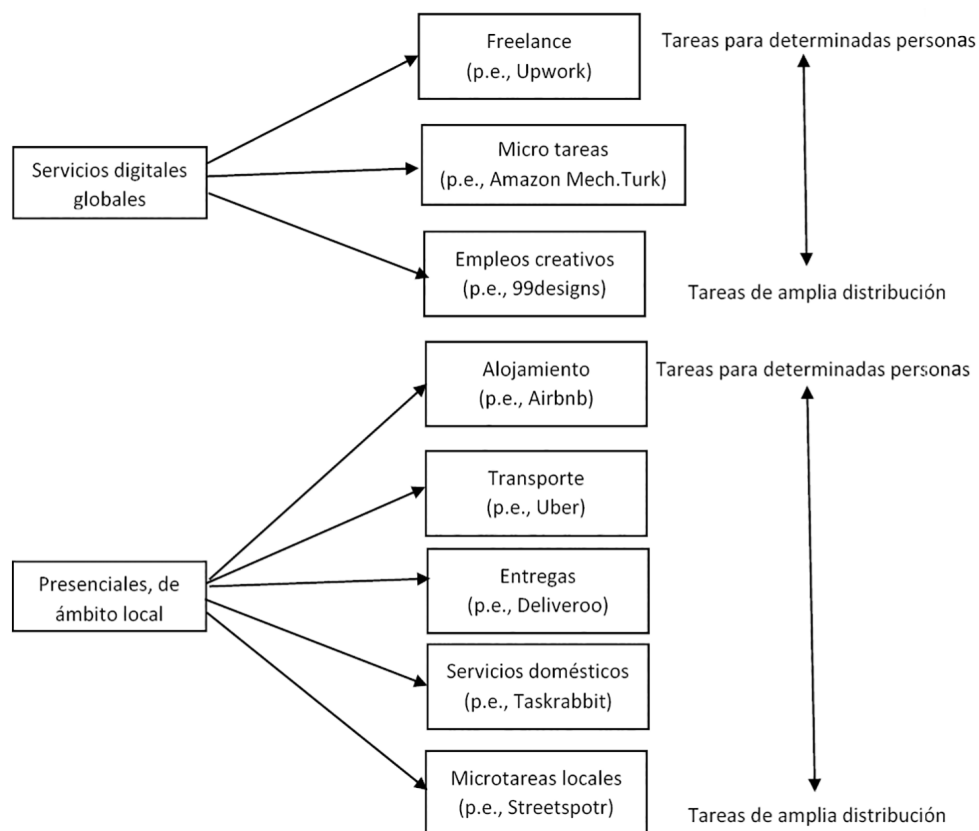


Gráfico 2. Clasificación de las plataformas digitales de trabajo⁴⁵

Fuente: adaptado de Berg *et al.*⁴⁶

De acuerdo con Wood *et al.*⁴⁷, una de las características del trabajo en plataformas digitales es que reúne unas relaciones de empleo basadas, por una parte, en las fuerzas del libre mercado y la competencia, y por otra, se asocia con débiles instituciones y regulaciones sobre las relaciones contractuales. Para los mismos autores, en lo que se denomina gestión mediante algoritmo, al ser los trabajadores valorados por los usuarios o clientes, permite a las plataformas introducir unos estrictos sistemas de control que, además, son opacos y extreman el sentimiento de competencia entre los mismos trabajadores. Berg *et*

⁴⁵ Para una clasificación más exhaustiva de las plataformas digitales, ver UGT, *El trabajo...*, ob. cit.

⁴⁶ BERG, Janine; FURRER, Marianne; HARMON, Ellie; RANI, Uma y SILBERMAN, Six M., *Digital labour platforms and the future of work. Towards decent work in the online world*. Ginebra, International Labour Office, 2018.

⁴⁷ WOOD, Alex J.; GRAHAM, Mark; LEHDONVIRTA, Vili y HJORT, Isis, «Good Gig, Bad Gig: Autonomy and Algorithmic Control in the Global Gig Economy», *Work, Employment and Society*, vol. 33, 2019, n.º 1, pp. 56-75.

*al.*⁴⁸, siguiendo a Möhlmann y Zalmanson⁴⁹, recogen cinco características de la gestión mediante algoritmo: 1) seguimiento constante del comportamiento de los trabajadores; 2) evaluación continuada de los trabajadores por parte de los usuarios; 3) implantación de las decisiones sin intervención humana; 4) los trabajadores interaccionan con el sistema, no con personas; 5) limitada transparencia. Como exponen Berg *et al.*⁵⁰, las posibilidades de comunicación entre trabajadores y los gestores de las plataformas son mínimas, cuando no nulas; paradójicamente, pues, este entorno de hiperconectividad favorece el aislamiento de los trabajadores⁵¹.

Cabe decir que las plataformas digitales recurren a intersticios y ambigüedades en la legislación para aplicar un modelo de negocio que rehúye de las responsabilidades sociales⁵² y de las leyes laborales, como la regulación del tiempo de trabajo, el tiempo de descanso, las vacaciones, las excedencias, la prevención de riesgos y salud, etc.; de modo similar, la negociación colectiva y el diálogo social son sustituidas por relaciones comerciales o de servicio⁵³. Como exponen Casilli *et al.*⁵⁴, es un trabajo que en su mayor parte

⁴⁸ BERG, Janine *et al.*, *Digital...*, ob. cit.

⁴⁹ MÖHLMANN, Mareike y ZALMANSON, Lior, «Hands on the wheel: Navigating algorithmic management and Uber's autonomy», *Actas de la International Conference on Information Systems (ICIS 2017)*, Seoul, 10-13 de Diciembre, 2017.

⁵⁰ BERG, Janine *et al.*, *Digital...*, ob. cit.

⁵¹ PASTOR MARTÍNEZ, Albert, «Representación...», ob. cit. Sobre las condiciones de empleo de los trabajadores digitales, véase HUWS, Ursula; SPENCER, Neil H.; SYRDALI, Dag G. y HOLTS, Kaire, *Work in the European GIG Economy. Research Results from the UK, Sweden, Germany, Austria, The Netherlands, Switzerland and Italy*, FEPS, UNI Europa, University of Hertfordshire, 2017; Eurofound, *Employment and working conditions of selected types of platform work*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2018; Eurofound: *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2020; Drahokoupil, Jan y Piasna, Agnieszka, *Work in the platform economy: Deliveroo riders in Belgium and the SMart arrangement*. Working Paper 2019.01, Bruselas, European Trade Union Institute, 2019. Para una exposición más detallada del trabajo en plataformas digitales de reparto, véase UGT: *El trabajo...*, ob. cit.; y KÖHLER, Holm-Detlev, «Las relaciones...», ob. cit. Ver también las publicaciones GALDÓN CLAVELL, Gemma; DELCLÒS, Carlos; ZAMORANO, Martin y MOLINA, Alba, *Los sindicatos ante los retos tecnológicos, Dinámicas y buenas prácticas*, Eticas Foundation y Fundación COTEC, 2018. Recuperado de <https://cotec.es/proyecto/los-sindicatos-ante-los-retos-tecnologicos-dinamicas-y-buenas-practicas/>; y FORDE, Chris; STUART, Mark; JOYCE, Simon; OLIVER, Liz; VALIZADE, Danat; ALBERTI, Gabriella; HARDY, Kate; TRAPPMANN, Vera; UMNEY, Charles y CARSON, Calum, «The Social Protection of Workers in the Platform Economy», Bruselas, European Parliament's Committee on Employment and Social Affairs, 2017. Finalmente, una exposición detallada de las condiciones laborales de las camareras de piso o limpiadoras de habitaciones de hotel en España, su deterioro a partir de la reforma laboral de 2012 y el incremento de la externalización y subcontratación en el sector puede encontrarse en CAÑADA, Ernest, *Las que limpian los hoteles. Historias ocultas de la precariedad laboral*, Barcelona, Icaria, 2015; CAÑADA, Ernest, *Externalización del trabajo en hoteles. Impactos en los departamentos de pisos*, Barcelona, Alba Sud, 2016.

⁵² DAUGAREILH, Isabelle; DEGRYSE, Christophe y POCHE, Philippe (eds.), *The platform economy and social law: Key issues in comparative perspective*, Working Paper 2019.10, Bruselas, European Trade Union Institute, 2019.

⁵³ DEGRYSE, Christophe, «Technological disruption, social dereliction?», en Daugareilh, Isabelle *et al.* (eds.), *The platform...*, ob. cit., 2019, pp. 11-33; ROCHA, Fernando, *La dimensión laboral de la economía digital. Reflexiones para un debate en proceso*, Madrid, Fundación 1.º de Mayo, Colección Informes, n.º 146, 2020.

⁵⁴ CASILLI, Antonio *et al.*, *Le Micro-travail...*, ob. cit.

resulta invisible para la sociedad y quienes lo llevan a cabo no aparecen en las estadísticas públicas de empleo.

Con la economía de plataforma digital han surgido en pocos años unos verdaderos monopolios globales, pero con unas características muy distintas de las empresas tradicionales. Así, Amazon es el nuevo supermercado global, Netflix el nuevo cine global, Uber se ha convertido en la mayor empresa de taxis del mundo sin disponer en propiedad de un solo taxi, no gastando nada en su mantenimiento o reparación, no empleando a ningún conductor, no siendo responsable de los posibles accidentes automovilísticos y no pagando nada del seguro de los vehículos⁵⁵. Pero la economía de plataforma no se limita a estas empresas emblemáticas, pues atrae cada vez a más empresas, también a las tradicionales, pues en cualquier sector de actividad se puede recurrir a las plataformas y a los algoritmos con relativa o mucha facilidad⁵⁶.

5. SINDICATOS Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA ENTRE LOS TRABAJADORES SIN REPRESENTACIÓN

En este apartado se analizan las respuestas planteadas por los sindicatos para intentar que los trabajadores sin representación o con prácticamente nulas posibilidades de tenerla puedan estar cubiertos por representantes unitarios y/o sindicales y por la negociación colectiva. Ante todo, se examinan dichas propuestas distinguiendo entre los trabajadores de pequeñas empresas, los autónomos (dependientes y falsos autónomos) y los trabajadores de las plataformas digitales, para a continuación, introducir unas reflexiones más globales al respecto sobre trabajadores atípicos o dispersos.

En el caso de trabajadores de pequeñas empresas, las apuestas sindicales pasan en algunos casos por establecer delegados territoriales o de determinados espacios que concentran trabajadores adscritos a una pluralidad de empresas (p.ej., en determinados polígonos o en aeropuertos), o bien delegados sindicales que asuman las funciones de voz en dichos espacios. En pequeñas empresas no ubicadas en este tipo de espacios estos delegados no existen. Sin embargo, si se trata de empresas que prestan sus servicios de forma permanente a otra mayor —subcontratas— y con representantes de los trabajadores, se intenta que éstos apoyen en lo que puedan a los trabajadores de las primeras, especialmente en materia de prevención y riesgos laborales. Además, en el caso de pequeños negocios (comercios, restauración, etc.), desde el sindicato minoritario CNT señalan haberse planteado la posibilidad de reivindicar frente al gremio correspondiente como si se tratara de una unidad empresarial, siempre que previamente se hubiera considerado que se movilizaría un número suficiente de trabajadores. Pero se reconoce que ésta es una condición de difícil cumplimiento en este tipo de trabajos donde los empleados suelen tener miedo a la movilización.

En lo que se refiere a los trabajadores autónomos, desde hace un tiempo los sindicatos han empezado a abrir sus puertas a la afiliación de estos trabajadores. Si a nivel europeo

⁵⁵ DEGRYSE, Christophe, «Technological...», ob. cit.

⁵⁶ DEGRYSE, Christophe, «Technological...», ob. cit.

diversos sindicatos aprueban la afiliación de éstos⁵⁷, en España los sindicatos mayoritariamente lo permiten a los trabajadores autónomos sin asalariados a su cargo. En algún sindicato se han creado organizaciones específicas de autónomos, como en el caso de UGT. Sin embargo, la opción mayoritaria entre los sindicatos españoles es no disponer de una organización específica para los autónomos, que se agrupan sectorialmente con los trabajadores por cuenta ajena. Este es el caso de CCOO y de CNT, entre otros. El sindicato CGT, por su parte, ha hecho lo mismo con los trabajadores del sector de la informática mediante la denominada «coordinadora de informática». En ésta se organizan sus afiliados de las diferentes empresas del sector, así como los trabajadores autónomos del mismo.

El trabajo en plataformas digitales se presenta bajo diversas modalidades, con una gran fragmentación y heterogeneidad de formas de empleo, lo que supone un reto añadido a efectos de organización y representación de los trabajadores. Se trata de empleos en los que los trabajadores no se conocen entre sí, o tienen serias dificultades para ello, al no disponer de trato directo entre ellos mismos o solo circunstancialmente, por lo que resulta muy difícil que se generen relaciones de confianza⁵⁸. Además, y como se ha comentado, pasar de uno a otro empleo en la economía *gig*, en diverso tipo de actividades y en empleos de breve duración, inevitablemente dificulta que se establezcan lazos de comunidad e identidad entre los trabajadores que comparten intereses⁵⁹. Aun cabe añadir que el trabajo en plataformas suele implicar unas relaciones triangulares (trabajador —usuario o cliente— empresario o plataforma), lo que hace difícil identificar quién es el empleador, esto es, la contraparte con la que negociar. Debido a ello, los esfuerzos de organización colectiva son particularmente agudos entre dichos colectivos⁶⁰.

Los sindicatos a nivel europeo en su mayoría han evolucionado, como recoge el esquema 1, de la exclusión de los denominados trabajadores atípicos a formas de creciente implicación, todo ello en momentos diversos. La exclusión se explicaba justamente por las características que los hacen «atípicos», esto es, por tratarse de trabajadores en formas de empleo distantes de las cubiertas tradicionalmente por las prácticas sindicales. Sin embargo, puede decirse que, tanto a nivel europeo como a nivel español, se van consolidando algunas iniciativas sindicales para establecer procedimientos de organización y representación de dichos trabajadores atípicos⁶¹. Respecto a los trabajadores de plataformas digitales, Berg *et al.*⁶² ponen los ejemplos

⁵⁷ Eurofound, *Employment...*, ob. cit.; Aloisi, Antonio, *Negotiating the digital transformation of work: non-standard workers' voice, collective rights and mobilisation practices in the platform economy*, Florencia, European University Institute, Working Paper MWP 2019/03, 2019. Recuperado de https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/63264/MWP_Aloisi_2019_03.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁵⁸ TODOLÍ-SIGNES, Adrian: «El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», *IUSLabor*, 2015, n.º 3, pp. 1-25; JOHNSTON, Hannah y LAND-KAZLAUSKAS, Chris, *Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy*, Ginebra, International Labour Office, 2018.

⁵⁹ SENNETT, Richard, *La Corrosión...*, ob. cit.; Barranco, Oriol, «A vueltas...», ob. cit.

⁶⁰ JOHNSTON, Hannah y LAND-KAZLAUSKAS, Chris, *Organizing...*, ob. cit.

⁶¹ EUROFOUND, *Employment...*, ob. cit.; VANDAELE, Kurt, *Will trade unions survive? Emerging patterns of platform workers' collective voice and representation in Europe*, Working Paper 2018.05, Bruselas, European Trade Union Institute, 2018.

⁶² BERG, Janine *et al.*: *Digital...*, ob. cit.

posiblemente pioneros del sindicato alemán IG Metall y del sindicato sueco de trabajadores de cuello blanco Unionen. IG Metall ha desarrollado una página web «FairCrowd.work» en la que los trabajadores pueden contactar y poner en común opiniones en relación con la plataforma para la que trabajan⁶³. En España, también se han puesto en marcha iniciativas semejantes. Así, por ejemplo, UGT recientemente creó una plataforma-web denominada «Tu respuesta sindical ya» para que los trabajadores de plataformas puedan contactar y hacer consultas al sindicato, de la cual se hace una valoración muy positiva desde dicho sindicato.

Esquema 1. Respuestas sindicales en relación con los trabajadores atípicos.

	Reconocimiento de sus intereses	Representación interna (en el sindicato)	Representación externa
Exclusión	Bajo: no reconocimiento	Exclusión de la afiliación	Se les considera ajenos al mercado de trabajo
Subordinación	Bajo: subordinación a los intereses de los trabajadores estables	Estatus afiliativo secundario; derechos reducidos de participación en responsabilidades del sindicato	La política sindical les bloquea en posiciones secundarias del mercado de trabajo
Inclusión	Alto: reconocimiento equivalente a los trabajadores estables, igualdad de trato	Igual estatus afiliativo, con plenos derechos de participación en responsabilidades del sindicato	Mismo trato sobre mismas bases
Implicación	Alto: reconocimiento diferenciado, con trato diferente	Estatus diferenciado de afiliación; estructuras propias de participación	Políticas que reconocen necesidades diferenciadas

Fuente: Heery⁶⁴.

Es importante tener presente que el modelo de representaciones unitarias en España está basado en el centro de trabajo de una empresa, concepto que no es fácil trasladar a un modelo basado en entornos virtuales o dispersos⁶⁵. En cambio, la sección sindical, por su versatilidad, es una estructura de notable interés de cara a la mejora de la organización y representación de los trabajadores en estos ámbitos productivos.⁶⁶ Esteban Legarreta

⁶³ JOHNSTON, Hannah y LAND-KAZLAUSKAS, Chris, *Organizing...*, ob. cit.; KILHOFFER, Zachary *et al.*: *Study...*, ob. cit.

⁶⁴ HEERY, Edmund, «Trade unions and contingent labour: scale and method», *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, 2009, n.º 2, pp. 429-442. Sobre esta cuestión ver también MARINO, Stefania; BERNACIAK, Magdalena; MROZOWICKI, Adam y PULIGNANO, Valeria, «Unions for whom? Union democracy and precarious workers in Poland and Italy», *Economic and Industrial Democracy*, vol. 40, 2019, n.º 1, pp. 111-131.

⁶⁵ MORENO DÍAZ, Juan Manuel, «Las nuevas formas de representación colectiva en la economía colaborativa», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 2, 2019, n.º 7, pp. 205-223.

⁶⁶ ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo, *El ámbito de las representaciones sindicales*, Albacete, Bomarzo, 2020, pp. 24-27, señala que las secciones sindicales tienen la flexibilidad de poderse constituir más allá del ámbito de la empresa. Por un lado, porque los sindicatos tienen reconocido el derecho a organizar su actividad como

resalta por su carácter innovador la figura del Delegado Sindical sectorial, que considera una excelente herramienta para resolver las graves carencias representativas en sectores cuyas circunstancias productivas imposibilitan la constitución de órganos unitarios⁶⁷.

En muchos países de nuestro entorno la aproximación de los sindicatos más consolidados⁶⁸ hacia los trabajadores dispersos física y/o geográficamente se ha centrado en el objetivo de aplicarles los convenios colectivos. Sin embargo, como exponen Godino y Molina⁶⁹, la negociación colectiva en España, como en la mayoría de países europeos, se estructura en base a los sectores de actividad. Ahora bien, en la medida en que la externalización de actividades y la irrupción de nuevos empleos rompe o difumina las fronteras entre sectores de actividad, se plantea un serio reto para la eficacia de la negociación colectiva, y también para las propias organizaciones sindicales y patronales que se estructuran en base a dichos sectores de actividad. Es por ello que, de acuerdo con los mismos autores, los procesos de externalización conllevan una fragmentación de la negociación colectiva, y como resultado de ello de las relaciones laborales.

La inercia de las tradiciones culturales, estratégicas y organizativas, quizás explique, como apuntan Johnston y Land-Kazlauskas⁷⁰, que los sindicatos más consolidados estén siendo lentos en adaptar su acción a la situación de los trabajadores atípicos y que, por ello, con el tiempo hayan emergido algunas organizaciones sindicales de base o sindicatos de oficios, también cooperativas y fundaciones, con iniciativas encaminadas a proteger o mejorar las condiciones de empleo, y/o que conectan a dichos trabajadores atípicos a través de las redes, como Facebook, WhatsApp o Instagram. Los mismos autores concluyen que deberían desarrollarse sinergias entre la capacidad organizativa de dichos sindicatos más consolidados y la imaginación y espontaneidad de los más nuevos y de las nuevas iniciativas organizativas, aprovechando las fortalezas de cada uno a fin de combatir la remercantilización del trabajo.

En España y otros países han aparecido asociaciones u organizaciones o sindicatos «independientes» en el entorno del trabajo en plataformas digitales, en algunos casos a partir de comunidades locales, al objeto del empoderamiento de los trabajadores, al mismo tiempo que se convierten en espacios de sociabilidad y socialización. Estos pequeños

consideren más oportuno. Por otro, porque la LOLS no prohíbe dicha posibilidad y la doctrina judicial y la jurisprudencia existente han considerado que este tipo de organización supraempresarial «no cabe oponerla a la empresa a la hora de reivindicar prerrogativas y facultades, salvo que las Secciones y sus prerrogativas se hayan establecido en la negociación colectiva o en pacto de empresa» (p. 24).

⁶⁷ ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo, «El papel de la negociación colectiva como herramienta de reforzamiento de las representaciones sindicales más allá de la empresa», *Lan Harremanak*, 2019, n.º 41, pp. 1-14.

⁶⁸ Por *sindicatos «más consolidados»* nos referimos a aquéllos con largos años de historia y que debido a ello, algunos más otros menos, mantienen inercias organizativas y estratégicas de su pasado. Johnston, Hannah y Land-Kazlauskas, Chris, *Organizing...*, ob. cit., se refieren a estos sindicatos como «well-established unions» (pp. 11 y 31), que contrastan con los «nuevos sindicatos» («new unions») y con las nuevas iniciativas organizativas de los trabajadores («new organizing initiatives»).

⁶⁹ GODINO, Alejandro y MOLINA, Oscar, *The Impact of Outsourcing on Collective Bargaining Coverage: A Comparative Analysis in Six Countries*, Research Report – RECOVER project, 2019. Recuperado de <https://ddd.uab.cat/record/202675>.

⁷⁰ JOHNSTON, Hannah y Land-Kazlauskas, Chris, *Organizing...*, ob. cit.

sindicatos a menudo intervienen al margen del marco regulatorio e institucional tradicional. Johnston y Land-Kazlauskas citan, en el Reino Unido, el «Independent Workers Union of Great Britain» (IWGB) como un ejemplo de este tipo de sindicato constituido por trabajadores *gig*; o en la ciudad de Nueva York, el «New York Taxi Workers Alliance» (NYTWA)⁷¹. En el caso de España han de destacarse experiencias como las de *Sindillar/Sindihogar* (sindicato independiente de mujeres trabajadoras del hogar y de cuidados), *Riders por Derechos* de los repartidores de comida a domicilio, la *Plataforma de Atención Domiciliaria* (PAD) de las trabajadoras de tareas y cuidado en el hogar a personas que lo requieren, o las dos asociaciones/sindicatos de las camareras de piso o limpiadoras de habitaciones de hoteles: *Kellys Union* y *Kellys confederadas*.⁷²

También han surgido algunas iniciativas u asociaciones, algunas de ellas controvertidas, como por ejemplo la *Asociación Española de Riders Mensajeros* (ASORIDERS), promovida por Deliveroo, la *Asociación Profesional de Riders Autónomos* (APRA) o la *Asociación Autónoma de Riders*, que, aunque pretenden defender los intereses de los trabajadores, todas ellas plantean que los *riders* o repartidores deben ser autónomos⁷³. Como ejemplo, en julio de 2018, ASORIDERS firmó un primer Acuerdo de Interés Profesional con Deliveroo (Roofood Spain, SLU) de aplicación a los TRADE afiliados a la Asociación; un acuerdo que parte del principio de que los *riders* no son trabajadores asalariados y Deliveroo no es su empleador. De ahí que Rodríguez-Piñero considere que el citado acuerdo no es un instrumento para mejorar las condiciones de empleo sino para evitar la aplicación de convenios colectivos⁷⁴. Se trata de un acuerdo que está en línea con los planteamientos de ADIGITAL que apremia al gobierno para que acometa una reforma de la Ley 20/2007 que corrobore que los trabajadores de plataformas se califiquen como autónomos y estén encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos^{75 76}.

En todo caso, el trabajo disperso supone un reto para construir una voz colectiva. Así se explica la aparición en estos ámbitos de diversos tipos de plataformas o fóruns como un recurso importante para trabajadores geográficamente dispersos y/o aislados del resto de

⁷¹ JOHNSTON, Hannah y LAND-KAZLAUSKAS, Chris, *Organizing...*, ob. cit.

⁷² Sobre la historia de la formación y las características y demandas de las asociaciones-Sindicatos de las *Kellys* ver CAÑADA, Ernest, «La rebelión de las camareras de piso», en Martí, Salvador; González, Robert; Gomà, Ricard y Ibarra, Pedro (eds.), *Movimientos sociales y derecho a la ciudad. Creadoras de democracia radical*, Barcelona, Icaria, 2018, pp. 118-133; y para la de *Sindillar/Sindihogar* ver ROSETTI, Homera, «Sindihogar, la voz de las trabajadoras del hogar», en Martí, Salvador et al., *Movimientos...*, ob. cit., pp. 103-117.

⁷³ CAÑIGUAL, Albert, *El mercado laboral digital a debate. Plataformas, Trabajadores, Derechos y Worker-Tech*, Fundación COTEC, 2019. Recuperado de https://cotec.es/media/INFORME-WORKERTECH_PIACOTEC.pdf.

⁷⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, «Spain», en Daugareilh, Isabelle et al. (eds.), *The platform...*, ob. cit., 2019, pp. 92-106.

⁷⁵ ADIGITAL, *Propuesta normativa en materia de trabajo en plataformas digitales*. Recuperado de <https://old.adigital.org/media/propuesta-regulatoria-plataformas-digitales.pdf>.

⁷⁶ En los momentos de finalizar este capítulo el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia histórica por la que considera que los *riders* son trabajadores asalariados, unificando de este modo los diversos criterios que habían expresado hasta el momento los tribunales españoles.

compañeros. Como señalan Johnston y Land-Kazlauskas a nivel internacional⁷⁷ y hemos comprobado en las tres plataformas que hemos estudiado en España, dichos fóruns y espacios *online* permiten a estos trabajadores compartir experiencias del trabajo, discutir sobre condiciones laborales e ingresos y atraer a nuevos trabajadores. Se trata de un elemento clave, pues, como señalan los mismos autores⁷⁸ respecto a los trabajadores de plataforma, éstos deben afrontar diversos obstáculos para lograr una «normalización» laboral: 1) identificar y promover unos intereses comunes entre los trabajadores; 2) elegir un espacio o varios de encuentro, virtuales y/o reales, para evitar el aislamiento; 3) identificar la contraparte con quien negociar; y 4) elegir unos recursos de poder para plantear unas demandas colectivas. Además, como exponen Vandaele *et al.*⁷⁹, la adhesión a una plataforma como *facebook* no comporta necesariamente costes ni compromisos; puede ser suficiente apuntarse como seguidor para ser considerado un miembro. Este papel clave jugado por dichos fóruns y espacios online, como se ha comentado, ha llevado a que los sindicatos y otros colectivos hayan empezado a experimentar con este tipo de herramientas como ayuda y para llegar a dichos sectores⁸⁰.

Atendiendo a Cañigüeral⁸¹, por el momento en España son los sindicatos minoritarios quienes han dado un apoyo más efectivo a trabajadores en las plataformas digitales. Riders por derechos o la PAD son ejemplos de ello. Los primeros cuentan con el apoyo de Intersindical Alternativa de Catalunya (IAC), sindicato al que, en la ciudad de Barcelona, están adheridos. La PAD, por su lado, consiguió que algunos de sus miembros fueran elegidas delegadas sindicales con una candidatura del Sindicato Comisiones de Base (Co.bas), aunque ésta fue una experiencia de breve duración.

Por su parte, aunque en CCOO se reconoce que «los temas emergentes como la digitalización están en su mayoría fuera de las prioridades de la agenda de negociación actual de los y las representantes sindicales»⁸², los sindicatos *generales*, tanto los mayoritarios (CCOO y UGT) como los minoritarios (CGT, CNT, IAC, Co.bas, etc.), también han recurrido a las redes sociales. Así, como se ha comentado, UGT dispone del portal «Tu respuesta sindical ya» pensado para los trabajadores de Plataformas digitales⁸³. CCOO y

⁷⁷ JOHNSTON, Hannah y LAND-KAZLAUSKAS, Chris, *Organizing...*, ob. cit., p. 13, ponen los ejemplos de múltiples fóruns surgidos en torno a Amazon Mechanical Turk.

⁷⁸ JOHNSTON, Hannah y LAND-KAZLAUSKAS, Chris, *Organizing...*, ob. cit., p. 37.

⁷⁹ VANDAELE, Kurt; PIASNA, Agnieszka y DRAHOKOUPIL, Jan, *'Algorithm breakers' are not a different 'species': attitudes towards trade unions of Deliveroo riders in Belgium*, Working Paper 2019.06, Bruselas, European Trade Union Institute, 2019.

⁸⁰ JOHNSTON, Hannah y LAND-KAZLAUSKAS, Chris, *Organizing...*, ob. cit.

⁸¹ CAÑIGÜERAL, Albert, «¡El trabajo ya no es lo que era!», *El Diario.es*, 9 de setiembre de 2019.

⁸² CCOO, *Reforzar la participación sindical para una transformación justa a la digitalización*, 2019, pp. 5-6. Recuperado de <https://www.ccoo.es/d5e6c5a69d6f8c6c15911196fd633915000001.pdf>.

⁸³ Por su parte, la Confederación Europea de Sindicatos ha firmado el 22 de junio de 2020 el primer acuerdo marco europeo sobre digitalización con las organizaciones empresariales BusinessEurope, CEEP y SMEunited. El acuerdo expresa la necesidad de adaptar los mercados laborales, el sistema educativo y la formación, y los sistemas de protección social para asegurar una transición mutuamente beneficiosa para empleadores y trabajadores en la transición digital, para cuyo fin se establecen algunos compromisos. El acuerdo incluye en sus propósitos a los trabajadores de plataformas, aunque añade acto seguido «siempre que se den relaciones laborales según la legislación del país». Ver: <https://www.etuc.org/en/document/eu-social-partners-agreement-digitalisation>.

UGT en sus documentos congresuales⁸⁴ basan su estrategia, entre otros aspectos, en las elecciones sindicales, en la cobertura de la negociación colectiva y en la actividad de las respectivas secciones sindicales. El sindicato CGT comparte estas líneas de acción, pero la gran autonomía de acción y decisión que tienen sus federaciones sectoriales y secciones de empresa permite que puedan innovarse formas organizativas allí donde sus afiliados lo consideren necesario por la realidad del ámbito de intervención. Así se explica, por ejemplo, la creación de la mencionada «coordinadora de informática», que viene a ser como una sección sindical de empresa que en este caso agrupa a los afiliados al sindicato del sector, tanto a los trabajadores contratados por las diferentes empresas del sector como a los autónomos de éste. Finalmente, el modelo sindical más claramente diferente es el de la CNT, que en su XI Congreso Confederal de 2015 estableció la posibilidad de constituir secciones sindicales en cualquiera de los ámbitos de la estructura empresarial, ya sea a nivel de centro de trabajo, empresa y grupo de empresas, de forma exclusiva o simultánea. Asimismo, el sindicato aboga por la organización en barrios, al considerar que «el centro de trabajo ha dejado *de ser* en muchos casos espacio de socialización» [palabras en cursivas añadidas] y que «la fragmentación, la movilidad y la temporalidad dificultan en muchos casos y en los sectores más precarios la formación de un sentimiento colectivo en el trabajo. Muchas veces este proceso se da con más facilidad en el barrio, que es además donde se plasman muchas de las injusticias y formas de explotación del capitalismo»⁸⁵.

En el entorno del trabajo independiente y en plataformas digitales también han surgido diversos tipos de cooperativas de trabajadores, con el objetivo de generar o asegurar empleo y mejorar sus condiciones, pero también para ofrecer servicios a los trabajadores de dichos ámbitos. Entre las primeras estarían cooperativas como *Mensakas*, de mensajeros en Barcelona. Entre las que ofrecen servicios y asesoramiento, Johnston y Land-Kazlauskas⁸⁶ citan a la cooperativa *SMart*, surgida en Bélgica, y que en su día contrató a trabajadores —entre otros *riders* de Deliveroo⁸⁷, que de otra manera hubieran sido autónomos. Cañigual⁸⁸ pone el ejemplo *WorkerTech*, que ofrece servicios digitales a los trabajadores independientes y un mayor acceso a protecciones y derechos. En todo caso, las cooperativas en estos ámbitos ofrecen una alternativa a las relaciones comerciales e individuales de las plataformas comerciales, pero cuyos resultados resultan aún difíciles de valorar por su corto historial.

⁸⁴ Ver los documentos del 11.º Congreso Confederal de CCOO, de 2017.

⁸⁵ Ver los acuerdos del XI Congreso Confederal de la CNT, de 2015.

⁸⁶ JOHNSTON, Hannah y LAND-KAZLAUSKAS, Chris, *Organizing...*, ob. cit., p. 19.

⁸⁷ DRAHOKOUPIL, Jan y PIASNA, Agnieszka, *Work...*, ob. cit., 2019, explican la experiencia de *SMart* y los trabajadores de Deliveroo. *SMart*, la abreviatura francesa de «Société Mutuelle pour Artist» se fundó como asociación en 1998 en Bélgica para dar apoyo a trabajadores autónomos artistas y profesionales. En 2016 se constituye la cooperativa «SmartCoop». Posteriormente ésta extiende sus actividades de asesoramiento y acompañamiento a otros países, entre ellos España. En mayo de 2016 SmartCoop llegó a un acuerdo con Deliveroo por el que hasta el 90% de los trabajadores de la plataforma en Bélgica fueron contratados por la cooperativa; sin embargo, Deliveroo dio por finalizado ese acuerdo en octubre de 2017.

⁸⁸ CAÑIGUAL, Albert, *El mercado...*, ob. cit.

6. CONCLUSIONES

El hecho de que en España algo más de la mitad de los trabajadores asalariados no disponga, o en algunos casos lo desconozcan, de representación en su empresa o centro de trabajo muestra los límites del sistema institucionalizado de representación y, en definitiva, del ejercicio de derechos fundamentales del trabajo de la OIT. Este es un reto importante para los sindicatos y para la organización y defensa de los derechos de los trabajadores y para la mejora de sus condiciones de trabajo y empleo. Se trata de un reto que resulta básico a tenor de la amplitud y expansión que adquiere la precarización del empleo, y más en particular de las diversas formas de empleo no cubiertas por los sistemas institucionalizados de representación. Para implantar en dichos ámbitos el derecho de representación y para una efectiva revitalización de los sindicatos entre estos colectivos, los sindicatos deben introducir formas de organización y de representación que se ajusten a los requerimientos de los trabajadores en sus diferentes situaciones de empleo.

En el presente capítulo nos hemos referido a trabajadores asalariados de pequeñas empresas o centros de trabajo, trabajadores «externalizados», trabajadores que transitan de un empleo a otro, o entre empleo y paro y trabajadores geográficamente dispersos. También hemos tenido en cuenta a los trabajadores autónomos, en particular a los dependientes y a los que están en situaciones que son asociables, con mayor o menor claridad, a falsos autónomos. Finalmente, hemos dedicado un espacio a los trabajadores de las plataformas digitales.

Estamos ante una realidad compleja y variada que pone en tensión, e incluso cuestiona, instituciones esenciales para la ordenación social y normativa del trabajo⁸⁹. Para Johnston y Land-Kazlauskas⁹⁰ el trabajo realizado para plataformas digitales, y puede añadirse el de otras formas de empleo disperso, es en definitiva trabajo y quienes lo realizan son trabajadores. Por tanto, en cuanto trabajadores se les debe aplicar tanto el Convenio 87 (sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación), como el 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva) de la OIT. En términos parecidos se manifiesta Todolí-Signes cuando plantea que en España se deben incorporar dentro del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores todos los que presten servicios sin ser una verdadera empresa⁹¹.

Se ha dicho que la legislación actual en la mayoría de los países europeos mantiene una distinción binaria entre trabajo dependiente o subordinado, por un lado, y trabajo autónomo, por otro⁹². De ahí que la legislación deba adaptarse a estas nuevas formas de

⁸⁹ PASTOR MARTÍNEZ, Albert, «Representación...», ob. cit.; DUEÑAS HERRERO, Laurentino J., «Retos y propuestas para la regulación del trabajo en los procesos productivos de las plataformas digitales», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 37, 2019, n.º 2, pp. 275-292.

⁹⁰ JOHNSTON, Hannah y LAND-KAZLAUSKAS, Chris, *Organizing...*, ob. cit., p. 19.

⁹¹ TODOLÍ-SIGNES, Adrian, «Algorithms, artificial intelligence and automated decisions concerning workers and the risks of discrimination: the necessary collective governance of data protection», *Transfer. European Review of Labour and Research*, vol. 25, 2019, n.º 4, pp. 465-481.

⁹² COUNTOURIS, Nicola y DE STEFANO, Valerio, *New trade union strategies for new forms of employment*. Bruselas, European Trade Union Institute, 2019; KILHOFFER, Zachary, *Study...*, ob. cit.

empresas y de empleo y deban adecuarse los sistemas de protección social, en particular pensando en los episodios de empleo más irregulares y en las frecuentes transiciones entre diversos estatus de empleo⁹³. Se da, pues, un elevado consenso en que es necesario reformular o readaptar el marco regulador existente a las especificidades que presentan las formas de trabajo características de nuestros días, que escapan a los estándares tradicionales.

Para UGT no se trata de dar por muerto el Derecho del Trabajo, sino de adaptarlo a las nuevas características del fenómeno, para que las instituciones puedan desarrollar su labor con efectividad⁹⁴. Por su parte, para CCOO es necesario revisar la legislación laboral para que responda a las nuevas situaciones, a veces confusas entre la laboralidad y la no laboralidad, o entre la condición de autónomo o trabajador dependiente⁹⁵. También, la Inspección de Trabajo, como instrumento público de vigilancia y control de los derechos laborales, debería adaptar sus medios a estas nuevas realidades laborales, como elemento clave para afrontar la presente situación de crecientes colectivos de trabajadores y trabajadoras. Finalmente, destacamos el sindicato CNT que, como se ha visto, rechaza los comités de empresa y opta claramente por las secciones sindicales como medio de intervenir, sea en los ámbitos empresariales tradicionales como en los emergentes.

⁹³ PESOLE, Annarosa *et al.*, *Platform...*, ob. cit.

⁹⁴ UGT, *El trabajo en la economía colaborativa y la prevención de riesgos laborales*, 2018. Recuperado de http://www.ugt.cat/download/mon_del_treball/Economia-de-plataformes/Resumen-ejecutivo_El-trabajo-en-la-economia-colaborativa-y-la-prevencion-de-riesgos-laborales.pdf.

⁹⁵ CCOO, *Reforzar...*, ob. cit.

LAS COMISIONES *AD HOC* COMO FÓRMULA REPRESENTATIVA DE LAS PLANTILLAS SIN REPRESENTACIÓN ESTABLE: CARACTERIZACIÓN GENERAL Y VALORACIÓN CRÍTICA*

Xavier Solà i Monells

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Grup de Recerca Drets dels Treballadors Espanyols i Estrangers (DRELATES)
Institut d'Estudis del Treball (IET) - Universitat Autònoma de Barcelona*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS CARACTERES DEFINITORIOS DE LAS COMISIONES *AD HOC*. 2.1. Subsidiariedad. 2.1.1. *La ausencia de representación unitaria como condicionante general pero no único*. 2.1.2. *La renuncia de las secciones sindicales mayoritarias*. 2.2. Restricción objetiva. 2.3. Voluntariedad. 2.4. Dualidad. 2.4.1. *Comisión interna*. 2.4.2. *Comisión externa*. 3. REFLEXIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

La defensa de los derechos de las personas trabajadoras en el ámbito de la empresa depende en buena medida de la existencia de estructuras de representación estables y ello, en el caso del ordenamiento jurídico español, queda directamente ligado a la constitución de órganos de representación unitaria. La elección de delegados y delegadas de personal o, en su caso, de un comité de empresa permite a las plantillas de los centros de trabajo disponer de un mecanismo permanente de protección de sus intereses a nivel colectivo. También desarrollan un importante papel las secciones sindicales, aunque su representación se ciñe en principio al concreto colectivo de personas afiliadas y sus derechos quedan fuertemente limitados si no se han articulado aquellos otros órganos.

No existen datos concretos y actualizados sobre la tasa de cobertura de la representación unitaria, pero diversos indicadores apuntan que no llega al 50% de la población asalariada¹. Como es bien sabido, tal representación solo es viable para las plantillas de los centros de trabajo donde prestan servicios más de cinco personas. Atendiendo a la Estadística de Empresas Inscritas en la Seguridad Social, elaborada por el Ministerio

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+I titulado «La representación laboral en las empresas dispersas y en red: problemática, disfunciones y propuestas correctoras» (DER2017-83189-R), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

¹ Véase, al respecto, el Capítulo «Los trabajadores y las trabajadoras sin representación en la empresa y el sindicato», incluido en esta misma obra y elaborado por los profesores Ramon Alós y Oriol Barranco, particularmente el epígrafe donde se realiza una aproximación cuantitativa a este fenómeno.

de Trabajo y Economía Social, el 15% de las personas empleadas a septiembre de 2020 lo eran en empresas que no alcanzan ese tamaño mínimo², circunstancia que determina automáticamente su exclusión del sistema de representación unitaria. Además, muchas de las empresas que lo superan se estructuran en micro centros de trabajo donde tampoco será posible la convocatoria de elecciones, y aunque lo sea no siempre se acaban constituyendo órganos de representación unitaria³.

La articulación de mecanismos para permitir que las plantillas sin estructuras de representación estables puedan defender sus intereses a nivel colectivo constituye, pues, una cuestión de enorme relevancia en nuestro sistema de relaciones laborales. Hasta la fecha el legislador no ha afrontado esta problemática desde una perspectiva general, aunque sí ha intentado ofrecer soluciones específicas para determinadas situaciones que ha considerado especialmente trascendentes, concretamente cuando la parte empresarial plantea la adopción de una medida reorganizativa que requiere la apertura de un período de consultas (hipótesis de los arts. 40.2, 41.4, 47.1, 47.2, 51 y 82.3 del TRLET), permitiendo que las plantillas de los centros de trabajo donde no existan órganos electos de tipo unitario puedan atribuir su representación a una comisión *ad hoc* que admite diversas configuraciones⁴.

Este mecanismo, cuyos orígenes se sitúan en el art. 4 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos⁵, fue introducido por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (RDL 10/2010) y posteriormente modificado por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (L

² Concretamente 1.999.672 personas sobre un total de 13.744.252 (<http://www.mites.gob.es/estadisticas/Emp/welcome.htm> consultado el 13 de octubre).

³ Así lo ponen de manifiesto numerosos estudios, como por ejemplo Jodar, Pere; Alós, Ramon; Beneyto, Pere; Vidal, Sergi: «La representación sindical en España: cobertura y límites», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, número 36, 2018, pp. 15-34. Dicho estudio recoge dos datos especialmente reveladores: el primero, derivado de la información extraída de la Encuesta de Calidad de Vida en el Trabajo elaborada por el Ministerio de Trabajo de 1999 a 2010, señala que en ese último año la tasa de cobertura de la representación unitaria era del 47,4 %; el segundo, extraído de la información sobre procedimientos electorales del año 2015, indica que solo el 53,3 % de las personas asalariadas tuvieron la posibilidad de votar en unas elecciones a representación unitaria.

⁴ Tras el cierre de este estudio se ha aprobado el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. En su art. 5.3 dicha norma introduce, en relación a la negociación de los planes de igualdad, una fórmula distinta y novedosa para resolver la falta de representación, que otorga todo el protagonismo a las organizaciones sindicales. Aunque esta nueva regulación no ha podido ser incorporada al presente estudio, algunas de las reflexiones que se efectuaran le resultan directamente aplicables.

⁵ Dicho precepto permitía que «en caso de no existir representación colectiva de los trabajadores en el centro o centros de trabajo» las plantillas afectadas pudiesen intervenir en la tramitación del procedimiento de regulación de empleo «debiendo, si su número es igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes, con los que la autoridad laboral entenderá las sucesivas actuaciones». La mayoría de la doctrina considera que este mecanismo constituye el antecedente más cercano y directo a las comisiones *ad hoc*, a pesar de las notables diferencias que presentan. Sirva como ejemplo Benavente Torres, María Inmaculada, «Las comisiones ad hoc en los períodos de consulta/negociación», *Temas Laborales*, número 124, 2014, p. 122.

35/2010), el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, para la reforma de la negociación colectiva (RDL 7/2011) y el Real Decreto-Ley 11/2013, sobre protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes de orden económico y social (RDL 11/2013). La última y más reciente reforma es la operada en relación a las suspensiones y reducciones de jornada por causas empresariales derivadas de la COVID-19 por el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes para hacer frente al impacto económico y social generado por dicha pandemia (RDL 8/2020). A día de hoy las comisiones *ad hoc* son el principal referente normativo para afrontar las situaciones de falta de representación, aunque no el único, porque como ha señalado la doctrina existen «formas de representación atípica» que en determinados casos también pueden ofrecer soluciones⁶. Además de presentar una notable complejidad técnica, esta fórmula representativa excepcional genera controversia entre la doctrina, e importantes reticencias por parte de las organizaciones sindicales, que en más de una ocasión han planteado la necesidad de reformularla⁷.

El objetivo del presente estudio es identificar las características generales de las comisiones *ad hoc* con la pretensión de determinar si ofrecen una solución adecuada a la problemática en la que se encuentran las plantillas sin órganos de representación estables que quieren actuar a nivel colectivo. Debido al limitado espacio del que dispongo, el análisis se centrará en los aspectos orgánicos, es decir, en la forma como se articula esta vía alternativa de representación, sin perjuicio de las referencias que puntualmente puedan efectuarse a elementos funcionales o competenciales.

Antes de iniciar el análisis procedo a enunciar los principios que, a mi entender, deben orientar la solución; principios que aparecen en algunas de las exposiciones de motivos de aquellas reformas normativas, en muchas de las reflexiones doctrinales sobre la materia e incluso en algunos pronunciamientos judiciales, y que deben ser oportunamente equilibrados, dado que a menudo llevan a caminos distintos.

El primero es el respeto a la voluntad de la plantilla afectada, que debe manifestarse conforme a las reglas democráticas básicas. La determinación del sujeto o sujetos que van a representar dicha plantilla debe tomar como referencia esencial la voluntad mayoritaria de las personas que la integran, asegurando que todas ellas puedan participar libremente en la elección de la fórmula preferida de entre las diversas posibles. La atribución no debería efectuarse directamente a través de la norma legal, excepto casos excepcionales, particularmente como vía subsidiaria ante la pasividad de la plantilla.

⁶ La expresión corresponde a GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, «El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación», en la obra colectiva *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 139 y ss. Los ejemplos más destacados de estas formas de representación atípica son las asambleas derivadas del ejercicio del derecho de reunión reconocido en los arts. 77 y SS. del TRLET y los representantes unitarios extraestatutarios.

⁷ Particularmente en relación a la inaplicación de convenios colectivos estatutarios. Véanse, por ejemplo, las conclusiones del estudio *Los acuerdos de inaplicación de convenios colectivos en cifras. Análisis de los datos registrados en REGCON (octubre 2010 – febrero 2019)*, elaborado por CCOO <https://www.ccoo.es/cms/cli/000001/o/e9/e9d82eef33d18d09f654f24df8888fdb000001.pdf> (consultado el 2 de octubre de 2020).

El segundo es la operatividad. En una plantilla que no dispone de estructuras de representación estables la adopción de aquella decisión puede resultar un tanto compleja y por tanto conviene articular fórmulas sencillas, cuidando que los pasos a seguir estén claros y los plazos sean suficientes, pero siempre con el rigor y las formalidades necesarias para ofrecer seguridad jurídica.

En tercer lugar, el principio de eficacia. Las fórmulas alternativas de representación deberían posibilitar una defensa eficaz de los intereses del colectivo representado, garantizando una actuación independiente frente a eventuales presiones e intentos de injerencia de la parte empresarial.

Cuarto y último, la preferencia por las fórmulas que impliquen la participación de organizaciones sindicales. Como es bien sabido la Constitución Española (CE) incluye el Derecho de libertad sindical en el catálogo de derechos fundamentales (art. 28.1), situándolo a un nivel superior que los restantes mecanismos de participación en la empresa (art. 129.2), y tal opción debe tenerse muy en cuenta cuando se diseñan fórmulas alternativas de interlocución para las plantillas que no disponen de estructuras representativas estables.

Adviértase que entre las directrices enunciadas no figuran otras motivaciones que explícita o implícitamente han estado presentes en algunas de aquellas reformas normativas, como por ejemplo facilitar a la parte empresarial la utilización de las medidas de flexibilidad interna o promocionar las fórmulas que más incentiven la obtención de acuerdos en los períodos de consulta. Sin discutir la legitimidad de estos planteamientos, considero que no tienen la misma entidad que los principios enunciados y que no deberían condicionar directamente la solución del problema, aunque sí puedan tomarse en consideración como parámetros complementarios.

2. LOS CARACTERES DEFINITORIOS DE LAS COMISIONES *AD HOC*

2.1. Subsidiariedad

2.1.1. *La ausencia de representación unitaria como condicionante general pero no único*

El art. 41.4 del TRLET condiciona la utilización de la comisión *ad hoc* a que «en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores», previsión que otorga a la figura que nos ocupa un carácter claramente subsidiario. La adjetivación «legal» es genérica y un tanto ambigua, pero no cabe duda que la representación a la que se hace referencia es la unitaria⁸. Así pues, las plantillas que de entrada podrán utilizar la fórmula representativa que nos ocupa serán las de los centros de trabajo que no dispongan de delegados o delegadas de personal ni comité de empresa, con independencia de las razones que

⁸ Básicamente por razones de interpretación sistemática, dado que la referencia aparece justo después de enunciar el supuesto contrario, esto es, la existencia de comité de empresa o delegados/as de personal, y también en coherencia con el significado que tiene la expresión en la mayoría de ocasiones en que es utilizada en el marco del TRLET. La cuestión resulta, a día de hoy, absolutamente pacífica entre la doctrina. Véase, por ejemplo, CRUZ VILLALÓN, Jesús, «La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010», en la obra colectiva *La reforma del mercado de trabajo y la Ley 35/2010*, Madrid, La Ley, 2011, p. 149.

hayan motivado esta falta de representación unitaria⁹, es decir, tanto en los casos donde el volumen de la plantilla lo impida, como en aquellos otros donde no se haya constituido aún cumpliéndose los requisitos legalmente exigidos¹⁰.

Una lectura global del art. 41.4 del TRLET pone de manifiesto que esta subsidiariedad no siempre se plantea al mismo nivel. En los casos de las empresas que disponen de un solo centro de trabajo la ausencia de representación unitaria permitirá a la plantilla afectada atribuir su representación a una comisión *ad hoc*, que en tales hipótesis se configura como una vía subsidiaria de primer nivel. No sucede lo mismo cuando se trata de empresas pluricelulares y son varios los centros de trabajo afectados, supuestos en los que el párrafo 2.º del precepto anteriormente citado prevé una fórmula representativa preferente que si se hace efectiva determina la imposibilidad de realizar aquella atribución: la intervención de las secciones sindicales que dispongan de la mayoría de la representación unitaria existente en los centros de trabajo afectados. En tales casos la comisión *ad hoc* se convierte en una vía subsidiaria de segundo nivel, porque no solo se condiciona a la ausencia de representación unitaria sino también a la inactividad de las secciones sindicales mayoritarias. Este último condicionante requiere, por su complejidad y trascendencia, un análisis detenido, pero antes de abordarlo no podemos dejar de apuntar otra hipótesis donde se establece una subsidiariedad de segundo nivel, aunque en este caso para una medida reorganizativa concreta y en un contexto singular.

Se trata de las negociaciones de suspensiones y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con la COVID-19, donde, en virtud de lo establecido por el art. 23.1.a) del RDL 8/2020, la representación de las plantillas de los centros de trabajo que no dispongan de órganos unitarios se atribuye de entrada a «los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación», indicando acto seguido que «En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores». Dejando a un lado los problemas interpretativos que plantea esta regulación excepcional¹¹,

⁹ Así lo destacan NAVARRO NIETO, Federico, «Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo como instrumento de flexibilidad interna: luces y sombras en la doctrina judicial más reciente», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2016, n.º 190, p. 956 y CRUZ VILLALÓN, Jesús: «La flexibilidad interna...», ob. cit., p. 149.

¹⁰ Las razones pueden ser muy diversas: porque no se han convocado elecciones, porque aún habiéndose convocado no se ha presentado ninguna candidatura, porque se han extinguido los mandatos de las personas que integraban el órgano de representación y no han sido sustituidas, etc.

¹¹ Aunque el limitado espacio de que dispongo me impide entrar a analizarlos con detalle, sí quisiera apuntar los cuatro más relevantes en relación a nuestro objeto de estudio. El primero es la delimitación de las concretas hipótesis a las que se aplica esta atribución *ex lege* de representación y, en concreto, si en caso de empresas pluricelulares con diversos centros de trabajo afectados todos ellos deben carecer de representación unitaria; una duda que el Criterio de la DGT de 6 de mayo de 2020 (SGON-929CRA) responde en sentido afirmativo. El segundo es la identificación de los sindicatos a los que se otorga la representación, que son los mismos que conforme al art. 41.4 del TRLET deben designar las personas que integrarán la comisión *ad hoc* externa. El tercero es cuántos de estos sindicatos deben participar en la negociación para poder ejercitar la preferencia representativa que les otorga la norma. El cuarto y último, la determinación del momento y la forma

no cabe duda que relega la comisión *ad hoc* a un tercer nivel y que la plantilla afectada solo podrá optar por esta fórmula representativa cuando aquellos sindicatos renuncien, expresa o tácitamente, a asumir la representación que se les otorga. Nada se indica en la exposición de motivos del RDL 8/2020 sobre las razones que fundamentan esta singular articulación, pero a buen seguro se vinculan a la reducción de plazos del procedimiento¹² y a la pretensión de facilitar una interlocución efectiva a la parte laboral en un contexto particularmente complejo.

2.1.2. *La renuncia de las secciones sindicales mayoritarias*

Como ya se ha apuntado, el párrafo 2.º del art. 41.4 del TRLET otorga preferencia a las secciones sindicales para representar durante el período de consultas a las plantillas de los centros de trabajo que no dispongan de estructuras de representación estables, una preferencia que se reconoce señalando que la interlocución de la parte laboral ante la dirección de la empresa «corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados». Queda claro pues que las opciones de interlocución que se describen en los siguientes párrafos del art. 41.4 del TRLET, que se resumen en la intervención de la representación unitaria o, en su defecto, la designación de una comisión *ad hoc*, solamente entrarán en juego cuando las secciones sindicales mayoritarias renuncien, de forma expresa o tácita, a ejercer su prioridad.

Como ha destacado en diversas ocasiones la doctrina¹³, esta articulación escalonada resulta acertada, porque responde a la preeminencia que la norma constitucional atribuye al sindicato y rompe el equilibrio que hasta el RDL 7/2011 existía entre la representación unitaria y la sindical respecto a los períodos de consultas¹⁴. Además, permite mantener la coherencia con el esquema adoptado en relación a la negociación del convenio colectivo

en que debe verificarse la inactividad sindical que permite a la plantilla afectada designar una comisión *ad hoc*. La segunda y la tercera cuestión serán analizadas en el epígrafe relativo a la comisión *ad hoc* externa, porque se plantean en términos casi idénticos en esta figura. En general, respecto a los problemas planteados por el art. 23.1.a) del RDL 8/2020, consúltense NIETO ROJAS, Patricia, «Sobre la comisión para negociar ERTES: ¿podrán los sindicatos atender tanta demanda?», Blog El Foro de Labos, 22 de mayo de 2020 (<https://forodelabos.blogspot.com/2020/05/sobre-la-comision-para-negociar-ertes.html> consultado el 6 de octubre de 2020).

¹² Conviene recordar que conforme al referido apartado a) del art. 21.3 del RDL 8/2020, que la interlocución de la parte laboral «debe estar constituida en el improrrogable plazo de 5 días», cuando ordinariamente el plazo es de 15 días, y que el apartado b) del mismo precepto también reduce la duración del período de consultas, en este caso de 15 a 7 días.

¹³ Véase, por ejemplo, MONEREO PÉREZ, José Luis: «El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la Reforma de 2012», *Temas Laborales*, 2012, n.º 115, ob. cit., p. 338.

¹⁴ Hasta ese momento el art. 41.4.2.º del TRLET identificaba los interlocutores de la negociación de forma indirecta, al fijar los requisitos del acuerdo resultante del período de consultas. Se indicaba así que «Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquellos». Las dos alternativas de interlocución se reconocían, de esta forma, en un plano de igualdad, sin establecer ni directa ni indirectamente ninguna priorización entre ellas.

estatutario, para la cual el art. 87.1.2.º del TRLET contempla una prioridad idéntica¹⁵, introducida a través esa misma reforma normativa. El marcado paralelismo que existe entre ambas reglas aconseja tomar en consideración, con la debida cautela e introduciendo los ajustes que resulten necesarios, los criterios doctrinales y jurisprudenciales elaborados en relación al último precepto citado para afrontar los problemas que pueda generar el art. 41.4.2.º del TRLET¹⁶.

Para que las secciones sindicales puedan asumir efectivamente la representación de los centros de trabajo afectados deberán cumplirse tres condiciones que, en algunos casos de forma explícita y en otros implícita, establece la regla anteriormente transcrita: primera, la existencia de una o diversas secciones sindicales; segunda, la adopción de un acuerdo de asunción de la representación de las plantillas afectadas; y tercera, la tenencia de la mayoría de la representación unitaria. Analicémoslos con detenimiento.

La primera condición a cumplir es la existencia de una o diversas secciones sindicales, que deberán tener un ámbito igual o superior al de los centros de trabajo afectados; una exigencia que ordinariamente llevará al ámbito empresarial y, por tanto, será este ámbito el más oportuno para el establecimiento de las secciones sindicales desde un punto de vista estratégico¹⁷. Además, deberán estar válidamente constituidas y ello implica, conforme al art. 8.1.c) de la LOLS, que se hayan creado «de conformidad con lo establecido en los Estatutos del Sindicato». La reciente STS de 19 de febrero de 2020 (recurso 169/2018) pone de manifiesto la importancia de esta última exigencia en relación al art. 87.1.2.º del

¹⁵ Según establece dicho precepto «La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal». Como puede observarse, las divergencias en relación al art. 41.4.2.º del TRLET son mínimas (en lugar de «la mayoría de los miembros» este último precepto utiliza «representación mayoritaria») y no implican, a efectos prácticos, ninguna diferencia.

¹⁶ El propio TS ha realizado esta traslación en alguna ocasión. Sirva como ejemplo la STS de 6 de junio de 2018 (recurso 149/2017), donde se analiza la exclusión de una sección sindical con presencia en la representación unitaria del proceso de negociación de una medida de modificación sustancial de condiciones de trabajo articulada por vía sindical. El TS considera que tal exclusión constituye «una directa vulneración del derecho del Sindicato a la acción sindical, en concreto a la negociación colectiva contemplada en el art. 8.2.b) de la LOLS» porque «ha privado al sindicato de su derecho a formar parte de la comisión negociadora». Se está aplicando, de esta forma, la consolidada doctrina elaborada por el propio TS en relación a la negociación del convenio colectivo estatutario.

¹⁷ Aunque la prioridad podría ejercitarse por parte de secciones sindicales constituidas en cada uno de los centros de trabajo afectados coordinándose para asumir su representación conjunta (así lo apunta, en relación a la regla paralela contenida en el art. 87.1.2.º del TRLET, DE VAL TENA, Ángel Luis, «El convenio colectivo de empresa: legitimación para negociar y principio de correspondencia entre la unidad de negociación y la representatividad de los sujetos negociadores», *Revista de Derecho Social*, 2017, n.º 79, p. 224), sin duda resulta bastante más operativo que la sección sindical tenga un ámbito superior que englobe a todos ellos. Teniendo presente que el art. 8.1.a) de la LOLS contempla la constitución de secciones sindicales «en el ámbito de la empresa o centro de trabajo», será la primera opción la que más facilitará el ejercicio de la prioridad otorgada por el art. 41.4.2.º del TRLET. Conviene tener presente, no obstante, que también resultaría adecuada la constitución en ámbitos superiores a la empresa, por ejemplo un grupo empresarial; una posibilidad admitida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia (ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo, *El ámbito de las representaciones sindicales*, Albacete, Bomarzo, 2020, pp. 24-27).

TRLET, aunque es perfectamente trasladable al art. 41.4.2.º de la misma norma. En ella se analiza la impugnación del Convenio Colectivo de la empresa Syntax Logística, S.A. firmado en representación de la parte laboral por las secciones sindicales de UGT y CGT, ambas de ámbito empresarial, siendo la primera claramente mayoritaria¹⁸. La impugnación la plantea la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT (FESMEC-UGT) con fundamento en la falta de respeto de los requisitos estatutarios para la constitución de secciones a nivel empresarial¹⁹. El TS verifica la existencia del incumplimiento y, consecuentemente, declara la nulidad del convenio argumentando que «únicamente las secciones sindicales válidamente constituidas tienen legitimación para negociar».

Cabe plantearse si esta primera condición admite alguna excepción y, en concreto, si en ausencia de secciones sindicales la prioridad representativa que reconoce el art. 41.4.2.º del TRLET puede ser ejercitada directamente por los sindicatos. Aunque parezca una hipótesis de laboratorio, tal posibilidad se ha planteado en la práctica en relación a la regla paralela del art. 87.1.2.º del TRLET y el TS la ha admitido²⁰. A mi entender este

¹⁸ Conforme a la relación de hechos probados, la plantilla suma un total de 160 personas distribuidas en distintos centros de trabajo y solamente uno de ellos, el ubicado en Barcelona, dispone de representación unitaria, concretamente un Comité de Empresa, integrado por cuatro personas pertenecientes a la sección sindical de UGT y una a la de CGT.

¹⁹ Una situación que resulta un tanto sorprendente y que, como ha destacado la doctrina, es «un buen ejemplo de las tensiones internas que pueden generar las relaciones entre las diversas instancias, o entre los distintos niveles organizativos, de una determinada organización sindical» (GARCÍA MURCIA, Joaquín: «Nulidad de convenio colectivo de empresa negociado por sección sindical no constituida conforme a los estatutos del sindicato», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, n.º 154, p. 9).

²⁰ Concretamente en la STS de 27 de septiembre de 2017 (recurso 121/2017), que resuelve un caso donde no existen secciones sindicales y la negociación se lleva a cabo directamente con personas que actúan en nombre de los sindicatos a los que pertenecen. En primera instancia la SAN de 27 de enero de 2016 (número 13/2016) había considerado que «la negociación colectiva en aquellas empresas que en las que no existan secciones sindicales constituidas se desarrolle entre los representantes del empresario y las propias organizaciones sindicales», en base a diversos argumentos: 1) porque son «las titulares originarias» del derecho a la negociación colectiva en virtud de los arts. 37.1 de la CE y 2.2 de la LOLS; 2) porque de no admitirlo la aplicación del principio de correspondencia impediría negociar un convenio colectivo de empresa; 3) porque es la opción que mejor se corresponde con la intención del legislador en la Reforma Laboral de 2012 que «ha dado un trato especial al convenio de empresa, configurándolo como un instrumento de flexibilidad interna»; y 4) porque las secciones sindicales «no son sino instrumentos de funcionamiento interno del sindicato al que pertenecen que representan al mismo en el seno de la empresa». Sin entrar a valorar expresamente la cuestión, el TS avala la posición adoptada por la AN porque considera válido el convenio colectivo resultante. Como ha destacado la doctrina, es una lectura que «no se compadece con el tenor literal del art. 87.1 del TRLET» y constituye «una interpretación extensiva de la legitimación negocial» (PÉREZ REY, Joaquín, «Principio de correspondencia y negociación del convenio colectivo por el sindicato. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 730/2017, de 27 de septiembre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2018, n.º 423, p. 151).

Conviene recordar que uno de los cambios que la reforma operada por el RDL 7/2011 comportó, tanto en el art. 87.1 como en el art. 41.4 del TRLET, fue la sustitución de la expresión «representaciones sindicales» por «secciones sindicales», bastante más concreta y precisa. Ello llevó a la mayoría de la doctrina a considerar que en el nuevo marco normativo ya no era posible la intervención de los sindicatos como sujetos negociadores en el nivel empresarial e infra empresarial, una posibilidad que anteriormente había reconocido la jurisprudencia amparándose en la ambigüedad de la antigua terminología normativa (STS de 16 de septiembre de 2004,

criterio no puede trasladarse a nuestro objeto de estudio²¹, porque choca frontalmente con la literalidad de la norma²² y con la lógica que rige la ordenación de la interlocución laboral en los períodos de consultas²³.

La segunda condición es que las secciones sindicales que deseen asumir la representación de las plantillas afectadas «así lo acuerden». La exigencia adquiere importancia sobre todo cuando son dos o más las secciones sindicales intervinientes²⁴, aunque también tiene sentido cuando actúe una sola, dado que en el seno de la misma deberá valorarse y decidirse igualmente la asunción de la representación. Lo que la norma no precisa es el plazo de que disponen para adoptar dicho acuerdo tras la recepción de la comunicación empresarial informando sobre la intención de iniciar un procedimiento para adoptar una medida reorganizativa²⁵. Podrían aplicarse por analogía los que rigen para la constitución de la comisión representativa²⁶, a saber: 7 días si existe representación unitaria en todos los centros de trabajo afectados y 15 días en caso contrario. Ello no evita que puedan plantearse algunos desajustes, dado que la abstención de las secciones sindicales abre la puerta a fórmulas de representación subsidiaria y en muchos casos puede desconocerse la

recurso 129/2003, entre otras). Sirva como ejemplo LUJÁN ALCARAZ, José: «Convenios colectivos y negociación colectiva tras el RDLey 7/2011, de 10 de junio», *Aranzadi Social*, 2011, n.º 5, p. 25.

²¹ Coincidimos en este punto con MERCADER UGUINA, Jesús Ricardo y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 122.

²² El art. 41.4.2.º del TRLET utiliza la expresión «secciones sindicales», que no plantea ninguna duda interpretativa, a diferencia de la empleada con anterioridad al RDL 7/2011. Véase, sobre el particular, la anterior nota a pie.

²³ El interlocutor que buscan las reglas establecidas por el art. 41.4 del TRLET es siempre un órgano de representación laboral en la empresa, ya sea unitario, sindical o una comisión *ad hoc*. Solo en esta última hipótesis se da entrada al sindicato, pero en cumplimiento de la voluntad mayoritaria de la plantilla afectada.

²⁴ Interesa recordar, en este punto, que conforme a la STS de 6 de junio de 2018 (recurso 149/2017), y al igual que sucede en la negociación de convenios colectivos estatutarios, todas las secciones sindicales que cumplan los requisitos fijados por el art. 8.2 de la LOLS tienen derecho a integrarse en la comisión negociadora si así lo desean, en virtud de lo previsto en el apartado b) de dicho precepto. En el caso de autos, la falta de convocatoria por parte de la empresa a la sección del sindicato Coordinación Obrera Sindical (COS), que disponía de presencia en los órganos unitarios aunque muy minoritaria (3 representantes sobre un total de 50), determina la lesión de su derecho a la negociación colectiva y la consecuente nulidad del acuerdo resultante del período de consultas planteado para llevar a cabo una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

²⁵ Una comunicación que en virtud del art. 41.4.5.º del TRLET la dirección de la empresa debe remitir no solamente a la representación unitaria de los centros de trabajo afectados o, en su defecto, a todas las personas que integren la plantilla, sino también a las secciones sindicales presentes en los mismos que cumplan los requisitos del art. 8.2 de la LOLS (la norma se refiere genéricamente a los «representantes» de los trabajadores). Así lo confirma la STS de 6 de junio de 2018 (recurso 149/2017).

²⁶ Adviértase que cuando las secciones sindicales asumen la interlocución no debe constituirse la denominada «comisión representativa» y los sujetos intervinientes proceden directamente a designar a un máximo de 13 personas que integrarán la parte laboral de la comisión negociadora, conforme a lo previsto en el art. 41.4.1.º del TRLET. Por ello resulta obligado acudir al recurso ofrecido por el art. 4.1 del Código Civil, cuya aplicabilidad no ofrece ninguna duda porque existe una laguna normativa y concurre la «identidad de razón» exigida.

intención de aquéllas²⁷. ¿Hasta cuándo debe esperar la plantilla de un centro de trabajo afectado que no dispone de representación para poder designar una comisión *ad hoc*? ¿Deben agotarse los plazos anteriormente referidos? En el epígrafe final intentaré dar respuesta a estos problemas.

La tercera y última condición es que las secciones sindicales dispongan de la mayoría absoluta de la representación unitaria existente en los mismos²⁸. Aunque la exigencia pueda parecer de entrada sencilla, son varios los escenarios que pueden plantearse en función del nivel de cobertura de la representación unitaria y alguno de ellos genera dudas importantes.

Empecemos por la hipótesis más simple: cuando no exista representación unitaria en ninguno de los centros de trabajo afectados la negociación será inviable por vía sindical y cada una de las plantillas podrá designar una comisión *ad hoc* que defienda sus intereses en el período de consultas. Esta fórmula representativa será, en tal caso, una opción subsidiaria de primer nivel, al igual que en los casos de empresas unicelulares sin comités de empresa ni delegados/as de personal. Al margen quedan las hipótesis donde proceda aplicar la atribución directa de representación efectuada por el art. 23.1.a) del RDL 8/2020, en las cuales la subsidiariedad sería de segundo nivel²⁹.

Tampoco plantea problemas la hipótesis contraria, esto es, que exista representación unitaria en todos los centros de trabajo afectados, porque la exigencia que condiciona la prioridad negociadora resulta de fácil aplicación y no genera ningún tipo de distorsión. Bastará comprobar cuál es el total de personas que la integran y verificar que las secciones sindicales interesadas en asumir la negociación disponen de más de la mitad de las mismas.

Pero ¿y si hay delegados/as de personal y/o comité de empresa solamente en algunos de los centros de trabajo afectados? La doctrina que se ha posicionado al respecto considera que las secciones sindicales también pueden asumir en este caso la representación del colectivo afectado y lo harán «en régimen de exclusividad», impidiendo la intervención de la representación unitaria de aquellos centros de trabajo que la tengan constituida y, en

²⁷ Cabe pensar que las representaciones unitarias, particularmente las sindicalizadas, normalmente estarán informadas sobre la intención de las secciones sindicales, dadas las directas conexiones existentes entre unas y otras, pero la situación será muy distinta en el caso de las plantillas que no dispongan de órganos de representación unitaria. Estas habrán recibido, en virtud del art. 41.4.5.º del TRLET, la comunicación empresarial informando sobre la voluntad de iniciar el procedimiento para adoptar una medida reorganizativa y la posibilidad de designar una comisión *ad hoc* que les represente, pero es muy probable que no dispongan de aquella información, excepto que en la plantilla existan personas afiliadas que formen parte de las secciones sindicales implicadas.

²⁸ Esta es sin duda la exigencia que quiere establecer la norma legal aunque la referencia a «la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados» resulte imprecisa en el caso de que existan varios centros de trabajo con distintos tipos de representación unitaria. Como ha destacado la doctrina, «y» sería mejora que «o» en ese contexto, ya que si en la empresa hay varios centros, algunos con comités, otros con delegados de personal, es obvio que las secciones han de sumar la mayoría de miembros de los comités y delegados de personal» (MERCADER UGUINA, Jesús Ricardo y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana: *Los procedimientos de despido colectivo...*, ob. cit., p. 122).

²⁹ Me remito en este punto a lo señalado al final del epígrafe anterior.

caso contrario, la elección de comisiones *ad hoc*³⁰. El respaldo constitucional del sindicato y la literalidad del art. 41.4.2.º del TRLET, cuando señala que si las secciones sindicales mayoritarias acuerdan llevar a cabo la negociación «representarán a todos los trabajadores de los centros afectados», son los principales argumentos para sustentar esta posición, habiéndose llegado a afirmar que la designación de comisiones *ad hoc* en la hipótesis que analizamos «constituiría en puridad un atentado contra la libertad sindical (art. 28.1 CE), a salvo, claro está, de su libre aceptación por todos y cada uno de los sindicatos, y con posibilidad, en todo caso y en cualquier momento de prescindir del consenso de aquellas»³¹.

La posición defendida por la doctrina mayoritaria es coherente con el criterio adoptado por el TS en relación a la negociación por vía sindical de convenios colectivos estatutarios de empresa. Tanto en la STS de 27 de septiembre de 2017 (recurso 121/2017) como en la STS de 16 de enero de 2018 (recurso 262/2018) se admite cuando haya centros de trabajo sin órganos de representación unitaria pueda articularse válidamente una negociación para toda la empresa, si esta se lleve a través de interlocutores sindicales que disponen de la mayoría de la representación unitaria existente³². Se trata de una evidente

³⁰ MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, «La incidencia de la reforma «La incidencia de la reforma de 2013 en las reglas del período de consultas», *Relaciones Laborales*, 2013, n.º 12, p. 16. En la misma línea se sitúan BENAVENTE TORRES, María Inmaculada, «Las comisiones *ad hoc*...», ob. cit., p. 131, ROLDÁN MARTÍNEZ, Aranzazu, «Las comisiones *ad hoc* en los procesos de reestructuración empresarial», en la obra colectiva *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro en homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 405; MERCADER UGUINA, Jesús Ricardo y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, *Los procedimientos de despido...*, ob. cit., p. 133 y ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo, *El ámbito...*, ob. cit., p. 57.

³¹ BENAVENTE TORRES, María Inmaculada, «Las comisiones *ad hoc*...», ob. cit., p. 131.

³² En el caso de la primera sentencia se analiza la impugnación del I Convenio colectivo de Randstad Projects Services, S.A., negociado por la empresa directamente con las organizaciones sindicales que disponían de la mayoría de la representación unitaria existente en la misma. En la relación de hechos probados de la sentencia recurrida, la SAN de 27 de enero de 2016 (número 13/2016) se indica expresamente que «La empresa tiene 17 centros de trabajo en distintas provincias que emplean a 2000 trabajadores» y que «Algunos de los centros de trabajo de la empresa no tienen RLT», aunque no se precisa cuántos son ni cuántas personas prestan servicios en ellos. Tanto en primera instancia como en casación la atención se centra en determinar si las personas que conformaron la comisión negociadora en representación de la parte laboral, todas ellas integrantes de la representación unitaria, intervinieron como tales o en calidad de representantes sindicales. A partir del análisis de las actas de la comisión negociadora y otros elementos de contexto (actuaciones desarrolladas, texto del convenio, etc.) el TS concluye que la negociación se ha desarrollado en representación de sus sindicatos y en base a ello confirma la validez del convenio colectivo, sin otorgar ninguna trascendencia a la ausencia de representación electiva en algunos centros de trabajo. Por el contrario, en el caso tratado por la STS de 16 de enero de 2018 (recurso 262/2018), donde se plantea el mismo problema en relación al Convenio colectivo de Avanza Externalización de Servicios, S.A., se concluye que los dos trabajadores integrantes de la comisión negociadora intervinieron en calidad de representantes unitarios, circunstancia que junto a la aplicación del principio de correspondencia determina la declaración de nulidad del instrumento colectivo resultante, dado que su capacidad representativa quedaba limitada a dos de los nueve centros de trabajo existentes en la empresa. Aunque el resultado sea distinto, se confirma la doctrina establecida en la anterior sentencia porque el TS reitera, en el decisivo Fundamento Jurídico 4.º, que lo determinante es la «verdadera condición» en la que hayan intervenido en la negociación las personas integrantes de la comisión «en tanto que en calidad de representantes unitarios estarían solamente legitimados para negociar en el ámbito de los centros de trabajo que representen, mientras que en representación de la secciones sindicales pueden hacerlo en todo el ámbito de la empresa».

flexibilización del denominado «principio de correspondencia representativa», formulado por el mismo TS y exigido con extremo rigor en los casos donde la negociación se lleve cabo a través de la representación unitaria; una flexibilización que en general ha sido bien acogida por la doctrina³³.

A mi entender, la solución resulta de entrada acertada porque es respetuosa con la literalidad del precepto y con las finalidades que persigue la prioridad que se otorga a las secciones sindicales en la representación del colectivo afectado por medida de reorganización empresarial, que como ya se indicó son la facilitación o agilización de la negociación y el respeto al preferente papel que la norma constitucional otorga a las organizaciones sindicales. No obstante, al no exigirse que la representación unitaria cubra un mínimo de centros de trabajo ni un determinado porcentaje de la plantilla pueden llegar a plantearse situaciones bastante distorsionantes. Imaginemos, por ejemplo, un supuesto donde resultasen afectados diez centros de trabajo con una plantilla total de más que doscientas personas y solo se hubiese escogido una delegada de personal, correspondiente a un sindicato que tuviese constituida una sección sindical a nivel empresarial. No sería demasiado lógico que esa sección sindical pudiese asumir la representación de la totalidad de la plantilla afectada excluyendo cualquier alternativa.

2.2. Restricción objetiva

Las comisiones *ad hoc* son, como evidencia su propia denominación, un mecanismo de interlocución que las plantillas sin estructuras representativas estables solamente pueden utilizar en determinados contextos o, si se prefiere, una «representación especializada»³⁴. Tales contextos son los traslados colectivos, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo, las suspensiones y reducciones de jornada por causas empresariales, los despidos colectivos y las inaplicaciones de convenios colectivos estatutarios. Así se extrae de la remisión se efectúa al art. 41.4 del TRLET desde los arts. 40.2.3.º, 47.1.6.º, 51.2.2.º y 82.3.5.º de esa misma norma³⁵. Como es bien sabido, en todas estas hipótesis se prevé la obligación empresarial de abrir una negociación, denominada «período de consultas», para negociar esas medidas de reorganización productiva y es justamente la defensa de los intereses de la parte laboral en el marco de tal negociación

³³ Véanse, por ejemplo, CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, «Límites a la negociación colectiva en el ámbito de la empresa: la aplicación jurisprudencial del principio de correspondencia representativa», *Derecho de las relaciones laborales*, 2019, n.º 4, p. 14 y PÉREZ REY, Joaquín, «Principio de correspondencia...», ob. cit., p. 151. Este último considera que la doctrina establecida en las dos sentencias referidas constituye «un importante instrumento que permite superar los inconvenientes que el principio de correspondencia supone para la válida adopción de un convenio colectivo para toda la plantilla cuando la representación unitaria no está presente en todos los centros de trabajo y tampoco existen secciones sindicales».

³⁴ Así lo afirma el Fundamento Jurídico 2.º de la STS de 18 de marzo de 2014 (recurso 114/2013).

³⁵ La utilización de la técnica de remisión es una de las aportaciones de la L 35/2010 y frente a la reproducción literal por la que inicialmente optó el RDL 10/2010 aporta una «mayor contundencia» en la unificación del régimen jurídico sobre la interlocución laboral durante los periodos de consultas (CRUZ VILLALÓN, Jesús, «La flexibilidad interna...», ob. cit., p. 148).

el ámbito material de las comisiones *ad hoc*. La duda que surge de inmediato es ¿resulta admisible en otros contextos?

La jurisprudencia sí la ha admitido para actuaciones directamente relacionadas con la interlocución durante el período de consultas, como por ejemplo la impugnación judicial de la medida reorganizativa. La STS de 18 de marzo de 2014 (recurso 114/2013) reconoce la legitimación de la comisión *ad hoc* para impugnar un despido colectivo adoptado sin acuerdo, afirmando que esta queda incluida en la expresión «representantes legales» utilizada por el apartado 1 del art. 124 de la LRJS, al considerar que sostener lo contrario resultaría contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y desvirtuaría el período de consultas³⁶, además de entrar en contradicción con otros apartados de ese precepto legal³⁷. Esta interpretación extensiva, que ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores³⁸ y positivamente valorada por la doctrina³⁹, debe operarse también indiscutiblemente en relación al proceso de conflictos colectivos⁴⁰, que rige la impugnación de las restantes medidas reorganizativas donde se prevé la intervención de la comisión *ad hoc*⁴¹.

Se ha descartado, por el contrario, que la comisión *ad hoc* sea un mecanismo de representación válido a efectos de negociar un convenio colectivo estatutario. La doctrina

³⁶ Y ello porque «impediría la impugnación de las decisiones empresariales extintivas de carácter colectivo en las empresas o centros de trabajo que carecen de representación legal o sindical» y sobre el período de consultas «planearía la amenaza de que, de no alcanzarse un acuerdo con la comisión *ad hoc*, la decisión empresarial devendría irrevocable».

³⁷ Concretamente con el apartado 3, donde se prevé la interposición de la demanda por la parte empresarial «en un supuesto en que, lógicamente, se ha de partir de la falta de acuerdo y en que, en caso de inexistencia de representación legal o sindical en la empresa, los únicos posibles demandados habrán de ser los integrantes de la comisión *ad hoc* en calidad de tal», y también con el apartado 4, que en los casos donde el período de consultas haya finalizado con acuerdo considera legitimados pasivamente a «los firmantes del mismo», sujetos que en caso de ausencia de representación legal y sindical solamente pueden ser la empresa y la comisión *ad hoc*.

³⁸ Véase, por ejemplo, el Fundamento Jurídico 5.º de la STS de 15 de abril de 2015 (recurso 311/2014).

³⁹ Sirva como ejemplo VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés, «La legitimación activa de las comisiones representativas de trabajadores elegidas *ad hoc* en la impugnación judicial del despido», *IUSLabor*, 2014, n.º 2, pp. 7 a 10. Con anterioridad a la aparición de la STS de 18 de marzo de 2014 (recurso 114/2013) la doctrina, consciente del desajuste que generaba el olvido de las comisiones *ad hoc* en la normativa procesal, había reclamado abiertamente su reforma. Véase NIETO ROJAS, Patricia: «Comisiones *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para empresas sin representación legal de los trabajadores», en la obra colectiva *La negociación colectiva en las reformas de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, Madrid, 2012, p. 83.

⁴⁰ Concretamente respecto al art. 154 de la LRJS, que legitima a «los órganos de representación legal» en los conflictos colectivos de empresa o ámbito inferior, y también a los arts. 155 y 157.b) de la misma norma, que identifica con expresiones similares a los sujetos que pueden personarse como parte en el proceso y a los legitimados pasivamente.

⁴¹ Así lo reconocen otros pronunciamientos posteriores del mismo TS, como la STS de 14 de octubre de 2015 (recurso 336/2014), en relación a una reducción temporal de jornada, o la STS de 8 de abril de 2016 (recurso 285/2014) en relación a una modificación sustancial de condiciones de trabajo. La doctrina también se ha posicionado a favor de esta posibilidad. Véase, por ejemplo, ROLDÁN MARTÍNEZ, Aranzazu, «Las comisiones *ad hoc*...», ob. cit., p. 401.

judicial así lo había señalado en diversas ocasiones⁴² y la posición fue avalada por la STS de 28 de junio de 2017 (recurso 203/2016), que analiza la impugnación del convenio colectivo de Emplea Outsourcing, SL, firmado entre la dirección empresarial y un trabajador que había sido designado por la mayoría absoluta de la plantilla, que no disponía de ningún órgano de representación unitaria, al amparo del art. 41.4 del TRLET. El primer argumento que fundamenta la decisión del TS es la imposibilidad de equiparar las comisiones *ad hoc* con la representación unitaria, porque «una estructura estable es distinta a otra efímera», «un sistema de elecciones cuidadosamente regulado es bien diverso a la designación democrática pero abierta» de aquellas y también por la «muy diversa conexión sindical» que existe en uno y otro caso. Se esgrimen, a continuación, las diferencias que existen entre la negociación de un convenio colectivo estatutario y la que se desarrolla durante los períodos de consulta⁴³, y la voluntad de legislador de no «abrir la legitimación para negociar convenios de empresa o ámbito inferior a representaciones específicamente designadas al efecto», una opción que se entiende «legítima y acorde con las especiales garantías que el ordenamiento atribuye a los convenios negociados de acuerdo con el Título III». Todo ello lleva a concluir la falta de capacidad de la parte laboral y, consecuentemente, la nulidad del instrumento impugnado en cuanto convenio colectivo estatutario.

Ahora bien, ¿es la comisión *ad hoc* un mecanismo válido de representación para otros procesos de negociación colectiva? La doctrina ha negado de forma categórica tal posibilidad, señalando que nos hallamos ante «una representación extraordinaria de los trabajadores, que actúa de forma puntual, exclusivamente sobre las materias que le atribuye el legislador, de forma que su intervención en otros ámbitos podría ser contraria a la legalidad»⁴⁴. A mi modo de ver, la STS de 28 de junio de 2018 (recurso 67/2018) fuerza a corregir esta afirmación, como mínimo en relación al convenio colectivo extraestatutario, dado que tras la declaración de nulidad apunta que el pacto suscrito puede tener valor «acuerdo extraestatutario». Y creo que también debería contemplarse la aplicación de las reglas sobre interlocución establecidas por el art. 41.4 del TRLET, incluidas las relativas a la designación de la comisión *ad hoc*, a otras hipótesis de negociación con perfiles similares que adolecen de imprecisión normativa, como por ejemplo la de los denominados «acuerdos subsidiarios»⁴⁵ o la correspondiente a los períodos de consulta previstos en el

⁴² Sirvan como ejemplo la SAN de 26 de abril de 2018 (número 67/2018), la STSJ de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) de 31 de julio de 2014 (recurso 9/2014) o la STSJ de Canarias de 28 de junio de 2016 (número 553/2016), esta última confirmada en casación por la sentencia que de inmediato se analizará.

⁴³ Se destaca, asumiendo la argumentación de la sentencia recurrida, que el resultado de la negociación desarrollada en los períodos de consulta es «siempre causal (cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción)», en muchos casos es «temporalmente limitado» y resulta «impugnabile en vía judicial en términos más amplios de los previstos para los convenios colectivos (por ejemplo, por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la subscripción del acuerdo)».

⁴⁴ ROLDÁN MARTÍNEZ, Aranzazu, «Las comisiones *ad hoc*...», ob. cit., p. 395. Véanse también los estudios que cita dicha autora en las notas a pie 596, 597 y 598, donde se pone de manifiesto que la posición defendida es mayoritaria a nivel doctrinal.

⁴⁵ Esta expresión se utiliza habitualmente para identificar a los instrumentos colectivos que pueden regular determinadas materias cuando estas no han sido objeto de tratamiento por parte de convenio colectivo estatutario, como serían las hipótesis previstas en los arts. 22.1 (sistema de clasificación profesional), 24.1 (ré-

art. 44.9 del TRLET⁴⁶. El art. 4.1 del Código Civil permite fundamentar esa aplicación porque en todas esas hipótesis existe una laguna de regulación, que deriva de la imprecisa delimitación de la interlocución laboral, y también concurre la «identidad de razón» requerida por dicho precepto⁴⁷, dado que nos hallamos ante distintas especies de un mismo género: los acuerdos o pactos de empresa. La solución que se defiende aporta, además, mayor seguridad jurídica, porque facilita la identificación de la interlocución laboral en las distintas hipótesis que pueden plantearse y deja clara la articulación entre representación unitaria, representación sindical y comisiones *ad hoc*.

2.3. Voluntariedad

Conforme al art. 41.4.3.º a) del TRLET, en los supuestos donde la parte empresarial plantee la adopción de una medida reorganizativa que requiere la apertura de un período de consultas, las plantillas de los centros de trabajo que no dispongan de representación unitaria «podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo» a una comisión *ad hoc*, que admite dos posibles configuraciones. Queda claro, por tanto, que nos hallamos ante un derecho que la norma legal otorga a esas personas trabajadoras, que podrán decidir libremente si lo utilizan o no⁴⁸. Conviene delimitar tanto su forma de ejercicio como las consecuencias que tendrá la renuncia a utilizarlo.

Aunque la norma no lo indique expresamente, no cabe duda que el ejercicio requiere una decisión democrática por parte del conjunto de la plantilla del centro de trabajo, en la que tienen derecho a participar todas las personas trabajadoras sin distinción, esto es, sin requerimientos de antigüedad ni de otro tipo. Así lo ha destacado unánimemente la doctrina⁴⁹ y lo corrobora el mismo precepto cuando, en relación a la puesta en práctica de

gimen de ascensos), 29.1.4.º (modelo de recibo salarial) o 34.2.1.º (distribución irregular de la jornada), todos ellos del TRLET. En estas hipótesis la interlocución de la parte laboral se identifica con la genérica expresión «representantes de los trabajadores», sin precisar si se refiere a la unitaria o a la sindical ni tampoco si en su ausencia cabe la designación de comisiones *ad hoc*.

⁴⁶ Recordemos que dicho precepto obliga tanto a la parte empresarial cedente como a la cesionaria a abrir un período de consultas con «los representantes legales de los trabajadores» cuando «previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores». También se ha posicionado a favor de la aplicación de las reglas del art. 41.4 del TRLET a esta hipótesis, aunque como propuesta de *lege ferenda* y previa verificación de los resultados ofrecidos, Cruz Villalón, Jesús, «La flexibilidad interna...», ob. cit., p. 149.

⁴⁷ Excepto en algún caso muy concreto, como el del acuerdo previsto en el art. 67.1.5.º del TRLET, de ajuste del órgano de representación unitaria en caso de disminución significativa de plantilla. Por razones obvias los «representantes de los trabajadores» referidos en dicho precepto solamente pueden ser los unitarios.

⁴⁸ Como se ha destacado «la norma faculta a los trabajadores para adoptar una representación colectiva *ad hoc*, pero no les obliga a hacerlo, por lo que pueden, por acción o por omisión, decantarse por no delegar en una instancia representativa la defensa de sus intereses» (CRUZ VILLALÓN, Jesús: «La flexibilidad interna...», ob. cit., p. 152).

⁴⁹ El carácter democrático de la decisión ha sido destacado en múltiples ocasiones por la doctrina. Véase, por todas, CRUZ VILLALÓN, Jesús, «La flexibilidad interna...», ob. cit., p. 149-150. Respecto a la participación de todo el personal con relación laboral vigente en la toma de la decisión véanse, específicamente, NIETO ROJAS, Patricia, «Comisiones *ad hoc*...», ob. cit., p. 68 y BENAVENTE TORRES, María Inmaculada, «Las comisiones *ad hoc*...», ob. cit., p. 149. Esta última autora destaca que «tampoco ha extendido el legislador a estos supuestos

una de las dos alternativas que prevé para la configuración de la comisión *ad hoc*, señala expresamente que las personas que la integren deberán ser elegidas «democráticamente».

La principal duda que se plantea es cómo debe instrumentarse la toma de esa decisión democrática y, concretamente, si debe canalizarse a través del derecho de reunión regulado en los arts. 77 y siguientes del TRLET. La doctrina se encuentra en este punto dividida, aunque la mayoría parece inclinarse por una respuesta negativa⁵⁰, basándose esencialmente en tres argumentos: primero, la inexistencia de una remisión expresa a ese mecanismo⁵¹; segunda, las distorsiones que genera el régimen jurídico de las asambleas laborales cuando se aplica a la elección de comisiones *ad hoc* (particularmente la exigencia de que la reunión sea presidida por la representación unitaria, las restricciones sobre reiteración de reuniones y las reglas sobre votaciones); y tercera, la necesidad de someter la decisión a unas reglas que faciliten su adopción en un contexto particularmente complejo, como es el de una plantilla sin representación unitaria que dispone de un plazo de tiempo muy breve⁵².

Comparto plenamente este último argumento, que a mi entender debe ser, junto con los principios de democracia y seguridad jurídica, los ejes que vertebran la resolución de la cuestión. Los dos restantes no parecen, por el contrario, del todo consistentes. Aunque no exista una remisión expresa al derecho de reunión previsto en la norma estatutaria éste constituye la vía natural u ordinaria para la adopción de decisiones en el centro de trabajo, tanto si existe representación unitaria como si no la hay⁵³. Recuérdese, por ejemplo, que esta última posibilidad viene reconocida a nivel normativo en relación a la promoción

las reglas previstas en el art. 69.2 ET sobre electores y elegibles» y descarta su aplicación por vía analógica argumentando que «no existe laguna legal en la imprevisión de lo que no es sino una limitación que no viene impuesta por principio general alguno, ni es un supuesto equiparable a las elecciones sindicales».

⁵⁰ Esta es la posición que defienden CRUZ VILLALÓN, Jesús, «La flexibilidad interna...», ob. cit., p. 151-152; NIETO ROJAS, Patricia, «Comisiones *ad hoc*...», ob. cit., p. 68; BENAVENTE TORRES, María Inmaculada, «Las comisiones *ad hoc*...», ob. cit., pp. 148-151; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, «El papel negociador de los trabajadores en caso de ausencia de representación legal tras la reforma laboral de 2010», Comunicación presentada al X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Sevilla del 21 al 23 de septiembre de 2010, p. 9. En contra NAVARRO NIETO, Federico, «Las perspectivas de reforma en materia de negociación colectiva», *Temas Laborales*, número 107, 2010, p. 208 y ROQUETA BUJ, Remedios, *La flexibilidad interna tras la reforma laboral: la Ley 3/2012, de 3 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 53-54. También se inclina por exigir la aplicación del régimen previsto en los arts. 77 y siguientes la SAN de 16 de noviembre de 2012 (número 137/2012).

⁵¹ Resulta determinante, en opinión de este sector doctrinal, que «Ni en el texto legal, en ninguna de sus versiones, ni en los sucesivos reglamentos y sus distintas redacciones, se exige o se remite a la asamblea y a sus reglas, como tampoco, más concretamente, al art. 80 ET» (BENAVENTE TORRES, María Inmaculada, «Las comisiones *ad hoc*...», ob. cit., p. 148).

⁵² Se argumenta es esta línea que «Teniendo en cuenta que en la inmensa mayoría de las ocasiones el número de trabajadores que debe decidir al respecto es muy reducido, casi siempre por debajo de los 10 trabajadores, debe primar la informalidad, con las mínimas garantías de seguridad jurídica y expresión del libre consentimiento individual» (CRUZ VILLALÓN, Jesús, «La flexibilidad interna...», ob. cit., p. 151).

⁵³ Nos hallamos, como ha destacado la doctrina, ante un mecanismo que permite «el diálogo entre los trabajadores y la adopción de acuerdos, el ejercicio directo de sus derechos y la adopción de decisiones», en definitiva, ante «una forma de democracia directa en el seno de la empresa» (ALZAGA RUIZ, Iciar, «Comentario al art. 77», en la obra colectiva *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Valladolid, Lex Nova, 2014, p. 864).

electoral por acuerdo mayoritario de la plantilla (art. 67.1.1.º del TRLET y art. 2 del Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, aprobado por el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre)⁵⁴ y que la jurisprudencia la admitió hace ya algún tiempo en relación a las asambleas revocatorias⁵⁵. También es discutible la incompatibilidad de la regla que fija un plazo de espera de dos meses entre reuniones (art. 78.2 del TRLET), porque el mismo precepto introduce una excepción que afecta a las motivadas por procesos de negociación colectiva⁵⁶. Los desajustes se plantean exclusivamente en relación a las reglas sobre votación, que sí requieren una adaptación para garantizar la necesaria agilidad en la elección que nos ocupa.

Así pues, las reglas previstas en los arts. 77 y siguientes del TRLET son las que deberían ordenar, con carácter general, la atribución de la representación a una comisión negociadora *ad hoc* por parte de las plantillas sin representación estable que deban afrontar un período de consultas, y también la elección de la modalidad preferida (interna o externa), así como, en su caso, la designación de las personas que la integrarán. La sumisión a tales reglas permite respetar el plazo establecido para la toma de la decisión⁵⁷, garantiza que esta se pueda llevar a cabo en el centro de trabajo y, en definitiva, otorga rigor a una cuestión trascendente, cual es la determinación de quien representará a un colectivo sin estructuras de interlocución permanentes, en una negociación sobre una medida reorganizativa empresarial que puede incidir de forma significativa sobre dicho colectivo. No obstante, para conseguir que la toma de la decisión sea realmente viable, es imprescindible adaptar algunas de las exigencias impuestas por el art. 80 del TRLET en relación a la adopción de acuerdos y permitir, en línea con la opinión doctrinal mayoritaria, eliminar la exigencia de voto secreto, personal y directo, así como la exigencia de mayoría absoluta. Asegurado, mediante la oportuna convocatoria, el derecho a asistir a la reunión para todas las personas que integran la plantilla, bastaría con obtener mayoría simple y en principio debería admitirse tanto el voto a mano alzada como el voto delegado⁵⁸, con las

⁵⁴ Este último precepto señala, con rotundidad, que «las reuniones se celebrarán observándose los requisitos establecidos en el capítulo II del título II del Estatuto de los Trabajadores».

⁵⁵ STS de 19 de enero de 2004 (recurso 4179/2002).

⁵⁶ Aunque el precepto se refiere, estrictamente, a «reuniones informativas sobre convenios colectivos que les sean de aplicación», parece lógico incluir, en base a una interpretación finalista, todas las relativas a procesos de negociación colectiva, o como mínimo a las relativas a los períodos de consulta en los que pueden intervenir las comisiones *ad hoc*, dada la trascendencia de las cuestiones tratadas en ellos.

⁵⁷ La convocatoria debe efectuarse, conforme al art. 79 del TRLET, con 48 horas de anticipación como mínimo y, como se destacará de inmediato, el plazo que indirectamente fija el art. 41.4 de la misma norma para decidir sobre la constitución de la comisión *ad hoc* es de 15 días, de forma que ambas reglas son perfectamente compatibles.

⁵⁸ Así lo entienden BENAVENTE TORRES, María Inmaculada, «Las comisiones *ad hoc*...», ob. cit., pp. 149-150; y CRUZ VILLALÓN, Jesús, «La flexibilidad interna...», ob. cit., p. 153. Este sector doctrinal admite incluso el voto por asentimiento, excepto en los casos donde pueda resultar afectada la libertad sindical negativa. En una posición intermedia, requiriendo que el voto sea personal y directo pero descartando que deba ser secreto, se sitúa NIETO ROJAS, Patricia, «Comisiones *ad hoc*...», ob. cit., p. 69.

garantías necesarias para asegurar que se respeta la libertad y la autenticidad del voto⁵⁹. También resulta imprescindible, en aras a la seguridad jurídica, formalizar la atribución de representación a través de un acta donde se recojan los aspectos esenciales de la asamblea, aunque la norma no lo reclame expresamente⁶⁰; un acta que puede tomar como referencia la prevista en materia de promoción electoral por el art. 2.2 del RERT⁶¹.

El art. 41.4 del TRLET no concreta el marco temporal en que debe efectuarse la atribución de representación a la comisión *ad hoc*, pero sí fija, en su párrafo 5.º, el plazo máximo para constituir la denominada «comisión representativa», que será de 15 días⁶². Dado que en esta última deben integrarse todas o algunas de las personas que conformen aquella⁶³, dicho plazo condiciona, indirectamente, el trámite que venimos analizando, al menos cuando la medida reorganizativa planteada por la parte empresarial afecte a dos o más centros de trabajo⁶⁴. Ahora bien, ¿hasta qué punto puede apurarse ese plazo?⁶⁵ ¿Cuál es el límite temporal cuando no deba constituirse comisión representativa?⁶⁶ Aunque se

⁵⁹ Convendría determinar, en el escrito de convocatoria, la forma como debe llevarse a cabo la delegación de voto y antes de proceder a la votación ofrecer la posibilidad de realizarla de forma secreta, debiendo hacerlo así si alguna de las personas asistentes lo solicita.

⁶⁰ No lo prevé el art. 41.4 del TRLET con carácter general ni tampoco, a partir de la reforma operada por el RDL 11/2013, el RPDC, que en sus arts. 6.2 y 19.2 ya no hace referencia a dichas actas sino a las actas constitutivas de la comisión representativa en la que deberán integrarse las comisiones *ad hoc* si son varios los centros de trabajo afectados.

⁶¹ Conforme a dicho precepto en el acta debe constar «la plantilla del centro de trabajo, número de convocados, número de asistentes y el resultado de la votación, que se adjuntará a la comunicación de promoción de elecciones».

⁶² La propia norma admite, no obstante, que la comisión representativa se constituya pasado ese plazo en el párrafo siguiente limitándose a advertir que si el período de consultas se ha iniciado esa conformación extemporánea de la interlocución laboral «no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración».

⁶³ Conviene recordar que, conforme al art. 41.4.4.º del TRLET, la comisión representativa puede tener como máximo 13 puestos y que cuando, en aplicación de las reglas que determinan la inclusión de todas las personas que integran la representación unitaria y también las que conforman las comisiones *ad hoc*, «el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen».

⁶⁴ Estos serán los casos donde deberá constituirse comisión representativa (excepto que las secciones sindicales no hayan asumido la negociación o que exista un comité intercentros con competencia negociadora), y por tanto la atribución de la representación a la comisión *ad hoc* deberá efectuarse antes de que hayan transcurrido 15 días desde la recepción de la comunicación empresarial.

⁶⁵ El reparto de puestos de la comisión representativa puede resultar en algunos casos un tanto complejo, sobre todo cuando el número inicial de personas con derecho a integrarse en la misma sea superior a 13 y deba procederse a efectuar una reducción proporcional en función del volumen del colectivo representado (véase, sobre el particular mi estudio «La conformación de la comisión representativa en el período de consultas», *IUSLabor*, 2015, n.º 3). En tales hipótesis debería hacerse la atribución de representación a las comisiones *ad hoc* dejando un mínimo margen de tiempo, porque en caso contrario será muy complicado, por no decir imposible, respetar el plazo de 15 días fijado por el art. 41.4.5.º del TRLET.

⁶⁶ Es lo que sucedería en la hipótesis prevista en el art. 41.3.a) del TRLET, esto es, cuando la medida reorganizativa planteada por la parte empresarial afecte solamente a un centro de trabajo y en él no exista representación unitaria.

han apuntado algunas soluciones⁶⁷, la complejidad y relevancia de las dudas planteadas requiere una respuesta normativa expresa, que fije un plazo específico para la designación de las comisiones *ad hoc*, coordinado con el fijado para la constitución de las comisiones representativas.

Finalmente conviene plantearse qué sucede cuando una plantilla que podría atribuir su representación a una comisión *ad hoc* no hace uso de tal facultad. La respuesta no ofrece ninguna duda cuando existen otros centros de trabajo afectados que dispongan de órganos representación unitaria: estos últimos deberán asumir, por mandato expreso del art. 41.4.3.ºb) del TRLET, su representación «en proporción al número de trabajadores que representen»⁶⁸. Se articula así una fórmula de representación subsidiaria a la comisión *ad hoc*, que garantiza una interlocución para aquella plantilla incluso en los casos donde las personas que la integran hayan descartado expresamente esta última posibilidad o cuando se muestren pasivas⁶⁹; una fórmula que en términos generales resulta satisfactoria⁷⁰, aunque existen alternativas también convincentes⁷¹. En la hipótesis contraria, esto

⁶⁷ En relación a la primera cuestión se ha propuesto, por ejemplo, que dado que la norma estatutaria prevé un incremento de 8 días en los casos donde concurren centros de trabajo sin representación unitaria sea este referente temporal el que «sirva de orientación para la designación de dicha comisión en la regulación interna o convencional del proceso» (BENAVENTE TORRES, María Inmaculada, «Las comisiones ad hoc...», ob. cit., p. 146).

⁶⁸ Esta indicación, que también se utiliza para determinar la composición de la comisión negociadora cuando el número inicial de personas con derecho a integrarse en la misma sea superior a 13, resulta un tanto ambigua pero cabe interpretar que su pretensión es que cuando la representación unitaria existente esté integrada por varias personas no se atribuya por igual a todas ellas la representación de la plantilla o plantillas que no disponga de estructuras representativas, sino en proporción a la dimensión del colectivo representado. Imaginemos, por ejemplo, que se plantea la adopción de una medida que afecta a tres centros de trabajo, dos de los cuales disponen de representación unitaria, concretamente un delegado de personal y una delegada de personal, que representan, respectivamente, a 15 y a 25 personas. Si les correspondiese asumir la representación de la plantilla del centro de trabajo integrada por otras 80, al delegado de personal le corresponderían formalmente 30 y a la delegada de personal 50. La cuestión tiene trascendencia en relación a las mayorías exigidas en el antepenúltimo párrafo del art. 41.4 del TRLET, en virtud del cual para la válida adopción de un acuerdo se requiere una doble mayoría: que la mayoría de las personas que integran la comisión representativa voten a favor y que las que votan en tal sentido «representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados».

⁶⁹ Parece lógico exigir, para garantizar el respeto a la voluntad de las personas afectadas, que la comunicación empresarial donde se informa de la intención de iniciar el procedimiento de adopción de una medida reorganizativa y de la posibilidad de atribuir la representación a una comisión *ad hoc*, especifique también la consecuencia que tendrá no utilizar esta fórmula representativa. Así lo entienden MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, «La incidencia de la reforma...», ob. cit., p. 18 y BENAVENTE TORRES, María Inmaculada, «Las comisiones ad hoc...», ob. cit., p. 134. En la misma línea, destacando que «los trabajadores deben estar suficientemente informados de las consecuencias de sus actos», se posiciona CRUZ VILLALÓN, Jesús, «La flexibilidad interna...», ob. cit., p. 152.

⁷⁰ No lo ha considerado así MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, «La incidencia de la reforma...», ob. cit., pp. 18-19. En su opinión resulta «preferible» la fórmula utilizada por la versión originaria del art. 26.3.a) del RPDC, que permitía a las plantillas sin estructuras representativas estables atribuir su representación a «representantes legales de un centro de trabajo de la misma empresa» si así lo decidían libremente, como alternativa a la designación de una comisión *ad hoc*.

⁷¹ Así por ejemplo, cabría la posibilidad de atribuir la representación a los sindicatos con legitimación inicial en relación al convenio colectivo aplicable a la empresa, esto es, a los que designarían a las personas

es, cuando no existan otros centros de trabajo afectados con representación unitaria la plantilla no dispondrá de interlocutor frente a la parte empresarial, circunstancia que no impedirá el inicio del período de consultas (art. 41.4.6.º del TRLET) y, excepto en el caso de las inaplicaciones de convenio colectivo estatutario, la puesta en práctica de la medida reorganizativa una vez concluida la duración máxima de aquél.

En directa conexión con lo que se acaba de indicar, conviene plantearse si en los casos donde se rechaza la utilización de la comisión *ad hoc* cabe optar por una fórmula representativa distinta. Desde un primer momento un sector doctrinal apuntó la posibilidad de articular vías alternativas de representación⁷², una posibilidad que ha sido avalada por la jurisprudencia en las importantes STS de 23 de marzo de 2015 (recurso 287/2014) y STS de 10 de octubre de 2019 (recurso 966/2017), aunque para hipótesis muy concretas y con restricciones.

En el primer caso el conflicto se plantea en relación a un despido colectivo y en el segundo a una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, pero las situaciones son muy parecidas: plantillas pequeñas (13 y 16 personas, respectivamente), que no disponen de representación unitaria y que descartan designar una comisión *ad hoc* optando por participar directamente en la negociación, de forma que en las distintas reuniones con la parte empresarial participa la mayoría de las personas que las integran y el acuerdo alcanzado dispone también de un soporte mayoritario⁷³. En opinión del TS «el escaso número de trabajadores que conforman la plantilla de la empresa», «la voluntad unánime de los mismos para negociar personalmente» y «la aprobación claramente mayoritaria del acuerdo», así como la ausencia de elementos que lleven a sospechar una «actuación torticera de la empresa, tendente a subvertir el carácter colectivo de la negociación» y de «indicios de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo», fuerzan a admitir la corrección de la fórmula de intervención utilizada y, consecuentemente, la validez del acuerdo, que despliega efectos sobre el conjunto de la plantilla, incluidas las personas que votaron en contra del mismo. La construcción la remata con una contundente afirmación la STS de 10 de octubre de 2019 (recurso 966/2017) en el punto 3 de su Fundamento Jurídico 3.º: «los trabajadores se han constituido en representantes colectivos de toda la plantilla», de forma que ya no actúan «a nivel individual, sino en la misma condición colectiva que correspondería a la comisión representativa que sustituyen, en cuyo estatuto jurídico han venido a subrogarse a efectos de la negociación y eventual conclusión de un acuerdo de empresa».

integrantes de la comisión *ad hoc* si se hubiese optado por esta fórmula representativa en la variante externa o sindical.

⁷² GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, «El ejercicio de los derechos colectivos...», ob. cit., pp. 152-154. En su opinión las reformas introducidas por la L 35/2010 ofrecen tres opciones a las plantillas que no dispongan de representación unitaria frente a un período de consultas: no elegir representación, elegir la representación prevista en el art. 41.4 del TRLET en alguna de sus dos variantes o «elegir cualquier otro tipo de representación atípica».

⁷³ Concretamente 10 votos a favor por solo 3 en contra en el primer caso y 7 votos a favor por 3 en contra en el segundo.

Se consagra así una vía alternativa las comisiones *ad hoc* que, a mi entender, más que una fórmula representativa constituye una vía de actuación directa de la plantilla a nivel colectivo, condicionada al cumplimiento de una serie de condiciones muy estrictas que reducen de forma importante su campo de actuación. La intervención directa no solo quedaría descartada cuando se incumplan los requisitos jurisprudenciales anteriormente señalados, sino también cuando existen otros centros de trabajo afectados con representación unitaria, porque en tal caso el art. 41.4.4.º b) del TRLET resulta taxativo e impone la asunción de la interlocución por parte de esta excepto que se designe una comisión *ad hoc*.

2.4. Dualidad

Como ya se ha apuntado, cuando el art. 41.4.3.º a) del TRLET abre la puerta a la creación de una comisión *ad hoc* contempla una doble alternativa en relación a la composición de este órgano y, por tanto, ofrece dos opciones a las plantillas sin estructuras de representación estables que quieran disponer de una interlocución que defienda sus intereses frente a la parte laboral cuando esta plantee la adopción de medidas reorganizativas que requieren la realización de un período de consultas. El máximo será siempre de tres personas, que un caso serán «trabajadores de la propia empresa» elegidos «por estos democráticamente» y en el otro serán designados por sindicatos que acrediten un determinado nivel de representatividad. Antes de entrar a analizar, en los epígrafes que siguen, cada una de estas dos opciones, interesa destacar algunos aspectos sobre la configuración general de esta doble alternativa.

El primero es que la norma legal deja en manos de la plantilla afectada la elección, de forma que será esta la que en cada caso y con toda libertad determine cómo se configurará la comisión *ad hoc*, pudiendo optar entre dos alternativas que se sitúan en plano de igualdad. Este esquema, introducido por la L 35/2010, ha sido valorado positivamente por la mayoría de la doctrina, que lo considera más respetuoso con el principio de democracia que la regulación precedente⁷⁴, en la que la plantilla afectada solo podía decidir sobre la existencia o no de la comisión *ad hoc* y era la Comisión Paritaria del convenio colectivo aplicable la que designaba a sus componentes de entre los sindicatos más representativos y representativos del sector⁷⁵. La elección de la variante de comisión *ad hoc* se llevará a cabo, ordinariamente, de forma simultánea a la adopción de la decisión de utilizar esta

⁷⁴ Véanse, por ejemplo, GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, «El ejercicio de derechos colectivos...», ob. cit., p. 152 y NIETO NAVAS, Patricia, «Comisiones *ad hoc*...», ob. cit., p. 66.

⁷⁵ En la redacción resultante del RDL 10/2010, el art. 41.4.3.º del TRLET establecía, al igual que el art. 40.2.4.º de la misma norma, que «en ausencia de representación legal de los trabajadores de la empresa, los trabajadores podrán atribuir su representación para la negociación del acuerdo con la empresa a una comisión de un máximo de tres miembros integrada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa designados por la Comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a ésta». La fórmula generó fuertes críticas por parte de un sector doctrinal, en cuya opinión «la norma recogía una especie de desapoderamiento de los trabajadores directamente afectados, que solo podían optar entre no poder estar presentes en el período de consultas o estarlo a través de un órgano representativo que no controlan en absoluto» (GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, «El ejercicio de derechos colectivos...», ob. cit., p. 152).

forma de representación, resultándole aplicables las mismas reflexiones expuestas en el párrafo anterior en relación a la forma de instrumentarla y el plazo para llevarla a cabo.

Un segundo aspecto que merece ser destacado es la imposibilidad de alterar el esquema electivo que establece la norma estatutaria. Aunque el art. 41.4.1.º del TRLET empiece señalando que las reglas enunciadas en el mismo se fijan «Sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva», no parece que tal previsión permita cambiar las reglas sobre identificación de la interlocución laboral durante el período de consultas ni, específicamente, las relativas a la designación de la comisión *ad hoc*, que tienen carácter de derecho necesario absoluto. Así lo ha destacado la doctrina⁷⁶ y lo defiende también algún pronunciamiento judicial, como la STSJ de Navarra de 14 d septiembre de 2015 (recurso 269/2015)⁷⁷. Como veremos de inmediato, idéntico carácter debe atribuirse a las reglas que delimitan las dos tipologías de comisión *ad hoc*, que tampoco pueden alterarse a través de la negociación colectiva.

2.4.1. *Comisión interna*

La primera posibilidad que contempla el art. 41.4.3.ºa) del TRLET en relación a la configuración de la comisión que venimos analizando es que esté «integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente». Resulta acertada la propuesta doctrinal de denominar a esta variante «comisión interna»⁷⁸, porque destaca la procedencia de las personas que la conformarán, uno de los factores que la distinguen de la otra variante⁷⁹. Ahora bien ¿cómo se elegirán estas personas? ¿qué opciones existen al respecto?

⁷⁶ NAVARRO NIETO, Federico, «La reforma del marco normativo de la negociación colectiva», en la obra colectiva *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 954.

⁷⁷ En ella se analiza la impugnación de varias cláusulas del Convenio colectivo del sector de la industria siderometalúrgica de Navarra (Boletín Oficial de Navarra de 16 de septiembre de 2013), concretamente los arts. 25, 26 y la disposición adicional 1.ª, donde se establece en relación a las medidas previstas en los arts. 47.1, 51 y 82.3 del TRLET, que «si los trabajadores no designan su representación en el plazo establecido en el art. 41.4 del ET, los sindicatos firmantes del Convenio actuarán en representación de estos». El TSJ de Navarra declara la nulidad de tales cláusulas porque en su opinión la indicación que aparece al inicio del art. 41.3.1.º del TRLET, anteriormente reproducida en texto, permite «la adición de requisitos o procedimientos distintos de los contemplados en la misma en cuanto que presumiblemente más garantistas dentro de los márgenes legales, pero no admite que, a través de esa posibilidad negociadora se termine reincorporando a la negociación a unos determinados sindicatos con exclusión de otros, ni que esta reincorporación se diseñe como una consecuencia tácita de la falta de designación de la comisión específica de trabajadores». La argumentación se completa señalando que la solución arbitrada por las cláusulas impugnadas resulta contradictoria porque acaba imponiendo a la plantilla sin órganos de representación estable una solución que la misma ha descartado previamente de forma implícita con su pasividad.

⁷⁸ La propuesta corresponde a CRUZ VILLALÓN, Jesús, «La flexibilidad interna...», ob. cit., p. 153.

⁷⁹ Por ello la considero preferible a otras opciones terminológicas que aún siendo correctas no realzan ningún factor distintivo, como por ejemplo «comisiones laborales», utilizada por DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, «Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010»,

La elección corresponde, sin ninguna duda, al conjunto de personas que integran la plantilla que no dispone de una estructura de representación estable y decide atribuir su representación a una comisión *ad hoc* interna. La norma requiere expresamente que se realice «democráticamente», generando los mismos problemas interpretativos expuestos en relación a esa decisión de atribución previa. Me remito pues a lo ya señalado en el análisis de esta última, dado que las reflexiones y criterios allí expuestos son perfectamente trasladables⁸⁰. Además, lo más probable es que ambas decisiones —atribución de la representación a una comisión *ad hoc* interna y designación de las personas que la integrarán—, se adopten en un mismo acto, y por tanto no tendría sentido fijar exigencias distintas en uno y otro caso.

Por lo que respecta a las personas que puedan ser designadas la norma alude genéricamente a «trabajadores de la propia empresa» y ello ha llevado a entender que pueden ser tanto personas que no ostentan la condición de representantes ni ninguna vinculación sindical, como integrantes de la representación unitaria de otros centros de trabajo, afectados o no por la medida⁸¹, o representantes de organizaciones sindicales⁸². De esta forma podría darse entrada a organizaciones sindicales que acreditan una efectiva implantación en el centro de trabajo o en la empresa, pero no son más representativas ni tienen peso a nivel sectorial, de forma que quedarían excluidas si se opta por la otra variante de comisión *ad hoc*, como podrá observarse en el siguiente epígrafe. Comparto plenamente esta lectura amplia en relación al colectivo que puede ser designado para integrar la comisión *ad hoc*, porque conviene ofrecer a la plantilla que debe tomar la decisión un abanico de opciones lo más amplio posible, pero no puede obviarse que la redacción de la norma no es demasiado afortunada, porque identifica de forma absolutamente inapropiada electores y elegibles⁸³, y por ello debería plantearse su adecuación.

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2011, n.º 23, p. 3 y MERCADER UGUINA, Jesús Ricardo y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, *Los procedimientos de despido...*, ob. cit., p. 123.

⁸⁰ También se ha defendido que la designación debe efectuarse aplicando por analogía las reglas del art. 87.1 *in fine* del TRLET en relación al convenio colectivo franja (NAVARRO NIETO, Federico, «La reforma del marco...», ob. cit., p. 956).

⁸¹ Conviene recordar que la versión originaria del art. 26.3.a) del RPDC otorgaba a las plantillas de los centros de trabajo sin representación unitaria la posibilidad de atribuir su representación a «los representantes legales de los trabajadores de un centro de trabajo de la misma empresa». Lo más normal es que se acuda a estas representaciones unitarias cuando sus centros de trabajo también resultan afectados por la medida que pretende implementar la parte empresarial, pero, dada la amplitud con que se delimita el colectivo objeto de designación, no hay ninguna razón para exigir esta afectación como condición.

⁸² Así lo han defendido BENAVENTE TORRES, María Inmaculada, «Las comisiones ad hoc...», ob. cit., pp. 139-140. Esta autora admite incluso, en los casos donde sean varios los centros de trabajo afectados sin representación unitaria, que se atribuya la representación a una comisión *ad hoc* designada por otro centro de trabajo.

⁸³ Advuértase que la elección de las personas que integrarán la comisión *ad hoc* se atribuye a «estos», es decir a los «trabajadores de la propia empresa», de forma que la norma hace coincidir electores y elegibles. Ello carece de todo sentido dado que, en función de cómo se interprete el término «empresa», debería concluirse, que la plantilla del centro de trabajo sin representación unitaria solo podrá elegir a personas de la misma plantilla (si se interpreta como centro de trabajo) o que puede elegirse cualquier persona que preste servicios en la empresa, pero en tal caso el colectivo de electores también se ampliaría a ese ámbito (si se interpreta como empresa en sentido estricto).

La comisión *ad hoc* interna ha sido objeto de fuertes críticas desde instancias sindicales y determinados sectores doctrinales, debido a que, en su opinión, presenta un importante riesgo de incidencia o control empresarial. Se ha señalado, por ejemplo, que «el empresario puede influir de modo directo en la elección de su contraparte y en el proceso de negociación»⁸⁴, que «es un verdadero sarcasmo hablar de negociación colectiva cuando, en tales ámbitos, el predominio de las posiciones empresariales es manifiesto»⁸⁵ o que son representaciones «sesgadas y condicionadas por el poder empresarial»⁸⁶. El problema ha sido detectado también en sede judicial, donde en alguna ocasión se ha destacado que esta fórmula representativa «ofrece menos garantías a los trabajadores puesto que sitúa al frente de la negociación a quienes no están necesariamente habituados y preparados para tal tarea»⁸⁷. El riesgo de que las comisiones *ad hoc* internas reciban presiones indebidas o excesivas desde la parte empresarial, tanto en el momento de su constitución como durante el desarrollo de su actuación, es indiscutible, pero a mi entender ello no debe llevar a replantearse su existencia ni a reducir el margen de libertad que tiene las plantillas que no disponen de representación unitaria a la hora de definir a quien atribuyen su representación cuando se convoca un período de consultas. La impugnación del acuerdo resultante debería permitir depurar las situaciones donde se verifique un intento de manipulación de la interlocución laboral⁸⁸. Junto a ello convendría incentivar la presencia de representantes sindicales y unitarios entre las personas que integran dichas comisiones, así como asegurar que disponen de las garantías propias de quienes efectúan tareas de representación. En el último epígrafe del presente Capítulo se realizará alguna propuesta para intentar avanzar en ese camino.

2.4.2. *Comisión externa*

Una de las dos opciones que el art. 41.4 del TRLET ofrece a las plantillas de los centros de trabajo que no disponga de representación unitaria para la defensa colectiva de sus intereses cuando la parte empresarial plantee la adopción de una medida de reorganización empresarial es atribuir su representación a una comisión de un máximo de tres miembros «designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos

⁸⁴ ROLDÁN MARTÍNEZ, Aranzazu, «Las comisiones ad hoc...», ob. cit., p. 400.

⁸⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, «La reforma sobre el sistema de negociación colectiva: un análisis crítico», en la obra colectiva *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Albacete, Bomarzo, 2013, p. 36.

⁸⁶ MARTÍN ARTILES, Antonio, ALÓS-MONER VILA, Ramon, «Continuidad y cambio después de la reforma de la negociación colectiva», en la obra colectiva *Balance de la reforma laboral de 2012*, Albacete, Bomarzo, 2016, p. 147.

⁸⁷ Fundamento Jurídico 9.º de la SAN de 28 de septiembre de 2012 (número 106/2012).

⁸⁸ Como sucede por ejemplo, en el caso tratado por la de 28 de septiembre de 2012 (número 106/2012), donde la empresa informa a las plantillas sin representación unitaria de la posibilidad designar una comisión *ad hoc* para negociar un despido colectivo pero omite la variante externa. Sorprendentemente, la AN acaba considerando irrelevante tal actuación, tras la que muy probablemente se esconde la intención de evitar que la representación de esas plantillas la asuman sujetos sindicales, porque en su opinión no ha incidido sobre el período de consultas, que se ha podido desarrollar con normalidad.

y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio de aplicación a la misma».

La doctrina ha utilizado denominaciones diversas para designar a este órgano. En algunos casos se opta por «comisión sindical», para destacar que sus miembros son elegidos por organizaciones sindicales y formarán parte de ellas, y en otras por «comisión externa», porque a diferencia de lo que sucede en la opción alternativa en este caso las personas que integran la comisión no formarán parte de la plantilla representada⁸⁹. Ambas denominaciones son correctas, pero resulta preferible la segunda, porque pone el acento sobre un rasgo exclusivo de la variante que ahora nos ocupa⁹⁰.

El primer aspecto a destacar de esta fórmula representativa es que la capacidad de la plantilla para incidir sobre la concreta configuración de la comisión es muy limitada: se reduce a la elección de la opción, dado que la determinación de las personas que la integrarán queda en manos de las organizaciones sindicales identificadas por la norma legal, sin que exista margen de maniobra en ninguno de esos dos aspectos. Imaginemos, por ejemplo, que existe un sindicato con implantación real en la plantilla afectada, porque dispone de una sección o, simplemente, tiene una o varias personas afiliadas en la misma. ¿Podría reclamarse su inclusión en la comisión en exclusiva o junto con las organizaciones sindicales escogidas por la norma estatutaria? En base a la actual redacción del art. 41.4 del TRLET no existen demasiadas dudas: la respuesta debe ser negativa. Así lo ha entendido la mayoría de la doctrina, que también ha destacado la imposibilidad de incidir sobre la elección de las concretas personas que integrarán la comisión en representación de los sindicatos más representativos y representativos referidos por ese precepto estatutario⁹¹. La atribución de la representación a esas otras fuerzas sindicales solo podría articularse, por tanto, a través de la opción alternativa, esto es, la comisión interna.

Tal configuración ha generado críticas, a mi entender acertadas, por parte de un sector doctrinal en cuya opinión el hecho de que «la comisión se sindicalice de forma absoluta, sin dejar margen a la libertad de decisión de los trabajadores» puede resultar «problemática porque puede chocar con el desinterés de los trabajadores por este tipo de representación (algo muy habitual en las empresas de pequeña dimensión)» y acabar desincentivando la elección de la comisión sindical externa⁹². En la misma línea se ha afirmado que la configuración de la comisión sindical externa constituye una «solución rígida», reclamando un mayor protagonismo de la plantilla afectada porque «para los trabajadores será esencial la

⁸⁹ Véanse de nuevo las referencias doctrinales indicadas, al inicio del epígrafe anterior, en relación a la comisión interna.

⁹⁰ No sucede lo mismo con la otra opción dado que, como se ha señalado en el epígrafe precedente, las comisiones internas también pueden estar integradas por representantes sindicales.

⁹¹ Véanse, por ejemplo GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, «El ejercicio de los derechos...», ob. cit., pp. 153-154; BENAVENTE TORRES, Inmaculada, «Las comisiones ad hoc...», ob. cit., p. 136; o ROLDÁN MARTÍNEZ, Aranzazu, «Las comisiones *ad hoc*...», ob. cit., p. 405.

⁹² GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, «El ejercicio de los derechos...», ob. cit., pp. 153-157.

confianza en las opciones sindicales, de ahí que deban ser aquellos los que deban tener la última palabra en la elección de los sindicatos representativos»⁹³.

Una vez revisada la configuración general de la comisión sindical externa procede analizar diversos problemas interpretativos que plantea su puesta en práctica, para determinar con la máxima precisión quien defenderá los intereses de las plantillas que opten por esta forma de representación. Aunque las sucesivas modificaciones introducidas en el art. 41.4 del TRLET han corregido varias de las deficiencias que presentaba la fórmula inicialmente adoptada por el RDL 10/2010⁹⁴, todavía persiste alguna duda en relación a las concretas organizaciones sindicales que conformarán la comisión.

La actual redacción del art. 41.4 del TRLET, que en este punto se mantiene inalterada desde la Ley 35/2010, deja claro que los sindicatos a los que se atribuye la representación son los que dispongan de la denominada «legitimación inicial» en relación al convenio colectivo que resulte aplicable a la empresa, esto es, los que tendrían derecho a formar parte de la comisión negociadora del mismo. Tanto el hecho de que la hipótesis de base sea la ausencia de representación legal, como la referencia a «los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa», ponen de manifiesto que la norma está presuponiendo que se trata de un convenio sectorial⁹⁵ y, por tanto, debemos acudir a los arts. 87.3 y 87.5 del TRLET. El juego de ambos preceptos permite identificar a los concretos sujetos que tienen derecho a integrar la comisión sindical externa: los sindicatos más representativos de ámbito estatal, los sindicatos más representativos de ámbito autonómico que correspondan a la ubicación geográfica de la plantilla afectada y los sindicatos que dispongan de como mínimo el diez por ciento de la representación unitaria existente en la unidad de negociación. Es en este punto donde empiezan a surgir dudas. ¿Se requiere la presencia de todos ellos para la correcta conformación de la comisión o basta con que participen algunos?

La respuesta a esta cuestión queda directamente condicionada por dos reglas que ofrece el mismo art. 41.4 del TRLET: la comisión estará integrada por tres personas como máximo y su designación corresponde a los sindicatos anteriormente identificados «según su representatividad», es decir, según el porcentaje de representación unitaria de

⁹³ NAVARRO NIETO, Federico, «La reforma del marco normativo...», ob. cit., p. 957. Dicho autor propone, en concreto, que se traslade a la comisión sindical externa el sistema de designación previsto en el art. 87.1.4.º para el convenio franja.

⁹⁴ En la redacción que esta norma dio al art. 41.4 del TRLET, la comisión sustitutiva debía conformarse en todo caso por «los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa designados por la Comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a ésta». No se precisaba en qué ámbito territorial (estatal, autonómico, provincial...) debía valorarse la mayor representatividad o representatividad sectorial, omisión que generaba una notable inseguridad jurídica. Además, para un sector doctrinal resultaba ambigua y polémica la atribución a la Comisión Paritaria del convenio colectivo aplicable de la designación de tales sindicatos, porque no quedaba claro el margen de maniobra que existía en tal decisión y se consideraba una puerta abierta a la injerencia de la parte empresarial. Véase, por ejemplo, GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, «El ejercicio de los derechos colectivos...», ob. cit., p. 153.

⁹⁵ Así lo ha destacado, por ejemplo, Benavente Torres, Inmaculada, «Las comisiones ad hoc...», ob. cit., p. 138.

que acrediten en la unidad de negociación⁹⁶. Teniendo presente que existen dos sindicatos más representativos de ámbito estatal que siempre tendrán derecho a participar en la comisión externa es bastante probable que en muchos casos sean más de tres los legitimados inicialmente y, en virtud de esas reglas, uno o varios de ellos resulten excluidos. Queda claro, pues, que no se asegura ni es imprescindible la presencia de todos los sindicatos con legitimación inicial. Ahora bien ¿es necesario que concurran los precisos para asegurar un mínimo de representatividad?

La cuestión, a pesar de su indiscutible transcendencia, no se ha planteado todavía a nivel jurisdiccional, probablemente por la escasa utilización práctica de la comisión sindical externa, pero sí ha merecido la atención de la doctrina, que mantiene posiciones enfrentadas al respecto. Para un sector resulta lógico exigir que los sindicatos intervinientes dispongan de la mayoría de la representación unitaria existente en el ámbito del convenio y se interpreta el silencio del 41.4 del TRLET en este punto como «un defecto técnico»⁹⁷.

Es importante traer a colación el criterio establecido por el Criterio de la DGT de 6 de mayo de 2020 (SGON-929CRA) en respuesta a una consulta planteada en relación al art. 23.1.a) del RDL 8/2020. Aunque, como ya se advirtió algunas páginas atrás, existen diferencias significativas entre la fórmula adoptada por dicho precepto y la general u ordinaria del art. 41.4 del TRLET, el problema que nos ocupa se presenta en ambos casos en términos prácticamente idénticos, excepto en lo relativo al límite numérico de la comisión, que no existe en la normativa de excepción porque prevé que «la comisión estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan los requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías correspondientes». Pues bien, interrogada sobre la transcendencia que puede tener la incomparecencia de alguno de los esos sujetos, la DGT considera que nos hallamos ante «una representación potestativa de carácter informal» y que «la ausencia de uno o alguno de los sindicatos legitimados no invalida ni condiciona la composición de la comisión si el otro u otros sindicatos que la componen son más representativos del sector, legitimados para negociar el convenio colectivo del mismo, aunque no lo hayan firmado»; posición que se intenta fundamentar argumentando que «se trata de una conclusión típica en nuestro derecho colectivo».

En mi opinión, la correcta conformación de la comisión sindical externa requiere la presencia de sindicatos que sumen la mayoría absoluta de la representación unitaria existente en la unidad de negociación, tanto en el ámbito del art. 41.4 del TRLET como, todavía con más razón, en el de la regulación excepcional contenida en el art. 23.1.a) del RDL 8/2020⁹⁸. No cabe olvidar que en ambos casos la intervención de los sindicatos se

⁹⁶ Existe un evidente paralelismo entre la regla transcrita y la establecida por el art. 88.1 del TRLET en relación a la conformación de la comisión negociadora del convenio colectivo estatutario, paralelismo que lleva a interpretarlas en idénticos términos.

⁹⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, «El ejercicio de los derechos colectivos...», ob. cit., pp. 153.

⁹⁸ Con más razón en este último caso porque, como ya se destacó, en la hipótesis del art. 23.1.a) del RDL 8/2020 la comisión sindical externa se impone *ex lege* cuando no exista representación unitaria en ninguno de los centros de trabajo afectados, con independencia de la voluntad de las plantillas afectadas, y en tal situación el argumento que se expone a continuación adquiere todavía más fuerza. Coincide en este punto GUALDA ALCALÁ, Francisco José, «Las medidas laborales de emergencia ante el COVID-19: las primeras medidas laborales

fundamenta en su acreditada representatividad en la unidad de negociación del convenio colectivo aplicable a la plantilla sin representación estable, que integra una parte de esa unidad de negociación; una lógica que en la hipótesis de la norma ordinaria se ve reforzada por la elección expresa de esos sindicatos como interlocutores en el período de consultas. Pues bien, el respeto a esa lógica exige la efectiva participación en la comisión de sindicatos que dispongan globalmente de un respaldo mayoritario en el ámbito que se toma como referencia, en correspondencia con lo que exige el art. 88.2.1.º del TRLET en relación a la comisión negociadora del convenio colectivo estatutario⁹⁹. El paralelismo y las estrechas conexiones que existen entre esta última comisión y la comisión sindical externa de los períodos de consulta fuerzan a descartar cualquier otra opción.

3. REFLEXIONES FINALES

Pasadas dos décadas desde su reconocimiento expreso a nivel normativo y tras numerosas reformas las comisiones *ad hoc* constituyen a día de hoy el principal mecanismo que tiene las plantillas que no disponen de representación unitaria para actuar a nivel colectivo en defensa de sus intereses. Su actual configuración orgánica, como vía subsidiaria, objetivamente restringida, voluntaria y dual, resulta en términos generales satisfactoria, pero su articulación concreta genera diversos desajustes que se han ido apuntando a lo largo del estudio y que no pueden dejarse de lado. En las líneas que siguen esbozaré cuatro propuestas que inciden esencialmente sobre el art. 41.4 del TRLET y toman como referencia los principios expuestos en el apartado introductorio, con la simple pretensión de abrir el debate sobre una reforma normativa que debería abordarse en breve.

La primera se centra en el carácter subsidiario de la fórmula representativa analizada y, particularmente, en la preferencia que se otorga a las secciones sindicales mayoritarias en la representación unitaria para representar esas plantillas cuando sean varios los centros de trabajo afectados y alguno o varios de ellos dispongan de órganos electos. Sin pretensión de discutir esa preferencia, que tiene una indiscutible base constitucional y puede facilitar la articulación de la interlocución laboral, en determinadas situaciones puede generar resultados distorsionantes, que podrían evitarse exigiendo que la representación unitaria existente cubra como mínimo a la mayoría de las personas que prestan servicios

ante la contención social limitada y la paralización general de la actividad laboral», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n.º 4, p. 12 (versión electrónica).

⁹⁹ No cabe olvidar que la exigencia de mayoría absoluta de la representación unitaria para la correcta conformación de la comisión negociadora, también denominada «legitimación plena», solamente admite una excepción, contemplada en el párrafo 2 del mismo art. 88.2 del TRLET, que corresponde a «aquellos sectores en los que no existan órganos de representación unitaria de los trabajadores». En tal supuesto la comisión negociadora se entiende válidamente constituida «cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de comunidad autónoma». Adviértase que en incluso en esta excepcional hipótesis al legislador no le basta con la presencia de algunos de los sindicatos legitimados sino que requiere la presencia de todos ellos para que la representación quede correctamente articulada.

en los centros de trabajo afectados¹⁰⁰. Se garantizaría, de esta forma, que la interlocución la asumen solamente secciones sindicales que en ese conjunto de centros de trabajo son mínimamente representativas; garantía que permite obviar la voluntad concreta de las plantillas sin estructuras de representación estables.

Otro aspecto a revisar en relación a esa preferencia es la ausencia de reglas que ordenen su ejercicio, más allá de la genérica exigencia de un acuerdo entre las secciones sindicales mayoritarias. Debería requerirse que dicho acuerdo se notifique tanto a la parte empresarial como a las plantillas afectadas¹⁰¹ y someterlo a un límite temporal máximo¹⁰², transcurrido el cual decaería el derecho de prioridad que se otorga a aquellas y las plantillas sin órganos electos podrían atribuir su representación a una comisión *ad hoc*, debiendo garantizarse un margen de tiempo suficiente a estos efectos.

La segunda propuesta incide sobre las reglas que rigen la decisión de atribuir la representación a una comisión *ad hoc*, la elección de la variante concreta y, en su caso, la designación de las personas que la integrarán, que no ofrecen la necesaria seguridad jurídica y pueden llegar a condicionar su operatividad¹⁰³. Debería indicarse expresamente que tal decisión queda sometida a los arts. 77 y siguientes del TRLET, es decir, que ha de ser adoptada en una asamblea laboral, introduciendo reglas singulares en relación a la votación, para hacer viable la toma de la decisión; reglas que se concretan en la suficiencia de mayoría simple, en la admisión del voto delegado y en la no exigencia de voto secreto, excepto que alguna de las personas presentes lo solicite. También debería establecerse la obligación de documentar el resultado de la asamblea en un acta, similar a la prevista en el art. 2.2. del RERT.

Igual de necesario resulta concretar el plazo en el que puede efectuarse la atribución de la representación a una comisión *ad hoc*, dado que los previstos actualmente en el art. 41.4 del TRLET inciden sobre una cuestión distinta, aunque directamente relacionada, como es la constitución de la comisión representativa. Lo más razonable, atendiendo a la duración de tales plazos, sería fijar un marco temporal de 7 o 8 días para la adopción de aquella decisión, superado el cual la representación quedaría automáticamente atribuida a la representación unitaria que pudiese existir en el resto de centros de trabajo afectados.

¹⁰⁰ Es preferible referir la mayoría al número de personas trabajadoras implicadas que al número de centros donde estas prestan servicios, dado que el volumen de las plantillas puede ser muy diverso y si se acogiese esta última referencia las distorsiones podrían mantenerse.

¹⁰¹ Ésta es la única forma de garantizar que las plantillas sin representación sepan en todo caso si están o no facultadas para designar una comisión *ad hoc* y evitar las absurdas situaciones que puede generar la desinformación (nombramiento de una comisión que no puede desarrollar las funciones que le son propias porque las secciones sindicales ejercitan su prioridad representativa, pasividad de la plantilla ante el convencimiento de que las secciones sindicales van a tomar la iniciativa, etc.).

¹⁰² Podría fijarse, por ejemplo, la mitad del plazo establecido para la constitución de la comisión representativa.

¹⁰³ Esta intervención también podría llevarse a cabo a través de la negociación colectiva, como ha propuesto un sector doctrinal (SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo, «La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva», en la obra colectiva *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Albacete, Bomarzo, p. 115) pero resulta preferible hacerlo a través de la norma legal, que permite conseguir una ordenación uniforme, de alcance general y duradera.

En tercer lugar, convendría reforzar la presencia sindical en las comisiones *ad hoc*, para minimizar el riesgo de control empresarial y conseguir una representación más eficaz, en consonancia con la preeminencia que la norma constitucional otorga al sindicato frente a las restantes formas participación en la empresa. Esta fórmula de representación excepcional puede ser una vía muy útil para la penetración del sindicato en la empresa, dando a conocer la valiosa labor que este puede desarrollar en ámbitos donde tiene escasa presencia, pero la actual regulación no la facilita, sino más bien lo contrario. Algunos ajustes que podrían ayudar a revertir la situación serían: primero, clarificar mediante una indicación expresa en la norma que las personas designadas para integrar las comisiones internas pueden ser representantes sindicales; segundo, obligar a la parte empresarial a detallar en la comunicación que dirija a las plantillas sin representación unitaria las distintas opciones que tienen para articular la defensa de sus intereses a nivel colectivo¹⁰⁴; tercero, establecer la obligación de enviar una copia de dicha comunicación a todas las secciones sindicales existentes en la empresa, para que estas puedan dirigirse a esas plantillas y ofrecerse como interlocutores¹⁰⁵; cuarto, permitir que en el caso de optar por una comisión externa la plantilla pueda escoger libremente de entre los sindicatos referidos por la norma legal aquél o aquéllos a los que atribuye su representación, aunque sean éstos los que determinen las concretas personas que la integrarán¹⁰⁶.

No resulta convincente, por el contrario, atribuir la representación de forma directa y *ex lege* a determinadas organizaciones sindicales, aunque estas tengan una representatividad acreditada en un ámbito superior, porque prescinde absolutamente de la voluntad de la plantilla afectada. Esta fórmula podría ser válida en supuestos muy singulares, como el prevista en el art. 23.1.a) del RDL 8/2020, donde los principios de operatividad, eficacia y promoción sindical pueden llegar a justificar que no se tome en consideración aquella voluntad, pero no con carácter general. La atribución de la interlocución a los sindicatos con legitimación inicial en relación al convenio colectivo aplicable a la empresa sí puede ser útil y oportuna como vía subsidiaria de cierre, cuando no se recurre a la comisión *ad hoc* y tampoco existen órganos unitarios en otros centros de trabajo afectados que asuman la representación.

La cuarta y última propuesta incide sobre el ámbito objetivo de las comisiones *ad hoc*. Solo se prevén para los períodos de consulta vinculados a ciertas medidas de reorga-

¹⁰⁴ Podría establecerse incluso una prohibición expresa de injerencia dirigida a la parte empresarial, que evitase su influencia sobre la elección omitiendo alguna de las opciones, promocionando la que más le interese o de cualquier otra forma.

¹⁰⁵ Ello estimularía a dichas secciones sindicales a exponer sus propuestas para conseguir la representación y podría ayudar a incrementar su presencia en plantillas que por regla general tendrán un bajo nivel de afiliación. Dado que en la actualidad la parte empresarial ya queda obligada a notificar a las secciones sindicales que tengan presencia en la representación unitaria, para que puedan ejercer la preferencia negociadora que la ley les otorga, la propuesta supondría extender la obligación de información al resto de secciones sindicales.

¹⁰⁶ De esta forma se incrementaría el protagonismo de la plantilla en la definición de la comisión externa, potenciando el atractivo de esta variante, al margen del estímulo a la adopción de una actitud propositiva por parte de los sindicatos potencialmente elegibles, en línea con lo señalado en la anterior nota a pie respecto a las secciones sindicales.

nización empresarial, pero son un mecanismo perfectamente válido de representación en otros procesos de negociación colectiva distintos del previsto en el Título I del TRLET, como por ejemplo la correspondiente a los períodos de consulta previstos en el art. 44.9 de la misma norma o la vinculada a los acuerdos de empresa subsidiarios. Su traslación a estos ámbitos aportaría mayor seguridad jurídica y uniformidad en el tratamiento de hipótesis que constituyen especies de un mismo género, y aunque puede fundamentarse en la analogía convendría formalizarla a nivel normativo mediante remisiones al art. 41.4 del TRLET.

La mejora de la articulación de las comisiones *ad hoc* constituye un primer paso necesario pero insuficiente, porque también se plantean importantes distorsiones en otros aspectos orgánicos y funcionales, como por ejemplo las garantías y facilidades de las personas que las integran o el efecto que puede llegar a tener su intervención en inaplicaciones de convenios colectivos estatutarios¹⁰⁷. Quedan pendientes para un próximo estudio que esperamos abordar en un futuro no lejano.

¹⁰⁷ Véanse al respecto las interesantes reflexiones de BENAVENTE TORRES, Inmaculada: «Representación extraestatutaria, participación directa y posible inconstitucionalidad de la comisión “ad hoc” no sindicalizada», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2015, n.º 385, 2015, pp. 69-92.

LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TELETRABAJADORES EN EL REAL DECRETO-LEY 28/2020, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE TRABAJO A DISTANCIA

Alberto Pastor Martínez

*Profesor agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Grup de Recerca Drets dels Treballadors Espanyols i Estrangers (DRELATES)
Institut d'Estudis del Treball (IET) - Universitat Autònoma de Barcelona*

SUMARIO: 1. LA REGULACIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. DE LA INSUFICIENCIA NORMATIVA A UN MARCO JURÍDICO COMÚN PARA EL TRABAJO A DISTANCIA Y EL TELETRABAJO. 2. UN BREVE APUNTE SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RDL 28/2020. DEL 51 AL 30%, UNA PARADOJA Y ALGUNAS INSUFICIENCIAS. 3. LA ADSCRIPCIÓN DE LOS TRABAJADORES A DISTANCIA A UN CENTRO DE TRABAJO COMO PRESUPUESTO DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN. 4. EL PRINCIPIO DE EQUIPARACIÓN EN EL DISFRUTE DE LOS DERECHOS COLECTIVOS COMO PUNTO DE PARTIDA Y EL ESTABLECIMIENTO DE OBLIGACIONES LEGALES ESPECÍFICAS A CARGO DEL EMPRESARIO. ALCANCE MATERIAL Y FUENTES REGULADORAS. 5. LA TITULARIDAD DE LOS MEDIOS O GARANTÍAS INSTRUMENTALES DE CARÁCTER COLECTIVO RECONOCIDOS EN ART. 19 DEL RDLRT. 6. LAS FACILIDADES Y GARANTÍAS DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES A DISTANCIA EN EL ART. 19 DEL RDLTAD.

1. LA REGULACIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. DE LA INSUFICIENCIA NORMATIVA A UN MARCO JURÍDICO COMÚN PARA EL TRABAJO A DISTANCIA Y EL TELETRABAJO

El teletrabajo no es ni una entelequia ni un fenómeno marginal. En los últimos años esta forma de organización y prestación de servicios se ha incorporado cada vez con mayor frecuencia a nuestra realidad productiva. Y ello tanto en el sector privado como en el sector público y por razones de muy diverso tipo. Las causas que motivan su implementación son diversas y de distinta índole, desde motivaciones de orden económico, ecológico, de favorecimiento de la vida laboral y privada de las personas trabajadoras, geográficas y demográficas en orden al favorecimiento de la distribución de la actividad productiva a zonas «vaciadas» o, finalmente, de tipo sanitario o de salud pública como ha ocurrido con el denominado teletrabajo COVID.

La pandemia generada por el COVID-19 ha constituido el escenario que potenciado una experimentación forzada del teletrabajo que ha evidenciado algunas de esas ventajas

e inconvenientes¹. En cualquier caso, no parece muy aventurado dar credibilidad a lo que se ha convertido ya en una frase hecha cuando se habla del futuro del teletrabajo: «el teletrabajo ha venido para quedarse»².

Las singularidades que presenta el trabajo a distancia, en general, y el teletrabajo, en particular como formas de prestación de servicios hacen necesario el establecimiento de normas específicas que adapten la normativa laboral común a las singularidades de dicho contexto organizativo para, de esa forma, hacer efectivos el conjunto de derechos que el ordenamiento reconoce. Una necesidad de regulación específica del trabajo a distancia que se ha plasmado tanto en un plano internacional como nacional.

En ese plano internacional, nivel de regulación especialmente idóneo si se tiene en consideración la dimensión transnacional que puede tener el trabajo a distancia y sobre todo el teletrabajo, dos son las normas que merecen destacarse: el Convenio 177 de la OIT sobre el trabajo a domicilio firmado el 20 de julio de 1996³ y el Acuerdo Europeo sobre Teletrabajo (en lo sucesivo AMET) firmado por los agentes sociales europeos, CES, UNICE/UEAPME y CEEP, el 16 de julio de 2002 en Bruselas. La diversidad terminológica en la denominación de ambas normas —trabajo a domicilio en una, teletrabajo, en la otra—, no debe hacernos pensar que se refieran a realidades absolutamente diversas y que no sean aplicables al trabajo a distancia tal y como es definido por el RDL 28/2020. La denominación empleada por el Convenio 177 de la OIT es, a nuestro juicio, equivoca por cuanto su art. 1 expresamente establece, entre otros elementos definitorios, que la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza en su domicilio pero también «en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador, coincidiendo de esta forma con el AMET cuando establece, en referencia al elemento locativo en el que se desarrolla el trabajo, su aplicabilidad a «un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se

¹ En la doctrina CRUZ VILLALÓN, Jesús, «Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia.» *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2020 (consultada versión electrónica). Desde la órbita sindical (CCOO en «Orientaciones para la regulación del teletrabajo en la negociación colectiva», <https://www.ccoo.es/98924f6342dd4089217c2b8898065def000001.pdf> [consultado el 21-agosto-2020], o UGT, <https://www.ugt.es/ugt-insta-regular-e-impulsar-el-teletrabajo-en-la-negociacion-colectiva-y-en-el-marco-del-dialogo> [consultado el 21-agosto-2020]). Muy interesante el documento, prepandemia, Eurofound and the International Labour Office (2017), *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva (consultada versión electrónica 21-agosto-2020).

² Estos son algunos de los titulares que pueden encontrarse en los diarios referidos a esta cuestión: «Teletrabajo, un miembro más de la familia que ha venido para quedarse» (El Mundo, 22 de septiembre de 2020), «¿Ha venido el teletrabajo para quedarse?» (El País 27 abril 2020) «Bienvenidos a la era del teletrabajo: por qué ha venido para quedarse»; «Si el teletrabajo ha venido para quedarse, ¿dejaremos de priorizar vivir cerca del lugar de trabajo?» (20 minutos, 19 de agosto de 2010), «El teletrabajo llega para quedarse, con escasa regulación y riesgo de efectos psicológicos (Público, 30 de abril de 2020).

³ La OIT en la misma fecha también aprobó la Recomendación 184 sobre el trabajo a domicilio, 1966. Con mayor detenimiento un análisis de la regulación internacional del trabajo a distancia en Pastor Martínez, Alberto, «La normativa internacional como instrumento de articulación políticas legislativas nacionales en materia de representación de los trabajadores en el contexto del trabajo a distancia y del teletrabajo», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 8, núm. 1, enero-marzo de 2021.

efectúa fuera de estos locales de forma regular». Lo decisivo en ambos casos, lo relevante, es que el trabajo se desarrolla a distancia, fuera de los locales de la empresa, o como con acierto indica el art. 2 del RDLRT «en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular»⁴.

Debe destacarse, no obstante, que ni el Convenio 177 OIT ni el AMET son normas directamente aplicables, con eficacia directa entre particulares, en el ordenamiento jurídico español. En el caso del Convenio 177 OIT porque nos encontramos con uno de los escasos convenios que no han sido ratificados por España, lo que impide en base al art. 96.1 CE considerarlo como una norma directamente aplicable⁵. Por su parte, el AMET carece de eficacia normativa directa para las empresas y personas trabajadoras por cuanto los agentes sociales a nivel europeo optaron por remitir su eficacia a los procedimientos y prácticas que a nivel nacional desarrollasen cada una de sus organizaciones miembros. Se trata de «*fórmulas de transposición más “suaves”, de las que las instituciones comunitarias se retiran, lo cual se traduce en el debilitamiento del acuerdo europeo como fuente de producción legislativa alternativa a la institucional, y en un riesgo para su transposición*»⁶. En el caso español, la incorporación del contenido del acuerdo al ordenamiento jurídico puede calificarse de tardía, heterodoxa y parcial. Así, aunque el Acuerdo o su contenido ha sido incorporado en los sucesivos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva desde el 2003 7

⁴ La regularidad del trabajo a distancia y/o del teletrabajo se exige en las tres normas aun cuando con distintos grados de concreción justificables por su diversa funcionalidad. Así, el art.1 del Convenio 177 OIT precisa que no se considerará trabajador a domicilio a aquel que realice ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual y el AMET considera teletrabajo a aquel que se efectúa fuera de los locales de la empresa de forma regular (cláusula 2). Sobre la distinción entre trabajo a distancia y teletrabajo puede consultarse PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel y PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, «Trabajo a distancia vs. teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012», *Actualidad Laboral*, 2013 (consultada versión electrónica).

⁵ A fecha de 07-10-2020 España no ha ratificado 21 Convenios de los 133 vigentes. Pueden verse en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11210:0::NO:11210:P11210_COUNTRY_ID:102847

⁶ GALLARDO, R. (2008) La metamorfosis de la negociación colectiva europea. *Relaciones Laborales*, N.º 18, pp. 1061-1081.

⁷ Así en los sucesivos Acuerdos Interprofesionales desde el 2003, prorrogado para el 2004; del 2005 prorrogado para el 2006 y el del 2007 prorrogado para el 2009. El Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010, 2011 y 2012 ya se limita a recoger una muy breve síntesis del AMET en la que se destacan los principios que debe regir su implementación de este en la que se establece que «*Una de las formas innovadoras de organización y ejecución de la prestación laboral derivada del propio avance de las nuevas tecnologías es el teletrabajo, que permite la realización de la actividad laboral fuera de las instalaciones de la empresa. Partiendo del reconocimiento por los interlocutores sociales del teletrabajo como un medio de modernizar la organización del trabajo, consideramos oportuno establecer algunos criterios que pueden ser utilizados por las empresas y por los trabajadores y sus representantes: El carácter voluntario y reversible del teletrabajo, tanto para el trabajador como para la empresa. La igualdad de derechos, legales y convencionales, de los teletrabajadores respecto a los trabajadores comparables que trabajan en las instalaciones de la empresa. La conveniencia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc.*». Una fórmula que se reitera en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 y en el III Acuerdo para los años 2015, 2016 y 2017 en el que se añade a modo de recordatorio que «*Más allá de estos criterios, las Organizaciones empresariales y sindicales volvemos a recordar el contenido del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito por los interlocutores sociales europeos en julio de 2002, y revisado en 2009, en el que se recogen pautas relativas al desarrollo del teletrabajo*». En el

debe destacarse que estos carecen de eficacia normativa, produciendo únicamente efectos obligacionales para las organizaciones firmantes y careciendo, por ello, de virtualidad para generar derechos y obligaciones directamente alegables ante los Tribunales.

La incorporación del contenido de AMET o sino al menos de sus contenidos fundamentales, sí que se produjo en algunos convenios colectivos. Aunque cabe valorar muy positivamente estas iniciativas (de las que cabe destacar, por su carácter de convenio referente y por lo temprano, el XIV Convenio Colectivo General de la Industria Química, BOE 06-08-2004), las mismas son, evidentemente, insuficientes por cuanto su ámbito de aplicación es limitado.

La modificación del art. 13 del TRLET por la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, solucionó parcialmente la cuestión de la falta de una transposición completa del AMET. La regulación del art. 13 ex 2012 incorporaba algunos de los contenidos básicos del AMET, básicamente, la voluntariedad, la exigencia de un tratamiento igualitario y la aplicabilidad de los derechos colectivos, pero refiriéndolos a los trabajadores a distancia y no a los teletrabajadores, conceptos no equiparables y con notables lagunas. Habrá que esperar, no obstante hasta la reciente aprobación del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (en lo sucesivo RDLTAD)⁸ para encontrarse con una regulación completa y con voluntad omnicomprendensiva de la regulación del trabajo a distancia. En este sentido, la misma debe ser observada como un salto cualitativo en la regulación efectuada hasta este momento en el reformado art. 13 del TRLET, precepto que contenía una regulación insuficiente y poco adaptada a los principios contenidos tanto en el C177 OIT como en el AMET y ello tanto desde una perspectiva adjetiva como sustancial. Así, con relación a esa primera perspectiva adjetiva o formal, la hasta ahora vigente versión del art. 13 se introdujo con ocasión de la denominada reforma laboral del 2012, una reforma realizada ya no fruto del dialogo social sino incluso contra el mismo. Por el contrario, el RDLTAD siguiendo el principio contenido en el C177 OIT y el mandato del AMET es un claro ejemplo del dialogo social. Desde una perspectiva material, el RDLTAD efectúa una regulación completa del trabajo a distancia que colma las abundantes lagunas que existían en el ámbito del art. 13⁹.

Respecto al eventual papel a desarrollar por la negociación colectiva como instrumento regulador, a nuestro juicio, la regulación específica del trabajo a distancia debe ser abordada de manera conjunta y articulada por la ley y la negociación colectiva. Creemos que no resulta posible, ni en términos jurídicos ni prácticos, defender una posición de abstencionismo normativo estatal que deje en manos de la negociación colectiva la regulación completa del fenómeno. La regulación legal resulta precisa por cuanto el entramado nor-

más reciente IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2018, 2019 y 2020 (BOE 18-07-2018) ya desaparece cualquier referencia al teletrabajo.

⁸ El RDL 28/2020 fue convalidado por Resolución de 15 de octubre de 2020 (BOE 22-10-2020) fecha en la que también se convalidó el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

⁹ Entre otros, PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel y PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, «Trabajo...», ob. cit., (consultada versión electrónica).

mativo debe acometer la introducción de adaptaciones que, por su incidencia en normas legales, precisan del mismo rango normativo. Por otra parte, la realidad evidencia que la autonomía colectiva, al menos en este momento, no aborda la regulación del teletrabajo con complitud en un doble sentido, ni subjetivamente alcanza a un número relevante de teletrabajadores¹⁰, ni objetivamente, efectúa una regulación completa o, al menos suficiente.

La idoneidad de la negociación colectiva como instrumento regulador del teletrabajo se aprecia en el importante papel que puede desarrollar en orden a efectuar una regulación más adaptada al entorno real en el que el trabajo a distancia va a operar, adaptabilidad a la que coadyuva su dinamicidad, y, asimismo, por la legitimidad que se derivan de los mandatos convencionales.

El convenio por su proximidad a la realidad normada puede efectuar una regulación más acomodada¹¹ que aquélla que puede hacerse desde la normativa estatal, a la realidad en la que debe proyectar sus efectos. Así, aspectos como puedan ser la organización empresarial, las tecnologías implantadas, las actividades y funciones desarrolladas a través de las mismas o el número de trabajadores afectados responderán a esquemas heterogéneos en el seno de las diferentes empresas precisando previsiones normativas diferentes en orden a una tutela eficaz de los diferentes intereses en juego. El convenio, especialmente el de empresa, constituye, sin duda, un instrumento en el que pueden plasmarse las diferentes peculiaridades con posible incidencia en la regulación de las TIC.

Por otra parte, el carácter paccionado de la normativa convencional constituye un factor de suma importancia en aras a lograr la efectividad de la regulación¹². El carácter negociado de este instrumento normativo así como su aceptación por los representantes de los trabajadores además de constituir un elemento que asegura la adaptación de la normativa a la realidad que se pretende normar al tenerse presentes los diferentes intereses y necesidades concurrentes, suponen la implicación y aceptación de los destinatarios de la normativa. Así, y en relación específicamente con el teletrabajo, se ha señalado que *«de escogerse una vía no participativa se estaría poniendo una condición para la ineficacia de la puesta en práctica del teletrabajo y para un rechazo frontal a una modalidad de trabajo que implica, como hemos visto, una ruptura de los esquemas clásicos de organización y prestación de la actividad laboral»*¹³.

La regulación normativa articulada entre la ley y la negociación colectiva como matriz regulatoria optima es reclamada desde instancias internacionales y ha sido la opción

¹⁰ Conforme a datos aportados por la UGT sólo el 4,16% de los convenios firmados en 2019 regulaban aspectos referidos al teletrabajo, unos convenios que afectaban sólo a 376.863 trabajadores.

¹¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías...*, pág. 39.

¹² DEL REY GUANTER, S., «Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la “refundación” de la teoría jurídica de los convenios colectivos», en *La reforma de la negociación colectiva* (Coord. M.R. Alarcón Caracuel y S. del Rey Guanter), Ed. Marcial Pons, Madrid 1995; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Teletrabajo», en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. Ministerio de Trabajo y asuntos Sociales, Madrid 2000, pág. 844; SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías...*, pág. 39.

¹³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Teletrabajo...», ob. cit., pág. 845.

metodológica seguida por el RDLTAD¹⁴. Al respecto debe destacarse como la Disp. Adic. Primera efectúa un llamamiento para que la negociación colectiva en sentido amplio, comprendiendo expresamente a los convenios y acuerdos colectivos, y sin distinción de niveles, pueda establecer, entre otras cuestiones:

- la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia,
- las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral mediante esta modalidad,
- la duración máxima del trabajo a distancia, así como contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia y cuantas otras cuestiones se consideren necesario regular,
- una jornada mínima presencial en el trabajo a distancia,
- el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa,
- un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los fijados en el presente real decreto-ley a los efectos de calificar como «regular» esta modalidad de ejecución de la actividad laboral,
- un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en el mismo, siempre que no se celebren con menores de edad,
- así como las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión.¹⁵

La valoración positiva que el legislador tiene del papel a desarrollar por la negociación colectiva en la regulación del trabajo a distancia y el teletrabajo y el respeto a lo acordado se aprecia en la normativa reguladora de la entrada en vigor y aplicabilidad del RDLTAD. Así, aunque la norma señala que, con carácter general, será aplicable a los 20 días de su publicación en el BOE, debe tenerse en cuenta que transitoriamente no será aplicable a aquellas situaciones de trabajo a distancia que ya estuviesen vigentes en el momento de su publicación y que estuviesen reguladas, también con anterioridad al RD-ley, por un convenio o acuerdo colectivo sobre condiciones de prestación de servicios a distancia. Esta inaplicación se producirá hasta que esos convenios o acuerdos pierdan vigencia o en el plazo que sus partes negociadoras determinen, nunca superior a tres años. Si no se hubiese previsto plazo de duración la inaplicación se mantendrá durante un año (Disp. transit. primera).

¹⁴ Así, el art. 3 del Convenio, de manera genérica exige a los Estados que adopten, apliquen y revisen periódicamente una «política nacional en materia de trabajo a domicilio destinada a mejorar la situación de los trabajadores a domicilio», que, además, deberá consultarse con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas y, cuando las haya, con las organizaciones que se ocupan de los trabajadores a domicilio y las organizaciones de los empleadores que recurren a trabajadores a domicilio. Ya ya más concretamente en el art. 5 se establece que esa política nacional en materia de trabajo a domicilio deberá aplicarse por medio de la legislación, de convenios colectivos, de laudos arbitrales o de cualquier otra vía procedente y compatible con la práctica nacional.

Es recomendada en el punto 12 de la Recomendación de la OIT cuando establece que «Deberían adoptarse medidas destinadas a fomentar la negociación colectiva como medio para fijar las condiciones de empleo y de trabajo de los trabajadores a domicilio.

¹⁵ Además de los llamamientos a la negociación colectiva contenidos en la Disp. Adic. Primera se encuentran muchos otros dispersos a lo largo del texto articulado del RDLTAD, así, por ejemplo, y por lo que a nuestros efectos interesa, el art.19 cuando regula los derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia.

2. UN BREVE APUNTE SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RDL 28/2020. DEL 51 AL 30%, UNA PARADOJA Y ALGUNAS INSUFICIENCIAS

El primero de los aspectos que debe resaltarse con relación al ámbito de aplicación del RDLTAD es que la norma no se aplica a todo supuesto de trabajo a distancia. El título no puede inducirnos a considerar que su regulación vaya a aplicarse a todo el trabajo a distancia. Los arts. 1 y 2 de la norma especifican que la norma será aplicable al trabajo en el que concurren tres notas: laboral, a distancia y regular. Quedan fuera, de esta forma, en primer lugar, aquellas prestaciones de servicios a distancia realizadas por colaboradores autónomos en los que no concurre la condición de trabajadores por cuenta ajena. En segundo lugar, la norma se refiere a los «trabajadores a distancia» entendiendo por tales aquellos que realizan su actividad laboral en su domicilio o en el lugar elegido por el trabajador. con lo que, a priori, por ejemplo, quedarían también fuera aquellos trabajadores desplazados al domicilio de clientes o todos aquellos trabajadores móviles que ejecutan su prestación de servicios en diferentes espacios que son predeterminados por el empresario.

En tercer lugar, el trabajo a distancia debe ser «regular», habitual, estructural. La norma establece que será regular el «que se preste, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo». La norma utiliza, de esta forma, un parámetro variable dependiente de la jornada de trabajo de la persona trabajadora y de la duración de su contrato: existirá trabajo a distancia si en un parámetro de tres meses, al menos un 30% de la jornada de la persona trabajadora es no presencial. Un umbral que, en atención a la Disp. Adic. 1.^a 2, el convenio o acuerdo colectivo aplicable, sin distinción de nivel, puede reducir, pero no parece, que ampliar¹⁶. Sin perjuicio, de la problemática que puede suscitar la determinación del cumplimiento de dicho parámetro conviene destacar que el mismo supone una considerable ampliación del ámbito de aplicación del concepto de trabajo a distancia en contraposición a lo que se establecía en el anterior art. 13 TRLET e, incluso, a lo establecido en el AMET que parte de la calificación como trabajo a distancia del trabajo como el efectuado de forma regular fuera de los locales de la empresa¹⁷. Así, si con el anterior art. 13 debía considerarse trabajador a distancia a la persona trabajadora que realizaba de «manera preponderante» el trabajo a distancia, ahora pasamos, de ese 51% que determinaría el carácter preponderante, a un 30% que, por ejemplo, en una jornada de 40 horas semanales supondría que fuese considerado como tal, aquel que realizase 13,3 horas semanales en un periodo de 3 meses.

¹⁶ La Disp. Adic. 1.^a 2 establece que «Los convenios o acuerdos colectivos podrán regular una jornada mínima presencial en el trabajo a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa, un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los fijados en el presente real decreto-ley a los efectos de calificar como “regular” esta modalidad de ejecución de la actividad laboral, un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en el mismo, siempre que no se celebren con menores de edad, así como las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión».

¹⁷ El C177 OIT establece que el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual no determinará la condición de trabajador a distancia a los efectos de su aplicación.

Esa ampliación que cabría discutir, en términos jurídicos, por su adecuación al marco internacional, y seguramente también desde otras perspectivas, contrasta con las dos importantísimas excepciones que se contienen: la norma no será aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas ni al que podemos calificar como teletrabajo COVID.

Respecto al primer supuesto, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, la Disp. Transit. 2.^a prevé que mientras no se produzca la aprobación de normativa específica les será de aplicación lo previsto en el art. 13 TRLET en la redacción vigente antes de la entrada en vigor del RDLTAD. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que en el BOE de 30 de septiembre se publicó el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19¹⁸ por el que se incorporaba un nuevo art. 47 bis al EBEP con el objeto de regular el teletrabajo.

La Disp. Transit. 3.^a prevé asimismo que al trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19 le seguirá siendo aplicable la normativa laboral ordinaria y no la regulación especial del RD-ley 28/2020, sin perjuicio de que, por imperativo de esa misma disposición, se prevea que las empresas estarán obligadas a dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario y que, en su caso, la negociación colectiva establecerá la forma de compensación de los gastos derivados para la persona trabajadora de esta forma de trabajo a distancia, si existieran y no hubieran sido ya compensados.

3. LA ADSCRIPCIÓN DE LOS TRABAJADORES A DISTANCIA A UN CENTRO DE TRABAJO COMO PRESUPUESTO DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN

La normativa española en materia de participación y representación de los trabajadores, arts. 61 a 81 del TRLET y LOLS, se estructura y articula en torno al centro de trabajo y al número de trabajadores que prestan servicios en el mismo. El centro de trabajo y la dimensión de la empresa, representada por el número de trabajadores por cuenta ajena que prestan servicios en cada centro de trabajo, son los parámetros sobre los que se

¹⁸ Tiene su origen en el Acuerdo de teletrabajo en el ámbito de la Función Pública suscrito el lunes 21 de septiembre entre el Gobierno y los sindicatos más representativos. Se trata de una regulación mucho más limitada materialmente que la contenida en el RDLRT y que en materia colectiva sólo establece que «El personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el presente Estatuto que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial, incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial».

Asimismo, algunas Comunidades Autónomas cuentan ya con regulación específica en este ámbito, así por ejemplo, el Decreto 77/2020, de 4 de agosto, por el que se regula la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo para el personal al servicio de la Administración de la Generalidad de Cataluña y sus organismos autónomos (DOGC de 6 de agosto de 2020).

construyen los órganos de representación de los trabajadores, especialmente los órganos de representación unitaria. La determinación de cuando existe el derecho a constituir este tipo de órganos se efectúa sobre la base del número de trabajadores que prestan servicios en un determinado centro de trabajo¹⁹. Así las cosas y dado que el centro de trabajo constituye el presupuesto factico sobre el que se asienta el derecho a constituir los órganos de representación unitaria, resulta imprescindible vincular al trabajador a distancia con un centro de trabajo a los efectos de que pueda participar en su conformación y ser tenido en consideración a los efectos de determinar el tipo de órgano y su número de componentes, así como a los efectos de determinar el órgano que habrá de representarlos.

El carácter esencial del vínculo existente entre adscripción a un centro de trabajo y el ejercicio de los derechos de representación colectiva se ponía de manifiesto en la anterior redacción del art.13.5 del TRLET cuando inmediatamente después de afirmar que los trabajadores a distancia podrían ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en esta ley añadía que «A estos efectos dichos trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa». También en la LTAD, se prescribe (art. 7 e.) la obligatoria adscripción de las personas trabajadoras a un centro de trabajo, aunque ahora sin referirse específicamente a los derechos colectivos sino con carácter general como contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia.

La adscripción de la persona trabajadora a un centro de trabajo plantea algunas cuestiones sobre la forma en que habrá de realizarse. Unas cuestiones que, a nuestro juicio, no son resueltas por la normativa. Así, y por lo que se refiere al ámbito subjetivo de la obligación de efectuar dicha adscripción, debe destacarse que, el art. 7 e) de la LTAD al establecer con carácter general la obligatoriedad del acuerdo de adscripción para toda persona trabajadora a distancia parece incluir también en su ámbito de aplicación subjetivo a aquellas personas que sólo desarrollan parcialmente el trabajo a distancia. Una fórmula de trabajo a distancia parcial que es admitida expresamente por el art. 2 de la LTAD cuando establece que es «aquel trabajo que se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar libremente elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, de modo no ocasional» (el subrayado es nuestro).

¹⁹ La imposición del centro de trabajo como ámbito de referencia se efectúa además de forma muy rígida por cuanto sólo excepcionalmente, en el supuesto previsto en el art. 63. 2 del TRLET de que la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, se admite que el computo de los trabajadores se efectúe sobre el censo de los dos centros en relación al comité de empresa, no para los delegados de personal y ello sólo, por imposición de una jurisprudencia que desarrolla una lectura poco favorable al derecho a la participación [STS (UD) de 31 de enero de 2001 (Rec. 1959/2000) o STS 19 de marzo de 2001 (Rec. 2012/2000)], que dificulta enormemente la creación de órganos de representación en las micro y pequeñas empresas que no alcancen los 50 trabajadores, y sin que, adicionalmente, permita computar los trabajadores de centros de trabajo con plantillas inferiores a 11 trabajadores a los efectos de constituir comités de empresa conjuntos [STS de 7 febrero 2012 (Rec. 114/2011) o la más reciente de 11 de febrero de 2015 (Rec. 2872/2013)]. De «(f)rigidez representativa» hemos hablado en PASTOR MARTÍNEZ, Alberto, «Una aproximación a la problemática de la representación colectiva de los trabajadores de las plataformas “colaborativas” y en entornos virtuales», Iuslabor 2/2018, <https://www.upf.edu/web/iuslabor/2/2018>

A nuestro juicio, la adscripción del trabajador a distancia como acto de encuadramiento a un determinado centro de trabajo sólo tiene sentido respecto a los trabajadores a distancia que no prestan servicios en ningún centro de trabajo por efectuar la totalidad de su jornada de trabajo a distancia. La hipótesis de los trabajadores a distancia «parciales», a nuestro juicio, debe pasar por su adscripción al centro de trabajo en el que desarrollan su prestación de servicios «ordinaria» por ser esta la opción que se deriva del actual marco normativo y, sobretodo, por constituir la opción jurídico-normativa que supone una mayor garantía del reconocimiento de los derechos colectivos a estos trabajadores en pie de igualdad que los trabajadores presenciales. La presencialidad parcial de ese tipo de trabajadores, que debe notarse que son la mayoría de los trabajadores a distancia, no justifica, a nuestro juicio, un régimen diferenciado en su adscripción.

De esta forma, habría que entender que los trabajadores a distancia «parciales» deberían ser adscritos necesariamente al centro de trabajo en el que de forma parcial prestan servicios presencialmente.

En el otro extremo, respecto a los trabajadores a distancia que no prestan servicios en ningún centro de trabajo por realizar toda su jornada a distancia, ni el RDLTAD, ni en su momento el art. 13 del TRLET, incorporan criterios expresos sobre cómo ha de procederse a efectuar dicha adscripción, únicamente se remite a situar en el acuerdo de trabajo a distancia, en el acuerdo individual, la determinación del centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia. Ciertamente, la adscripción a un centro de trabajo debe ser una decisión que se sitúe en la órbita del libre acuerdo de voluntades de los dos sujetos principalmente afectados por dicha decisión, empresa y persona trabajadora, sin embargo, creemos que dicha afirmación requiere de algunas matizaciones.

El acuerdo de voluntades no puede servir, en ningún caso, como norma de cobertura que encubra supuestos de fraude de ley y abuso de derecho. Un fraude o abuso de derecho que se produciría cuando a través de la adscripción (norma de cobertura) se pretenda impedir el ejercicio de los derechos de representación y participación por ejemplo asignando o adscribiendo formal y artificialmente a trabajadores a distintos centros con el único propósito de eludir las normas que atribuyen el derecho a constituir órganos de representación unitaria.

En estos casos de trabajo a distancia total, la doctrina ha propuesto una valoración casuística en base a un «criterio de razonable adscripción»²⁰, una valoración en la que debería ser fundamental la opinión del trabajador y el parámetro de la proximidad geográfica con el domicilio del trabajador²¹. En aquellas hipótesis en las que la empresa no

²⁰ SIERRA BENÍTEZ, El contenido de la relación laboral en el teletrabajo, Ed. CES Andalucía, Sevilla 2011, pág. 165.

²¹ No cabe obviar que el parámetro territorial es tenido en consideración por el TRLET a la hora de configurar las unidades electorales (art. 63.2 TRLET). En esta materia la negociación colectiva empieza, aunque de manera absolutamente minoritaria, a desarrollar un interesante papel. Por ejemplo, adoptando el criterio del centro más cercano al domicilio del trabajador, el art. 10 bis F del XVIII Convenio Colectivo General de la Industria Química (BOE 19-08-2015) o el Convenio colectivo de Carlson Wagonlit España, SLU (BOE 14-02-2017), o adicionalmente, preservando, en los supuestos de conversión de trabajo ordinario a teletrabajo, la adscripción originaria, el art. 9.7 XVI Convenio colectivo de Europcar IB, S.A. (BOE 21-04-2016) o

tuviese ningún centro de trabajo, por ejemplo, por situarse la central fuera del territorio español, creemos que debiera permitirse que el conjunto de trabajadores configurase un único centro de trabajo a los efectos de poder ejercer sus derechos colectivos²².

En aras a evitar este tipo de actuaciones, creemos que la negociación colectiva podría establecer reglas que aclarasen la forma en que debe de adscribirse a los trabajadores que presten sus servicios íntegramente a distancia. Una intervención de la negociación colectiva que se sitúa de lleno en la función que le atribuye el art. 19.1 pfo 2.º: de establecer las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia. Debe destacarse que la obligatoriedad de entregar a los representantes de los trabajadores una copia básica del acuerdo de teletrabajo (art. 6.2 RDLTAD) permite que éstos puedan verificar la adecuación legal de la adscripción efectuada.

4. EL PRINCIPIO DE EQUIPARACIÓN EN EL DISFRUTE DE LOS DERECHOS COLECTIVOS COMO PUNTO DE PARTIDA Y EL ESTABLECIMIENTO DE OBLIGACIONES LEGALES ESPECÍFICAS A CARGO DEL EMPRESARIO. ALCANCE MATERIAL Y FUENTES REGULADORAS

Las singulares circunstancias geoespaciales en las que se desarrolla el trabajo a distancia, cuando se desarrolla predominantemente o totalmente, determinan que en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo se deban de articular reglas específicas que garanticen la plena efectividad en el plano colectivo e individual de los derechos colectivos de los trabajadores a distancia. La separación del trabajador de su centro de trabajo como espacio ordinario en el que desarrolla su prestación de servicios puede dificultar e incluso impedir el pleno ejercicio de unos derechos construidos y articulados en torno al centro de trabajo como espacio para su ejercicio²³.

La necesidad de adaptar el marco normativo que regula los derechos colectivos fue puesta de relieve en la exposición de motivos del anteproyecto del RDLTAD cuando afirmaba que «Uno de los principales retos que plantea el trabajo a distancia es el de garantizar que no se resienten los derechos colectivos de las personas trabajadoras. Es un reto complejo porque las condiciones de aislamiento en que se desarrolla el trabajo a distancia

especificando, sin más, un centro de trabajo («el del Código de Cuenta de Cotización al que el trabajador se encuentre adscrito»), art. 71 del XII Convenio colectivo de Hibu Connect, SAU (BOE 16-06-2013).

²² En ocasiones, la descentralización locativa se producirá de forma sobrevenida, incidiendo en contratos inicialmente desarrollados en el centro de trabajo. En estos supuestos cabe plantearse los efectos que se derivan de ese cambio respecto al mandato de los representantes de los trabajadores. La STS de 28 de abril de 2017 (Rec. 124/2016), que cuenta con un voto particular, respecto a un supuesto en el que un proceso reorganizativo, consistente en traslados y la implementación de fórmulas de teletrabajo que suponen el cierre del centro de trabajo originario, declara que la conservación del mandato representativo requiere la subsistencia del ámbito en el que fueron elegidos los representantes. Así, al desaparecer el centro de trabajo para el que fueron elegidos, ello implica la finalización de su mandato. El RDLTAD no ha establecido normativa específica alguna que expresamente garantice el mandato de los representantes de los trabajadores en dichos supuestos.

²³ La paradoja entre una empresa cada vez más hiperconectada y el riesgo de un trabajador cada vez más aislado ya la pusimos en evidencia en PASTOR MARTÍNEZ, Alberto, «Representación de los trabajadores en la empresa digital» *Anuario Instituto de Estudios del Trabajo IET. Presente y futuro del trabajo*. 5 (2018): 111-122, Available: <https://revistes.uab.cat/anuarioiet/article/view/v5-pastor/67-pdf-es>.

pueden dificultar integración de la persona trabajadora con el resto de la plantilla y, con ello, su implicación y participación activa en las acciones de dimensión colectiva. Esta ley pretende garantizar la comunicación entre la persona trabajadora a distancia con la representación unitaria y sindical y también con el resto de la plantilla, así como promover la implicación de la negociación colectiva con la persona trabajadora a distancia y con el trabajo a distancia»²⁴. Y aún cuando la referencia transcrita cayó en el texto definitivo del RDL 28/2020, la parte dispositiva que se contenía en aquel anteproyecto se mantuvo prácticamente integra en el texto definitivo finalmente publicado.

La norma parte del reconocimiento de un derecho a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas. La lógica de la norma es que la proyección del principio de igualdad en este ámbito neutralice las diferencias entre trabajo presencial y trabajo a distancia. El trabajo a distancia no debe, en este sentido, suponer una merma en el ejercicio de los derechos colectivos que deberán ejercitarse por los trabajadores a distancia con el mismo contenido y alcance. El desarrollo de esta modalidad de trabajo, de esta forma, a priori y sin perjuicio de lo que ahora se dirá, no puede constituir la justificación objetiva que suponga limitación en el disfrute y ejercicio de los derechos colectivos. Una exigencia de igualdad que es coherente con el mandato equiparador contenido art. 4 del COIT²⁵ o con la cláusula 11.ª del AMET cuando establece que «Los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que el resto de trabajadores de la empresa».

En referencia al alcance material, a diferencia de lo que ocurría en el art. 13 TRLET, el legislador opta ahora, de forma acertada en nuestra opinión, por el concepto deliberadamente amplio de «derechos colectivos». Una expresión que, además de coincidente con la empleada en el AMET, supone la superación de los márgenes más estrechos y claramente insuficientes en los que se situaba el art. 13 TRLET al hablar sólo de los derechos de representación colectiva²⁶. Parece del todo punto necesario que la equiparación se produzca, de forma más amplia, en relación con el conjunto de derechos colectivos, comprendiendo a los derechos de representación, participación y negociación colectiva a los que expresamente se refiere el RDLTAD, pero también, con carácter general, al más amplio derecho a la libertad sindical, al derecho de huelga y al derecho a la adopción de conflictos colectivos. Un conjunto de derechos constitucionales de los que también disfruta

²⁴ http://www.mites.gob.es/ficheros/participacion/historico/informacion-publica/2020/LEY_11_20200626_TextoProyecto_gabinete_empleo.pdf (última consulta 28-09-2020)

²⁵ En dicho precepto se establece que «1. En la medida de lo posible, la política nacional en materia de trabajo a domicilio deberá promover la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados, teniendo en cuenta las características particulares del trabajo a domicilio y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en una empresa», estableciéndose, de forma, específica, en su segundo apartado que la igualdad de trato deberá fomentarse, en particular, respecto «(a) el derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades».

²⁶ El tenor literal del art. 13.5 TRLET era «Los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en esta ley. A estos efectos dichos trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa».

el trabajador a distancia en tanto que trabajador por cuenta ajena y que, por ello, resulta coherente que su disfrute venga regido también por el principio de igualdad contenido en el art. 19.1 RDLTAD²⁷.

La equiparación de derechos no debe ser confundida con igualdad plena en el ejercicio de tales derechos. Las especiales coordenadas espaciales y temporales en las que se desarrolla el trabajo a distancia determina la necesidad de adaptar el marco normativo de ejercicio de tales derechos sino se quiere incurrir en el riesgo de que los mismo se conviertan en meros expedientes nominales carentes de efectividad real. Una adaptación del marco normativo que es, a nuestro juicio, especialmente evidente en aquellos supuestos en los que el trabajo a distancia se desarrolla de forma total o de forma preponderante en forma no presencial ya que es en esta hipótesis en la que se produce con toda intensidad una separación que puede conllevar la pérdida de la efectividad de sus derechos colectivos.

La ley atribuye a la negociación colectiva el papel fundamental en la tarea de adaptar las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia, en atención a las singularidades de su prestación²⁸. La importancia de la negociación colectiva no debe confundirse con que el reconocimiento de los derechos colectivos de los trabajadores a distancia deba efectuarse por la negociación colectiva. Los derechos colectivos de los trabajadores a distancia, como el de los demás trabajadores, tiene su fundamento en la normativa constitucional y legal que genéricamente regula y desarrolla dichos derechos. La función que se atribuye a la negociación colectiva no es, en este sentido constitutiva, sino de adaptación, cuando ello fuese necesario, o yendo más allá, de promoción del ejercicio de los derechos colectivos entre los trabajadores a distancia. De esta forma, cabe pensar, por ejemplo, que aunque el convenio no estableciese nada, en un hipotético supuesto de trabajo a distancia a tiempo completo, la empresa, ante una solitud del trabajador debería comunicarle, y no sólo a los órganos de representación legal como establece el apartado segundo, la identidad y una forma de comunicación efectiva

²⁷ La inclusión de información relativa a la convocatoria de huelga fue considerada por la STS de 29 de septiembre de 2003 como uno de los contenidos que debían ser difundidos a través de la lista de distribución de mensajería electrónica interna que el convenio colectivo empresarial ponía a disposición de los sindicatos más representativos a nivel estatal y del Comité Intercentros, individual o conjuntamente, para publicar la información que consideren precisa en relación a la negociación colectiva, elecciones sindicales y otros eventos singulares. El Tribunal discrepando parcialmente de la SAN recurrida, finalmente confirmada, afirma que *«debe decirse que, en principio, la información que un Sindicato quiera proporcionar sobre la convocatoria de una huelga es, sin duda, un tema de especial consideración y que, desde luego, encaja en la expresión de cierre del precepto de “evento singular”, teniendo en cuenta, por un lado, que los allí descritos no constituyen un numerus clausus y, por otro, que el derecho fundamental de huelga previsto en el artículo 28.2 CE) tiene incluso mayor relevancia y protección constitucional que la propia negociación colectiva (artículo 37.1 CE), tal y como se desprende del número 2 del artículo 53 CE en relación con el 161.1 b)»*.

²⁸ El tenor literal del art. 19.1 RDLTAD es «1. Las personas trabajadoras a distancia tendrán derecho a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas. A estos efectos, la negociación colectiva podrá establecer las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia, en atención a las singularidades de su prestación, con respeto pleno al principio de igualdad de trato y de oportunidades entre la persona trabajadora a distancia y la que desempeña tareas en el establecimiento de la empresa».

con sus representantes legales en tanto que presupuesto del ejercicio de sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas. De la misma forma, en el supuesto del ejercicio del derecho de huelga esta exigencia de igualdad reforzaría la prohibición de utilizar los medios tecnológicos con el objeto de evitar o atenuar los efectos derivados del ejercicio de dicho derecho.

Debe destacarse que esta función adaptativa puede ser desarrollada en cualquier ámbito o unidad de negociación. A diferencia de lo que ocurría en el anteproyecto del RDL-TAD, en el que el papel se reservaba a la negociación colectiva sectorial, el texto definitivo admite que ello se desarrolle genéricamente por la negociación colectiva, admitiendo, de esta forma, tanto al nivel sectorial como a la negociación colectiva de empresa. A nuestro juicio, la ampliación del espectro negociador debe valorarse positivamente por cuanto, sin impedir que la negociación colectiva sectorial pueda desarrollar su función reguladora, es seguramente el convenio de ámbito empresarial, por su proximidad a la realidad normada, el que pueda desarrollar de manera más adecuada y realista una regulación más adaptada al entorno tecnológico y organizativo de la empresa. Una restricción al convenio sectorial que, por otra parte, resultaba disfuncional con la posibilidad que cualquier convenio colectivo, sea del nivel que sea, tiene de regular, estableciendo mejoras, los derechos instrumentales de la representación de los trabajadores en la empresa, por ejemplo, garantizando el uso de medios tecnológicos de comunicación entre trabajadores y representantes²⁹.

La labor de adaptación y promoción que puede desarrollar la negociación colectiva se asienta en la que desarrolla el propio legislador. A estos efectos, una de las novedades más significativas del RDLTAD es la imposición de determinadas obligaciones a cargo del empresario en materia de ejercicio de los derechos colectivos. No se trata sólo de que la empresa no pueda obstaculizar los mismos, lógica en la que se había asentado la doctrina constitucional y judicial construida sobre el armazón interpretativo construido por la STC 281/2005, de 7 de noviembre de 2005, sino que se da un paso más. La nueva regulación coloca al empresario en una situación «proactiva» o prestacional. Junto con la obligación de abstención que el Tribunal Constitucional derivaba del derecho a la libertad sindical, y que se mantiene en forma expresa en el segundo párrafo del art. 19.2 RDLTAD para el conjunto de representantes legales, cuando establece que «deberá asegurarse que no existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de personas trabajadoras», el RDLTAD convierte ahora al empresario en deudor de obligaciones de dar. En los términos del 19.2 párrafo primero, de «suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia».

²⁹ De esta forma, la admisión del convenio de empresa permite que, por ejemplo, la regulación efectuada en algunos convenios de la utilización de la intranet corporativa o de listas de distribución de correo empresariales pueda ser empleada en ámbitos de trabajo a distancia.

Sin perjuicio de que hayamos de volver sobre el contenido de las obligaciones impuestas al empresario y también a los propios representantes de los trabajadores, corresponde ahora analizar quién es el acreedor de esos derechos.

5. LA TITULARIDAD DE LOS MEDIOS O GARANTÍAS INSTRUMENTALES DE CARÁCTER COLECTIVO RECONOCIDOS EN ART. 19 DEL RDLRT

La adaptación del marco normativo es una exigencia necesaria para garantizar que no se «resientan» los derechos colectivos desde una perspectiva individual pero también desde la dimensión colectiva de dichos derechos y ello con una clara dimensión constitucional por afectar al propio derecho a la libertad sindical. En este sentido, y, en primer lugar, la separación de la persona trabajadora del centro de trabajo, como espacio «natural» del ejercicio esos derechos, puede dificultar que éste, en tanto que trabajador, pueda ejercitar los derechos colectivos que el ordenamiento le reconoce. Una perspectiva individual a la que parece atender en forma específica el apartado primero del art. 19 de la LTAD al establecer «Las personas trabajadoras a distancia tendrán derecho a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de personas trabajadoras del centro al que están adscritas». Sin embargo, la afectación no se limita a la dimensión individual de los derechos de participación y representación de los trabajadores por cuanto se proyecta asimismo en su dimensión colectiva. El trabajo a distancia no solo condiciona al trabajador sino a las propias instancias organizativas y a sus derechos, los órganos de representación precisan, en orden a asegurar la efectividad de su funciones y competencias, que los derechos y garantías instrumentales que el ordenamiento le reconoce, se adecuen a la morfología del trabajo desarrollado a distancia. Una perspectiva colectiva a la que aparece atender, de manera más específica el apartado segundo de ese mismo art. 19, cuando erige a la «representación legal» de las personas trabajadoras como titular de una serie de derechos instrumentales a facilitar por la empresa para el desarrollo de su actividad representativa.

La utilización del término «representantes legales» o «representación legal» exige qué nos debamos de plantear qué debe entenderse por tales en el contexto del RDLRT, máxime cuando en el apartado segundo del art.19 del anteproyecto, se empleaba el término genérico de representantes. La cuestión estriba en determinar si deben entenderse comprendidos exclusivamente los representantes unitarios o, si por añadidura, deben también entenderse comprendida también a la representación sindical³⁰. Una duda o cuestión que se ha planteado en otros ámbitos³¹ y que, en nuestra opinión, no puede ser

³⁰ Cabría plantearse incluso la posibilidad de incluir a los delegados de prevención cuando estos no coincidiesen con aquellos, a estos efectos, debe recordarse que el art. 35.4 de la LPRL prevé la posibilidad de que la negociación colectiva pueda establecer sistemas de designación alternativos al previsto con carácter en la LPR, designación por y entre los representantes unitarios, siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o a los propios trabajadores. Una cuestión que también se ha planteado como se verá en relación a los miembros integrantes de las comisiones ad hoc.

³¹ La cuestión se ha planteado principalmente en el ámbito de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41 TRLET), en el ámbito de la transmisión de empresa (art. 44 TRLET) o de de-

respuesta de un modo unívoco por cuanto la ausencia de una definición expresa legal determina la necesidad de recurrir a un análisis sistemático y teleológico que condiciona la respuesta. Una interpretación sistemática y funcional que es la que emplea el Tribunal Supremo, por ejemplo, en orden a la determinación de los sujetos con competencia para ejercer la acción de jactancia del art.124 LRRJS y considerar «*que la comisión ad hoc ha de ser incluida en el concepto de representación legal a los efectos del art. 124 LRJS*»³² o en el ámbito del art. 41 TRLET cuando ha señalado que «*en las empresas sin representación legal —unitaria o sindical— de los trabajadores, éstos pueden elegir entre negociar ellos mismos o hacerlo vía representativa —también unitaria o sindical— en los términos que el precepto detalla*»³³. A nuestro juicio, el contenido de los derechos reconocidos en el art. 19 RDLTAD exige que su atribución se efectúe en favor del conjunto de los representantes de los trabajadores, englobando tanto la representación unitaria como la sindical. Al respecto debe notarse que el art. 19 se refiere a unos genéricos derechos colectivos de los que son titulares unos y otros sujetos. Una terminología que adquiere mayor relevancia si se compara con la empleada por el antiguo art. 13 TRLET («derechos de representación colectiva»). No cabe obviar, en esta misma línea, que el Tribunal Constitucional, con relación al derecho a utilizar los medios de comunicación electrónicos en la empresa, una de las concretas facilidades reconocidas en el precepto, sitúa su origen o fundamento en el derecho a la libertad de información como parte del contenido esencial de la libertad sindical y que por ello debería reconocerse a toda sección sindical³⁴.

Adquiere pleno sentido también en este ámbito, y si cabe con mayor intensidad, la consideración formulada en el ámbito de los derechos de información del art. 44 TRLET de que la expresión «representantes legales de los trabajadores» constituye un «*giro gramatical este que, en nuestro ordenamiento, comprende tanto a la representación unitaria como a la representación sindical*»³⁵.

terminados derechos de información reconocidos legalmente a la representación legal de los trabajadores. Una cuestión que si cabe ha ganado aún en más complejidad con el reconocimiento legal de las comisiones ad hoc como sujetos negociadores de determinadas medidas empresariales y eventuales titulares de la acción de jactancia prevista en el art. 124 LRJS. El tema ha sido abordado, entre otros, por FALGUERA BARÓ, Miguel y SENRA BIEDMA, Rafael, «Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: Análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas», *Relaciones Laborales*, núm. 15, 1996, Editorial La Ley (consultada versión electrónica); LAHERA FORTEZA, Jesús, MOLERO MARAÑÓN, María Luisa y VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, «Acuerdos de reestructuración productiva», en *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Madrid, Editorial La Ley, 2008; LORENTE RIVAS, Antonio, «Los procedimientos modificativos», en *Las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo*, Madrid, Editorial La Ley, 2009, (consultada versión electrónica); SOBRINO GONZÁLEZ, Gemma M.ª, «Deberes de información de la empresa usuaria a la representación de los trabajadores», en *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*, Madrid, Editorial La Ley, 2009 (consultada versión electrónica); o, más recientemente, BENAVENTE TORRES, Inmaculada, «Los litigios en torno a las comisiones ad hoc del artículo 41.4 ET», *Trabajo y Derecho*, núm. 11, 2015, Editorial Wolters Kluwer (consultada versión electrónica).

³² STS de 18 de marzo de 2014, Rec. 114/2013.

³³ STS de 23 de marzo de 2015 Rec. 287/2014.

³⁴ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo, *El ámbito de las representaciones sindicales*, Ed. Bomarzo, Albacete 2020, pág. 48.

³⁵ VALDÉS DAL-R, Fernando, «Las garantías colectivas en la transmisión de empresa», *Relaciones Laborales*, núm. 11/12, 2002 (consultada versión electrónica).

6. LAS FACILIDADES Y GARANTÍAS DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES A DISTANCIA EN EL ART. 19 DEL RDLTAD

El trabajo a distancia y el teletrabajo, como ocurre con otras formas de organización del trabajo que tienen como efecto la disgregación y dispersión de los trabajadores más allá del espacio tradicional del centro de trabajo, requieren cambios en las formas y medios de comunicación de las organizaciones colectivas con sus representados, afiliados y con los trabajadores en general, pero también la reformulación, sea por vía interpretativa o de *lege ferenda*, de los derechos colectivos instrumentales que el ordenamiento establece a tales efectos³⁶. Aunque corresponde a esas organizaciones en el ejercicio de su libertad de autoorganización y acción adoptar las medidas organizativas, comunicativas y de acción que consideran apropiadas y necesarias para el desarrollo de su actividad en entornos organizativos y sociales novedosos, para ello requieren de medios apropiados³⁷. Los derechos instrumentales reconocidos en la LOLS y el TRLET pueden devenir obsoletos y disfuncionales cuando el trabajo deja de desarrollarse en el centro de trabajo en el que los representantes tienen reconocido el derecho al local, al tablón de anuncios o deja de ser el espacio en el que pueden encontrarse con las personas trabajadoras para distribuir información o recaudar cuotas³⁸. Una obsolescencia y desajuste que en el caso del trabajo a distancia o teletrabajo a tiempo completo o predominante, deviene total y sólo subsanable

³⁶ Así nos manifestamos en PASTOR MARTÍNEZ, Alberto, «Una aproximación a la problemática de la representación colectiva de los trabajadores de las plataformas “colaborativas” y en entornos virtuales», IUSLabor 2/2018, ISSN 1699-2938, p. 214-233 (publicación electrónica en <https://www.upf.edu/documents/3885005/214133705/6.+Pastor.pdf/da6bbc20-53e1-2f9e-9560-e323c56caa7d>). Más recientemente y en la misma línea MERCADER UGUINA, Jesús R., «Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico» *Trabajo y Derecho*, núm 63, 2020 (consultada versión electrónica), afirma que la transformación tecnológica obliga a que el Título II ET deba ser releído a la luz del conjunto de cambios que ha supuesto.

³⁷ Las tecnologías digitales y las nuevas formas de comunicación constituyen una oportunidad y una buena herramienta de acción y proselitismo sindical, para difundir sus mensajes, captar nuevos afiliados o cuando menos, y en términos «millenials», conseguir «followers» o seguidores. Ejemplos de ello lo podemos encontrar en la asesoría online para empleados de la economía colaborativa que el sindicato UGT desarrolla a través de la web www.turespuestasindical.es. Y ello como herramienta de trabajo y comunicación externa con sus afiliados, pero también interna con sus delegados y técnicos. Sería este el caso de la utilización de plataformas digitales de trabajo. En este sentido CCOO afirma que «ha logrado reducir en alrededor de un 15 por ciento los desplazamientos de sus responsables sindicales; además de haber intensificado las acciones de formación interna de sus trabajadores... Los usuarios se han dado cuenta de que se trata de un cambio de paradigma en la forma de trabajar y están sacando el jugo de las nuevas posibilidades como compartir ficheros y acceder a ellos desde cualquier lugar, establecer entornos de trabajo en grupo, crear foros abiertos a la participación de usuarios de toda España, etc.» en <https://www.channelpartner.es/corporate/casos-exito/1029896047402/ccoo-fuerza-colaboracion.1.html>

³⁸ Nos referimos a los derechos de celebrar reuniones, recaudar cuotas, distribuir información sindical y recibir información sindical que el art. 8.1 de la LOLS reconoce a los trabajadores afiliados y al derecho a un tablón de anuncios o a un local adecuado previsto para determinadas secciones sindicales en el art. 8.2 de la LOLS o para los órganos de representación unitaria en el art. 81 del TRLET.

a través de la reinterpretación de las previsiones legales, su reformulación o su desarrollo convencional³⁹.

La opción por la relectura de los derechos de celebrar reuniones, recaudar cuotas, distribuir información sindical y recibir información sindical que el art. 8.1 de la LOLS reconoce a los trabajadores afiliados y al derecho a un tablón de anuncios o a un local adecuado previsto para determinadas secciones sindicales en el art. 8.2 de la LOLS o para los órganos de representación unitaria en el art. 81 del TRLET o del derecho de distribuir y publicar publicaciones de interés laboral o social de los órganos de representación unitaria (art. 68.d) TRLET) atribuyéndole significación autónoma a tales derechos en el actual contexto organizativo no fue, sin embargo, la perspectiva que adoptó la importante STC 281/2005, de 7 de noviembre. Al respecto conviene recordar que en la misma se establecía que *«la obligación del empresario de permitir la comunicación entre el sindicato y los trabajadores mediante la utilización de su sistema interno de correo electrónico no nace de una lectura actualizada de la norma legal del art. 8.2 LOLS, partiendo de que sus previsiones habrían quedado obsoletas como consecuencia de los avances tecnológicos. Resulta claro que el derecho a contar para uso sindical con un sistema de correo electrónico a costa del empleador no encaja dentro de los límites de dicho precepto, pues sólo podría fundarse en una interpretación extensiva del derecho a un tablón de anuncios, que pasaría a considerarse como un tablón virtual»*. Y aunque defendimos que la misma ofrecía argumentos para defender la obligatoriedad de que, en entornos virtuales o de trabajo a distancia, las empresas tuviesen la obligación de articular canales de comunicación virtuales o digitales que permitiesen la comunicación de los representantes de los trabajadores, sin duda, el establecimiento de obligaciones específicas en la ley o en la negociación colectiva constituye una opción más garantista y segura⁴⁰.

³⁹ El desajuste de las previsiones normativas legales se reflejaba en la controversia existente a nivel judicial y en las resoluciones judiciales contradictorias existentes con relación al uso de los medios electrónicos empresariales por la representación sindical y unitaria de los trabajadores. Seguramente el ejemplo más evidente de ello es el asunto resuelto por la STC 281/2005, de 7 de noviembre, en la que se estima el recurso de amparo planteado por COMFIA-CCOO contra la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2001 que había estimado el recurso de casación planteado por la entidad bancaria BBVA contra la sentencia de la Audiencia Nacional estimatoria de la pretensión sindical.

No debería olvidarse, como parámetro interpretativo de primer orden, art. 10.2 CE, que el art. 2 del Convenio 135 OIT establece que «los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones», si bien «la concesión de dichas facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la empresa interesada». Advierte de ello, ROQUETA BUJ, Remedios, *Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

⁴⁰ No en vano si la STC 281/2005, de 7 de noviembre, afirma que *«el flujo de la información puede transcurrir por otros cauces, no dependiendo la posibilidad de su existencia y efectividad de la utilización de esos instrumentos, la interpretación extensiva del precepto que se propone no representa la única que salvaguarda el derecho fundamental»*, en este tipo de organizaciones, reiteramos que nos referimos a aquellas que emplean el trabajo organizado bajo aplicaciones informáticas o el teletrabajo sin presencialidad en un centro de trabajo físico, la comunicación digital es la única que *«que salvaguarda el derecho fundamental»*. Máxime, cuando en este tipo de empresas nos vamos a encontrar con que lo que se pretende es la utilización de medios preexistentes en la empresa, sustrato fáctico de aquella sentencia.

Una opción que es la que se sigue con el actual art. 19 del RDLTAD. Quince años después de que el Tribunal Constitucional dictase una sentencia en la que había una clara invitación a que el legislador regulase la cuestión, se dicta una norma que establece ahora sí una clara obligación o carga empresarial de puesta a disposición de medios⁴¹. Una previsión legislativa que aporta interesantes y significativas novedades, si bien debe desatacarse que la misma tiene un ámbito de aplicación limitado a los supuestos en que exista trabajo a distancia o teletrabajo y no una aplicabilidad general.

En primer lugar, se establece ahora en forma expresa una obligación o carga legal a cargo de la empresa en la que existan trabajadores a distancia que encuentra su fundamentación en la propia disposición legal y no en el contenido del derecho a la libertad sindical. El reconocimiento legal supone que su titularidad venga determinada en la propia norma configuradora y no derivada del derecho a la libertad sindical. Ello supone que ahora sea claro, por la propia dicción legal, que el derecho corresponde, además de a los sujetos de naturaleza sindical, también a los órganos de representación unitaria. El reconocimiento del uso de los medios tecnológicos preexistentes en la empresa, conforme la STC 281/2005 no derivaba de una carga legal expresa impuesta por la ley, de una interpretación o relectura de los preceptos legales existentes sino del propio derecho a la libertad sindical, de su contenido esencial en el que quedaba integrado el derecho a la información. Una fundamentación en el contenido esencial del derecho a la libertad sindical que aunque, a nuestro juicio, no impedía totalmente su extensión a los órganos de representación unitaria, sí que podía dificultarlo en determinados supuestos⁴². En este sentido, aun cuando el punto de partida debe ser la distinción entre ambos tipos de órganos⁴³, lo que habría de llevarnos a la negación del derecho a los órganos de representación unitaria, salvo extensión por previsión convencional o decisión unilateral empresarial, no cabe obviar que las evidentes coincidencias funcionales y nexos en común entre ambos tipos de representación, han determinado, como ha puesto de relieve el propio Tribunal Constitucional, que no sea posible ignorar la eventual incidencia en el derecho a la libertad sindical que pueden

⁴¹ La STC 281/2005 señalaba que, «la hipótesis de la configuración de la considerada como una obligación o carga empresarial de puesta a disposición de un medio de comunicación concreto (el sistema de correo electrónico) habría de pasar por una mayor concreción legislativa, que no podría calificarse sino como contenido adicional del derecho fundamental, en tanto que, si el derecho a recibir información es contenido esencial de la libertad sindical, el establecimiento de una carga singular que obligue al empresario a asegurar un determinado sistema telemático que lo permita no forma parte del mismo».

⁴² La extensión a los órganos de representación unitaria de la doctrina de la STC 281/2005 era discutida en la doctrina y los tribunales. Así, se inclinan por su aplicación la STSJ Castilla y León de 23 de marzo de 2006 Rec. 199/2006 o en la doctrina SEMPERE NAVARRO, A. V., y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «El uso sindical...», ob. cit., (consultada versión electrónica) o MARTÍNEZ FONS, D., «El uso y control del correo electrónico e Internet en la empresa: aspectos laborales», en *El uso laboral y sindical del correo electrónico e Internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2007, págs. 229 y 230. En contra, ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu Fátima y HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel, «El ejercicio de las libertades de expresión e información de los representantes de los trabajadores en la era de Internet», *Actualidad Laboral*, núm. 12, 2009 (consultada versión electrónica), o PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, «El uso sindical de los medios informáticos en la empresa», *Relaciones Laborales*, 2009 (consultada versión electrónica).

⁴³ STC 197/1990, de 29 de noviembre; STC 134/1994, de 9 de mayo o STC 95/1996, de 29 de mayo.

tener determinadas actuaciones empresariales cuando se refieren a representantes unitarios «sindicalizados» por haber sido escogidos en candidaturas sindicales⁴⁴. La nueva regulación prevista en el art. 19 del RDLTAD finaliza, en cualquier caso, con la controversia con relación a aquellas empresas que cuenten con trabajadores a distancia.

El segundo de los aspectos que merece ser resaltado es el relativo al contenido de la obligación impuesta al empresario de trabajadores a distancia. El legislador combina una cláusula genérica e indeterminada, cuando establece que la empresa deberá suministrar «los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa» con la determinación de algunos de esos elementos: «entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia». La inclusión de una cláusula genérica debe ser valorada positivamente por cuanto deviene permeable a la adecuación de las obligaciones empresariales a las características y singularidades de la empresa y del trabajo a distancia desarrollado. No cabe obviar que la obligación debe proyectarse a realidades diversas que comprenden tanto al trabajo a distancia como al teletrabajo, y ello en diferentes intensidades, desde el mínimo de un 30% a fórmulas del 100%, que precisaran seguramente de medios diversos. Una adecuación en la que, a nuestro juicio, debería desarrollar un papel de primer orden la negociación colectiva. Cabe reseñar que la indeterminación viene matizada por la exigencia de que se suministren «los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa», hay que entender que de todos pero, en sentido contrario, de sólo aquellos que sean necesarios⁴⁵.

Respecto los elementos que el legislador enumera en forma expresa, el legislador reconoce, como decíamos, «el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia». La forma en la que se utilizó la expresión adverbial «de uso en la empresa» podría plantear la cuestión de si la misma se refiere exclusivamente a las direcciones electrónicas o si aparece referido también al derecho de acceso a las comunicaciones. De seguirse esta opción, cabría considerar que el RDLTAD, como ocurría con la lectura que efectuó la STC 281/2005 del art. 8 de la LOLS, no estaría obligando a las empresas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical sino simplemente reconociendo el uso del medio preexistente. Creemos que ésta, especialmente en el ámbito del teletrabajo, debiera ser una discusión de corto recorrido por cuanto además de que el sujeto obligado, en tanto que empresas con trabajadores a distancia o teletrabajadores, en la mayor parte de casos, va a disponer de esos medios, en cualquier caso, estará obligada a facilitar «las comunicaciones», en plural, que existan en la empresa y a «la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma

⁴⁴ STC 100/2014, de 23 de junio; STC 64/2016 de 11 de abril.

⁴⁵ Ello iría en la línea de aquellas sentencias que han reconocido el derecho de las secciones sindicales no sólo a acceder a la intranet sino también de los medios precisos para ello, por ejemplo, un ordenador, STSJ Castilla y León/Burgos, de 30 de julio de 2007, Rec. 505/2007. En sentido inverso, podría avalar la posición mantenida en la STSJ 383/2012 de Aragón de 29 de junio, Rec. 352/2012 que desestima la pretensión de dotar de acceso a internet a una sección sindical pero exige que se le posibilite el acceso a la intranet corporativa.

de prestación del trabajo a distancia». Una compatibilidad que debería de ser apreciada, en nuestra opinión, en la inmensa mayoría de supuestos, incluso en aquellos trabajo a distancia más tradicionales de ámbito de la artesanía o de la producción manual, por cuanto lo que se exige es la disposición del tablón, no de los medios para su acceso, su implantación resulta extremadamente simple y poco costosa en términos económicos y su accesibilidad es predicable respecto de cualquier persona trabajadora con independencia de su forma de realización.

Lo que sí resulta claro es que ahora el derecho se reconoce directamente en la norma y funcionalizado al desarrollo de la actividad representativa, no como ocurría en el contexto interpretativo de la STC 281/2005, como un derecho a «compartir» unos instrumentos preordenados prioritariamente a usos productivos. La norma indica que «la empresa deberá suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa». El reconocimiento de una carga u obligación empresarial expresa sin otro condicionante que su eventual preexistencia obliga a que nos debamos plantear si ello ha de tener alguna repercusión en la valoración o incluso subsistencia de los condicionantes que el Tribunal Constitucional había establecido en orden a permitir el uso sindical de los medios tecnológicos. Debe recordarse que la STC 281/2005 estableció que la utilización sindical de los medios tecnológicos empresariales debía ajustarse a unas condiciones de uso perfiladas por la propia sentencia y que se resumen en 1.º) la exigencia de que la utilización sólo para transmitir información de naturaleza sindical y laboral; 2.º) no perturbación de la actividad normal de la empresa; 3.º) no podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para la herramienta comunicativa, ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical; 4.º) la utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes; 5.º) la empresa podrá predeterminar las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluya en términos absolutos. ¿Continúan siendo aplicables esas condiciones de uso una vez que se han alterado los presupuestos del derecho, una vez que ya existe en este tipo de empresas una obligación expresa legal de la que deriva el derecho? En nuestra opinión, el derecho debe ser aplicado ahora en los términos y condiciones prescritos legalmente. Unas condiciones entre las que figuran exclusivamente la finalidad, un amplio «desarrollo de su actividad representativa» y respecto la implantación del tablón virtual, una exigencia de que ello se produzca «cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia» que cabría reconducir a la exigencia de que la utilización de los medios empresariales no perjudique su uso empresarial, pero sin que de ello quepa deducir ni la prevalencia del fin productivo ni la imposibilidad pueda suponer gravámenes adicionales o que la empresa pueda predeterminar las condiciones de utilización para fines sindicales. Nos encontramos ahora, como decíamos, ante unos medios funcionalizados al desarrollo de la actividad representativa que debe situarse en el primer plano de la valoración, no como ocurría en el contexto interpretativo de la STC 281/2005, con un derecho a «compartir» unos instrumentos preordenados prioritariamente a usos productivos. No supone ello, por contra, que estemos ante un derecho incondicionado o ilimitado, por cuanto la norma prevé que los mismos deberán ser «precisos», necesarios, para el desarrollo de la actividad representativa. Un carácter necesario que jugará con toda

intensidad en los supuestos de trabajo a distancia o teletrabajo total o predominante pero que se atenuará o incluso desaparecerá cuando este sea parcial.

Otro de los contenidos explicitados en el deber prestacional positivizado en el art. 19.2 del RDLTAD es la obligación de suministrar «las direcciones electrónicas de uso en la empresa», una previsión que debe ser valorada positivamente por cuanto en un contexto de deslocalización, siquiera parcial, la efectividad y funcionalidad de la utilización colectiva de las TIC depende de que sindicatos y representantes de los trabajadores pueda acceder a información suficiente acerca de la identidad y ubicación —virtual— de los trabajadores a distancia. Una información que no garantiza la obligación de entregar la copia básica del contrato a la representación legal de los trabajadores (art. 8.4 TRLET y 10.3.1.º LOLS) por cuanto la dirección electrónica no figura como contenido necesario ni del contrato de trabajo ni del acuerdo de trabajo a distancia (art. 7 RDLTAD)⁴⁶. Una entrega de las direcciones de correo para la que no se requerirá el consentimiento del trabajador a pesar de constituir un dato de carácter personal por cuanto se ha considerado que constituye uno de los supuestos amparados en el art. 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los datos digitales (LOPD), si bien resulta posible que el trabajador pueda ejercer el derecho de oposición previsto en los arts. 21 y 22 del Reglamento (UE) 2016/679, por remisión del art. 18 de la LOPD. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha considerado, no obstante, en lo referente a la información sindical remitida a los trabajadores, durante el período electoral, debe prevalecer el derecho a la actividad sindical consagrado en el artículo 2.1 de la LOLS sobre el derecho fundamental a la protección de datos, manifestando que *«durante el proceso electoral sindical, no pueden oponerse al tratamiento de sus datos personales, siempre que el uso que realice el Sindicato sea adecuado para los fines del propio proceso electoral»*⁴⁷

Obviamente la utilización y tratamiento de esas direcciones de correo electrónico estarán sujetos, en tanto que datos personales, a los principios contenidos en el art. 5 del RGDPD (licitud, lealtad y transparencia; limitación de la finalidad, minimización, exactitud, limitación del tiempo de conservación, integridad y confidencialidad y responsabilidad proactiva), debiendo designarse a una apersona como responsable de su tratamiento⁴⁸.

⁴⁶ Con carácter general, al margen del RDLTAD, hemos defendido que la STC 281/2005, de 7 de noviembre ofrece argumentos para defender la obligatoriedad de que en entornos virtuales o de trabajo móvil distinto al trabajo a distancia regulado en el RDTAD, las empresas tengan la obligación de articular canales de comunicación virtuales o digitales que permitan la comunicación de los representantes legales de los trabajadores con los trabajadores o cuando menos de facilitar la dirección de correo electrónica, véase Pastor Martínez, Alberto, «Una aproximación...», ob. cit., pág. 232. Una facilitación de la dirección electrónica o postal que ha sido admitida también por la STSJ de Madrid 227/2016 de 31 de marzo, aun no estando prevista expresamente, por la necesidad de que los sindicatos pudiesen comunicarse con los extrabajadores a los efectos de la celebración de elecciones para la constitución de la Comisión de Control del plan de Empleados de Telefónica.

⁴⁷ Expedientes TD/01962/2017 y TD/01119/2008.

⁴⁸ Ello en relación con todas las personas trabajadoras, incluso respecto a las personas trabajadoras afiliadas al sindicato que remitiese el correo (Resolución AEPD R/00585/2019). La AEPD ha considerado, en aplicación de dichos principios, que resulta preferible la utilización de listas de distribución, en cuyo caso será el responsable de la lista de distribución, el empleador que la ha configurado, el responsable del fichero y

Junto a esa obligación positiva, de dar de suministrar, el apartado segundo finaliza estableciendo una obligación de remoción de los obstáculos que en este caso juega en un plano individual al que en ocasiones no se presta atención pero que constituye un presupuesto de la dimensión colectiva del ejercicio de los derechos colectivos, por cuanto la interrelación entre los trabajadores es el presupuesto de la creación de una identidad colectiva y de una eventual posterior constitución de órganos de representación y participación. En este sentido, se establece que la empresa «deberá asegurarse que no existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de personas trabajadoras». En este caso, no se concreta la forma en que habrá de garantizarse una obligación de comunicación que tiene como sujetos a los representantes legales y las personas trabajadoras, pero también a éstas entre sí. La lógica parece situarse en la creación de espacios o canales de comunicación entre las personas trabajadoras, para de esta forma evitar el aislamiento que provoca el trabajo a distancia. Ha de notarse que, en este caso, no nos hallamos ante una obligación de dar, sino de remoción de obstáculos que coloca al empresario en una posición de garante pero no de acreedor de concretos medios. La forma en que el empresario cumplirá con esa obligación dependerá de las concretas circunstancias en que se desarrolle el trabajo a distancia. Así, seguramente en espacios de trabajo con TIC y empleo de redes de comunicación, por lo tanto, preexistentes, se debiera entender cumplida esta obligación con la creación de espacios comunicativos en la intranet empresarial o con la habilitación de un sistema de correo o comunicación entre los empleados.

Finaliza el art. 19 RDLTAD con un apartado tercero en el que se establece que «deberá garantizarse que las personas trabajadoras a distancia pueden participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales, en particular, su participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales». A diferencia del apartado anterior, el sujeto de esta obligación no es sólo o principalmente el empresario sino también los sujetos que organizan o convocan esas actividades organizadas en defensa de los intereses laborales de las personas trabajadoras. De nuevo, nos encontramos con una obligación de contenido indeterminado de la que, a nuestro juicio, no cabría en aplicación de la doctrina constitucional establecida en la STC 281/2005, inferir obligaciones específicas de dar sino de realizar lo que podríamos denominar como «acomodación razonable» a las especiales características del trabajo a distancia⁴⁹. Así, por ejemplo, convocada una asamblea por los trabajadores en una empresa con trabajo a distancia parcial, ésta debiera celebrarse en los días que aseguren una

de su tratamiento, incluyendo la atención del derecho de oposición (SAN, contencioso, administrativo, de 28 de febrero de 2018)

⁴⁹ En dicha sentencia se decía que «incluso con tal planteamiento, la hipótesis de la configuración de la considerada como una obligación o carga empresarial de puesta a disposición de un medio de comunicación concreto (el sistema de correo electrónico) habría de pasar por una mayor concreción legislativa, que no podría calificarse sino como contenido adicional del derecho fundamental, en tanto que, si el derecho a recibir información es contenido esencial de la libertad sindical, el establecimiento de una carga singular que obligue al empresario a asegurar un determinado sistema telemático que lo permita no forma parte del mismo».

mayor presencia de trabajadores a distancia en la empresa o, si ello no resulta posible, garantizando que por medios telemáticos pudieran asistir y participar los trabajadores a distancia⁵⁰. La norma expresamente prevé que en particular deberá garantizarse «su participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales». Resulta esta, una previsión de difícil comprensión por cuanto no creemos que deba ser leída en clave de impedir la celebración de dichas elecciones formato telemático. Es esta una realidad cada vez más presente en la realidad de nuestras relaciones laborales, y que lejos de cerrarse, debería potenciarse y facilitarse siempre y cuando se realice con las debidas garantías⁵¹. Por otra parte, la referencia a la «participación efectiva presencial» tampoco puede ser leída, en una norma que pretende garantizar la igualdad de esos trabajadores y potenciar su participación, como una prohibición de recurrir al voto por correo previsto en el art. 10 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Una votación en formato electrónico o a distancia que seguramente es la única opción en aquellas hipótesis en las que la empresa sea totalmente virtual en el sentido de carecer de centro de trabajo físico en el que se presten servicios presencialmente.

⁵⁰ También aquí debe prestarse especial atención al debido respeto a la normativa de protección de datos, especialmente si se va a producir algún tipo de cesión de datos personales a entidades que puedan colaborar con el desarrollo de esas actividades. Véase, por ejemplo, el caso resuelto en el expediente E/01431/2018 de la AEPD en el que un sindicato es denunciado por cuanto para realizar un referéndum entre sus afiliados por el tema de la equiparación salarial con otros cuerpos, cede sus datos personales a una tercera empresa que, a su vez, solicita a una tercera la elaboración de una página web para gestionar el voto electrónico. La denuncia fue, en este caso archivada, por cuanto los distintos sujetos implicados respetaron la normativa reguladora de la cesión de datos prevista en la LOPD.

⁵¹ La sentencia 321/2015 de 21 septiembre del Juzgado de los Social 25 de Madrid valida un procedimiento electoral telemático, indicando que «no puede valorar este Juzgador si las razones para acudir a este sistema son mejores que las de utilizar una mesa itinerante, o fomentar el voto por correo. Tan solo si la decisión de la mesa electoral a la hora de admitir el voto telemático se ajusta a la normativa reguladora del procedimiento electoral o no. Y de las disposiciones citadas no se desprende la existencia de prohibición alguna. Es cierto que no están previstas, y menos aún desarrolladas las condiciones en que se puede realizar este tipo de votación. Pero ello no puede ser un impedimento para su validez, siempre y cuando se respeten los principios que establece la ley».

LOS DERECHOS DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN EL MARCO DE LA SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS: PERSPECTIVAS LEGAL Y DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Carolina Gala Durán

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Grup de Recerca Drets dels Treballadors Espanyols i Estrangers (DRELATES)

Institut d'Estudis del Treball (IET) – Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES DE LA EMPRESA PRINCIPAL. 2.1. Marco general. 2.2. El derecho de información recogido en el art. 64.2.c) ET. 2.2.1. *Los sujetos implicados y el tempus del cumplimiento del derecho*. 2.2.2. *El alcance del derecho de información*. 2.2.3. *Las consecuencias del incumplimiento empresarial*. 3. EL DERECHO DE INFORMACIÓN RECOGIDO EN EL ART. 42 ET. 3.1. Aspectos generales. 3.2. El derecho de información de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista. 3.3. El derecho de información de la TGSS. 3.4. La información que deben recibir los representantes de los trabajadores de la empresa principal. 3.5. El derecho de información de los representantes de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista. 3.6. Balance de la reciente negociación colectiva. 4. LA ARTICULACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL MARCO DE LA SUBCONTRATACIÓN. 4.1. Aspectos generales. 4.2. El alcance de la representación del art. 42.6 ET. 4.3. El contenido del art. 42.7 ET. 4.4. Balance de la negociación colectiva en esta cuestión. 5. EL PAPEL DE LA REPRESENTACIÓN SINDICAL. 6. LA REGULACIÓN EN EL MARCO DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. 6.1. Coordinación de actividades y derechos de información. 6.2. El contenido de la negociación colectiva. 7. REFLEXIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que la subcontratación de obras o servicios se ha expandido de una forma importante en las últimas décadas por motivos muy diversos (el ahorro de costes empresariales, el desarrollo de las empresas en red, nuevas formas de organización del trabajo y de la producción más flexibles...) ¹, la norma esencial que la regula desde la perspectiva

¹ ÁLVAREZ CUESTA, Henar, «Estrategias sindicales ante la descentralización productiva», Aedts, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Ed. Cinca, 2018, Vol. 2, p. 1 y ss.; ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, «Subcontratación y derechos colectivos», Aedts, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Ed. Cinca, 2018, Vol. 2, p. 1 y ss.; GÁRATE CASTRO, Javier, «Descentralización productiva y Derecho del Trabajo», Aedts, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Ed. Cinca, 2018, Vol. 1, p. 25 y ss. y MARTÍNEZ BARROSO, María de los

laboral —el art. 42 ET—, ha sufrido pocos cambios —favorables eso sí—, sin que se hayan abordado, sin embargo, las cuestiones esenciales pendientes como son, entre otras, la clarificación del alcance de las responsabilidades empresariales (teniendo en cuenta también lo previsto en el art. 168.1 LGSS o la LPRL), la concreción legal del concepto de propia actividad o la aplicación del principio de igualdad de condiciones laborales entre los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas y los trabajadores de la empresa principal (en la línea de las ETT). A estos efectos, cabe recordar, no obstante, la interesante proposición de ley presentada por el grupo socialista en 2016, que no se ha aprobado y que, dado el difícil panorama actual, es muy difícil que se acabe aprobando.

Es difícil buscar razones objetivas que justifiquen esa falta de actualización del art. 42 ET, más allá de la presencia de intereses enfrentados —flexibilidad y costes empresariales versus protección de los derechos de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas—, que ha dificultado o impedido directamente cualquier avance en la mayoría de las cuestiones pendientes². Sí se ha avanzado en algunos ámbitos, como, por ejemplo, en el marco de los derechos de información.

Y, por otra parte, en dicho art. 42 también sorprende el escaso interés por las cuestiones colectivas, y más particularmente, sobre el papel que debe jugar la representación de los trabajadores en relación con una estructura empresarial en la que, con frecuencia, conviven en el mismo centro de trabajo y se relacionan entre sí trabajadores de varias empresas, a veces durante un período de tiempo prolongado. Como también ocurre en el caso de las ETT —otro ejemplo de convivencia de trabajadores dependientes de distintas empresas en el mismo lugar de trabajo—, en este supuesto tampoco los derechos colectivos constituyen un especial foco de interés. De hecho, puede afirmarse, incluso, que la regulación en el marco de la subcontratación es aún más escasa, respecto de las posibles reclamaciones que pueden presentar los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista, que lo previsto en el art. 17.1 LETT.

Podríamos pensar que ello se debe a las propias características de las empresas contratistas y subcontratistas (microempresas en la gran mayoría de los casos, donde además, se recurre frecuentemente a los contratos de obra o servicio vinculados a la propia vigencia de la contrata, con una gran rotación de personal, escasa afiliación sindical, elevada contratación temporal y alta rotación de personal...³), donde incluso es difícil lograr una lógica de «colectivo» de trabajadores movido por unos intereses comunes (por el escaso contacto, la presencia de trabajadores de otras empresas con intereses y vínculos distintos, las relaciones individualizadas, la desconfianza ante el ejercicio de reclamaciones colecti-

Reyes, «Deberes de información, derechos de representación y negociación colectiva», Aedtss, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Ed. Cinca, 2018, Vol. 1, p. 204.

² Al respecto, GÁRATE CASTRO, Javier, «Descentralización...», ob. cit., p. 45 y ss.

³ ÁLVAREZ CUESTA, Henar, «Estrategias...», ob. cit., pp. 2 y 6; ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos de la descentralización productiva sobre las relaciones colectivas de trabajo: ETT y contratas*, Ed. Dykinson, 2006, p. 84 y ss. y MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, «La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación», en Valdés Dal-Ré, Fernando y Molero Marañón, María Luisa, *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Ministerio de Trabajo e Inmigración-Fundación Francisco Largo Caballero, 2010, pp. 74-77.

vas...), pero ello no impide que, como en las ETT, la normativa laboral arbitre mecanismos suficientes y adaptados que permitan que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas puedan defender sus derechos colectivamente y contar con representantes, y que estos puedan desarrollar una labor eficaz. A lo que cabe añadir que nos movemos en un ámbito en el que, nuevamente como en el caso de las ETT, se constata claramente que el modelo de representación de los trabajadores recogido en el Título II ET no contempla las nuevas realidades organizativas y productivas (aunque ya no son precisamente nuevas), y que es necesario proceder a su adaptación y actualización. No se trata de desmontar el modelo de representación de los trabajadores, sino de hacer frente a las nuevas realidades (cada vez más numerosas), y entre ellas y no solo, a la subcontratación de actividades y el trabajo a través de ETT. No podemos dar solución a un cambio trascendental, como es la descentralización productiva combinada, además, en los últimos años con el auge de las nuevas tecnologías, con herramientas e instituciones diseñadas para una realidad que ya no es la actual⁴. Asimismo, tampoco podemos olvidar las importantes dificultades con las que se encuentran los sindicatos para insertarse y actuar en el marco de la subcontratación, a pesar de los intentos llevados a cabo.

En otras palabras, hasta el momento, el legislador ha sido incapaz de arbitrar un sistema que garantice la representación de los trabajadores en un modelo que se caracteriza por fragmentar el proceso de producción⁵, y en el que, además y por diversos motivos, es cada vez más difícil ejercer dicha representación. Se ha hablado, incluso, de una absoluta dejadez legislativa⁶.

Finalmente, cabe destacar que, como veremos más adelante, la reciente negociación colectiva tampoco se interesa por estas cuestiones, por cuanto son muy escasos los convenios colectivos que regulan los derechos de información de los representantes de los trabajadores en los supuestos de subcontratación (solo 35 convenios de los 451 convenios consultados⁷, un 7,76%) y los que lo hacen, en muchos casos, lo hacen solo parcialmente y con muy pocas innovaciones. Y aún muchos menos convenios incluyen alguna referencia al propio papel de la representación de los trabajadores en este ámbito (solo 6 convenios, un 1,33%), incluso en el marco de la prevención de riesgos laborales, donde el art. 24 LPRL recoge la obligación de coordinación y el art. 35.4 abre la posibilidad a la negociación colectiva de crear órganos de representación transversales para cubrir a todos los trabajadores que concurren en un mismo centro de trabajo o empresa (aquí cabe citar solo 34 convenios, un 7,53% del total).

⁴ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, «Subcontratación...», ob. cit., p. 3; NIETO ROJAS, Patricia, «La representación de los trabajadores en un modelo de empresa fragmentada. Insuficiencias del marco normativo y propuestas de reformulación del artículo 42.6 ET», Aedtss, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Ed. Cinca, 2018, Vol. 2, p. 3 y Molero Marañón, María Luisa, «La representación...», ob. cit., pp. 71-73.

⁵ NIETO ROJAS, Patricia, «La representación...», ob. cit., p. 1.; y MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., pp. 205 y ss.

⁶ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos...*, ob. cit., p. 85.

⁷ Se han analizado todos los CC publicados en el BOE entre el 1-1-2017 y el 30-4-2020, un total de 451 convenios.

Partiendo de ello, el objetivo de este trabajo es doble: por un lado, analizar los derechos de información de los representantes de los trabajadores en los supuestos de subcontratación, y, por otro lado, ver cómo se articula la representación de los trabajadores en dicho marco. En ambas materias abordaremos también el análisis de la reciente negociación colectiva.

2. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES DE LA EMPRESA PRINCIPAL

2.1. Marco general

Desde una perspectiva general, cabe recordar que la decisión de subcontratar constituye una facultad empresarial amparada en la libertad de empresa del art. 38 CE, lo que conduce, en nuestro modelo de relaciones laborales, a reconocer a los representantes de los trabajadores únicamente derechos de información. Es decir, no cabe reclamar legalmente que la empresa negocie con la representación de los trabajadores una posible subcontratación de actividades, pero sí que le informe en los términos previstos en los arts. 64.2.c) y 42.4 ET.

Cabe señalar, no obstante, que algunos convenios, muy pocos, prevén expresamente que la empresa se compromete a negociar, en determinados casos, la subcontratación de actividades con la representación de sus trabajadores. Regulación convencional plenamente admisible, ya que mejora los derechos reconocidos legalmente. Así en el I CC intercentros de la empresa Navantia, S.A. (BOE 7-2-19) se prevé que en el supuesto de subcontratación de obras o servicios de la propia actividad que pueda afectar al volumen de empleo, la decisión debe negociarse previamente con el comité de empresa⁸, contando también con una comisión de ordenación de la industria auxiliar que definirá un protocolo sobre subcontratación. En la misma línea, en el V CC de Airbus Defence and Space, SAU, Airbus Operations, SL, Airbus Helicopters España, SA y EADS Casa Espacio (BOE 4-4-17) se establece que en los casos de subcontratación que puedan afectar, a criterio de la dirección de la empresa y del comité interempresas conjuntamente, al volumen del empleo, la decisión se negociará previamente con los representantes de los trabajadores. También existe una comisión central de subcontratación cuya función es recibir la información necesaria que permita establecer la correcta actuación y encuadramiento de todas las subcontratas, así como el análisis para futuras actuaciones o modificaciones de la política sobre subcontratación, recibiendo información a priori y con la suficiente antelación que permita ejercer en forma la labor de salvaguarda y garantía de los derechos.

También cabe mencionar aquí que algún convenio incluye una comisión de subcontratación, con las siguientes funciones, entre otras: a) negociar cualquier actividad susceptible de subcontratación; b) analizar cualquier intervención realizada por las empresas subcontratadas que pudiera ser controvertida; y, c) informar de las características generales de la prestación de los servicios afectados. Asimismo, se prevé que se consideran activida-

⁸ También CC Equipos Nucleares, SA, (BOE 7-8-19).

des susceptibles de externalización aquellas que, en cada centro, pudieran acordarse con los comités de empresa y en los términos que se establezcan⁹.

Por otra parte, con un alcance más limitado, algún convenio enumera las actividades que pueden subcontratarse, estableciéndose, además, que cualquier otra deberá negociarse con el comité de empresa¹⁰.

En fin, también cabe citar convenios sectoriales que constituyen una comisión sectorial de seguimiento del empleo y la contratación, que se reunirá, como mínimo, una vez al año y que analizará la evolución del empleo, contratación y subcontratación en el sector, estando facultada para acordar las medidas pertinentes para fomentar la mejora de la calidad y la cantidad del empleo¹¹.

Y, desde otra perspectiva, respecto a la finalidad que persigue el derecho de información recogido en los arts. 64.2.c) y 42.4 ET, resulta evidente: facilitar el control por parte de la representación de los trabajadores de la empresa principal sobre los procesos de subcontratación que prevé realizar o bien que lleva a cabo dicha empresa, para evitar posibles incumplimientos de la normativa laboral, una cesión ilegal de trabajadores, evitar posibles despidos, etc. La transparencia informativa se convierte en un deber empresarial de primer orden¹². No cabe olvidar, sin embargo, que, como hemos visto, vía convenio colectivo se puede establecer también la participación de los representantes de los trabajadores en las decisiones de subcontratación, aunque se trata de una medida muy escasamente presente en la reciente negociación colectiva.

Por último, ese derecho de información también se manifiesta específicamente en el marco de la prevención de riesgos laborales, materia que abordaremos en un apartado específico y donde se ha avanzado un poco más, por razones obvias de protección de los trabajadores, tanto desde la perspectiva legal como convencional.

2.2. El derecho de información recogido en el art. 64.2.c) ET

2.2.1. *Los sujetos implicados y el tempus del cumplimiento del derecho*

En este precepto se señala, de una forma muy parca y con significativas carencias¹³, que el comité de empresa tiene derecho a ser informado trimestralmente de «los supuestos de subcontratación». El alcance concreto de esta obligación empresarial de información y su relación con lo dispuesto en el art. 42 ET ha sido objeto de cierto debate doctrinal¹⁴; pudiéndose realizar algunas consideraciones.

En primer lugar, para contextualizar el art. 64.2.c) ET cabe tener presente que este solo comporta un derecho de información que no permite a los trabajadores intervenir

⁹ II CC Saint Gobain Isover Ibérica, SL (BOE 10-10-18).

¹⁰ CC Saint Gobain Cristalería, SL (BOE 28-6-18).

¹¹ VI CC general de ferralla (BOE 14-3-19).

¹² MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 206.

¹³ MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 207.

¹⁴ MONTÓYA MEDINA, David, *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 435-437.

directamente en la adopción de las decisiones de subcontratación, aun cuando sí posibilita ejercer un control externo sobre tales decisiones. Se construye, pues, como un medio de participación atenuada o débil¹⁵.

En segundo lugar, respecto a los sujetos destinatarios de esta información aun cuando el art. 64 se refiere expresamente al comité de empresa (incluidos el comité de empresa conjunto y el comité intercentros), también tienen derecho los delegados de personal (el art. 62.2 ET les atribuye las mismas competencias que el comité), los delegados de prevención (para permitir la labor de coordinación del art. 24 LPRL) y los delegados sindicales cuando existan (el art. 10.3 LOLS les reconoce el derecho a acceder a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa). En cambio, las secciones sindicales no tienen un acceso directo a esta información al no estar previsto legalmente (art. 8.2 LOLS), lo que no impide, lógicamente, que puedan tener un acceso indirecto a la misma, cuando se la haga llegar un miembro del comité de empresa o un delegado de personal afiliado al sindicato o el propio delegado sindical, o cuando, vía convenio colectivo, se les reconozca el derecho a tal información, aunque esto último es muy poco frecuente en la práctica¹⁶. En todos los casos juega el deber de sigilo en los términos previstos legal y judicialmente. Y si no existen representantes de los trabajadores esta obligación no surge, no imponiéndose como alternativa la información directa a los propios trabajadores de la empresa (aunque se podría prever vía convenio colectivo).

En esta cuestión, la reciente negociación colectiva se refiere, siguiendo los términos del art. 64.2.c), al comité de empresa¹⁷ o comité intercentros¹⁸, o bien menciona a la representación legal de los trabajadores¹⁹, a los representantes de los trabajadores²⁰ o al comité de empresa y los representantes legales de los trabajadores²¹. Y también, en algún supuesto, los convenios identifican como destinatarios de la información a la representación sindical²² o a los delegados sindicales²³, a los representantes legales de los trabajadores y delegados sindicales²⁴, o al comité de empresa y delegados de personal²⁵. Obviamente, en

¹⁵ MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 208.

¹⁶ CC estatal industrias del curtido, correas, cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE 2-10-19).

¹⁷ A modo de ejemplo, CC Ayora Gea Transportes Petrolíferos, SA (BOE 23-11-2018) y CC Refresco Iberia, SAU (BOE-6-19).

¹⁸ CC Danone, SA (BOE 28-7-18) y CC Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribución Canarias, SA (BOE 23-5-19).

¹⁹ A título de ejemplo, CC ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados (BOE 7-1-20).

²⁰ Entre otros, CC Finanzauto, SAU (BOE 1-10-19).

²¹ CC Safety-Kleen España, SA (BOE 3-12-19).

²² CC estatal para las industrias del curtido, correas, cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE 2-10-19).

²³ CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 11-10-19).

²⁴ CC ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE 23-11-18).

²⁵ CC Al Air Liquide España, SA; Air Liquide Medicinal, SLU y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU (BOE 30-6-18).

ningún caso, la negociación colectiva puede limitar los destinatarios de esta información previstos legalmente.

Se trata, asimismo, de un derecho de los representantes de los trabajadores, por lo que no puede establecerse vía convenio colectivo que estos deben requerir o solicitar previamente su cumplimiento²⁶.

En tercer lugar, cabe señalar que es la empresa la obligada a facilitar la información a los representantes de sus trabajadores. Pero ¿cuál? Es obvio que la empresa principal estará obligada a ello, pero ¿también una empresa contratista en relación con una posible subcontratación? El ET no concreta nada al respecto, por lo que, a nuestro entender, cabe hacer una interpretación amplia, máxime cuando, como veremos más adelante, esta obligación alcanza tanto a las contrata de propia actividad como de no propia actividad²⁷. Sin embargo, cabe tener presente que en el caso de las empresas contratistas y subcontratistas este derecho de información puede tener poca efectividad si tenemos en cuenta que, por sus propias características, es muy difícil que cuenten con representación de los trabajadores, quedando las secciones sindicales prácticamente como única alternativa²⁸.

En cuarto lugar, en cuanto al tempus del derecho de información, el art. 64.2.c) ET prevé el trimestre. Este intervalo temporal puede ser mejorado por la negociación colectiva, pero no empeorado. Cabe destacar que algunos convenios se limitan a reproducir el plazo trimestral²⁹ (un 22,85% de los convenios que tratan esta materia) o a remitirse a lo previsto legalmente³⁰ (un 17,14%), mientras que otros convenios introducen la referencia «al menos trimestral»³¹ (un 5,71%), lo que, por otra parte, no se concreta necesariamente en una mejora si la empresa se limita a un cumplimiento trimestral de tal obligación. También algunos convenios, muy pocos (un 2,86%), rebajan el plazo legal, estableciendo el plazo mensual³². Y, en sentido contrario, algún convenio introduce un plazo superior al trimestral, estableciendo que anualmente, preferiblemente durante el primer trimestre, se informará sobre las previsiones de subcontratación para ese año³³ (un 8,57%), o bien fijan un plazo semestral³⁴ (un 5,71%); estas regulaciones contradicen lo dispuesto en el art. 64.2.c) ET y, por tanto, resultan inaplicables. En fin, también existen convenios que se limitan a señalar que la información se dará previamente a la contrata³⁵, sin concretar nada más (un 2,86%).

²⁶ CC Logifruit, SL (BOE 12-3-19).

²⁷ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, «Efectos...», ob. cit., p. 94.

²⁸ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, «Efectos...», ob. cit., p. 94 y MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, «La representación...», ob. cit., p. 74.

²⁹ A modo de ejemplo, CC Safety-Kleen España, SA (BOE 3-12-19) y CC Siemens Healthcare, SLU (BOE 28-2-20).

³⁰ Entre otros, CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 11-10-19) y CC ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados (BOE 7-1-20).

³¹ Como ejemplo, XXI CC ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE 23-11-18).

³² CC Compañía Logística Acotral, SA, y Acotral Distribución Canarias, SA (BOE 23-5-19).

³³ A modo de ejemplo, CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 16-7-19).

³⁴ Así, CC Logifruit, SL (BOE 12-3-19).

³⁵ CC Finanzauto, SAU (BOE 1-10-19).

Finalmente, cabe destacar que al tratarse de «previsiones», se trata de una información que la empresa debe hacer llegar a la representación de los trabajadores pro-futuro, salvo circunstancias excepcionales que impidan dar esa información antes de que se produzca la subcontratación.

2.2.2. *El alcance del derecho de información*

Como hemos visto, el art. 64.2.c) ET se limita a referirse «a los supuestos de subcontratación», lo que deja abiertos bastantes interrogantes.

En primer lugar, cabe tener presente que el precepto se refiere a la «subcontratación», término que, como es conocido, en el marco del ET incluye tanto las contratas como las subcontratas³⁶. Es cierto que parecería que la empresa principal solo estaría obligada a informar de las contratas, de las que forma parte directamente, pero también si entra dentro de sus previsiones y la actividad se va a desarrollar en su propio centro de trabajo, a nuestro entender, estará obligada a informar de las posibles subcontratas, por cuanto no podemos olvidar la finalidad de vigilancia y control que tiene este derecho de información.

En segundo lugar, aunque actualmente resulta pacífico, dio lugar a debate doctrinal la relación entre los arts. 64.2.c) y 42.4 ET (posterior), planteándose, incluso, si el último sustituía al anterior. A estos efectos, cabe tener presente que el art. 64.2.c) se refiere, como hemos visto, a las previsiones en materia de subcontratación, mientras que el art. 42.4 se vincula a la información que debe darse a los representantes de los trabajadores cuando se concierta una contrata. Se trata, pues, de dos momentos distintos, claramente compatibles entre sí.

En tercer lugar, plantea dudas si este derecho se refiere a todos los supuestos de subcontratación o solo a los casos de propia actividad³⁷. Teniendo en cuenta los términos genéricos del art. 64.2.c), que no realiza distinción (ni exclusión) alguna y, sobre todo, la finalidad de vigilancia y control que se persigue en esta cuestión, cabe entender que la obligación de información abarca a todos los supuestos de subcontratación, afecten o no a la propia actividad de la empresa³⁸, por cuanto resulta claro que los incumplimientos o insuficiencias pueden darse siempre, afecte o no la contrata a la propia actividad empresarial, y que la estrategia o «previsión» empresarial de descentralización productiva no se limita a la propia actividad. Por ello, entendemos que no es posible que, vía negociación colectiva, se limite, como hacen algunos convenios, el alcance de este precepto únicamente a la subcontratación vinculada a la propia actividad³⁹ (un 5,71%), aunque en la mayoría de los casos no se hace referencia a esta cuestión⁴⁰ (un 60%).

³⁶ MARTÍNEZ GARRIDO, Luis, *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas*, Fundación Confemetal, 1998, p. 108; MONTOYA MEDINA, David, *Trabajo...*, ob. cit., p. 438.

³⁷ Al respecto, MONTOYA MEDINA, David, *Trabajo...*, ob. cit., p. 440 y ss.

³⁸ MARTÍNEZ GARRIDO, Luis, *Tratamiento...*, ob. cit., p. 108; MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 209.

³⁹ Es el caso del CC Finanzauto, SAU (BOE 1-10-19).

⁴⁰ Como ejemplos CC ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados (BOE 7-1-20) y CC Siemens Healthcare, SLU (BOE 28-2-20).

En cuarto lugar, ¿de qué debe informarse?, nuevamente el ET no lo concreta, pero sí tiene relevancia el hecho de que, como hemos afirmado, esta obligación se vincula a las previsiones y no a las contrataciones ya concertadas. Pero ¿cuál debe ser el contenido de la información? Lo que resulta claro es que la información debe ser útil a los efectos de las funciones atribuidas legalmente a los representantes de los trabajadores, abarcando cuestiones como la actividad o servicio que se pretende subcontratar, el lugar de ejecución de la contrata, el momento en que se prevé realizar la subcontratación y su duración previsible, y si ya se tiene esa información, la empresa o empresas con las que se subcontratará. En cambio, no habría obligación de informar sobre el precio previsto. A lo que cabe añadir que, como en otros temas, en esta cuestión puede intervenir la negociación colectiva, si bien en la práctica se limita a reproducir el art. 64.2.c), incorporando simplemente la referencia a la obligación de informar sobre «los supuestos de subcontratación»⁴¹ (un 62,85%) o de las contrataciones⁴² (un 2,86%), o bien se remite directamente a lo establecido en la legislación vigente⁴³ (un 2,86%). También hay convenios que se limitan a mencionar el art. 64 ET, sin más detalles⁴⁴ (un 5,71%).

Como excepción, cabe mencionar que algunos convenios —pocos, un 14,28%—, añaden algunas novedades, así: 1) junto a los derechos de información ordinarios se establece que se tratará de la subcontratación en las reuniones que se celebran entre la dirección de la empresa y los sindicatos más representativos, de carácter trimestral⁴⁵; 2) se prevé la obligación de la empresa principal de informar a los representantes de los trabajadores, en los términos del art. 64 ET, de la comunicación responsable de la empresa contratista por la que se compromete a cumplir las condiciones laborales previstas en el convenio⁴⁶; y, 3) se señala que se informará sobre las actividades que se subcontraten, definiendo el proceso a seguir, así como la solución prevista para el personal afectado de la empresa y las características generales de la prestación de los servicios afectados por la subcontratación⁴⁷.

Por último, cabe tener presente que la imposición de un deber de información no implica que la empresa esté obligada a cumplir con las previsiones en materia de subcontratación, esto es, ese deber no tiene carácter vinculante. No podemos olvidar, nuevamente, que la subcontratación de actividades es una facultad empresarial amparada por el art. 38 CE, y, por tanto, es la empresa la que, según las circunstancias o estrategias, decidirá finalmente cumplir o no, total o parcialmente, con dichas previsiones, lo que dota de muy

⁴¹ A modo de ejemplo, CC ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados (BOE 7-1-20) y CC Siemens Healthcare, SLU (BOE 28-2-20).

⁴² CC Finanzauto, SAU (BOE 1-10-19).

⁴³ CC Thyssenkrupp Elevadores, SLU (BOE 6-3-18).

⁴⁴ II CC ámbito estatal del sector de contact center (BOE 12-7-17) y III CC marco del Grupo Viesgo España (BOE 2-8-18).

⁴⁵ II CC empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (BOE 13-11-19).

⁴⁶ CC Cegelec, SA (BOE 23-12-17) y II CC oficinas corporativas Grupo Siemens Gamesa (BOE 22-7-19).

⁴⁷ CC Saint Gobain Cristalería, SL (BOE 28-6-18) y II CC Saint Gobain Isover Ibérica, SL (BOE 10-10-18).

escasa operatividad al art. 64.2.c). Por tanto, si se producen discordancias entre las previsiones y la subcontratación realizada posteriormente, no podrán surgir responsabilidades de ningún tipo para la empresa⁴⁸.

2.2.3. *Las consecuencias del incumplimiento empresarial*

El incumplimiento de esta obligación de información o su cumplimiento insuficiente constituye una infracción grave conforme al art. 7.7 LISOS, referido a la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos legal o convencionalmente establecidos. Como infracción cabe considerar tanto la negativa total o parcial a facilitar la documentación, la entrega de información incompleta o fraudulenta, así como el envío extemporáneo⁴⁹. Las sanciones, que se aplicarán siguiendo los criterios del art. 39, están en el art. 40.1.b) LISOS, y no son particularmente altas.

Asimismo, en caso de incumplimiento o cumplimiento insuficiente, los representantes unitarios y, en su caso, los delegados sindicales, pueden presentar una demanda ante la jurisdicción social reclamando el cumplimiento empresarial de este deber, por la vía del proceso de conflicto colectivo o de tutela del derecho a la libertad sindical (si interviene un sindicato). En todo caso, al tratarse de una obligación de hacer, su cumplimiento coactivo no es posible, y, por tanto, se reclamará el resarcimiento de los daños y perjuicios causados⁵⁰.

Finalmente, cabe tener presente que, dados los parcos términos legales, este deber de información es fácil de cumplir por parte de las empresas. E, incluso, la utilidad real de este deber es muy escaso, por cuanto a los representantes de los trabajadores les va a resultar más fácil controlar la legalidad y las condiciones en que se prestan los servicios en el marco de la contrata viendo cómo realizan su actividad los trabajadores implicados en la misma que basándose en el contenido de la información que puedan haber recibido⁵¹. Sin embargo, esto no lleva a minusvalorar este derecho de información, sino a proponer, por un lado, que, desde la perspectiva legal, se amplíe y especifique el contenido del deber contemplado en el art. 64.2.c) obligando a las empresas a informar, de una forma más concreta, sobre sus previsiones de subcontratación (esto es, los plazos de previsión, si afecta a propia o no propia actividad, la actividad o servicio que se pretende subcontratar, si afectará o no a la plantilla de la empresa, el plazo de ejecución, las medidas de prevención a adoptar, el lugar de ejecución, la identificación de la empresa contratista o subcontratista si es posible...).

Y, por otro lado, a falta de esa reforma legal, es evidente que la negociación colectiva puede mejorar la obligación legal, cosa que no está haciendo. A lo ya señalado, cabe añadir que son muy pocos los convenios que tratan sobre el art. 64.2.c) ET: así del total de 451

⁴⁸ MONTÓYA MEDINA, David, *Trabajo...*, ob. cit., pp. 437-438.

⁴⁹ MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 210 y MONTÓYA MEDINA, David, *Trabajo...*, ob. cit., p. 445.

⁵⁰ MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 210 y MONTÓYA MEDINA, David, *Trabajo...*, ob. cit., p. 446.

⁵¹ MARTÍNEZ GARRIDO, Luis, *Tratamiento...*, ob. cit., p. 108.

convenios analizados, solo 35 convenios se referían a esta cuestión, esto es, el 7,76%, y la gran mayoría, como hemos visto, se limitan a reproducir el ET. Y de esos 35 convenios, 25 son de nivel empresarial (71,43%) y 10 de sector (28,57%). Por tanto, los convenios no resuelven la parquedad de la norma legal. La negociación colectiva no supone, pues, un avance en esta materia y podría serlo.

3. EL DERECHO DE INFORMACIÓN RECOGIDO EN EL ART. 42 ET

3.1. Aspectos generales

La regulación vigente, tras alguna modificación, recoge, en varios apartados del art. 42 ET, un derecho a la información a cuatro bandas en caso de subcontratación, delimitadas en función del destinatario de la información, así se prevé: a) la información que las empresas contratista o subcontratista debe aportar a sus propios trabajadores; b) la información que la empresa debe facilitar a la TGSS; c) la información que la empresa principal debe proporcionar a la representación de sus trabajadores (vía complementaria del art. 64.2.c) ET); y, d) la información que la empresa contratista o subcontratista debe facilitar a los representantes de sus trabajadores.

En todos los supuestos, como en el art. 64.2.c) ET, la finalidad que se persigue es conocer las repercusiones en el empleo de los procesos de subcontratación, así como facilitar la vigilancia y control de esos procesos por parte de la representación de los trabajadores y también la protección de los intereses de los trabajadores implicados (directa o indirectamente) y de la propia TGSS, al facilitarles la identificación de las empresas participantes en la descentralización productiva y, en consecuencia, el ejercicio de sus derechos⁵². También como en el caso del art. 64.2.c), la negociación colectiva reciente ha prestado muy poca atención a esta materia, limitándose, como veremos, en la gran mayoría de los supuestos a reproducir el art. 42. Obviamente, los convenios pueden (y deberían) mejorar el régimen legal y, por desgracia, muy pocos lo hacen.

En definitiva, si bien este derecho de información persigue una clara función de vigilancia y control y de protección de intereses, no sirve de soporte para una actuación colectiva más incisiva, ni en la propia gestación de la decisión empresarial de subcontratación, ni en los efectos que puede suponer la misma⁵³.

3.2. El derecho de información de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista

El art. 42.3 ET establece que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista deben ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal para la cual están prestando servicios en cada momento. Esta información debe facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o

⁵² MERCADER UGUINA, Jesús, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Goerlich Peset, J.M., Ed. Tirant lo Blanch, 2016, p. 804; y MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., pp. 210-211.

⁵³ MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, «La representación...», ob. cit., p. 81.

razón social de la empresa principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Lógicamente, esta identificación no solo permite a los trabajadores saber para quien prestan sus servicios, sino que, sobre todo, les facilita los datos necesarios en caso de que tengan que exigir las correspondientes responsabilidades salariales o de seguridad social, dentro de la lógica de los arts. 42.2 ET y 168.2 LGSS.

Cabe destacar que la información anterior se completa con lo establecido en el art. 8.5 ET, en relación con los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la actividad laboral, y en el art. 18.5 LPRL, sobre los riesgos específicos vinculados con el puesto de trabajo y las medidas preventivas y de protección aplicables⁵⁴.

Como ya hemos señalado, deriva del propio tenor legal que la información debe ser previa al inicio de la prestación de servicios, que debe ser por escrito, de una forma individualizada para cada trabajador empleado en la contrata o subcontrata y con el contenido mínimo recogido en el propio art. 42.3. Y que este trámite deberá cumplirse en relación con cada contrata o subcontrata en la que se emplee al trabajador (esto es, el trabajador debe conocer en todo momento la identidad de la empresa principal). Se trata, por tanto, de una información individual, por lo que un incumplimiento de la obligación respecto a todos o alguno de los trabajadores no implica una única infracción, sino que supone tantas infracciones como trabajadores respecto de los que se haya incumplido este deber de información⁵⁵. Asimismo, en el caso de los trabajadores de nuevo ingreso, la información se les deberá facilitar en ese momento, aunque la subcontratación ya estuviera en marcha⁵⁶.

Resulta muy útil y acertado que los destinatarios de esta información sean los propios trabajadores, por cuanto ello introduce una nota de seguridad jurídica a la hora de poder demandar como responsable solidaria o subsidiaria a la empresa principal, y salva el problema, ya apuntado, de la muy probable inexistencia de representación de los trabajadores en la empresa contratista o subcontratista.

Sin embargo, algunos aspectos de esta obligación de información no quedan claros. En primer lugar, cabe plantearse si esta obligación afecta solo a la subcontratación vinculada con la propia actividad o también con la no propia actividad. Obviamente, lo más protector para los trabajadores sería entender que abarca a todas las contratas; no obstante, la ubicación dentro del art. 42 constituye un argumento en contra. A nuestro entender, teniendo presente que la obligación perseguida por este deber de información es facilitar la posible exigencia de responsabilidades por parte de los trabajadores, aun situándose en el marco del art. 42, su alcance debe incluir tanto las contratas de propia actividad como de no propia actividad.

En segundo lugar, cabe preguntarse cómo articular esta obligación en el marco de una cadena de contratas y subcontratas. Esto es, queda claro que, en el caso de una sola contrata, los trabajadores de la empresa contratista tendrán derecho a esta información en los términos vistos, pero ¿qué ocurre si, además, hay una o varias subcontratas?, ¿hay

⁵⁴ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos...*, ob. cit., p. 95.

⁵⁵ MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 212 y MONTÓYA MEDINA, David, *Trabajo...*, ob. cit., p. 455.

⁵⁶ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos...*, ob. cit., p. 95.

que informar de todas las empresas situadas previamente en la cadena de subcontratación? Nuevamente, desde la perspectiva de la protección de los derechos de los trabajadores lo más acertado sería contar con la información de todas las empresas implicadas en la cadena, máxime cuando conforme al art. 42.2, toda la cadena asume, en su caso, una responsabilidad solidaria frente a las deudas. Cabe señalar que la proposición de ley presentada por el Grupo Socialista establece, de una forma acertada, que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista sean informados no solo de la identidad de la empresa principal para la cual están prestando servicios en cada momento, sino de todas aquellas que le preceden en la cadena de subcontratación.

En caso de incumplimiento resulta aplicable el art. 7.11 LISOS, que lo califica como una infracción grave.

Finalmente, en esta materia cabe tener presente que la negociación colectiva interviene muy poco⁵⁷: solo la menciona el 0,44% del total de los convenios consultados y cuando lo hace se limita a reproducir lo señalado en el art. 42.3 ET⁵⁸. Se trata, por otra parte, de convenios de sectores de actividad que, por sus propias funciones, van a asumir frecuentemente el rol de empresa contratista o subcontratista, como es el caso del sector de contact center.

Obviamente, es una materia que es susceptible de mejora vía convenio, tanto en relación con el contenido de la información a facilitar a los trabajadores (la duración prevista y el objetivo de la contrata, el lugar de ejecución, las medidas de prevención y de coordinación, ...), como con la inclusión de la aclaración de que esa información debe referirse a todas las empresas que forman parte de la cadena de subcontratación. Y, como vimos, también puede referirse esta obligación de información tanto a las contratas de propia actividad como de no propia actividad.

3.3. El derecho de información de la TGSS

Con una clara finalidad protectora de los intereses económicos de la TGSS (y del interés público⁵⁹), en el art. 42.3 in fine ET se señala que la empresa contratista o subcontratista debe informarla de la identidad de la empresa principal en los términos que reglamentariamente se determinen; desarrollo reglamentario que, de momento, no ha tenido lugar y es difícil que se produzca.

En cuanto al momento en que se ha de cumplir esta obligación, cabe pensar en un momento anterior al inicio de la correspondiente prestación de servicios por los trabajadores que se vinculan a la ejecución de la contrata o subcontrata. A lo que cabe añadir

⁵⁷ II CC ámbito estatal del sector de contact center (BOE 12-7-17) y VI CC general de ferralla (BOE 14-3-19).

⁵⁸ II CC ámbito estatal del sector de contact center (BOE 12-7-17) y VI CC general de ferralla (BOE 14-3-19).

⁵⁹ MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 212 y MONTÓYA MEDINA, David, *Trabajo...*, ob. cit., p. 455.

que dicha información debe ser actualizada cuando se produzcan cambios en la misma, sea cual sea su alcance⁶⁰.

En caso de incumplimiento, a falta de previsión expresa, hay que acudir al art. 21.4 LISOS, que califica como una infracción leve de la empresa no facilitar a las entidades correspondientes los datos, certificaciones y declaraciones que esté obligada a proporcionar u omitirlos, o consignarlos inexactamente. Sorprende ese trato favorable, cuando el incumplimiento del mismo deber respecto de los trabajadores constituye, como hemos visto, una infracción grave⁶¹.

Cabe recordar aquí que el art. 42 ET también prevé que la empresa principal, para evitar posibles responsabilidades en materia de seguridad social, debe solicitar a la TGSS una certificación de descubiertos, por lo que aquella también cuenta con los datos de la empresa contratista o subcontratista, facilitándose su función de control⁶².

Finalmente, cabe destacar ninguno de los convenios analizados hace referencia a esta obligación, lo que no resulta sorprendente por cuanto la destinataria de la información es la TGSS, externa a la relación directa de subcontratación.

3.4. La información que deben recibir los representantes de los trabajadores de la empresa principal

El art. 42.4 ET establece que, sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación del art. 64.2.c), cuando una empresa concierta un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista debe informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre varias materias; pudiéndose ampliar dichas materias vía convenio colectivo, cosa poco frecuente. De hecho, cabe destacar que solo el 4,66% del total de los convenios analizados hace referencia a este deber.

En primer lugar, cabe preguntarse quiénes son los sujetos destinatarios de este derecho de información y aquí cabe incluir a los delegados de personal, el comité de empresa (también los comités intercentros y conjunto), los delegados sindicales y los delegados de prevención. A estos efectos, los convenios mencionan a la representación legal de los trabajadores⁶³, los representantes de los trabajadores⁶⁴, el comité de empresa⁶⁵, o la representación de los trabajadores y sindical⁶⁶. En algún convenio se prevé que la información se entregará a la comisión de horas extraordinarias⁶⁷. Obviamente, la negociación colectiva puede mejorar lo previsto en el art. 42.4, pero no reducirlo.

⁶⁰ MONTAÑA MEDINA, David, *Trabajo...*, ob. cit., p. 456.

⁶¹ MONTAÑA MEDINA, David, *Trabajo...*, ob. cit., p. 457.

⁶² ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos...*, ob. cit., p. 96.

⁶³ Como ejemplos, CC empresa Dürr Systems Spain, SA (BOE 12-12-18), CC Mahou, SA (BOE 11-5-19) y CC sector de prensa diaria (BOE 27-8-19).

⁶⁴ Entre otros, CC estatal de perfumería y afines (20-8-19) y CC Siemens Healthcare, SLU (BOE 28-2-20).

⁶⁵ Así, CC Altadis, SAU, Imperial Tobacco España, SLU, y Tabacalera, SLU (BOE 20-8-19).

⁶⁶ CC Fertiberia, SA (BOE 6-8-18).

⁶⁷ CC Fertiberia, SA (BOE 6-8-18).

Asimismo, esos representantes de los trabajadores son los del centro de trabajo donde se llevará a cabo la ejecución de la contrata o subcontrata⁶⁸. Obviamente, si no hay representación de los trabajadores esta obligación no surge. Por ello, hubiera sido útil haber previsto que, de no existir representación, la información se suministraría directamente a los trabajadores, con el objetivo de garantizar el posible control⁶⁹.

En segundo lugar, el sujeto obligado es la empresa principal a lo largo, en su caso, de toda la cadena de subcontratación y, en consecuencia, esta obligación afecta a todas las empresas que actúan como empresa principal a lo largo de dicha cadena; de manera que cada empresa debe informar a los representantes de sus trabajadores de las contrata o subcontratas que realice. Respecto a si esta obligación de información se vincula exclusivamente a una relación bilateral —empresa principal/contratista— o va más allá en caso de posible subcontratación en cadena, algún convenio adapta la terminología del art. 42.4 —que se refiere a contrata o subcontrata— y limita expresamente esta obligación a la relación bilateral antes apuntada⁷⁰. Cabe destacar, no obstante, que la mayoría de los convenios reproducen literalmente el art. 42.4 o bien utilizan el término genérico de subcontratación⁷¹ (un 68,18% de los convenios que tratan esta materia).

En tercer lugar, respecto a las materias sobre las que debe informarse obligatoriamente, son las siguientes: a) el nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista; b) el objeto y la duración de la contrata; c) el lugar de ejecución de la contrata; d) en su caso, el número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal; y, e) las medidas previstas para la coordinación de actividades en materia de prevención de riesgos laborales, lo que conecta con el art. 24 LPRL (aunque no concuerda con lo previsto en la LPRL, donde se recoge la obligación de la empresa de consultar a los trabajadores o sus representantes sobre todas las cuestiones que tengan efectos sobre la seguridad y salud de los trabajadores, así como la facultad de participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención)⁷². Cabe tener presente que, según la jurisprudencia, este deber de información no alcanza a la identidad de los trabajadores, el puesto de trabajo que ocupan, el tipo de contrato y grupo profesional, por cuanto el derecho de información no puede ir más allá de los términos empleados en los preceptos en los que el mismo se regula⁷³; se trata, por tanto, de un *numerus clausus* de materias⁷⁴. Obviamente, y es recomendable, el contenido de este deber de información puede ampliarse vía negociación colectiva.

⁶⁸ MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 211.

⁶⁹ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos...*, ob. cit., p. 97.

⁷⁰ Como ejemplo, CC Altadis, SAU, Imperial Tobacco España, SLU, y Tabacalera, SLU (BOE 20-8-19).

⁷¹ A título de ejemplo, CC estatal de perfumería y afines (20-8-19), CC sector de prensa diaria (BOE 27-8-19) y CC Siemens Healthcare, SLU (BOE 28-2-20).

⁷² ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos...*, ob. cit., p. 98.

⁷³ SSTs 19-2-09, 1-6-10 y 20-6-12.

⁷⁴ MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 213.

Pero, como señalamos anteriormente, lo más habitual en la negociación colectiva es reproducir literalmente esas materias⁷⁵ (el 45,45% de los convenios que tratan esta cuestión), si bien algunos convenios añaden algunas nuevas, con el objetivo de incrementar la capacidad de vigilancia y control de la representación de los trabajadores, así como la protección de los trabajadores. Así, se incluye la obligación de informar sobre los motivos de la subcontratación, así como la confirmación de que los contratos de la empresa contratista con sus trabajadores se ajustan a las disposiciones legales vigentes y fundamentalmente, de estar al corriente del pago en cuanto a las cotizaciones a la Seguridad Social⁷⁶ (un 13,64%). O bien se incorpora la obligación de informar sobre las condiciones laborales y de seguridad social de los trabajadores de la empresa contratista que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa principal⁷⁷ (un 9,09%). Y también hay casos en que se incluye el convenio aplicable a los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas y la información sobre si existe por parte de la empresa negociación de aplazamiento de la deuda con la Seguridad Social y/o con Hacienda u otro organismo público⁷⁸ (un 4,55%), o solo sobre el convenio colectivo aplicable⁷⁹ (un 13,64%).

Y, en fin, en sentido contrario, algún convenio no incluye alguna de las materias enumeradas en el art. 42.4, como es la coordinación de actividades en materia de prevención de riesgos laborales⁸⁰ (un 4,55%), o bien se limita el contenido de la identificación de la empresa contratista⁸¹ (un 9,09%). Lógicamente, la negociación colectiva no puede contravenir lo dispuesto en el citado art. 42.4.

En cuarto lugar, respecto al momento de cumplir con esta obligación, se sitúa en el momento en que se celebra la contrata o subcontrata, por tanto, con carácter previo a su inicio; circunstancia que mencionan algunos convenios⁸². En cuanto a la forma, aunque no se concreta en el art. 42.4, cabe pensar que la información debe facilitarse por escrito.

En quinto lugar, surge nuevamente la duda de si esta obligación de información debe limitarse a las contratas de propia actividad o si también alcanza a las de no propia actividad. Algunos convenios colectivos⁸³ vinculan esta obligación a los casos en que la contrata afecta a obras o servicios susceptibles de ser realizados por trabajadores de la propia empresa, con lo que parece establecerse algún tipo de limitación, excluyendo al menos una parte de las contratas de no propia actividad. Otros se refieren a todas las

⁷⁵ Como ejemplos, CC Logifruit, SL (BOE 12-3-19), VI CC general de ferralla (BOE 14-3-19) y CC sector de prensa diaria (BOE 27-8-19).

⁷⁶ Así, CC Altadis, SAU, Imperial Tobacco España, SLU, y Tabacalera, SLU (BOE 20-8-19).

⁷⁷ CC Bellota Herramientas, SLU y Bellota Agrisolutions, SLU (BOE 14-8-18) y CC empresa Dürr Systems Spain, SA (BOE 12-12-18).

⁷⁸ CC estatal del sector laboral de restauración colectiva (BOE 18-6-19).

⁷⁹ CC general de la industria química (BOE 8-8-18), CC estatal de perfumería y afines (20-8-19) y CC Siemens Healthcare, SLU (BOE 28-2-20).

⁸⁰ CC Bridgestone Hispania, SA, Fábricas (BOE 15-5-18).

⁸¹ V CC Airbus Defence and Space, SAU, Airbus Operations, SL, Airbus Helicopters España, SA y EADS Casa Espacio (BOE 4-4-17) y CC Mahou, SA (BOE 11-5-19).

⁸² Como ejemplo, CC Altadis, SAU, Imperial Tobacco España, SLU, y Tabacalera, SLU (BOE 20-8-19).

⁸³ CC Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE 4-7-17) y CC Altadis, SAU, Imperial Tobacco España, SLU, y Tabacalera, SLU (BOE 20-8-19).

contratas que vaya a celebrar la empresa, tanto en sus instalaciones como fuera de ellas⁸⁴, de lo que se deduce la inclusión de todas las contratas. Y, en fin, otros convenios incluyen solo los supuestos de subcontratación de actividades desarrolladas por personal propio de la empresa y que constituyan propia actividad⁸⁵, los casos de subcontratación de la propia actividad⁸⁶ o los supuestos de propia actividad que se desarrollan en el propio centro de trabajo y junto al personal de plantilla⁸⁷. Sin embargo, la mayoría de los convenios reproducen literalmente el art. 42.4⁸⁸ (un 54,54% de los convenios que abordan esta cuestión). A nuestro entender y teniendo en cuenta que el objetivo perseguido es facilitar la labor de vigilancia y control de los representantes de los trabajadores, aun situándose en el art. 42, su alcance debe incluir tanto las contratas de propia actividad como de no propia actividad, y, lógicamente, tanto cuando se desarrollan en el centro de trabajo de la empresa principal como fuera de él.

En sexto lugar, cabe señalar que el incumplimiento de esta obligación constituye una infracción grave conforme al art. 7.7 LISOS, siendo sujeto activo tanto la empresa principal en una contrata como la empresa contratista en una subcontrata⁸⁹. Asimismo, puede plantearse, ante la jurisdicción social, la correspondiente reclamación por daños y perjuicios, por la vía del procedimiento de conflicto colectivo o de tutela de la libertad sindical.

Finalmente, como medida de refuerzo, el art. 42.4 in fine manifiesta que cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la empresa principal debe disponer de un libro de registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas. Libro que estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores. En este punto cabe tener presente que, aunque se exige que compartan de «forma continuada» un mismo centro de trabajo, no es necesario que esa coincidencia en el mismo espacio sea permanente para que deba cumplirse con esta obligación. A lo que cabe añadir que, en este ámbito, el centro de trabajo se entiende en sentido amplio, esto es, como cualquier lugar de trabajo o espacio físico en el que los trabajadores de las empresas vinculadas por el proceso de descentralización deben permanecer o acceder por razón de su trabajo⁹⁰. Y por empresa principal, exista o no una cadena de contratas, cabe entender aquella que es titular del centro de trabajo⁹¹.

Asimismo, el libro de registro a cargo de la empresa principal tiene que recoger los datos de todas las empresas que actúan en el centro de trabajo, aunque no hayan contratado directamente con aquella⁹². Y en cuanto a quien puede acceder a este libro de registro, cabe entender que pueden hacerlo tanto los representantes unitarios como los delegados

⁸⁴ CC Bridgestone Hispania, SA, Fábricas (BOE 15-5-18).

⁸⁵ CC Mahou, SA (BOE 11-5-19).

⁸⁶ CC Heineken España, SA (BOE 19-10-17).

⁸⁷ CC sector de prensa diaria (BOE 27-8-19).

⁸⁸ A modo de ejemplo, CC estatal de perfumería y afines (20-8-19) y CC Siemens Healthcare, SLU (BOE 28-2-20).

⁸⁹ MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 214.

⁹⁰ MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, «La representación...», ob. cit., p. 91.

⁹¹ MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, «La representación...», ob. cit., p. 92.

⁹² MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, «La representación...», ob. cit., p. 91.

sindicales, tanto de la empresa principal, como de las empresas contratistas y subcontratistas, por cuanto dicho libro les ofrece una información completa de las distintas empresas involucradas, convirtiéndose en un documento muy eficaz ante posibles reclamaciones⁹³.

En este último punto, son muy pocos los convenios que se refieren a esta obligación (solo el 2,22% del total de convenios) y cuando lo hacen, la gran mayoría reproduce literalmente el ET⁹⁴. Como excepción, cabe mencionar convenios que limitan esta obligación a las contratas de propia actividad, amplían el acceso al libro de registro a las secciones sindicales y no exigen compartir de forma continuada el mismo centro de trabajo⁹⁵.

Cabe tener presente que la falta de este libro registro, cuando comporte la ausencia de información a los representantes de los trabajadores, constituye una infracción grave según el art. 7.12 LISOS.

3.5. El derecho de información de los representantes de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista

Finalmente, el art. 42.5 ET establece que la empresa contratista o subcontratista debe informar a los representantes legales de sus trabajadores (unitarios y delegados sindicales), antes del inicio de la ejecución de la contrata o subcontrata, sobre las siguientes cuestiones: a) la identidad de la empresa principal para la que están prestando servicios en cada momento (nombre o razón social, domicilio social y número de identificación fiscal); b) el objeto (con el objetivo de verificar su necesidad técnica u organizativa y evitar situaciones de prestamismo de mano de obra⁹⁶) y la duración (que puede ser cierta o indeterminada) de la contrata o subcontrata; c) el lugar de ejecución; d) el número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal; y, e) las medidas previstas para la coordinación de actividades en materia de prevención de riesgos laborales. Aunque no se señala expresamente cabe entender que esta información debe ser por escrito. Asimismo, esa información debe actualizarse si se producen cambios⁹⁷.

A lo que cabe añadir que los representantes a los que se refiere este art. 42.5 son los del centro de trabajo donde se hallan ocupados los trabajadores que se destinan a la contrata o subcontrata⁹⁸. Cabe tener presente, no obstante, que, si no existen esos representantes, la empresa contratista o subcontratista queda eximida de esta obligación de información, con lo que ello comporta de posible riesgo de desprotección.

Desde la perspectiva del contenido del derecho, cabe preguntarse si no debería haberse incluido también la información sobre el tipo de contrato que une a los traba-

⁹³ MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, «La representación...», ob. cit., p. 93.

⁹⁴ Como ejemplos, CC sector de prensa diaria (BOE 27-8-19) y CC Siemens Healthcare, SLU (BOE 28-2-20).

⁹⁵ CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE 13-1-20).

⁹⁶ MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 213 y MONTÓYA MEDINA, David, *Trabajo...*, ob. cit., p. 459.

⁹⁷ MONTÓYA MEDINA, David, *Trabajo en contratas...*, ob. cit., p. 458.

⁹⁸ MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 211.

jadores con la contrata o subcontrata, así como las condiciones en que se ha realizado el concierto empresarial, a fin de que los representantes de los trabajadores puedan hacer un seguimiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores en la empresa principal y de su legalidad⁹⁹.

Nuevamente, cabe destacar que son pocos los convenios que hacen referencia a esta obligación, limitándose, por otra parte, a reproducir el ET (un 0,22% del total de los convenios). Se trata, además, de convenios ligados a sectores de actividad que, por sus funciones, con frecuencia van a jugar el papel de empresa contratista o subcontratista¹⁰⁰.

Por último, el incumplimiento de esta obligación constituye una infracción grave, según el art. 7.7 LISOS, sin perjuicio de la reclamación del correspondiente resarcimiento planteada en la vía jurisdiccional.

3.6. Balance de la reciente negociación colectiva

Como en el caso del art. 64.2.c) ET, en este ámbito la reciente negociación colectiva tampoco tiene un especial interés por cuanto solo 22 convenios de los 451 examinados hacen referencia a lo dispuesto en el art. 42 ET, lo que supone solo un 4,88% del total. Y de ellos, el 36,36% son de sector y el 63,64% de ámbito de empresa.

Y junto a ello, cabe destacar que algunos convenios, aunque no recogen lo establecido en el art. 42, sí incorporan algunas cuestiones de interés, así:

a) Se establece que el comité de empresa recibirá mensualmente la relación de empresas subcontratadas, en la que se contemplarán datos relativos a la capacidad productiva y plantilla¹⁰¹. O bien que, en caso de subcontratación de la propia actividad, se informará a los representantes de los trabajadores de las condiciones salariales y de jornada aplicadas a los trabajadores de las empresas subcontratistas¹⁰².

b) Se informará a los representantes de los trabajadores de los procesos de subcontratación de las actividades que venía realizando el personal de la empresa y que conlleven el desarrollo de dichas actividades de forma permanente por parte de la empresa contratista o subcontratista¹⁰³.

c) Se constituirá una comisión cuya función será el seguimiento de los niveles de subcontratación permanente para intentar optimizar los resultados¹⁰⁴.

d) Se dispone que la comisión paritaria o el comité intercentros recibirá información sobre la subcontratación de trabajos que fueran susceptibles de realizarse con el personal fijo en expectativa de destino. Asimismo, la empresa facilitará a los representantes la

⁹⁹ MONEREO PÉREZ, José Luis, «La <reforma> del art. 42 del E.T.: ¿Se ha operado una verdadera «reforma» de envergadura en virtud de la Ley 12/2011?», *Temas Laborales*, n.º 61, 2001, p. 327.

¹⁰⁰ II CC ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing) (BOE 12-7-17).

¹⁰¹ CC Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, SA (BOE 30-1-19).

¹⁰² CC empresas de elaboración de productos del mar con procesos de congelación y refrigeración (BOE 15-4-19).

¹⁰³ CC Santa Bárbara Sistemas, SA (BOE 27-2-20).

¹⁰⁴ VI CC Cemex España Operaciones, SLU (BOE 14-12-17).

información que estos soliciten y se podrán crear comisiones de trabajo para analizar la problemática de la subcontratación¹⁰⁵.

Y, e) también existen convenios que, sin citar el art. 42.4, recogen un derecho de información bastante completo, así la empresa proporcionará trimestralmente a los representantes información completa sobre las contrata y particularmente sobre el objeto, nombres de los contratistas, fecha de inicio del servicio, duración, actividades desarrolladas por el contratista, número y detalle de personas asignadas y lugar donde prestan el servicio y la situación de los trabajadores de la contrata en la Seguridad Social¹⁰⁶.

Finalmente, también cabe mencionar que algunos convenios incorporan lo previsto en el art. 42.4, pero añaden algunas cosas; así:

1) Se prevé que la empresa informará durante el año sobre los procesos de subcontratación realizados¹⁰⁷. O que el último trimestre del año la empresa y los representantes de los trabajadores analizarán, entre otros elementos, los procesos de subcontratación realizados, y basándose en ello la empresa elaborará las previsiones para el año siguiente. Estas previsiones serán presentadas a los representantes por escrito, que formularán su posición al respecto¹⁰⁸.

2) Se establece que se dará información a los representantes de los trabajadores en el plazo de 10 días sobre la subcontratación a realizar en el centro de trabajo de la empresa¹⁰⁹.

Y, 3) en fin, se prevé que cuando la subcontrata se realice fuera de las instalaciones de la empresa principal esta tiene la obligación de informar a los representantes de los trabajadores del cumplimiento por parte de la empresa subcontratista de las normas laborales. Asimismo, se informará, dentro de los 10 días siguientes a su formalización de los supuestos de subcontratación y anualmente se realizará un análisis con la representación de los trabajadores de, entre otras cuestiones, los supuestos de subcontratación realizados¹¹⁰.

Todas estas regulaciones, en cuanto amplían o reformulan el derecho de información recogido en el art. 42, son perfectamente admisibles. En todo caso, como en otras materias ya vistas, la reciente negociación colectiva tiene muy poco interés en este derecho de información, lo que resulta discutible.

4. LA ARTICULACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL MARCO DE LA SUBCONTRATACIÓN

4.1. Aspectos generales

Como elemento previo, cabe destacar que sorprende, como ya hemos afirmado, la escasa importancia que el art. 42 ET —y la normativa laboral en general—, da a la defensa

¹⁰⁵ CC Philips Lighting Spain, SLU (BOE 3-9-18) y CC Philips Ibérica, SAU (BOE 8-12-18).

¹⁰⁶ CC Repsol Exploración, SA (BOE 17-11-18).

¹⁰⁷ CC ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE 23-11-18).

¹⁰⁸ CC general de la industria química (BOE 8-8-18) y CC Logifruit, SL (BOE 12-3-19).

¹⁰⁹ CC estatal de perfumería y afines (BOE 20-8-19).

¹¹⁰ CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 16-7-19).

de los intereses colectivos de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, máxime cuando es muy posible que estos cuenten con unas condiciones laborales bastante precarias. Ya hemos apuntado que es posible que esto se deba a una visión de la subcontratación vinculada a empresas muy pequeñas, con un empleo temporal y una elevada rotación de trabajadores, lo que afecta a la propia existencia de una idea de colectivo y a la propia eficacia de la defensa de sus derechos. Pero, como afirmábamos páginas atrás, ello no justifica que la norma no articule una solución adecuada.

A estos efectos, cabe recordar que la única referencia se encuentra, desde el año 2006, en el art. 42.6 ET, donde se señala que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tienen derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación. Esto no es aplicable a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende. A lo que se añade en el art. 42.7 ET, que los representantes de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada el centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los términos del art. 81 ET. La capacidad de representación y el ámbito de actuación de los representantes, así como su crédito horario, vienen determinados por la legislación vigente y, en su caso, por el convenio de aplicación.

Se trata, por otra parte, de una regulación que recuerda parcialmente a la prevista en el art. 17.1 LETT para los trabajadores cedidos a las empresas usuarias, si bien su contenido es aún más restrictivo.

4.2. El alcance de la representación del art. 42.6 ET

En primer lugar, cabe tener muy presente que los representantes de los trabajadores de la empresa principal solo pueden intervenir cuando la empresa contratista o subcontratista no tiene representación legal y siempre que compartan el centro de trabajo. Este segundo requisito puede tener un cierto sentido, ya que cuando se comparte un centro de trabajo es cuando más riesgos, insuficiencias o posibles incumplimientos surgen y, además, ese carácter compartido justifica una mayor intervención y responsabilidad de la empresa principal, y también de su representación de los trabajadores. Cabe añadir, no obstante, que, a diferencia del art. 42.4 ET, no se exige que se comparta el centro de trabajo de una forma continuada, por lo que una mera coincidencia ocasional también permitiría abrir esta vía¹¹¹.

Sin embargo, esta opción legal implica dejar desprotegidos a aquellos trabajadores de las contratas y subcontratas que no desarrollan su trabajo en el centro de trabajo de la empresa principal, y cada vez más a través del uso de las nuevas tecnologías. A nuestro entender, este colectivo también debería poder presentar sus reclamaciones a los repre-

¹¹¹ ÁLVAREZ CUESTA, Henar, «Estrategias...», ob. cit., p. 2.; NIETO ROJAS, Patricia, «La representación...», ob. cit., p. 5; y MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 217.

sentantes de los trabajadores de la empresa principal por cuanto si bien no comparten un espacio físico, sí resulta evidente que se encuentran dentro de la esfera productiva de la empresa principal o, en otras palabras, es esta la que se beneficia de su trabajo.

Por otra parte, el primer requisito antes apuntado es más difícil de entender, por cuanto, aun existiendo representación de los trabajadores en la empresa contratista o subcontratista ello no impide que pueda actuar la representación de la empresa principal¹¹², que, por cercanía, conoce más directamente la situación laboral a la que se enfrentan los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista. Además, es un requisito que no se exige para el caso de los trabajadores cedidos por las ETT, por lo que es aún más difícil de justificar en el marco de la subcontratación, con unas relaciones laborales igual de precarias que las del trabajo a través de ETT.

Es cierto que, por sus características y volumen de plantilla, va a ser muy difícil que la empresa contratista o subcontratista tenga, de por sí, representación de los trabajadores, pero ello no excluye la crítica de que el art. 42.6 es excesivamente restrictivo. En efecto, no cabe olvidar que, en muchos casos, dichas empresas no superarán el umbral mínimo de los seis trabajadores exigido por el art. 62.1 ET. Cabe pensar que los trabajadores podrían crear secciones sindicales, por cuanto la LOLS no exige un mínimo; vinculadas, no obstante, exclusivamente a los trabajadores afiliados a la empresa contratista o subcontratista y a la vigencia de la subcontratación. Esta posibilidad se enfrenta, sin embargo, al enorme reto que supone el que los trabajadores de dichas empresas sean temporales y estén sometidos a una elevada rotación, lo que, nuevamente, obstaculiza cualquier actuación colectiva, también desde la perspectiva sindical¹¹³. A lo que se suma la dificultad de los sindicatos para insertarse y actuar en ese tipo de empresas.

En segundo lugar, cabe señalar que la regulación vigente plantea dudas adicionales. Por un lado, cabe preguntarse si, para que no resulte aplicable el art. 42.6, se exige que no exista ningún tipo de representación de los trabajadores en la empresa contratista o subcontratista, o bien que no exista en el centro de trabajo compartido con la empresa principal. A nuestro entender, dado el contexto del art. 42.6, cabe realizar la interpretación más favorable al ejercicio de los derechos de los trabajadores y, en consecuencia, interpretar que es suficiente con que no exista representación en el centro de trabajo compartido.

Por otro lado, la existencia de una representación de los trabajadores en la empresa contratista o subcontratista no garantiza, por sí, la defensa de los intereses de los trabajadores desplazados al centro de trabajo de una empresa principal, por cuanto, como apuntábamos anteriormente, no va a existir fácilmente una idea de colectivo en esa empresa, la plantilla puede estar dispersa en varios centros y empresas y tener intereses diversos. A lo que cabe añadir, nuevamente, la propia temporalidad y rotación de la plantilla y el hecho de que los trabajadores se sentirán más identificados con la empresa principal y sus trabajadores que con su empresa de origen. Y tampoco cabe olvidar que la representación de los trabajadores no puede actuar ante la empresa principal, que muchas veces será la

¹¹² ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, «Subcontratación...», ob. cit., p. 5.

¹¹³ NIETO ROJAS, Patricia, «La representación...», ob. cit., p. 5; MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 216; y MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, «La representación...», ob. cit., pp. 74 y ss.

responsable de las decisiones que afectan a las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas¹¹⁴.

También cabe recordar que este sistema de representación se construye sobre la idea de que en la empresa principal existe representación de los trabajadores; circunstancia que puede no darse en la práctica¹¹⁵.

Y, en fin, tampoco cabe olvidar que, como en las ETT, el modelo se fundamenta en la ampliación del ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores de la empresa principal, quienes pasan a ejercer funciones representativas respecto de trabajadores que no han podido participar en su elección¹¹⁶.

En tercer lugar, cabe tener presente que se trata de un derecho de los trabajadores, que podrán ejercer o no, y hacerlo una o varias veces. Pero ¿podrían negarse los representantes de los trabajadores de la empresa principal? A estos efectos no podemos olvidar que, salvo mejora vía convenio, esta labor —como también ocurre en las ETT—, no amplía el crédito horario previsto legalmente. Se trata, por tanto, de un trabajo de representación gratuito, que se añade al que deriva de la defensa de los intereses de los trabajadores de la empresa principal, lo que supone un abaratamiento de la representación¹¹⁷. Es difícil pensar que los representantes se nieguen a atender una reclamación de un trabajador de una empresa contratista o subcontratista, pero también es posible que no siempre sea una prioridad el resolverla, al tratarse, no podemos olvidarlo, de un trabajador externo (y temporal) a la empresa principal. Obviamente, como en las ETT, debería incrementarse legalmente el crédito horario aplicable en los casos en que resulte habitual —tomando como referencia, por ejemplo, un parámetro anual— el recurso por parte de la empresa principal a la fórmula de la subcontratación. A lo que cabe añadir que, como hemos afirmado, los convenios pueden mejorar el crédito horario, si bien ninguno de los convenios analizados en este trabajo lo hace.

Y también cabe preguntarse, desde otra perspectiva, si resulta admisible limitar la libertad de expresión de un representante de los trabajadores de la empresa principal que, sea cual sea la situación, decide responder una consulta de un trabajador de la empresa contratista, que, además, es de su sindicato. Cabe entender que sería posible atender tal consulta sin vulnerar el deber de sigilo del art. 65 ET, sin perjudicar los intereses de ninguna de las empresas implicadas y sin afectar el crédito horario¹¹⁸.

En cuarto lugar, los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas pueden dirigirse a la «representación legal» de los trabajadores, lo que implica a los delegados de personal y al comité de empresa. Pero ¿también entra la representación sindical? Cabe señalar que, aunque no se ha modificado la LOLS, debe hacerse una interpretación am-

¹¹⁴ MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, «La representación...», ob. cit., p. 79.

¹¹⁵ NIETO ROJAS, Patricia, «La representación...», ob. cit., p. 3; y MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 216.

¹¹⁶ NIETO ROJAS, Patricia, «La representación...», ob. cit., p. 1.

¹¹⁷ MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 217; y MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, «La representación...», ob. cit., p. 94.

¹¹⁸ ÁLVAREZ CUESTA, Henar, «Estrategias...», ob. cit., p. 3.

plia, entendiéndose incluida también la representación sindical, conforme a los arts. 8 y 10 LOLS y 28.1 CE¹¹⁹.

En quinto lugar, resulta insuficiente la regulación de los contenidos posibles de la reclamación que puede plantear un trabajador de una empresa contratista o subcontratista ante la representación de los trabajadores de la empresa principal. El ET se refiere simplemente a las «cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral» y añade que no se podrán realizar reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende. El art. 42.6 ET sigue la estela del art. 17.1 LETT donde la reclamación que pueden presentar los trabajadores cedidos por la ETT frente a la representación de los trabajadores de la empresa usuaria también debe limitarse a las condiciones de ejecución de la actividad laboral. En este ámbito y teniendo en cuenta la escasa jurisprudencia existente en las ETT (que sirve de guía¹²⁰), podemos afirmar que:

1.º) El trabajador de la empresa contratista o subcontratista no puede presentar ningún tipo de reclamación vinculada a aquella, esto es, relacionada con las cuestiones salariales o de seguridad social, el tipo de contrato o su duración, la jornada y el tiempo de trabajo en general, etc. A pesar de la influencia que pueda tener la empresa principal en tales cuestiones, no se le reconoce legalmente —como sí ocurre en el marco de las ETT respecto de las empresas usuarias— el ejercicio del poder de dirección y control. Por tanto, cualquier reclamación vinculada con la relación bilateral derivada del contrato entre la empresa contratista o subcontratista y el trabajador queda excluida del art. 42.6 ET. Otra cosa es que, aunque no pueda intervenir directamente, la representación de los trabajadores plantee la cuestión a la empresa principal y esta decida, a su vez, intervenir frente a la empresa contratista o subcontratista.

En este punto no puede obviarse que el modelo legal se fundamenta en la idea de que el poder de dirección lo ostenta la empresa contratista o subcontratista, olvidándose que, en la práctica, la empresa principal influye, en mayor o menor medida, en las condiciones de ejecución de la actividad laboral por parte de los trabajadores de tales empresas en cuestiones como la fijación de un calendario, el uso de instrumentos o útiles, los mecanismos de control de acceso al centro de trabajo, etc. Y sobre estas cuestiones no actuará el art. 42.6 ET¹²¹. A diferencia de las ETT, el art. 42 ET sigue defendiendo la idea de que el poder de dirección y control de la actividad lo ejerce exclusivamente la empresa contratista. Si no fuera así nos encontraríamos en el ámbito del art. 43 ET.

Y, 2.º) obviamente, tal planteamiento lleva a que las posibles reclamaciones se centren en las medidas de coordinación en materia de prevención de riesgos laborales y, sobre todo, en las condiciones de protección del medio en que se desarrolla la actividad laboral¹²².

¹¹⁹ ÁLVAREZ CUESTA, Henar, «Estrategias...», ob. cit., p. 3; y NIETO ROJAS, Patricia, «La representación...», ob. cit., pp. 6-7.

¹²⁰ STS 27-4-04.

¹²¹ NIETO ROJAS, Patricia, «La representación...», ob. cit., p. 6; y MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 215.

¹²² MERCADER UGUINA, Jesús, *Comentarios...*, ob. cit., p. 805; y MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 215.

No podemos olvidar que una actuación incorrecta de la empresa principal puede causar daños al trabajador de la empresa contratista o subcontratista e, incluso, que su conducta o negligencia puede ser la causa de posibles accidentes¹²³. En este ámbito cabe tener muy presente lo previsto en el art. 24 LPRL y el RD 171/2004.

A nuestro entender, en una futura nueva regulación de esta materia se deberían concretar con más detalle y ampliar las cuestiones sobre las que puede intervenir la representación de los trabajadores de la empresa principal, por cuanto, no podemos olvidarlo, esta es la que va a conocer más directamente las condiciones reales en las que se están prestando los servicios.

En sexto lugar, no podemos olvidar que esta intervención de la representación de los trabajadores de la empresa principal abarca tanto el ámbito interno empresarial como las vías administrativa y judicial.

Finalmente, podríamos pensar que esta vía —muy restringida— de representación de los trabajadores se limita a las contratas y subcontratas de propia actividad (se encuentra recogida en el art. 42 ET), por lo que dejaría fuera los casos de no propia actividad; fuente también, como sabemos, de importantes problemas de desprotección laboral¹²⁴. Sin embargo, nuevamente, en aras a la protección de los derechos de los trabajadores implicados en los procesos de subcontratación, compartimos lo defendido por la doctrina mayoritaria, según la cual esta medida se aplica a todos los supuestos de subcontratación¹²⁵.

4.3. El contenido del art. 42.7 ET

En este apartado se prevé que los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada un centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los términos previstos en el art. 81 ET. La capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes, así como su crédito horario, vienen determinados por la legislación y, en su caso, por el convenio.

En primer lugar, cabe destacar que, en este supuesto, se parte necesariamente de la existencia de representación de los trabajadores en la empresa contratista o subcontratista, lo que no siempre va a darse (o, más bien, con muy poca frecuencia). En el resto de los casos se aplica, como hemos visto, el art. 42.6 ET. No obstante, cabe tener presente que no es necesario que esa representación se dé en ese concreto centro de trabajo, sino que exista en la empresa contratista o subcontratista.

En segundo lugar, se exige, además, que se comparta de forma continuada (lo que no implica que sea permanente) el mismo centro de trabajo.

¹²³ MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 215.

¹²⁴ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, «Subcontratación...», ob. cit., p. 5.

¹²⁵ NIETO ROJAS, Patricia, «La representación...», ob. cit., p. 5; MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Deberes...», ob. cit., p. 217; y MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, «La representación...», ob. cit., p. 73.

Y, en tercer lugar, lo que se prevé —si se considera conveniente (la norma se refiere a «podrá»)— es una simple coordinación entre las diversas representaciones, limitada, nuevamente, a las condiciones de ejecución de la actividad laboral. Y, además, cada representación estará restringida en su intervención a su concreto ámbito de actuación (cada empresa) sin que puedan ir más allá, sin perjuicio de lo que pudiera establecer el correspondiente convenio. Asimismo, conforme al art. 81 ET, la representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas podrán hacer uso de los locales de la representación de los trabajadores de la empresa principal en los términos que acuerden con la empresa.

Cabe tener presente, no obstante, que este art. 42.7 posibilita, aunque sea limitadamente, un lugar de encuentro entre los distintos representantes de los trabajadores, que permitirá lograr objetivos diversos como el intercambio de información, la emisión de informes conjuntos o la organización de actividades coordinadas, ya sea de negociación o de conflicto, aunque todo ello vinculado a las condiciones de ejecución de la actividad laboral¹²⁶.

4.4. Balance de la negociación colectiva en esta cuestión

Cabe destacar, en primer lugar, que, a pesar de la relevancia de esta materia y como ya adelantamos, son muy pocos los convenios que hacen referencia a que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas pueden presentar reclamaciones ante la representación de los trabajadores de la empresa principal: solo 6 convenios 127 de los 451 analizados (un 1,33%). Asimismo, la mayoría de los convenios se limita a reproducir literalmente el art. 42.6 ET¹²⁸. Cabe tener presente, no obstante, que algún convenio¹²⁹ va más allá, estableciendo que la empresa principal reconocerá a la representación legal de los trabajadores del centro de trabajo la tutela de los derechos de los trabajadores de las contratas y subcontratas, siempre y cuando estos no cuenten con su propia representación. Añadiendo a ello que la empresa principal debe velar porque los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista se limiten a la realización de tareas correspondientes con el objeto de la contrata. Está claro que, en este caso, la labor de vigilancia y tutela por parte de la representación de los trabajadores es más amplia que la del art. 42.6, asumiendo además aquella una posición activa y no supeditada a la presentación de una reclamación por parte de un trabajador.

En la misma línea, también cabe mencionar convenios que reconocen expresamente a la representación de los trabajadores de la empresa principal la tutela de los derechos de las personas que trabajan en las subcontratas en el mismo centro de trabajo (sin limitar el alcance de dicha tutela y sin exigir que no exista representación de los trabajadores en

¹²⁶ MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, «La representación...», ob. cit., p. 98.

¹²⁷ Como ejemplos, I CC intercentros de la empresa Navantia, SA, (BOE 7-2-19) y CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 16-7-19).

¹²⁸ Así, CC ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE 23-11-18).

¹²⁹ CC Heineken España, SA (BOE 19-10-17).

la empresa contratista o subcontratista)¹³⁰. O, en fin, en algún convenio¹³¹ se establece que el comité de empresa velará porque las empresas subcontratistas paguen los salarios de los trabajadores, así como sus obligaciones con la Seguridad Social y Hacienda, y se acuerda la constitución de una comisión central de ordenación de la industria auxiliar que velará por el cumplimiento de las obligaciones de las empresas subcontratistas para con sus trabajadores, definiendo un protocolo de subcontratación.

Por otra parte, respecto al art. 42.7 ET, aun son menos los convenios que lo incluyen (un 0,89% del total) y simplemente reproducen lo previsto legalmente¹³².

No hay duda de que en estas materias los convenios colectivos pueden intervenir bastante más de lo que lo hacen actualmente, ampliando y clarificando, además, lo dispuesto en el art. 42.6 y 7 ET. Sin duda, incidir más en esta materia ayudaría a mejorar las condiciones a las que se enfrentan hoy día los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas. Por ejemplo, podría atribuirse, como hace algún convenio, a la representación de los trabajadores de la empresa principal la tutela de los derechos —en general— de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas con independencia de que exista o no representación de los trabajadores en dichas empresas, incrementando, además, el crédito horario atribuido a dicha representación. O podrían crearse comisiones paritarias empresa/representación de los trabajadores entre cuyas funciones se encontrase la vigilancia y control de todas las cuestiones relacionadas con los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas que compartan el centro de trabajo con la empresa principal. O, en fin, podrían ensayarse incluso sistemas de representación interempresas, tal y como veremos, hace algún convenio colectivo, aunque muy pocos, en el marco de la prevención de riesgos laborales. La norma legal permite claramente estas y otras mejoras.

5. EL PAPEL DE LA REPRESENTACIÓN SINDICAL

Aquí cabe recordar que, como el ET, la LOLS tampoco promociona la presencia de la representación sindical en las microempresas y pequeñas empresas, por cuanto precisamente el poder sindical se estructura en torno a la audiencia electoral en el marco de la representación unitaria¹³³. Esto da pie, entre otras cosas, a una escasa presencia sindical en el caso de las empresas contratistas y subcontratistas.

Pero, a pesar de ello, desde una perspectiva teórica, el art. 8 LOLS posibilita que, en el caso de las empresas contratistas y subcontratistas que dividen sus actividades en varias contratas en diferentes empresas principales, puedan crearse secciones sindicales en cada una de las empresas donde tienen presencia, por cuanto la individualidad de cada contrata la hace equivalente a un centro de trabajo. Por tanto, los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas ubicados en la empresa principal pueden crear secciones sindicales, durante el tiempo que se mantenga la contrata o subcontrata. En todo caso, el

¹³⁰ CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 16-7-19).

¹³¹ I CC intercentros de la empresa Navantia, SA, S.M.E (BOE 7-2-19).

¹³² Como ejemplo, CC sector de prensa diaria (BOE 27-8-2019).

¹³³ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, «Subcontratación...», ob. cit., p. 6.

interlocutor de estas secciones sindicales será la empresa contratista o subcontratista, sin perjuicio del deber de colaboración de la empresa principal en el desarrollo de su actividad representativa¹³⁴.

Finalmente, esas secciones sindicales tienen derecho a un portavoz, que ejercería sus funciones exclusivamente en relación con los trabajadores destinados en la empresa principal. Mucho más difícil, aunque no imposible, sería proceder a la designación de delegado sindical, por cuanto el art. 10.1 LOLS no está pensado para fenómenos como la descentralización productiva. Como vía flexibilizadora se ha defendido acertadamente¹³⁵ que, a través de la negociación colectiva, se reduzca el número de trabajadores necesario para nombrar un delegado sindical, se amplíe el derecho a nombrar delegados a los sindicatos más representativos aunque no tengan representación en el comité de empresa (como se hace en el VI CC de ETT), o se recojan mecanismos alternativos para la creación de secciones sindicales que se adapten mejor a la subcontratación (por ejemplo, secciones sindicales conjuntas de trabajadores pertenecientes a la empresa principal, contratista y subcontratista).

6. LA REGULACIÓN EN EL MARCO DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

6.1. Coordinación de actividades y derechos de información

Cabe partir del art. 24 LPRL, desarrollado por el RD 171/2004, de 30 de enero¹³⁶. Conforme al primero, cuando en el mismo centro de trabajo¹³⁷ desarrollen su actividad trabajadores de dos o más empresas, estas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Con tal fin se establecerán los medios de coordinación necesarios en cuanto a la protección y prevención de los riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos del art. 18.1 LPRL. Asimismo, la empresa titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellas otras empresas que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores.

Por otra parte, la empresa que contrate o subcontrate con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad y que se desarrollen en su propio centro de trabajo debe vigilar el cumplimiento por las empresas contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales¹³⁸. Cabe recordar también que, conforme al art. 42.3 LISOS, la empresa principal responde solidariamente con las empresas contratistas y subcontratistas del cumplimiento, durante el periodo de la subcontratación,

¹³⁴ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos...*, ob. cit., p. 91.

¹³⁵ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos...*, ob. cit., pp. 91-92.

¹³⁶ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos...*, ob. cit., p. 99 y ss.; y MONTÓYA MEDINA, David, *Trabajo...*, ob. cit., p. 332 y ss.

¹³⁷ Definido en términos amplios en el art. 2.a) RD 171/2004.

¹³⁸ Vid art. 10 RD 171/2004.

de las obligaciones impuestas por la LPRL en relación con los trabajadores que aquellas ocupan en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de la empresa principal. Cualquier pacto por el que se pretenda eludir esta responsabilidad es nulo.

También cabe destacar que las obligaciones del art. 41.1 último párrafo LPRL son aplicables, respecto de las obligaciones contratadas, en los supuestos en que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que tales trabajadores deban operar con la maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal.

Cabe tener muy presente que el art. 18.1 LPRL exige que los trabajadores implicados reciban todas las informaciones necesarias, teniendo en cuenta la concurrencia de empresas, en relación con: a) los riesgos para la seguridad y salud, tanto aquellos que afectan a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función; b) las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los riesgos; c) las medidas adoptadas de conformidad con el art. 20 LPRL (medidas de emergencia). Respecto a la forma de facilitar esta información, en las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores se facilitará a los trabajadores a través de dichos representantes; no obstante, debe informarse directamente a cada trabajador de los riesgos específicos que afectan a su puesto de trabajo o función y de las medidas de protección y prevención aplicables.

Y centrándonos ya en la cuestión que nos afecta, el art. 15 RD 171/2004 establece que los delegados de prevención o, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores deben ser informados cuando se concierta un contrato de prestación de obras o servicios en los términos de los arts. 42.4 y 5 y 64 ET, ya vistos. A lo que cabe añadir que:

a) Los delegados de prevención o, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores de la empresa titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollan actividades en el centro de trabajo serán consultados, en los términos del art. 33 LPRL y en la medida en que repercuta en la seguridad y salud de los trabajadores por ellos representados, sobre la organización del trabajo en el centro de trabajo derivada de la concurrencia de otras empresas. Se entiende por empresa titular aquella que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo.

b) Los delegados de prevención o, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores de la empresa titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollan actividades en el centro de trabajo están facultados, conforme al art. 36 LPRL, y en la medida en que repercuta en la seguridad y salud de los trabajadores, para:

1) Acompañar a la Inspección de Trabajo en las visitas y verificaciones en el centro de trabajo para comprobar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de las actividades empresariales, ante la que podrán formular las observaciones que estimen oportunas.

2) Realizar visitas al centro de trabajo para ejercer una labor de vigilancia y control del estado de las condiciones de trabajo derivadas de la concurrencia de actividades; a tal fin pueden acceder a cualquier zona del centro de trabajo y comunicarse durante la jornada con los delegados de prevención o representantes legales de los trabajadores de las demás empresas concurrentes o, en su defecto, con tales trabajadores, de forma que no se altere el normal desarrollo del proceso productivo. Con ello se evita que la ausencia

de representantes en las empresas contratistas y subcontratistas impida a los trabajadores consultar a los representantes de la empresa principal todos los aspectos derivados de la concurrencia de actividades y, asimismo, que aquellos puedan comunicarse dentro de la jornada laboral con trabajadores a los que, en principio, no representan¹³⁹.

3) Recabar de su empresa la adopción de medidas para la coordinación de actividades preventivas; a tal fin pueden efectuar propuestas al comité de seguridad y salud para su discusión en este.

Y, 4) dirigirse a la o las personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas para que proponga la adopción de medidas para la prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes.

Por su parte, el art. 16 RD 171/2004 señala que los comités de seguridad y salud de las empresas concurrentes o, en su defecto, las empresas que carezcan de dichos comités y los delegados de prevención pueden acordar la realización de reuniones conjuntas u otras medidas de actuación coordinada, en particular cuando, por los riesgos existentes en el centro de trabajo se considera necesaria la consulta para analizar la eficacia de los medios de coordinación establecidos por las empresas concurrentes o para proceder a su actualización. Se trata de un instrumento importante para la coordinación de las actividades preventivas; asegurándose, de esta forma, que se ejerce correctamente el derecho de consulta respecto de cada empresa¹⁴⁰.

Asimismo, el incumplimiento por parte de la empresa de la obligación de información, consulta y participación de los representantes de los trabajadores constituye una infracción grave (art. 12.11 LISOS).

Finalmente, la DA 2.ª RD 171/2004 establece que, conforme al art. 2.2 LPRL, los convenios pueden incluir disposiciones sobre las materias reguladas en el citado RD, en particular en aspectos tales como la información a los trabajadores y sus representantes sobre la subcontratación o la cooperación de los delegados de prevención en la aplicación y fomento de las medidas de prevención y protección adoptadas. En efecto, cabe recordar que el citado art. 2.2 prevé que las disposiciones de carácter laboral contenidas en la LPRL y en sus normas reglamentarias tienen en todo caso el carácter de derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios. Como veremos, por desgracia, la reciente negociación colectiva tampoco se ha implicado en este ámbito en mejorar la regulación legal en materia de representación de los trabajadores en el marco de la subcontratación.

6.2. El contenido de la negociación colectiva

Cabe destacar que son muy pocos los convenios colectivos que abordan, de alguna manera, la coordinación de actividades empresariales concurrentes, así cabe mencionar solo

¹³⁹ NIETO ROJAS, Patricia, «La representación...», ob. cit., pp. 5-6.

¹⁴⁰ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos...*, ob. cit., pp. 109.

34 convenios¹⁴¹ de los 451 analizados (un 7,53%). Nuevamente, la negociación colectiva no da importancia a esta materia. En cuanto a los convenios que hacen alguna referencia a la participación de la representación de los trabajadores en este ámbito cabe destacar que:

1) Existen convenios que establecen que la empresa principal dará traslado del contenido de las reuniones de coordinación a los delegados o comités de seguridad y salud de la empresa o centro de trabajo afectado y también a los existentes en la empresa o empresas contratistas¹⁴².

2) En algún caso se prevé que la empresa examinará con los representantes de sus trabajadores el desarrollo de la obligación de coordinación y que cuando el trabajo se preste en la empresa subcontratista se dará cuenta a dichos representantes sobre la obligación de velar por el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos¹⁴³.

3) Algún convenio establece que se informará periódicamente a los comités de seguridad y salud sobre la prevención en las empresas colaboradoras¹⁴⁴. O bien que se presentará un balance al comité de seguridad y salud sobre la aplicación de las normas de seguridad y salud¹⁴⁵.

4) En algún convenio se constituye un comité intercentros al amparo del art. 38.3 LPRL, al que se le atribuye, entre otras funciones, el seguimiento de la prevención de riesgos de las empresas contratistas, instrumentándose la necesaria información y participación de los delegados de prevención y representantes legales de los trabajadores conforme a las disposiciones legales y los procedimientos internos¹⁴⁶. En otros supuestos esta función se atribuye al comité de seguridad y salud de cada centro de trabajo¹⁴⁷.

5) Yendo más allá, en algún supuesto se prevé que los delegados de prevención de la empresa principal o titular del centro de trabajo pueden coordinar su actividad con los delegados de prevención o, en su defecto, con los representantes legales de los trabajadores de las empresas subcontratadas¹⁴⁸.

6) También se recoge en algún convenio¹⁴⁹, en la lógica del art. 16 RD 171/2004, que en los centros de trabajo donde concurren varias empresas, se celebrarán reuniones conjuntas y otras medidas de actuación coordinada entre los representantes de las empresas y los delegados de prevención cuando, por los riesgos existentes en el centro, que incidan en la concurrencia de actividades, se considere necesaria la consulta y análisis de la eficacia de los medios de coordinación establecidos o para proceder a su actualización.

¹⁴¹ Como ejemplos, CC estatal de perfumería y afines (BOE 20-8-19), CC sector de prensa diaria (BOE 27-8-19) y CC ámbito estatal de radiodifusión comercial sonora (BOE 1-10-19).

¹⁴² CC Exide Technologies, SLU (BOE 24-2-17).

¹⁴³ CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 16-7-19).

¹⁴⁴ II CC empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (BOE 13-11-19).

¹⁴⁵ II CC Grupo Acciona Energía (BOE 16-7-19) y V CC Tradia Telecom, SAU (BOE 1-8-19).

¹⁴⁶ VII CC Iberdrola Grupo (BOE 9-8-17).

¹⁴⁷ CC sector de prensa diaria (BOE 27-8-19) y CC Thyssenkrupp Elevadores, SLU (BOE 6-3-18).

¹⁴⁸ V CC Airbus Defence and Space, SAU, Airbus Operations, SL, Airbus Helicopters España, SA y EADS Casa Espacio (BOE 4-4-17).

¹⁴⁹ III CC estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (BOE 19-12-19).

Estas reuniones requieren una petición razonada de, al menos, el 50% de las empresas o delegados de prevención, al empresario titular del centro de trabajo.

Y, 7) sin embargo, el supuesto más innovador es el de algunos convenios (muy pocos, un 1,77% del total)¹⁵⁰ que regulan, como desarrollo de los art. 35.4 LPRL y 16 RD 171/2004, un comité de seguridad y salud intercontratas, encargado de la coordinación de actividades preventivas. Cabe recordar que el art. 35.4 facilita a la negociación colectiva la creación de órganos de representación con un ámbito diferente al previsto en la normativa, lo que permite la creación de órganos transversales que den cobertura a todos los trabajadores que comparten un mismo espacio, ya sea un centro de trabajo o la empresa¹⁵¹.

Este comité intercontratas, en el caso de la empresa Alstom Transportes tiene como objetivos, además de los del RD 171/2004: el intercambio de información y comunicación entre la empresa principal y el resto de las empresas concurrentes y el establecer conjuntamente medidas específicas de prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo. Se reúne semestralmente y está formado por el comité de seguridad y salud de cada una de las empresas junto con el de cada unidad de la empresa. Las reuniones no computan para el crédito horario¹⁵².

En el marco de las empresas del Grupo Repsol¹⁵³, este comité intercontratas está formado por un máximo de ocho miembros (cuatro designados por las empresas concurrentes y cuatro por los sindicatos más representativos, estos últimos entre los delegados de prevención que trabajan en el centro de trabajo). Se reúne semestralmente con el comité de seguridad y salud de la empresa principal a efectos de evaluar el cumplimiento de la normativa, para analizar las medidas de coordinación a adoptar en el ámbito de la empresa principal y proponer medidas correctoras. Las reuniones son presididas por el presidente del comité de seguridad y salud de la empresa principal. Y en aquellos casos en que, por el bajo número de empresas contratistas, se dificulta la constitución de un comité intercontratas se realizarán las reuniones necesarias con los delegados de prevención y gerentes de dichas empresas.

Y, en fin, el convenio general de la industria química (BOE 8-8-18) establece que en aquellos centros de trabajo que cuenten con más de 200 trabajadores de plantilla, cuando la naturaleza de los trabajos realizados sea especialmente compleja o peligrosa y el número de trabajadores de otras empresas auxiliares, de servicio, contratas y subcontratas, exceda durante un periodo superior a los tres meses de un 30% en relación con la plantilla total de la empresa principal, se constituirá un comité de seguridad y salud intercontratas. Este comité tiene un máximo de doce miembros (seis designados por las empresas concurrentes

¹⁵⁰ CC Alstom Transporte, SA (BOE 18-4-18), CC Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 14-5-18), XII CC Repsol Petróleo, SA (BOE 16-5-18), XIV CC de Repsol Química, SA (BOE 30-6-18), VII CC Repsol, SA (BOE 17-7-18), CC general de la industria química (BOE 8-8-18), CC Repsol Butano, SA (BOE 20-8-18) y CC Ercros, SA (BOE 27-6-19).

¹⁵¹ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, «Subcontratación...», ob. cit., p. 6.

¹⁵² CC Alstom Transporte, SA (BOE 18-4-18).

¹⁵³ CC Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 14-5-18), XII CC Repsol Petróleo, SA (BOE 16-5-18), XIV CC de Repsol Química, SA (BOE 30-6-18), VII CC Repsol, SA (BOE 17-7-18) y CC Repsol Butano, SA (BOE 20-8-18).

y seis por los sindicatos más representativos, de entre los delegados de prevención). Se reunirá trimestralmente con el comité de seguridad y salud de la empresa principal a efectos de evaluar el cumplimiento de la normativa, limitándose sus funciones a analizar los problemas comunes al conjunto de trabajadores que desarrollan su actividad en el ámbito de la empresa principal y proponer las medidas oportunas. Dicha reunión será presidida por el presidente del comité de seguridad y salud de la empresa principal.

La creación de un comité de seguridad y salud intercontratas constituye, sin duda, un importante avance, aunque, como hemos visto, su presencia es meramente testimonial en la negociación colectiva reciente.

7. REFLEXIONES FINALES

Junto a lo señalado anteriormente, cabe realizar algunas reflexiones finales. En primer lugar, cabe reiterar el escaso interés del legislador por la defensa de los derechos colectivos de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, por cuanto, como hemos visto, la regulación vigente —arts. 64.2.c) y 42 ET—, es claramente insuficiente para hacer frente a los retos que surgen en dicho ámbito. Es cierto que la defensa de esos derechos en la práctica puede ser poco frecuente, pero ello no justifica el olvido —interesado o no— del legislador. Seguimos anclados en un modelo de representación de los trabajadores —particularmente el Título II ET, aunque no solo—, que no responde, entre otros, al fenómeno de la subcontratación de actividades. Como ya hemos manifestado, no se trata de desmontar el modelo de representación de los trabajadores vigente sino de adaptarlo a las nuevas realidades.

Y en la misma línea, también hemos podido constatar el escasísimo interés que muestra sobre esta cuestión la reciente negociación colectiva, tanto a nivel empresarial como supraempresarial. Por tanto, tampoco los convenios suponen, salvo poquísimas excepciones, un avance en esta cuestión, cuando sin duda podrían serlo. En este ámbito solo cabe señalar que sería totalmente recomendable que la negociación colectiva asumiera un papel más activo, por cuanto, entre otras razones, no podemos olvidar la precariedad que caracteriza, bastantes veces, a las condiciones de trabajo en las empresas contratistas y subcontratistas y la gran dificultad (o casi imposibilidad) de crear órganos de representación de los trabajadores en dichas empresas. A lo que cabe añadir las graves dificultades que tienen los sindicatos para insertarse en dicho marco.

En segundo lugar, junto a lo anterior, ¿qué cabría proponer tanto a nivel legal como convencional? Aquí se abren varias posibilidades:

1) Desde la perspectiva legal se pueden plantear varias reformas tanto en el marco del art. 64.2.c) como del art. 42 ET, tanto en materia de derechos de información de los representantes de los trabajadores como respecto a la forma de estructurar dicha representación:

a) En cuanto a las previsiones de subcontratación recogidas en el art. 64.2.c), cabe proponer una regulación más amplia y concreta, donde, entre otras cuestiones, se establezca expresamente la obligación de informar tanto de las contratas de propia actividad como de no propia actividad, así como de materias como el lugar de ejecución de la contrata, la obra o servicio que se prevé subcontratar y, en su caso, con quién, el número de traba-

jadores incluidos en la contrata, los posibles efectos desfavorables sobre el empleo de la propia empresa, las medidas de prevención que deberán ponerse en marcha, sobre si se tratará de una contrata que a su vez puede suponer subcontratación con otras empresas, etc. Aunque se trate de un derecho de información y, en consecuencia, salvo que se recoja así expresamente en convenio, no condiciona la celebración posterior o no de la contrata, sí debe ofrecerse el máximo de información a los representantes de los trabajadores para que esta resulte útil.

b) Respecto al derecho de información recogido en el art. 42 ET cabe señalar:

- En relación con el derecho de información de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista, si bien es básico que estos tengan la información de la empresa principal a los efectos de posibles reclamaciones de responsabilidades en el marco del propio art. 42 o del art. 168.2 LGSS, a nuestro entender, habría que dar un paso más, concretando, por un lado, que dicha información abarca tanto las contratas de propia actividad como de no propia actividad, y, por otro, ampliando el contenido de dicha información, incluyendo cuestiones, entre otras, como los datos del resto de las empresas implicadas si se trata de una cadena de contratas, la duración prevista de la contrata, el lugar y condiciones de ejecución, etc. Aun cuando el art. 42.5 ET prevé un derecho de información a favor de los representantes de los trabajadores, estos no siempre existen, y aun cuando existan, ello no impide que la información que se dé directamente a los trabajadores sea lo más completa posible.
- En cuanto al derecho de información de la TGSS, resultaría aconsejable proceder al desarrollo reglamentario previsto en el art. 42.3 in fine, concretando la forma y el contenido de tal derecho. Resulta curioso el olvido en esta materia, cosa que también ocurre en el marco de la certificación de descubiertos que debe solicitar la empresa principal respecto de la empresa contratista, recogida también en el art. 42 ET. Ambas cuestiones deberían desarrollarse reglamentariamente.
- En el marco del derecho de información de los representantes de los trabajadores de la empresa principal establecido en el art. 42.4 ET cabe realizar una recomendación semejante a las anteriores, esto es, la necesidad de una regulación más concreta sobre el alcance de dicho derecho, en relación con cuestiones, entre otras, como la inclusión de los datos relacionados con los trabajadores que prestarán servicios en la contrata (como vimos antes, estos datos quedan excluidos actualmente según la jurisprudencia), el hecho de que este derecho alcanza a todas las contratas, aunque sean de no propia actividad o la inclusión de los supuestos de cadenas de contratas. También resultaría interesante prever cómo se articulará esta obligación de información si no existe representación de los trabajadores en la empresa principal. Ya adelantamos que, a estos efectos, cabe plantearse que ese derecho de información se traslade a los propios trabajadores. En fin, también cabría plantearse la ampliación del papel del libro de registro previsto en el art. 42.4 in fine, extendiéndolo a todos los supuestos de subcontratación, se concurra o no en el mismo centro de trabajo.
- Finalmente, respecto al derecho de información de los representantes de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista recogido en el art. 42.5 ET,

en nuestra opinión, sería posible ampliar la información a facilitar, incluyendo, entre otras cuestiones, los supuestos de cadena de contratas, así como todos los casos de subcontratación —propia o no propia actividad—, o la obligación de informar sobre el tipo de contrato de los trabajadores implicados.

Y, c) en cuanto a la forma de estructurar la representación de los trabajadores, a nuestro entender, el modelo recogido en el art. 42.6 ET resulta insuficiente, por limitado y condicionado (ya hemos comentado que es aún más restrictivo que el previsto para las ETT). En este ámbito cabría realizar las siguientes propuestas:

- Para la intervención de los representantes de los trabajadores de la empresa principal no debería exigirse que no existiera representación en la empresa contratista o subcontratista. Dado que se establece una distinción entre materias a tratar ante una u otra representación —de la empresa principal o de la contratista/subcontratista— no resulta justificable tal exigencia.
- Al margen de lo que pudiera establecer la negociación colectiva, es necesario contemplar legalmente una ampliación del crédito horario de los representantes de los trabajadores de la empresa principal para los casos en que el recurso a la subcontratación por parte de aquélla es frecuente.
- Con un alcance más general y con el objetivo de facilitar la existencia de representación de los trabajadores en las empresas contratistas y subcontratistas cabría plantearse la posibilidad de que el propio ET —más allá de lo que pueda hacer la negociación colectiva, tal y como ocurre en las ETT—, recoja la figura del delegado de personal conjunto, permitiéndose que, a nivel provincial, puedan agruparse los trabajadores de los diversos centros de trabajo con el fin de alcanzar las cifras previstas en el ET; favoreciéndose así la elección de estructuras representativas en el marco que nos ocupa, al no contraerse exclusivamente al centro de trabajo¹⁵⁴.
- Es necesario abandonar la lógica del centro de trabajo y la empresa y avanzar a ámbitos interempresariales temporales de representación, en la línea de lo visto anteriormente en materia de prevención de riesgos laborales. A estos efectos, el ET debería actuar como marco, abriendo esta posibilidad y fijando las líneas generales y dejar en manos de la negociación colectiva su concreción específica. Si es posible una coordinación en materia de prevención, también lo puede ser en el resto de las cuestiones que puedan surgir en un escenario de descentralización productiva donde convergen trabajadores de diferentes empresas. Se propone, por tanto, ampliar la lógica del art. 35.4 LPRL a todas las materias laborales y de seguridad social, creando órganos de representación transversal, en el que estén presentes tanto los representantes de los trabajadores de la empresa principal como de las empresas contratistas y subcontratistas que operan en su ámbito.
- Y en el marco sindical tampoco se puede olvidar que, por las propias características de las empresas contratistas y subcontratistas, va a ser muy difícil proceder a la designación de delegados sindicales, por cuanto el art. 10.1 LOLS no está

¹⁵⁴ MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, «La representación...», ob. cit., p. 75.

pensado para figuras como la subcontratación. Como vía flexibilizadora se ha defendido acertadamente ¹⁵⁵ que vía negociación colectiva se reduzca el número de trabajadores necesario para nombrar delegado sindical, se amplíe el derecho a nombrar delegados a los sindicatos más representativos aunque no tengan representación en el comité de empresa (como se hace en el VI CC de ETT), o recoger mecanismos alternativos para la creación de secciones sindicales que se adapten mejor a la subcontratación (por ejemplo, secciones sindicales conjuntas de trabajadores pertenecientes a la empresa principal y contratista o contratistas). También cabe plantearse, dando un paso más allá, una modificación del citado art. 10.1 que recoja todas esas posibilidades.

Y, 2) por último, respecto al papel de la negociación colectiva ya que hemos podido constatar su escasísima intervención en esta materia, cuando aquella es claramente posible. Solo cabe proponer que esta tendencia varíe en el futuro. Es evidente que la negociación colectiva puede facilitar y fomentar la vigilancia por parte de la representación de los trabajadores de los fenómenos de subcontratación, garantizándose así la aplicación de unas condiciones laborales correctas.

¹⁵⁵ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos...*, ob. cit., pp. 91-92.

CAMBIOS EN LA REGULACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS EMPRESAS Y CÓMO PUEDEN AFECTAR LOS QUE SE PRODUCEN EN LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL SOBRE LA RELACIÓN LABORAL Y LA REPRESENTACIÓN (MANTENIMIENTO) DE LA DEL PERSONAL

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Grup de Recerca Drets dels Treballadors Espanyols i Estrangers (DRELATES)

Institut d'Estudis del Treball (IET) - Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. UN NECESARIO CONOCIMIENTO PREVIO DE CUÁL ES LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL EN ESPAÑA. 2. PROPUESTAS Y REFLEXIONES SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL MARCO NORMATIVO VIGENTE DE LA REPRESENTACIÓN DEL PERSONAL. 3. ESTUDIO DE CASOS EN LOS QUE LOS CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL (SUPRESIÓN DE CENTROS DE TRABAJO, REUBICACIÓN LEGAL/REAL/VIRTUAL DEL PERSONAL) HA TENIDO IMPACTO SOBRE LA DISMINUCIÓN DEL NÚMERO DE REPRESENTANTES O LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE REPRESENTANTE. LA RELACIÓN JURÍDICA (CONFLICTIVA) ENTRE REDUCCIÓN DE PERSONAL/SUPRESIÓN DE CENTRO DE TRABAJO/TRASLADO DE LA PLANTILLA A OTROS CENTROS, Y EL DERECHO AL MANTENIMIENTO DE LA REPRESENTACIÓN. 3.1. Sentencia del TJUE de 29 de julio de 2010 (asunto C-151/09). 3.2. Sentencia del TS de 5 de febrero de 2013 (Rec. 278/2013). 3.3 Sentencia del TC núm. 64/2016 de 11 de abril. 3.4. Sentencia del TS de 28 de abril de 2017 (Rec. 124/2016).

1. INTRODUCCIÓN. UN NECESARIO CONOCIMIENTO PREVIO DE CUÁL ES LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL EN ESPAÑA

Abordar el estudio de la temática que da título al presente artículo requiere sin duda partir del conocimiento previo de cuál es la realidad empresarial española, o dicho de otra forma dónde puede haber representación de las personas trabajadoras en los centros de trabajo. Los datos facilitados por el Directorio Central de Empresas (DIRCE), del Instituto Nacional de Estadística, son de inestimable ayuda para esta tarea¹.

Así, afirmar ya de entrada que el tejido empresarial español es de micro y pequeña empresa principalmente, responde a una realidad estadísticamente contrastada, con datos que dejan para una reflexión de mayor alcance, y que quedan fuera de este trabajo, si el elevado número de empresas sin personas asalariadas se ajusta a la legalidad

¹ <https://www.ine.es/dynt3/inebase/es/index.htm?padre=51&dh=1> (consulta: 10 de septiembre).

o hay detrás de las cifras un número no desdeñable de relaciones laborales asalariadas encubiertas.

Repárese, con los datos suministrados por el DIRCE, en que 1.882.745 millones de empresas, el 56 % del total, no emplearon a ningún asalariado en 2018, y que otro porcentaje nada despreciable, el 26,9 %, es decir 905.013 sólo daban ocupación a uno o dos personas asalariadas, por lo que entre ambas sumaban el 82,9 % de total.

A reseñar también otro dato significativo para el funcionamiento de las relaciones de trabajo en la empresa, cuál es el pleno reconocimiento del derecho a elegir representantes del personal, en empresas de 11 y más trabajadores, ya que las empresas con número inferior de personal eran 302.375 (entre 3 y 5 trabajadores), y 123.424 (entre 6 y 9 personas ocupadas), datos que hacen una vez más pensar en la necesidad de articular formas representativas del personal que no se basen únicamente en el ámbito empresarial, como se expondrá más adelante. 79.323 es el número de empresas que ocupaban de 10 a 19 trabajadores, y 70.247 el de aquellas que proporcionaban ocupación a 20 o más trabajadores (4,7 % del total). Mientras que el minifundismo extremo empresarial se concentra en construcción (84,9 %) y servicios (84,7 %), el sector industrial destaca por el volumen de población asalariada, ya que el 8,0 % de sus empresas agrupan a 20 o más trabajadores. Todo ello conlleva una necesaria una reflexión adicional sobre la dificultad, no solo jurídica, sino real, de elegir a representantes del personal en aquellas unidades empresariales de reducida dimensión.

Del total de empresas activas, el 55 % de las unidades (1.847.996), pertenecen jurídicamente hablado a personas físicas, estando a su frente una mujer en el 36,3 %, con presencia mayoritaria femenina en los sectores de enseñanza, sanidad y servicios sociales (55,1%), mientras que la masculina está cercana al 80 % en el sector de la industria.

Otro dato que puede ser de mucho interés para analizar la evolución de las relaciones de trabajo y la aplicación de las normas laborales es la antigüedad de las empresas activas, destacándose por el DIRCE el gran dinamismo existente en el tejido empresarial español, ya que sólo un 16,7% existía hace 20 o más años y el 20'6 % todavía no tenían dos años de vida a la fecha de cierre del informe, con un peso relevante de las empresas industriales que ocupan a un mayor número de trabajadores entre las de mayor antigüedad, y las de hostelería en el grupo de las de menos, siendo destacable que un 24,7 % de las mismas no habían llegado aún a los dos años de vida.

También es de especial interés poner en relación la mayor o menor edad de la empresa con el número de trabajadores que ocupa, no siendo lógicamente de extrañar que la mayor parte de grandes empresas, un 31,1 % del total que ocupan a 20 o más asalariados, tengan como mínimo 20 años de vida, mientras que el 34,8 % de las empresas sin asalariados aún se encuentran entre el primer y el cuarto año de vida.

Por último, cabe destacar que la Comunidad Autónoma de Cataluña fue la que concentraba más empresas activas a 1 de enero de 2019, un 18,4 % del total, seguida de cerca por la Comunidad de Madrid (15,7%) y Andalucía (15,5%). En cuanto al número de locales implantados en toda España, y en los que las empresas desarrollaron sus actividades, un total de 3.853.124, también Cataluña ocupaba el primer lugar 18,45% del total, seguida por la Comunidad de Madrid con el 15,7% y Andalucía con el 15,7%.

2. PROPUESTAS Y REFLEXIONES SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL MARCO NORMATIVO VIGENTE DE LA REPRESENTACIÓN DEL PERSONAL

En este apartado del artículo analizo distintas aportaciones doctrinales sobre la necesidad de retocar, cuando menos, el marco normativo que regula la representación del personal, a fin y efecto de facilitar la elección de representantes, siendo reseñable que prácticamente todas ellas pongan el punto de mira en la necesidad de ampliar el ámbito electoral más allá del centro de trabajo, que recordemos que es el actualmente regulado en la Ley del Estatuto de los trabajadores (LET). Pero, primero me detengo en las (in) existentes propuestas en el programa del actual gobierno, y en las aportaciones realizadas en un documento suscrito por destacados miembros de la comunidad jurídica laboralista.

A) ¿Qué dice el acuerdo de gobierno de 30 de diciembre, suscrito por PSOE y Unidas Podemos, sobre la representación del personal en las empresas, sobre el que basan las reformas laborales anunciadas por el gobierno antes de la Covid-19 y que han quedado de momento difuminadas, que no olvidadas, por el impacto de la crisis sanitaria?²

No se encuentra referencia alguna sobre la modificación del título II de la LET, ya que trata básicamente, en el apartado laboral, de las relaciones individuales y de las políticas de empleo, aunque es bien cierto que algunas propuestas (por ejemplo del art. 41 y del 51 LET, sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo y despidos colectivos) implicarían una intervención más activa de las representaciones laborales en los procedimientos de información, consulta y negociación. Tampoco se encuentra referencia alguna al respecto en el Plan anual normativo 2020 aprobado por el Consejo de Ministros el 8 de septiembre³. Es decir, todo indica a pensar que se trata de una materia que se deja al debate y discusión del grupo de personas expertas, aún no designadas, que deben elaborar el primer borrador de texto que sustituya a la actual LET, el tan pomposamente denominado Estatuto de los trabajadores del siglo XXI.

B) las aportaciones doctrinales son muchas y todas ellas de indudable interés, por lo que ha sido necesario seleccionar por mi parte aquellas que creo que pueden aportar mayores elementos para ir desbrozando el camino para la reforma de la normativa electoral. Y me refiero en primer lugar a un importante documento titulado «Por un nuevo marco legislativo laboral. Conclusiones del grupo FIDE sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales», publicado en diciembre de 2016 y que mi parecer conserva plenamente toda su vigencia. Del mismo hay dos bloques que centran mi atención, uno dedicado al impacto de la negociación colectiva en la estructura de representación del personal, y otro a cómo impacta la estructura empresarial en la posibilidad de elegir representantes de personal.

² <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf> (consulta: 15 de septiembre).

³ Vid. Rojo Torrecilla, Eduardo, «Documento FIDE “Por un nuevo marco legislativo laboral”. Análisis de un texto de obligada lectura y atención». <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/12/documento-fide-por-un-nuevo-marco.html> (consulta: 13 de septiembre), y Baylos Grau, Antonio, «El informe FIDE por un nuevo marco legislativo laboral: (I) aspectos generales». <https://baylos.blogspot.com/2017/01/el-informe-fide-por-un-nuevo-marco.html> (consulta: 13 de septiembre).

Para el equipo redactor del documento, hay que defender el mantenimiento de la configuración legal del convenio colectivo de eficacia general, si bien al mismo tiempo «ha de acompañarse de efectivos mecanismos de adaptación negociada a las necesidades reales de las empresas». Se apuesta por la sindicalización de la negociación colectiva al objeto de facilitar la coherencia entre los distintos niveles de negociación (no olvidemos que en ámbitos supraempresariales la negociación está reservada a las organizaciones sindicales que cumplan unos determinados requisitos, los regulados en el Título III de la LET).

¿Cuáles son la propuestas contenidas en el documento sobre los posibles cambios/modificaciones a introducir en la regulación sobre representación y participación de los trabajadores en las empresas. Dos ideas-eje son las que cabe destacar: en primer lugar, que los cambios empresariales «han hecho obsoleta en muchas ocasiones la elección del centro de trabajo como unidad de referencia electoral» por lo que se defiende que «los acuerdos intersindicales o la negociación colectiva deben poder determinar las unidades electorales, atendiendo a las especificidades organizativas empresariales y al criterio de mayor y mejor cobertura de la representación de los trabajadores», relegando a un papel subsidiario a la ley para garantizar «la constitución de unidades electorales en que se elijan representantes de los trabajadores, teniendo en cuenta las organizaciones pluriempresariales complejas (contratas y subcontratas, empresas de trabajo temporal, grupos de empresas)»; de otra, se demanda una mayor flexibilidad en la aplicación del título II de la LET, que debería convertirse en derecho necesario mínimo, a fin y efecto de «dar entrada a la negociación colectiva y a los acuerdos sindicales como fuentes de regulación naturales de la constitución de los órganos unitarios o electivos de representación de los trabajadores».

C) Como decía anteriormente, me propongo analizar a continuación diferentes propuestas que se han formulado, o quizás sería mejor decir las que he considerado con mayor contenido, de modificación o reformulación de la normativa vigente española sobre las vías de participación de las personas trabajadoras, y es obvio que me estoy refiriendo al título II de la LET, que lleva por título «De los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa».

Hay que decir, y coincido con estas tesis, que los ejes centrales del debate general giran alrededor de la utilización de la empresa, y no del centro de trabajo, como ámbito de desarrollo del proceso electoral y de elección de los sujetos representantes unitarios del personal, si bien con algunas propuestas de interés en torno a la limitación territorial cuando haya numerosos centros de trabajo en diversas provincias o Comunidades Autónomas. Por otra parte, más problemas se plantean respecto a las empresas digitales, en cuanto que primero habrá que determinar si hay centros de trabajo, dado que los prestadores de servicios están conectados a través de la aplicación informática, y suponiendo que los haya si pueden considerarse adscritos a aquel en el que tiene centralizada la empresa su actividad en un determinado territorio, y si sólo tuviera uno de carácter global para toda su actividad de qué forma podría crearse un «centro de trabajo digitalizado» en el que podrían elegirse a representantes (si se acepta, insisto, la laboralidad, algo que ya parece resuelto afirmativamente tras la sentencia dictada por el TS el 23 de septiembre, Rec. 4746/2019). Otra cuestión a debate relevante es la referente al cómputo de trabajadores a

los efectos del censo electoral⁴, ya que el art. 72 de la LET se refiere, cuando menciona a trabajadores temporales, a los que hayan trabajado un número determinado de días/año, mientras que los prestadores de servicios de las empresas digitales suelen trabajar por horas y no, necesariamente, todos los días, postulándose la reforma normativa para que pudieran computarse las horas trabajadas (de fácil conocimiento a través de la aplicación informática) y que su suma pudiera llevar, en su caso, a considerarlos como trabajadores temporales a los mismos efectos que en las empresas «ordinarias».

En fin, otra cuestión de no menor relevancia, ni mucho menos, y que afecta de momento más a las empresas «ordinarias», por la práctica inexistencia de tal en las empresas digitales, es el reconocimiento de un mucho mayor ámbito de actuación regulatoria a la negociación colectiva en la adaptación de la normativa general, hasta ahora prácticamente de derecho necesario absoluto en una gran parte y así se ha confirmado por la jurisprudencia social, a fin y efecto de posibilitar que en los diversos sectores de actividad, e incluso en el ámbito empresarial, puedan tomarse en consideración las particularidades y circunstancias concretas del sector, empresa y centros de trabajo, tal como ya he explicado que postula el documento FIDE. Ello también requiere la reforma del título III de la LET, abriendo el campo normativo a los convenios colectivos en este ámbito. Desde luego, no faltará trabajo a quienes elaboren la nueva LET, más allá de la modificación anterior que pudiera producirse en materias tan sensibles como son las relativas a la actualmente posible inaplicación de un convenio colectivo estatutario, la decisión empresarial de proceder a una modificación sustancial de condiciones de trabajo, o la ultraactividad limitada en el tiempo (un año) que regula el art. 86.3 LET.

a) Sin duda alguna, la mayor parte de la doctrina laboralista se ha inspirado (nos hemos inspirado) en sus aportaciones y reflexiones en las exhaustivamente realizadas por la profesora María Emilia Casas en su artículo «La necesaria reforma del título II del Estatuto de los trabajadores», publicado en 2017 en el libro de homenaje, muy merecido, al profesor Ricardo Escudero⁵.

La autora reivindica la negociación colectiva para ordenar los sistemas de representación unitaria o electiva (de los trabajadores) en su conjunto «y en su acomodación a los cambios experimentados o que hayan de experimentar las representaciones de los trabajadores». Hay que adecuar el título II de la LET y dar más espacio a la pactación colectiva, ya que la regulación vigente «no se corresponde con las necesidades actuales de trabajadores y empresarios, dada la incardinación de la mayor parte de sus preceptos, singularmente los estructuradores del sistema de representación electiva, en el excepcional territorio del derecho necesario absoluto o de orden público absoluto». Al respecto, en cualquier caso,

⁴ Sobre esta cuestión vid SOLÀ MONELLS, Xavier, «La determinación del volumen de plantilla computable a efectos de representación unitaria: una cuestión trascendental de obligada reforma», *IUSLabor*, 2018, n.º 3, <https://www.upf.edu/documents/3885005/221440749/4.+Sola.pdf/47978c90-a4ee-a334-8ee2-445a601fac5b> (consulta: 15 de septiembre).

⁵ CRUZ VILLALÓN, Jesús; MENÉNDEZ CALVO, M.ª Remedios; NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena (coords.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 89-126.

la profesora Casas pide que se haga con prudencia, siendo el objetivo el de «encontrar cauces técnicos adecuados para superar sus insuficiencias actuales». Resalta la profesora Casas, con aportaciones propias de artículos anteriores, que «la eficacia general de los convenios colectivos no se opone a la existencia de mecanismos de adaptación negociada de sus regulaciones (refiriéndose a las estructuras representativas) a las necesidades reales de las empresas». Coincido con las tesis de la profesora Casas respecto a la prudencia en el cambio, a las que se suma el profesor Jesús Cruz, ya que aquello de lo que se trata creo que no es desmontar todo un andamiaje jurídico sino de modificarlo cuando fuera necesario al objeto de reforzar las vías para lograr una mayor posibilidad de elección de representantes del personal (con impacto en la representación sindical), teniendo en cuenta el tamaño micro, pequeño y mediano de gran parte de las empresas españolas.

De hecho, y aunque hay un doble canal de representación, unitaria y sindical, coincido con la tesis de la profesora Casas, de estar en una situación en que se da, salvo alguna excepción, «una atribución indiferenciada de funciones, competencias, derechos y garantías de las instituciones unitarias de representación de los trabajadores y de las sindicales». Respecto a la negociación colectiva, la autora apuesta por modificar el art. 87 LET y dar el derecho de negociación colectiva en la empresa y en ámbitos inferiores, de forma exclusiva a los sindicatos, considerando que significaría «un correcto desarrollo de los arts. 28.1 y 37 CE...». Sin duda, una cuestión polémica y cuyos orígenes se encuentran en las diferentes estrategias sindicales de los dos sindicatos mayoritarios en la etapa histórica inmediatamente anterior, y también al principio de la posterior, a la transición democrática a mediados de los años setenta del pasado siglo, y que parece que todavía hoy, a salvo de algunas grandes empresas en donde son los sindicatos, a través de sus secciones sindicales, los que negocian por el banco social, no está resuelta.

Por su indudable interés, cabe señalar que las propuestas reformadoras del título II formuladas por la profesora Casas son las siguientes:

- Reformar los arts. 62, 63, 67.1, párrafos tercero y quinto, y 67.2, párrafo tercero, y disposición adicional duodécima LET. Sustituir cuando proceda «la expresión centro de trabajo por empresa a lo largo de los diferentes preceptos de dicho título estatutario, y la extensión de estas reformas a su correspondiente desarrollo reglamentario». La tesis fundamental defendida es que la empresa «ha de ser la unidad electoral ordinaria o tipo...», pero «se ha de dar posibilidad a la negociación colectiva para elegir otras circunscripciones electorales más adecuadas a las características del sector y de la empresa que empresa en su conjunto», así como también para poder determinar «variantes de agrupaciones electorales».
- Mucho más simple y pragmática: donde los arts. 62 y 63 dicen «empresa o centro de trabajo», sustituir la conjunción disyuntiva por la copulativa, y que ello se trasladara a todos los artículos que guardan relación con ambos. Sin duda, añadido por mi parte, esta segunda no requeriría de mayores cambios que el indicado, si bien sí que habría que hacer un esfuerzo explicativo en la justificación de la modificación para que no hubiera problemas posteriores en sede judicial si hubiera conflictos laborales vinculados a dicho cambio.

b) También se ha referido a la revisión de la normativa vigente el profesor Jesús Cruz, quien ostenta en la actualidad, y por ello tiene una posición privilegiada de cono-

cimiento del parecer tanto del gobierno como de los agentes sociales, la presidencia de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Lo ha hecho, mejor dicho lo hizo hace dos años, en su artículo «Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa», publicado al igual que el de la profesora Casas en el libro homenaje al profesor Ricardo Escudero⁶.

La idea o tesis general del artículo a mi parecer es que más allá de los cambios operados en diversos momentos históricos y por diversos motivos en el título II de la LET, la lógica general del modelo, (doble canal de representación unitaria y sindical, recuerdo) «permanece inmutable» y las reformas «tienen más un carácter de perfeccionamiento que de corrección a las líneas fuerzas de tal modelo y a la postre han servido para consolidar el consenso social en torno a la eficacia y validez del mismo».

El autor subraya que los cambios en las estructuras y sistemas de participación deben ir de la mano con la potenciación del crecimiento de las empresas, es decir «de las dimensiones medias de las empresas de más reducidas dimensiones». Y en la misma línea que la profesora Casas, y la mayor parte de la doctrina, se propone que «como criterio general [...] la unidad electoral de elección, y por ende de actuación en el ejercicio de sus competencias (de representación de los trabajadores) sea la empresa en su conjunto a los efectos de designación tanto de los delegados de personal como del comité de empresa», aunque también reivindica el papel de la negociación colectiva para que las organizaciones sindicales «representativas en la empresa o sector, por acuerdo mayoritario, pudiesen pactar el mantenimiento del nivel centro de trabajo u otro alternativo que se considere más idóneo para ello».

Una cuestión de mucho calado, sin duda interesante a la par que polémica es la propuesta formulada de computar la representación «en atención al voto» (y no al porcentaje de representación, sistema actual) de tal manera que esta sería la regla general, y «debería alcanzar también a los mecanismos de cómputo de la legitimación inicial y plena para la negociación de los convenios colectivos. La propuesta [...] requeriría la modificación de los art. 6.7 LOLS, y de los arts. 87 y 88 LET». A mi parecer, ello daría mayor importancia a las elecciones en medianas y grandes empresas donde se concentra el mayor número de trabajadores, pero al mismo tiempo obligaría también a un importante esfuerzo por parte de las organizaciones sindicales en las pequeñas empresas para conseguir no ya un resultado positivo a sus intereses sino ahora a lograr la mayoría de los votos. Probablemente esta reforma en clave electoral y de posterior determinación de los sujetos representativos, pudiera plantearse de forma combinada con otros mecanismos o vías para demostrar la mayor representatividad, como por ejemplo, la afiliación de cada organización sindical, en el bien entendido que tanto la propuesta del profesor Cruz como la que acabo de realizar no pueden improvisarse en el mundo laboral de la noche a la mañana y requerirían, así me lo parece, de un previo y amplio debate.

c) Muy crítico con el marco normativo actual se encuentra el profesor Juan Bautista Vivero en su artículo, publicado en 2017, «La obsolescencia y los inconvenientes del modelo de representación unitaria de los trabajadores por centros de trabajo. Por un

⁶ Ob. cit., pp. 147-175.

nuevo modelo basado en la empresa, la negociación colectiva y no encorsetado a nivel provincial»⁷, poniendo de manifiesto, de manera acertada a mi parecer, que «todo apunta en un mundo económico y laboral crecientemente digital a la pérdida progresiva del histórico protagonismo del centro de trabajo como parámetro de imputación normativa, lo que no significa ni mucho menos que esté llamado a desaparecer por completo del marco legal y menos todavía del cada día más importante marco convencional de relaciones laborales». Los argumentos para defender esta tesis eran comprensibles cuando se elaboró la LET, e incluso aún mucho más con anterioridad, pero pierden mucha fuerza ante las nuevas realidades empresariales, y de ahí que el autor propugna la ampliación del «espacio electoral», ya que «ni la proximidad física entre los representantes y los representados, menos necesaria en un mundo crecientemente digital e hiperconectado; ni la rígida, burocrática y localista concepción organizativa, hoy superada por las nuevas y sofisticadas formas de organización del trabajo y por las redes de empresas; ni el modelo empresarial de empresas complejas con centros de trabajo de amplias plantillas de trabajadores propios (y fijos), reinando como reina en la actualidad la “anorexia” de las plantillas de trabajadores propios, compensada si acaso por la exaltación de los elementos inmateriales de la empresa, en especial la marca; ni, por último, la estrategia de fragmentación del movimiento obrero, enterrada y bien enterrada por la Constitución española».

d) Sobre esta temática objeto de artículo ha reflexionado con mucha amplitud recientemente el profesor Joaquín García Murcia en su artículo «Estructura de representación de los trabajadores en la empresa»⁸. Su parecer, parcialmente disidente a mi entender de otras tesis postuladas en la doctrina que requieren una mayor sindicalización de la actividad representativa (la polémica abierta desde la aprobación de la LET en 1980 y que no ha sido cerrada en absoluto, entre las funciones y competencias de las representaciones unitarias y sindicales del personal) es que la experiencia acumulada desde la entrada en vigor de la norma «permite decir que la representación unitaria de los trabajadores está suficientemente asentada en el sistema español de relaciones laborales. No parece que haya razones para proceder a un cambio radical en su fisonomía, ni mucho menos para prescindir de ella por completo en favor de otras fórmulas de carácter más o menos alternativo, como pudiera ser la representación estrictamente sindical». Por el contrario, si se alinea el profesor García Murcia con la gran mayoría de las propuesta de reforma del título II LET relativas a la «base funcional de nuestra representación unitaria», concluyendo que «parece muy recomendable un nuevo diseño del ámbito de proyección funcional de la representación unitaria en el que pudieran tener cabida espacios de trabajo distintos de lo que entendemos estrictamente por centro de trabajo»⁹ y en el que también se pudie-

⁷ *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2017, n.º 94. <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/La%20obsolescencia%20y%20los%20inconvenientes%20del%20modelo%20de%20representaci%C3%B3n%20unitaria%20de%20los%20trabajadores%20por%20centros%20de%20trabajo.pdf> (consulta: 18 de septiembre).

⁸ Publicado en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2020, n.º 444, pp. 191-228.

⁹ Para el autor, «el uso de ese módulo organizativo genera diversos problemas, algunos de mera interpretación y aplicación de la norma y muy ligados a la delimitación del ámbito susceptible de componer una instancia propia de representación [...] y otros más entroncados con el adecuado ejercicio por parte de los

ran tener en cuenta las relaciones entre empresas con fines productivos, con el objetivo, en este segundo caso, de conseguir formas de representación conjunta o cuando menos compartida, un poco más allá de lo que hoy en día, con loable perspicacia del legislador, se prevé para los supuestos de subcontratación de obras y servicios o de articulación entre empresas de trabajo temporal y empresas usuarias».

e) Una perspectiva más específica, y al mismo tiempo de indudable interés, es la relativa a la representación del personal en las contratas, abordada con mucho detalle por la profesora Aránzazu Roldan Martínez en su reciente artículo «La (des)organización de la representación unitaria en las contratas: una visión dinámica desde la perspectiva de la sucesión de empresas»¹⁰, en la que propugna una reforma legal que sitúe a la unidad electoral en el ámbito de la empresa para garantizar que todos los trabajadores estén representados, añadiendo que «desde una visión dinámica, este resultado sólo quedaría plenamente garantizado si la ley tuviera carácter imperativo, ya que, previsiblemente en la empresa entrante existirán unos delegados de personal o un comité de empresa que asumirán la representación legal de los trabajadores subrogados». Por ello, se propugna que la reforma de la unidad electoral debería combinarse con una reforma de los artículos 44.5 y 67.3 ET, que transpusiera de forma plena el artículo 6 de la Directiva 2001/23, «de modo que, cuando en la empresa entrante no existiera representación unitaria con capacidad para representar a los trabajadores subrogados, se mantuviera el mandato electoral hasta que se promovieran y celebraran elecciones sindicales. Esto no significa que dichos representantes legales continuaran representando a los trabajadores que hubieran permanecido en la empresa saliente, ni que asumieran la representación de los trabajadores que ya estuvieran prestando servicios en la empresa entrante ni al personal de nueva contratación. Su ámbito de actuación se ceñiría exclusivamente, y de forma provisional, a los trabajadores subrogados».

A mi juicio, se está proponiendo de facto una representación temporal ad hoc para una parte del personal, el subrogado, en tanto en cuanto no se elija representación para todo el personal por primera vez.

f) La profesora Helena Ysàs aporta sus propuestas en el artículo «Reflexiones sobre el comité conjunto o cómo reestructurar los órganos unitarios para mejorar la cobertura representativa en las empresas»¹¹. Al igual que la mayor parte de la doctrina que ha analizado esta temática, la autora pone de manifiesto el amplio número de empresas y de trabajadores, por la reducida dimensión de aquellas, en donde no hay representación del personal, por lo que nuestra normativa está necesitada de modificación, ya que «un sistema en el que más de la mitad de las personas trabajadoras no acceden a una institución

representantes unitarios de las correspondientes competencias, que muchas veces, y por motivos fáciles de comprender, están concebidas desde el prisma de la empresa y no exactamente desde la perspectiva del centro de trabajo, con el correspondiente riesgo de disfunción o desajuste» (p. 224).

¹⁰ *Derecho de las relaciones laborales*, 2020, n.º 5, pp. 674-695. En el resumen del artículo se explica que «Los trabajadores subrogados pueden perder a sus representantes en un momento en el que son especialmente vulnerables, ya que están expuestos a que la empresa entrante adopte medidas de reestructuración empresarial. La solución al problema exige abordar la cuestión desde una doble visión, estática y dinámica, de modo que se analizarán las propuestas de reforma de la unidad electoral, desde la perspectiva de una posterior transmisión de empresa».

¹¹ *Revista de derecho social*, 2019, n.º 85, pp. 193-212.

que lleva a cabo funciones esenciales para la protección de sus derechos y la defensa de sus intereses en el marco de la relación laboral y no participan en la determinación de la representatividad sindical, que es el fundamento del sistema de relaciones colectivas de trabajo, es un sistema que no cumple con su finalidad primordial y requiere con urgencia un replanteamiento con el fin de alcanzar niveles aceptables de cobertura de la representación en la empresa». De ahí que postule que en las empresas (o centros de trabajo) dispersos, mientras no se modifique el concepto de centro de trabajo del art. 1.5 LET «no existe otra solución que no pase por asignar a cada uno de estos trabajadores el centro de trabajo con el que tengan más estrecho vínculo».

La autora, y es sabido que también me alinee con dicha tesis, comparte que el centro de gravedad de la representación debe desplazarse a la empresa (y no al centro de trabajo), y partiendo de esta tesis formula la siguiente propuesta, a la que acompaña la conveniencia de que las normas que la regulen tengan carácter dispositivo y sea posible su adecuación por vía de la negociación colectiva: «debería dilucidarse si en el caso de empresas con implantación en todo el territorio español o en todo caso con una extensión geográfica significativa (por ejemplo, dos comunidades autónomas no limítrofes o a partir de tres comunidades limítrofes) debería mantenerse o no una representación única a nivel de empresa. No parece lo más eficaz; a pesar de que los avances tecnológicos permiten mantener el contacto entre representantes y representados, la proximidad geográfica sigue siendo conveniente al menos en algunos aspectos de la función representativa. A estos efectos mantener la provincia como ámbito territorial de base parece prudente puesto que la mayoría de ellas tienen una extensión territorial que permite que el contacto entre representantes y representados se mantenga con una intensidad razonable. No obstante, aunque en estos casos la estructura representativa de base se fijara en un ámbito intermedio entre el centro de trabajo y la empresa, con introducción del elemento territorial, debería en todo caso existir un comité “interprovincias” para no perder la segunda virtud atribuible al desplazamiento de la representación desde el centro hacia la empresa: que exista representación en aquel ámbito donde se tomen decisiones que afecten a la plantilla».

3. ESTUDIO DE CASOS EN LOS QUE LOS CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL (SUPRESIÓN DE CENTROS DE TRABAJO, REUBICACIÓN LEGAL/REAL/VIRTUAL DEL PERSONAL) HA TENIDO IMPACTO SOBRE LA DISMINUCIÓN DEL NÚMERO DE REPRESENTANTES O LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE REPRESENTANTE. LA RELACIÓN JURÍDICA (CONFLICTIVA) ENTRE REDUCCIÓN DE PERSONAL/SUPRESIÓN DE CENTRO DE TRABAJO/TRASLADO DE LA PLANTILLA A OTROS CENTROS, Y EL DERECHO AL MANTENIMIENTO DE LA REPRESENTACIÓN

3.1. Sentencia del TJUE de 29 de julio de 2010 (asunto C-151/09)

El TJUE debe pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social Único de Algeciras (Cádiz), mediante auto de 26 de marzo de 2009, en un procedimiento instado por la Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP), relativo a la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisión] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros

de actividad, siendo el motivo del conflicto jurídico la negativa del Ayuntamiento de La Línea de la Concepción a reconocer la calidad de representantes legales de los trabajadores a las personas elegidas para asumir esta función en varias empresas concesionarias de servicios públicos transferidos a dicho Ayuntamiento.

Me interesa destacar, a los efectos de mi exposición y sin detenerme en el contenido más complejo del conflicto, dos tesis del TJUE: de una parte, que la Directiva 2001/23 «pretende garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones pactadas con el cedente [...] El derecho de los trabajadores a ser representados no es una excepción. De ello se sigue que, por regla general, esta representación no ha de verse afectada por la transmisión»; por otra, que «aun suponiendo que los trabajadores transferidos y aquellos empleados por el nuevo empresario se encuentren en situaciones comparables, la diferencia de trato resultante de un posible desequilibrio dentro de la organización del nuevo empresario, en perjuicio de los delegados sindicales que ya están representados y de los representantes del personal afectados, cuyo número se mantiene intacto, estaría justificada a la luz de la finalidad de la Directiva 2001/23, que es asegurar, en la medida de lo posible y en la práctica, que los nuevos trabajadores no se vean desfavorecidos como consecuencia de la transmisión en comparación con la situación anterior a ésta»¹².

3.2. Sentencia del TS de 5 de febrero de 2013 (Rec. 278/2013)

El litigio versa sobre la tutela del derecho fundamental de libertad sindical, siendo la síntesis del caso que el cambio de centro de trabajo no da lugar a que el representante de los trabajadores pierda tal cualidad. Para contextualizar adecuadamente la respuesta del TS cabe mencionar brevemente el supuesto que da lugar al conflicto, la celebración de elecciones sindicales en el centro de trabajo que la empresa SAINT-GOBAIN CRISTALERIAS SL tiene en el centro de trabajo sito en el Paseo de la Castellana, en Madrid, AZCA, para la elección de un comité de empresa de 9 miembros, con un censo de 186 trabajadores. El resultado obtenido fue de 6 delegados elegidos por CCOO y 3 por UGT. Con fecha 28 de noviembre y 19 de diciembre de 2011, unos 48 trabajadores del centro de trabajo sito

¹² Un amplio estudio de dicha sentencia se encuentra en el artículo del profesor Ignasi Beltrán de Heredia «Sucesión de empresa y mantenimiento del mandato de los representantes de los trabajadores (¿se está respetando el contenido de la Directiva 2001/23?)». Para el autor, «teniendo en cuenta la dimensión organizativa que le ha atribuido el TJUE al término “autonomía”, creo que es cuestionable que pueda establecerse esta relación de causa-efecto o, cuanto menos, no me atrevería a proclamarla de forma generalizada y automática para todos los casos. O, dicho de otro modo, sin negar que la conservación del ámbito electoral pueda contribuir a evidenciar la preservación de la autonomía (aunque, quizás, no pueda proclamarse en todos los casos), creo que no puede descartarse que, en algunas situaciones, ésta puede salvaguardarse aunque aquél no se conserve. Debería procederse a un análisis de cada caso desde el estricto punto de vista organizativo (y no exclusivamente electoral)». <https://ignasibeltran.com/2019/01/23/sucesion-de-empresa-y-mantenimiento-del-mandato-de-los-representantes-de-los-trabajadores-se-esta-respetando-el-contenido-de-la-directiva-2001-23/> (consulta: 16 de septiembre).

en el Paseo de la Castellana, AZCA, fueron trasladados a un nuevo centro de trabajo sito en la Avenida de los Rosales, 42, de Madrid, edificio NOVOSUR, en Villaverde Bajo.

El TSJ de Madrid acogió, como ya lo había hecho el juzgado de lo social, la tesis de la parte trabajador, razonando que «unos meses después de haberse celebrado elecciones, en las que resultaron elegidos los hoy actores, la empresa traslada a 48 trabajadores, entre ellos a los hoy demandantes, a otro centro de trabajo sito también en Madrid, por lo que habiendo sido elegidos los demandantes por, entre otros, los trabajadores que son trasladados al nuevo centro, Edificio NOVOSUR, sin que en el mismo existan otros trabajadores, se mantiene el cuerpo electoral, por lo que los demandantes conservan su cualidad de representantes de los trabajadores».

La tesis de la parte empresarial ante el TS, que alega vulneración de los artículos 44,5 y 67.3 de E.T. en relación con el artículo 6 de la Directiva 2001/73/CE, de 12 de marzo de 2011, y más concretamente que no procede el mantenimiento de una unidad electoral, o de la identidad de un centro de trabajo, que pierde el 25% de la plantilla en un proceso de movilidad no sustancial, es rechazada por el alto tribunal, para el que «los trabajadores, que han sido elegidos representantes, miembros del Comité de Empresa en un determinado centro de trabajo, no pierden su condición de tal por el hecho de que la empresa traslade a parte de los trabajadores de la plantilla, entre los que se encuentran los actores, a otro centro de trabajo, en la misma localidad, no teniendo este centro más trabajadores que los trasladados y sin tener, por lo tanto, representantes de los mismos», enfatizando que «la regulación legal otorga a los electores un control sobre la actuación de sus representantes, lo que acarrea que sólo éstos pueden revocar el mandato conferido a sus elegidos» y que en el caso concreto enjuiciado «hay que señalar que al nuevo centro de trabajo se trasladan 46 trabajadores, lo que supone un 25,81 % de la plantilla del centro originario —eran 177— y 2 representantes, —había 9 representantes—, lo que supone un 22,23%, no existiendo representación alguna en el nuevo centro de trabajo, lo que significa que los trabajadores representantes van a prestar servicios a un nuevo centro formado por una parte importante de sus electores, que carecen de otra representación».

3.3. Sentencia del TC núm. 64/2016 de 11 de abril

El traslado de personal por cierre de un centro de trabajo, y apertura de uno nuevo a pocos kilómetros, al que se traslada la mayor parte de empresa, ¿despoja a las y los representantes del anterior centro de su condición de tales, o debe mantenerse? Ya les adelanto que el TC defiende la primera opción, si bien con un voto particular fuertemente discrepante¹³.

Soy del parecer que el TC, y con anterioridad la sentencia del TSJ de Cataluña que fue recurrida en amparo, perdieron una excelente oportunidad para interpretar en los términos

¹³ Para un estudio mucho más detallado del conflicto jurídico remito a Rojo Torrecilla, Eduardo, «La protección del derecho constitucional de libertad sindical en su vertiente funcional. ¿Un paso atrás en la jurisprudencia del TC? Nota crítica a la sentencia de 11 de abril». http://www.eduardorjotorrecilla.es/2016/04/la-proteccion-del-derecho_24.html (consulta: 18 de septiembre).

más favorables al ejercicio de tal derecho fundamental una situación fáctica que no tiene regulación jurídica concreta en el marco normativo vigente, y tampoco en resoluciones judiciales hasta donde mi conocimiento alcanza, cual es cómo puede protegerse tal derecho cuando un centro de trabajo desaparece y su personal es distribuido en otros centros de la empresa, siendo así que en uno de ellos, de nueva creación, pasan a prestar servicios parte de la plantilla del primero, incluidos dos representantes del personal (afiliados a un sindicato y habiendo formado parte de la candidatura presentada por el mismo) del desaparecido centro de trabajo, a quienes la dirección les niega su condición de representantes del personal a los efectos de disponer del crédito horario por trabajar en un centro al que no pertenecían cuando fueron elegidos en el proceso electoral correspondiente, al que tampoco pertenecían, insisto, ninguno de los trabajadores desplazados, y por consiguiente todos ellos, incluidos los representados y representantes, formaban parte, prestaban su actividad, en el centro desaparecido, y después siguieron desempeñando la misma actividad que en el anterior, con independencia de que trabajaran en ese centro para un solo cliente.

Vayamos por parte y situemos en primer lugar el marco jurídico en el que va a desarrollarse el posterior conflicto en sede judicial, resuelto favorablemente para las tesis de los representantes sindicalizados de los trabajadores en instancia (JS) y para la empresa en suplicación (TSJ), con desestimación final del recurso de amparo interpuesto por la parte trabajadora (TC).

La empresa FCC Logística SA, que pasó posteriormente a denominarse Logisters Logística SA, y que pertenecía al grupo de servicios Fomento de Construcciones y Contratas, con domicilio en Alcalá de Henares, tenía un centro de trabajo en la aquella localidad, donde prestaban sus servicios 68 trabajadores, entre ellos los que serían elegidos representantes unitarios del personal y posteriormente accionarían como demandantes en juicio. Las elecciones se celebraron el 10 de junio de 2011, y fueron elegidos tres miembros (y afiliados al sindicato) de la candidatura presentada por CGT.

Tres meses antes, la dirección de la empresa había comunicado a la representación del personal existente en aquel momento que parte de la actividad desarrollada en el centro, concretamente la prestada para un cliente (Reckitt Benckisser, que había sido adquirida por SSL), pasaría a llevarse a cabo en otro centro de trabajo de la empresa ubicado en la localidad de Alovera, sita en la provincia de Guadalajara, y que ello podía implicar el traslado de 13 trabajadores y la extinción de 10 contratos. Según consta en el hecho probado noveno de la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Granollers el 18 de enero de 2013, la decisión de la empresa «trajo consigo una gran conflictividad laboral con el Comité de Empresa durante el año 2011, convocatoria de distintas jornadas de huelga, interposición de demandas impugnando la decisión de los traslados, de tutela por vulneración del derecho de huelga, denuncias ante la Inspección de Trabajo, etc.».

El cierre del centro de trabajo se produjo en julio de 2011 mediante escrito dirigido a todos los trabajadores afectados, comunicado al Comité de Empresa, en el que se hacía constar la razón del cierre, ya referenciada, y la consiguiente menor necesidad de almacén, y al coincidir ello con la finalización del contrato de arrendamiento de las instalaciones la empresa optaba por «un posicionamiento en un centro más pequeño, el cual cumple con los requisitos exigidos en cuanto a las características de las instalaciones para el depósito

de los productos de los clientes pertenecientes al sector farmacéutico y sanitario [...] Es necesario un cambio de domicilio del centro de trabajo... Le requerimos su reincorporación para desempeñar funciones de su categoría profesional». Con motivo del cierre del centro se produjo el traslado desde el del Palau de Plegamans al nuevo de Parets del Vallés el 2 de enero de 2012, en el que se presta la actividad anterior bien que referida sólo a un cliente de la empresa, es decir «es un centro de trabajo nuevo, al que se trasladó la actividad y medios necesarios del centro de Parets» (hecho probado 11 de la sentencia de instancia). Otros 22 trabajadores fueron trasladados al centro de trabajo de La Granada, entre ellos una integrante del comité de empresa, ya existente con anterioridad y que disponía de representación unitaria del personal.

El conflicto jurídico propiamente dicho se suscitará cuando dos integrantes del comité de empresa del centro desaparecido y que pasaron a prestar sus servicios en Parets dirigieron un escrito a la dirección, en abril de 2012, comunicando que harían uso de ocho horas de su crédito horario para realizar tareas de asesoramiento sindical en Barcelona, negándoles la empresa el disfrute de esas horas por haber dejado de ser, a su parecer obviamente, representantes legales de los trabajadores al haber desaparecido el centro de trabajo en el que fueron elegidos. La afirmación que acabo de realizar sobre el cese de tal condición representativa iba acompañada del recordatorio del mantenimiento del derecho reconocido en el apartado c) del art. 68 de la LET, es decir el derecho a no ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato «salvo en caso de que esta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el artículo 54. Asimismo, no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación».

Disconformes con la decisión empresarial, por entenderla vulneradora de su condición activa de representantes unitarios sindicalizados de los trabajadores, y por consiguiente también de su derecho de libertad sindical en la vertiente funcional del ejercicio de la actividad sindical en la empresa, tanto los dos representantes que habían pasado a prestar sus servicios en Parets como la que había sido trasladada al centro de La Granada, a quien también le había sido denegado el derecho al crédito horario, presentaron demandas antes los juzgados de lo social. La que motiva mi atención es la de los dos representante cegetistas de Parets, pero hay que añadir que la presentada por la trabajadora de La Granada fue desestimada por el Juzgado de lo Social núm. 18 de Barcelona el 19 de diciembre de 2013, a cuyo frente se encontraba entonces la magistrada-juez Amparo Illán, que centró su argumentación en la inexistencia de la unidad productiva autónoma de Palau de Plegamans, o más exactamente de su mantenimiento de forma autónoma e independiente, tras su traslado, habiendo sido dicha unidad productiva «disgregada e integrada en otros centros de trabajo», lo que lleva a concluir (toma en consideración en su análisis jurídico el art. 44 de la LET, la Directiva comunitaria 77/187, y el art. 1.5 de la LET) que con el cierre del centro de trabajo de Palau de Plegamans «el mandato de la actora como miembro del comité de empresa se extinguió».

Si me he referido de forma sucinta a esta sentencia es justamente para poner de manifiesto las importantes diferencias existentes entre ese caso y el planteado en el litigio

suscitado por los miembros del comité de empresa que trabajan en el centro de Parets, y que llevará a una respuesta jurídica bien diversa del Juzgado de lo Social de Granollers, posteriormente anulada en suplicación por el TSJ de Cataluña con una resolución que guarda muchos puntos de conexión con las del JS n.º 18 de Barcelona.

Analicemos a continuación la fundamentación jurídica de la sentencia del TC.

En el prime FJ se efectúa una sumaria síntesis del recurso y de las alegaciones de la parte recurrida y del Ministerio fiscal. En el segundo, se explicita la trascendencia constitucional del recurso, consistente para el TC en la oportunidad de establecer doctrina sobre el derecho constitucional de libertad sindical en un caso como el sometido a su consideración, dado que «no existe ningún pronunciamiento previo en la jurisprudencia constitucional acerca de si procede el mantenimiento de la condición representativa obtenida en el centro de origen en casos de representación unitaria sindicalizada y traslado de trabajadores, sin transmisión de la titularidad, a otra unidad productiva de la misma empresa que no cuenta con representación legal constituida». En el tercero, se resalta la incidencia, el protagonismo, que el factor sindical tiene en el supuesto de hecho, en cuanto que se trata de unos representantes unitarios sindicalizados que ejercerán la defensa de sus derechos a través del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales.

B) En el fundamento de derecho cuarto, la Sala repasa su doctrina sobre el «contenido plural» del derecho de libertad sindical, con una muy amplia transcripción del fundamento de derecho tercero de la sentencia núm. 281/2005 de 7 de noviembre, y es a partir del enunciado del contenido (esencial y adicional) de la libertad sindical, y de las diferentes fuentes de atribución de las facultades y derechos que la integran (constitucional, legal, convencional o por concesión unilateral) cuando el TC considera que aquello que procede ahora es realizar justamente ese encuadramiento «para analizar la eventual vulneración del derecho fundamental de los recurrentes por la exclusión de su condición representativa y del ejercicio de su función como representantes legales sindicalizados de los trabajadores a raíz del cierre del centro de trabajo de Palau de Plegamans».

A partir de aquí, y en un plano jurídico que califico de legalidad y no de constitucionalidad, la sentencia se adentra en el análisis del conflicto relativo a la no atribución del crédito horario solicitado por los ahora recurrentes, garantía para el ejercicio de la actividad representativa que fue bien analizada por la STC núm. 40/1985 de 13 de marzo y que fue conceptualizado como contenido adicional del derecho. Ese mismo contenido adicional se predica, y así lo recuerda ahora el TC, del derecho de las organizaciones sindicales a presentar candidaturas para las elecciones a representantes de los trabajadores, del que nació «tras su incorporación a la lista de la CGT, la condición representativa de los recurrentes de amparo», y desde esta perspectiva es desde la que la Sala segunda del alto tribunal va a analizar la posible vulneración del derecho de libertad sindical en el caso analizado. Por cierto, la cita de la STC 2000/2006 de 3 de julio, fundamento jurídico tercero, podría haber ido acompañada a mi parecer de la mención expresa, también recogida en dicho fundamento, que «De ahí que cualquier impedimento u obstaculización al sindicato o a sus miembros de participar en el proceso electoral puede ser constitutivo de una violación de la libertad sindical (recordaba, entre tantas otras anteriores, la STC 125/2006, de 24 de abril, FJ 2)».

La Sala ha situado el debate en el «contenido adicional» del derecho de libertad sindical, y en lógica relación con ello acude nuevamente a la sentencia 200/2006 para recordar que la función revisora del tribunal debe limitarse en tales casos a examinar «el carácter motivado, razonable y no indebidamente restrictivo de la resolución impugnada, así como la justificación finalista de las normas que considera aplicables». Recordemos en este punto la muy cuidada argumentación de la sentencia de instancia para interpretar la normativa aplicable en orden a garantizar el ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical de los recurrentes y el rechazo de tal tesis por el TSJ catalán y su consideración de que la actuación empresarial fue conforme a derecho.

Pues bien, en el fundamento jurídico sexto la Sala efectúa un resumen de la sentencia del TSJ para formular una conclusión a mi parecer de alcance meramente legal y no constitucional, y que es la misma, aunque con otras palabras, que la extraída por el TSJ, cual es que «no existe una previsión legal o convencional que garantice el mantenimiento de la condición de representante legal en caso como el enjuiciado y que puede, por consiguiente, considerarse que la supresión de esa condición en esos concretos supuestos contraría un derecho atribuido por normas legales o convencionales (o por concesiones unilaterales del empresario, que en esta ocasión tampoco constan)».

La Sala no considera que se haya vulnerado el derecho de libertad sindical por haberse podido limitar, con la actuación empresarial, sus posibilidades de actuar en defensa de sus intereses y de los de sus representados (algo que obviamente había sido alegado por la parte trabajadora en este caso), trayendo a colación la tesis recogida en la sentencia 147/2001 de 27 de junio, fundamento jurídico quinto, de que es necesario que las eventuales restricciones al ejercicio de ese derecho, «sean arbitrarias, injustificadas o contrarias a la ley».

En definitiva, ni una sola palabra en la sentencia sobre una actuación empresarial que al amparo de un vacío normativo ha podido implicar una actuación contraria al derecho de libertad sindical en su vertiente funcional de actividad sindical en la empresa, y no por no poder aplicarse ese tan enfatizado por la Sala «contenido adicional del derecho», sino por haber impedido ab initio el ejercicio de ese derecho en cuanto que ha suprimido el órgano de representación unitaria anteriormente existente (sindicalizado en el caso enjuiciado) por la vía del aparente ejercicio conforme a derecho del poder de dirección empresarial de organización de la actividad productiva en la empresa, pero siendo en realidad tal medida una vía para dejar sin representación a una parte de los trabajadores (los mismos que prestaban sus servicios en el centro desaparecido) que han pasado a trabajar, desempeñando las mismas tareas, en un centro de nueva creación y situado a 12,8 kms del anterior, sin que hasta el momento del intento de ejercicio de sus derechos por parte de los anteriores representantes del persona la dirección de la empresa hubiera hecho manifestación alguna dirigida a los trabajadores, aunque sólo fuera a efectos de su conocimiento, de la inexistencia de representación unitaria y de la posibilidad (por el número de trabajadores del centro) de elegir nuevos representantes.

Hay un voto particular discrepante, con el que coincide con su planteamiento, suscrito por el magistrado Fernando Valdés, al que se adhiere la magistrada Adela Asua. El voto sustenta la tesis de que hubiera debido ser estimado el recurso por haberse vulnerado el derecho recogido en el art. 28.1 de la CE y desarrollado en la LOLS, argumentación favorable al acogimiento del recurso que se sintetiza en el último párrafo del voto en estos

términos: «tanto la empresa como luego la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia interpretaron el vacío normativo de manera inconciliable con la dimensión funcional del contenido esencial de la libertad sindical (art. 28.1), impidiendo la garantía del derecho fundamental en el período transitorio hasta la elección de una nueva representación legal de los trabajadores. Por estas razones, que evidencian la minusvaloración de la dimensión funcional de la libertad sindical, debió reconocerse la violación del art. 28.1 CE».

El voto particular discrepante recuerda en primer lugar cómo ha construido su fundamentación jurídica la sentencia en el fundamento jurídico quinto, con aplicación del canon de constitucionalidad correspondiente al contenido adicional de libertad sindical, con manifestación coincidente con la de la sentencia si el encuadramiento realizado hubiera sido el correcto, ya que a su parecer «la pretensión de los recurrentes carecería de amparo a falta de previsiones infraconstitucionales que regulasen la materia controvertida en el sentido reclamado». Justamente ese vacío jurídico, que no ha sido cubierto por la normativa estatal en orden a garantizar de forma plena el ejercicio del derecho de libertad sindical relacionado con la actividad de los representantes unitarios sindicalizados, hubiera podido ser un elemento nuclear de referencia en un hipotético recurso ante el TEDH por no haber dado el Estado la debida protección al derecho de libertad sindical reconocido en el art. 11 del Convenio europeo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Pero, con buen criterio a mi parecer tal como vengo defendiendo en este texto, el voto particular discrepante rechaza el análisis del caso desde tal planteamiento, y lo sitúa en la decisión empresarial de negar que los representantes mantenían su condición de tales en el nuevo centro de trabajo, o por decirlo con las propias palabras de los firmantes del voto, «el debate esencial residen, y así se articula en la demanda de amparo, en la decisión empresarial de negar la condición representativa obtenida por quienes, en la lista de su sindicato, fueron previamente elegidos en el proceso electoral y antes del vencimiento del mandato legalmente previsto para el comité de empresa».

No estamos pues, ante un debate sobre el contenido adicional sino ante el contenido esencial del derecho de libertad sindical en su vertiente funcional, que tal como ha reconocido reiteradamente el TC incluye el derecho de las organizaciones sindicales a llevar a cabo su actividad para defender, promover y proteger los intereses de sus afiliados en particular y de los trabajadores en general, siendo así en el caso concreto que con la actuación empresarial se comprometía la dimensión colectiva del derecho, «pues la decisión de supresión de la representación legalmente constituida repercute no sólo en los recurrentes sino también, directamente, en la actuación del sindicato en el seno de la empresa».

Es esta decisión empresarial la que debió ser revisada por el TC, es decir la actuación previa al posible ejercicio posterior de derechos que cabe calificar de contenido adicional del derecho de libertad sindical, y es justamente lo que no hace la mayoría de la Sala y se recoge en la sentencia. Es decir, la sentencia no ha dado respuesta, desde la perspectiva del respeto al contenido esencial del derecho de libertad sindical, de la cuestión nuclear abordada, y bien explicada y argumentada en el recurso de amparo, en este caso, cual era la de «analizar si la pretensión empresarial de suprimir la representación en estas hipótesis de rearticulación orgánica de los centros de trabajo de una misma empresa, sin cambio de titularidad o sucesión empresarial (art. 44.5 LET), con transferencia de trabajadores a una

unidad productiva que carece de órganos de representación conformados, es compatible o no con la garantía de la actividad sindical del sindicato y de sus agentes en la empresa».

En este punto, el voto va a dar una respuesta favorable a la tesis de los recurrentes, sin dejar de lado la existencia de un nuevo centro de trabajo y la posibilidad legal existente de articular un nuevo órgano de representación. Pero, mientras no existiera este nuevo órgano, debía mantenerse la condición de representantes de los recurrentes, en cuanto que, como se ha explicado detenidamente en páginas anteriores, al nuevo centro de Parets fueron trasladados sólo trabajadores del centro de Palau de Plegamans, en el que los recurrentes habían sido elegidos, por estos mismos trabajadores (y otros, distribuidos por la empresa entre los centros de trabajo de La Granada y Alovera) en las elecciones celebradas en junio de 2011. Seguía existiendo, como bien apunta el voto, «coincidencia predominante entre electos y cuerpo electoral», por lo que la dimensión funcional del derecho de libertad sindical quedaría debidamente protegida con el mantenimiento del mandato electoral hasta que se pusiera en marcha un nuevo proceso electoral y se eligieran, en su caso, nuevos representantes del personal del nuevo centro de trabajo, protección o «garantía mínima» del derecho, en su dimensión funcional, que no habría tenido ningún obstáculo legal para ser reconocida en este supuesto, como así hizo la sentencia de instancia pero no después el TSJ catalán y la sentencia del TC.

Esta protección o «garantía mínima», no eleva en modo alguno a los altares de la protección absoluta el mandato de los representantes unitarios sindicalizados, sino únicamente mientras no se proceda a la nueva elección, siendo así que de esta forma se garantizaría el derecho funcional del derecho fundamental cuando, tal como afirma el voto, «no existe órgano de representación constituido en la unidad de destino y concurre, además, aquella coincidencia entre el cuerpo electoral y los representantes electos en los supuestos en los que la empresa, el centro de actividad o una parte de estos conserve su autonomía con ocasión de la rearticulación de su estructura orgánica en distintas unidades productivas».

Dese la doctrina laboralista, una visión bastante crítica de la sentencia es la realizada también por la profesora Inmaculada Benavente en su artículo «Traslado y mandato del representante» en el que efectúa su análisis¹⁴.

Para la profesora Benavente, «la extinción del mandato del representante unitario y el consiguiente vacío de representación que se provoca en estos casos de reestructuración orgánica de las empresas suponen una restricción de la capacidad real de actuación del Sindicato que bien podría equipararse a la afección del contenido esencial de la libertad sindical», siendo a su parecer «la clave de la sentencia y lo criticable de ella está en la utilización de dicho calificativo, el de adicional, precisamente para limitar su función revisora

¹⁴ *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2017, n.º 136, pp. 201-222. Con carácter más general, la autora expone que «en esta sentencia 64/2016 [...] el Tribunal Constitucional vuelve a abordar el significado de la representación unitaria sindicalizada en nuestro país desde la perspectiva del derecho de libertad sindical. Lo hace por primera vez respecto de la concreta cuestión que se le somete, y aprovecha para confirmar la doctrina sobre legitimación de la representación unitaria respecto del ejercicio de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales por vulneración de la libertad sindical, cuestión que no se discute en el recurso de amparo aun cuando sí ha sido objeto de debate tanto en la instancia como en suplicación». <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/497189> (consulta: 18 de septiembre).

al extremo», sin que «tampoco el hecho de que en este caso se aprecie la existencia de una laguna legal puede justificar la aplicación e interpretación de las normas que regulan el mandato de los representantes y sus garantías de manera incompatible a sus finalidades y objetivos inspiradores. Por el contrario, tal vacío normativo no debía haber sido obstáculo para resolver en atención a semejantes criterios, pudiendo haberse hecho tanto desde la perspectiva casuística, como con un carácter abstracto a partir de la cobertura de ese vacío a través de la analogía y al carácter indebidamente restrictivo de la interpretación seguida por el Tribunal». En suma, «son los trabajadores trasladados, grupo con identidad propia y relevancia colectiva —entre otros motivos por su dimensión—, los que portan la legitimidad del mandato del representante y es a éstos —aún sin exigir identidad absoluta— y en razón de la tutela de su representación a los que se remite la pervivencia transitoria de aquél en tanto se adaptan las estructuras representativas a las modificaciones organizativas de la empresa».

3.4. Sentencia del TS de 28 de abril de 2017 (Rec. 124/2016)

La resolución del alto tribunal estima, en los mismos términos que el preceptivo informe del Ministerio Fiscal por lo que respecta a la argumentación sustantiva o de fondo, el recurso de casación interpuesto por la parte empresarial contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 23 de diciembre de 2015, por entender que la decisión empresarial de comunicar a los representantes de los trabajadores de algunos centros de trabajo cerrados (más adelante entraré en detalle sobre si realmente fueron cerrados o no a efectos de poder seguir manteniendo su actividad representativa aquellos trabajadores que fueron elegidos en el proceso electoral anterior) que quedaba extinguido su mandato electoral era ajustada a derecho, tesis frontalmente contraria a la defendida en la sentencia de la AN y también en el voto particular discrepante¹⁵.

Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de casación, con alegación de ocho motivos, cuatro de índole procesal formal al amparo del art. 207 d) de la Ley reguladora de la jurisdicción social y otros cuatro de carácter sustantivo o de fondo al amparo del apartado e) de dicho precepto.

Lógicamente la Sala procede a examinar en primer lugar los motivos procesales formulados, que serán desestimados en su integridad, con unas previas consideraciones generales sobre los requisitos formales que debe cumplir una petición de modificación de hechos probados, conforme a consolidada doctrina jurisprudencial de la propia Sala, para

¹⁵ El resumen oficial de la sentencia, que permite tener un buen conocimiento del caso y del fallo de la Sala, es el siguiente: «Despido colectivo que finaliza con acuerdo en el que se contempla el cierre de varios centros de trabajo y la adscripción de los trabajadores que se mantienen a un único centro. La mayoría de los trabajadores en cuestión realizan su labor mediante teletrabajo, sin presencia física en los centros desaparecidos ni en el nuevo centro al que quedan adscritos. Extinción del mandato representativo de los representantes legales de alguno de los centros que desaparecen cuando los trabajadores de los centros desaparecidos se integran en otro que ya cuenta con representantes de los trabajadores. Inexistencia de lesión de la libertad sindical por cuanto que se trata de una mera cuestión de legalidad ordinaria en el que la decisión empresarial se considera ajustada a derecho. Voto Particular».

que pueda tener éxito, con amplias remisiones a la misma, señaladamente la trascendencia de la modificación en el cambio de criterio del fallo y la necesidad de proponer una redacción alternativa cuando se proponga no ya una supresión sino una modificación o adición.

La desestimación tendrá su razón de ser en primer lugar en que la referencia al convenio colectivo de empresa implica una mención al contenido de un texto normativo que no puede tener acceso al relato fáctico, mientras que otras peticiones se refieren a documentos de los que ya se hace mención en la sentencia recurrida, siendo así además que algunas no fueron discutidas en el pleito. Tampoco puede aceptarse una modificación en la que se incorporan valoraciones jurídicas que deben quedar excluidas en todo caso del relato fáctico, ni unas referencias a las razones de la reorganización de la empresa que pudieron tener importancia en el momento de elaboración del acuerdo empresa-representación laboral pero posteriormente ya carecen de incidencia a los efectos del fallo de la sentencia.

Sí será aceptada la argumentación sustantiva o de fondo, consistente en defender que el cierre de tres centros de trabajo llevaba implícito el de los representantes de personal, ya que además dichos cierres se acordaron en el pacto empresa-sindicatos, por lo que no había habido, ni podía haber en modo alguno, vulneración del derecho fundamental de la libertad sindical. Conocemos mejor el contenido del recurso a través de la «síntesis» que efectúa la Sala en los siguientes términos: «la recurrente sostiene que el cese de los representantes de los trabajadores en su condición de tales de los centros que se cerraron con motivo del acuerdo de fecha 23 de julio de 2015 constituye un cese legítimo. Sostiene que la adscripción de los trabajadores a los centros de trabajo correspondientes está prevista en los mencionados preceptos del convenio que se han respetado escrupulosamente. Alega también que el cierre de los centros fue producto del pacto referenciado y que jurídicamente el cierre del centro determina la extinción del mandato de los representantes de los trabajadores, sin que, por tanto, pueda haber existido vulneración de la libertad sindical».

La Sala pasa revista en primer lugar al texto del convenio colectivo aplicable, cuyos arts. 14 y 71 determinan que los derechos de los representantes de los trabajadores se ejercerán tomando en consideración que los teletrabajadores estarán adscritos al centro de trabajo del código de cuenta de cotización. Repasa a continuación la normativa de la LET y concluye con la inexistencia de normativa reguladora de la cuestión del mantenimiento o no de la representación del personal en la LET, salvo la cita del art. 44.5 si bien para utilizarlo a contrario sensu, ya que la referencia contenida en el mismo a que se mantiene el mandato de los representantes del personal cuando un centro de trabajo conserva su autonomía con ocasión del traspaso de empresa implicaría de contrario, según la Sala, que tales mandatos dejarán de tener vigencia cuando el centro no mantenga aquella, «integrándose en otro». La cita es meramente explicativa, sigue diciendo la Sala, porque no hay ninguna transmisión en el caso enjuiciado, y evidentemente así es, pero inmediatamente añade, apuntando hacia donde dirigirá su argumentación más adelante para estimar la tesis empresarial, que la previsión del artículo 44.5, «es reveladora del criterio normativo que exige para el mantenimiento del mandato representativo la conservación de la autonomía del centro de trabajo. Lo que no ocurre en el presente caso, como vimos».

Cita también la Sala el RD 1844/1994 de 9 de septiembre, regulador del reglamento de elecciones a órganos de elección de representantes de los trabajadores en la empresa, refiriéndose a la comunicación a la autoridad laboral, en el art. 25, cuando se produzca

un centro de trabajo y aún esté vigente el mandato electoral, añadiendo inmediatamente, nuevamente para ir apuntando tesis que apunten su argumentación favorable al recurso, que lo dispuesto en dicho precepto «ha sido interpretado doctrinalmente como revelador de que la desaparición del centro de trabajo conlleva la extinción del mandato de los representantes del mismo, debiendo comunicarse a la Oficina pública de registro de elecciones sindicales».

Obsérvese que no hay cita alguna del precepto en que basó en gran medida su argumentación la AN, el art. 67.3 de la LET, ni tampoco referencia alguna a en qué medida los artículos citados del convenio colectivo aplicable podrían ir en contra de normativa indisponible para las partes.

En el apartado 3 del fundamento de derecho tercero la Sala concreta su argumentación, que no es otra que «En la medida en que la conservación del mandato representativo requiere la subsistencia del substrato objetivo y subjetivo o electoral de su representación, es decir, del ámbito en el que fueron elegidos los representantes, la conclusión resultante resulta ser que la desaparición de un centro de trabajo implica la finalización del mandato representativo de los representantes del indicado centro». En apoyo de esta tesis señala, y transcribe parcialmente, varias sentencias del TC y de la propia Sala.

Apunta a continuación cuáles son las excepciones a la regla general enunciada, que además de la antes mencionada sería también la de un cierre fraudulento para privar de representación a los trabajadores, y la del supuesto en el que los representantes son trasladados a un centro en el que no exista representación, admitiéndose por los tribunales que se mantenga ésta por los nuevos incorporados al centro hasta que se convoquen nuevas elecciones.

Pero, sin solución de continuidad, y para concluir con la estimación del recurso, veremos que no se da ninguno de los supuestos mencionados a juicio de la mayoría de miembros de la Sala. La argumentación se basa primeramente en la existencia de una normativa convencional al respecto y su cumplimiento en el caso enjuiciado, siendo así además que en el centro de trabajo de Madrid, al que han quedado adscritos todos los trabajadores ya contaba, y sigue contando con representación de personal (nada encontramos en la sentencia, recuerdo, sobre la posibilidad de que los preceptos del convenio no puedan disponer de una normativa general, ni tampoco sobre el mantenimiento real, y no virtual, de los ahora teletrabajadores en su lugar de trabajo anterior, sin cambio alguno en términos de movilidad geográfica y funcional), así como también que el cierre de los centros de trabajo fue fruto de un acuerdo entre la parte empresarial y el comité intercentros. Corolario de todo lo anterior es que la actuación empresarial fue conforme a derecho y que no hubo en modo alguno vulneración del derecho fundamental de libertad sindical, en cuanto que el debate se centró según la sala (en otro punto relevante de clara divergencia con la tesis de la AN) «en el plano de la legalidad ordinaria», ya que únicamente se habría suscitado entre las partes una discrepancia «sobre las consecuencias para los representantes legales de unos cierres de centros de trabajo que ambas partes habían pactado».

El voto particular discrepante de la magistrado Rosa Virolés acogerá sustancialmente las mismas tesis que las contenidas en la sentencia de la AN, manifestando su desacuerdo con la tesis de la mayoría de la Sala y basándolas en el hecho de que «no se aprecie que la extinción del mandato de la representación legal de los trabajadores supone una

vulneración del art. 28 de la Constitución, art. 4 ET y art. 1 LO. 11/1985 de 2 de agosto, teniendo en cuenta que la adscripción de trabajadores al centro de trabajo de Madrid, y el cierre de los restantes centros, ha sido a efectos meramente administrativos o de gestión interna empresarial, al no haberse producido modificación alguna en las condiciones de trabajo, ni en el modo de llevar a cabo el trabajo para los trabajadores que lo prestan en régimen de “teletrabajo”».

Recuerda la magistrada que los representantes no habían agotado su mandato electoral como consecuencia de las elecciones celebradas en su momento en los centros de trabajo a los que estaban adscritos, y enfatiza y hace suya la tesis de la sentencia de instancia de que la revocación sólo corresponde realizarla a sus electores y nunca a la dirección empresarial «cualesquiera que sean los avatares ocurridos en la empresa», y mucho más cuando, como ocurren en el caso enjuiciado, estaríamos en presencia de un mero reajustes organizativo empresarial, acudiendo a la doctrina sentada en la sentencia de 5 de diciembre de 2013 (Rec. 278/2013), objeto de explicación con anterioridad.

Si no ha existido movilidad, ni geográfica ni funcional, de los trabajadores que habían elegido a sus representantes, con la única particularidad de realizar su trabajo desde su domicilio (teletrabajo) y no desde el centro de trabajo en el que desempeñaban anteriormente su actividad, no hay razón alguna que avale la tesis de la mayoría de la Sala que implica dejar sin cobertura representativa a un porcentaje no desdeñable de trabajadores, más allá de la existencia, que ya se daba con anterioridad al acuerdo, de la representación del centro de trabajo de Madrid. Concluye, pues, el voto, con la afirmación de que la decisión empresarial sí supuso una vulneración del derecho fundamental de libertad sindical, así como de la normativa sindical y laboral (art. 1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y art. 4 de la LET), ya que «en tanto que la adscripción de los representantes de los centros de trabajo cerrados donde fueron elegidos, al centro de trabajo de Madrid, al que han sido adscritos el 41% de los trabajadores de la empresa, no ha de comportar la pérdida de la condición de representantes de dichos trabajadores, que continuarán ostentándola hasta tanto no se hayan promovido y celebrado nuevas elecciones, a salvo de que se produzca alguno de los supuestos de extinción del mandato legalmente previstos, a tenor del artículo 67 del ET, como señala la sentencia de instancia recurrida, que por ajustada a derecho estimo debió confirmarse».

En suma, han quedado claras las divergencias entre las tesis de la AN y la del TS, y dónde ha puesto el acento jurídico cada una de las sentencias (y el voto particular discrepante de la segunda). Más allá del debate jurídico, ciertamente muy relevante porque está en juego la vulneración o no de un derecho fundamental de contenido laboral, la pregunta que queda en el aire es, una vez dictada la sentencia del TS, si los teletrabajadores están debidamente representados, y tengo bastantes dudas de ello.

LA ELECCIÓN DE DELEGADOS SINDICALES EN EMPRESAS MULTICENTRO Y EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADAPTACIÓN PROMOCIONAL DE SU ÁMBITO DE ELECCIÓN

Ricardo Esteban Legarreta

Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Grup de Recerca Drets dels Treballadors Espanyols i Estrangers (DRELATES)

Institut d'Estudis del Treball (IET) - Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL DELEGADO SINDICAL COMO CONFLUENCIA DE DOS REIVINDICACIONES: UNA MAYOR VISIBILIDAD DEL SINDICATO Y UNA MAYOR EFICACIA EN LA ACTIVIDAD REPRESENTATIVA. 3. EL ÁMBITO DE LA EMPRESA MULTICENTRO COMO ESPACIO DE EXPANSIÓN DEL DELEGADO SINDICAL. 3.1. La empresa/centro como espacio «normalizado» de designación de los Delegados Sindicales. Referencia a otros ámbitos. 3.2. Requisitos específicos a cumplir en el ámbito empresarial de la designación. 3.2.1. *La Sección Sindical de empresa como base de elección del Delegado. Trabajadores con derecho de sufragio pasivo.* 3.2.2. *Plantilla de 250 trabajadores. Forma de efectuar el cómputo.* 3.2.3. *El papel de la jurisprudencia en el debate sobre el ámbito y las atribuciones de los Delegados Sindicales y su designación en el caso de empresas multicentro.* 3.2.3.1. *La sentencia de 18 de julio de 2014, clave en el giro favorable a la elección de Delegado a nivel de empresa.* 3.2.3.2. *Presencia del sindicato, ¿en todos los órganos de representación unitaria?* 3.2.3.3. *Algunas cuestiones a propósito del disfrute del crédito de horas por parte de los Delegados Sindicales de Empresa.* 3.2.3.4. *El debate centro/empresa en otros ámbitos competenciales del Delegado Sindical.* 4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU PAPEL EN LA ADAPTACIÓN DEL ÁMBITO DE LOS DELEGADOS SINDICALES A NIVEL DE EMPRESA. 4.1. Referencia al contenido de la negociación colectiva a propósito del ámbito de los Delegados Sindicales. 4.1.1. *Cláusulas convencionales simples.* 4.1.2. *Cláusulas complejas que combinan reducción de plantilla y porcentaje de afiliación. Un apunte sobre la verificación del volumen de trabajadores afiliados.* 4.1.3. *Referencia a otras cláusulas convencionales.* 4.2. Algunas cuestiones de legalidad suscitadas por el clausulado promocional de los Delegados Sindicales. 5. CONCLUSIONES

1. PLANTEAMIENTO

Esta aportación tiene por objeto la aproximación a una cuestión de notable complejidad y amplio recorrido jurisprudencial, teniendo en cuenta que la determinación del ámbito de designación y de actuación de los Delegados Sindicales ha sido y sigue siendo una cuestión polémica con una abundante ramificación de debates.

A este respecto, el capítulo se divide fundamentalmente en dos grandes bloques temáticos. El primero de ellos, que abarca los epígrafes 2 a 3, se detiene en el debate empresa-centro como ámbito natural de implantación de los Delegados, una cuestión

que con carácter general está razonablemente clarificada hoy en día, aunque una mirada atenta a la doctrina judicial y a la jurisprudencia permite detectar que el debate sigue vivo en los detalles. Como es sabido, la polémica constituye una pugna entre un interés sindical que se inclina por potenciar al Delegado Sindical en tanto que representante del conjunto de las diversas unidades de la empresa multicentro, y una posición defendida en ámbitos empresariales que se ha resistido a admitir que el ámbito del Delegado vaya más allá del centro de trabajo. En la aproximación, el texto se detiene en las condiciones a cumplir para la designación del Delegado —constitución de Sección Sindical, volumen de plantilla, presencia en los órganos unitarios de representación—, ofreciendo además una panorámica de la evolución jurisprudencial experimentada en la materia.

El segundo bloque temático se localiza en el apartado 4, y se detiene en diversas cuestiones jurídicas suscitadas por el papel de la negociación colectiva en la promoción de la figura de los Delegados Sindicales. En este sentido, los Convenios Colectivos han allanado el camino a los Delegados a través de la fijación de ámbitos de implantación más asequibles, fundamentalmente mediante la reducción de la plantilla por debajo de los 250 trabajadores, necesaria legalmente para su designación. A estos efectos, el trabajo expone y analiza las grandes tipologías de cláusulas convencionales que intervienen en la materia, apartado en el que se resaltan las dificultades específicas generadas por las exigencias convencionales de presencia de trabajadores afiliados. Asimismo, el apartado dedica algunas páginas a cuestiones jurídicas de alcance general suscitadas por el contenido de los Convenios dirigido a facilitar la designación de Delegados Sindicales.

2. EL DELEGADO SINDICAL COMO CONFLUENCIA DE DOS REIVINDICACIONES: UNA MAYOR VISIBILIDAD DEL SINDICATO Y UNA MAYOR EFICACIA EN LA ACTIVIDAD REPRESENTATIVA

El debate a propósito del ámbito de los Delegados Sindicales está directamente vinculado a la búsqueda de una mayor eficacia en la actuación de los órganos de representación de los trabajadores, si bien converge en este caso otra razón adicional; a saber, la creciente demanda de una mayor visibilidad del sindicato en la empresa. En este sentido, la constitución de Secciones y la designación de Delegados LOLS permite visibilizar al sindicato como figura que actúa en defensa y promoción de los derechos de los trabajadores, en un contexto en el que la preeminencia de los órganos unitarios ha desdibujado a las centrales sindicales en la empresa¹.

¹ Como señala LAHERA FORTEZA, Jesús: «Reformas y alternativas a la representatividad sindical en España», en AA.VV.: *Representación y libertad sindical. Límites a la libertad sindical negativa, la mayor representación sindical y su necesaria revisión*, Madrid, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, 2015, p. 193 el sistema otorga un mayor protagonismo a las representaciones unitarias sobre las sindicales, de modo que estas últimas solo gozarán de relieve «en ámbitos de gran afiliación de los trabajadores y siempre que el sindicato haya optado por esta estrategia». NIETO ROJAS, Patricia: *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2015, p. 51, subraya en la misma línea que la descentralización de la acción sindical al ámbito empresarial es un factor decisivo no solo desde el mantenimiento de los derechos laborales sino también desde el punto de vista de la conexión de las centrales con los trabajadores. Sin olvidar, lo señalado por ÁLVAREZ CUESTA, Henar: *Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la mayor representatividad*, Granada, Comares, 2006, p. 190 en el sentido de que los sindicatos siguen vinculados al ámbito sectorial y les

Ahora bien, el interés por las estructuras representativas de carácter sindical deriva también de la estricta vinculación de delegados de personal y comités de empresa al centro de trabajo del artículo 1.5 TRLET²; de ahí la necesidad de estructuras de representación más maleables³. En este sentido, sin perjuicio de la aparente libertad de elección de ámbito que cabría deducir de los artículos 62 y 63 TRLET, el espacio de constitución y de convocatoria de elecciones a órganos unitarios debe ser imperativamente el centro de trabajo⁴, todo ello dejando de lado las excepciones del comité conjunto y del comité inter-centros (arts 63.2 y 63.3 TRLET), que por diversas razones no constituyen una solución real al problema de la dispersión de las representaciones unitarias básicas⁵. Esta situación genera disfunciones que son ampliamente conocidas; a saber, una desigual constitución de representaciones en los diversos establecimientos de empresas multicentro, además de la imposibilidad de escoger delegados de personal en centros de trabajo de menos de seis trabajadores o, en fin, el sometimiento del proceso electoral al acuerdo de la mayoría de los trabajadores en centros de hasta 10 trabajadores. Todo ello alimenta una disfunción clave; a saber, no se facilita la organización de las representaciones unitarias a nivel de empresa, que es donde se toman habitualmente las decisiones, sin perjuicio de que en ocasiones el espacio de toma de decisiones está todavía más allá de la empresa, como sucede es el caso de los grupos.

Lo cierto es que estos obstáculos pueden soslayarse o al menos matizarse mediante la constitución de Secciones Sindicales y, en su caso, la elección de Delegados Sinciales a nivel de empresa multicentro, y buena muestra de todo ello es el impulso positivo del

cuesta «amoldarse a las nuevas formas de organización del capital». De todos modos, algunas voces han matizado esta perspectiva al señalar que el actual modelo no desdibuja tanto al sindicato en la empresa, considerando la intensa sindicalización de los órganos unitarios. Así lo expresa Escudero Rodríguez, Ricardo: «Otras formas de acreditar la mayor representatividad: la dificultad de encontrar un criterio alternativo al de la audiencia electoral», en AA.VV.: *Representación y libertad sindical. Límites a la libertad sindical negativa, la mayor representación sindical y su necesaria revisión*, Madrid, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, 2015, p. 170.

² Sobre esta espinosa cuestión, puede verse en general: Vivero Serrano, 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*, 2017, n.º 194.

³ BAYLOS GRAU, Antonio: *Sindicalismo y derecho sindical*, Albacete, Bomarzo, 2019, 7.ª edición, pp. 54 y 55.

⁴ Como señala CRUZ VILLALÓN, Jesús: «La representación de los trabajadores en los grupos de empresas», en Valdés Dal-Ré, Fernando y Molero Marañón, María Luisa, (Directores): *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Madrid, MTIN-Fundación Francisco Largo Caballero, 2010, p. 65, la rigidez y la dificultad a la hora de modificar dicho marco derivan de la incidencia de las elecciones «sindicales» de primer nivel en la representatividad sindical. De todos modos, el carácter de derecho necesario absoluto del ámbito de las representaciones unitarias es una cuestión controvertida, como destaca Ysàs Molinero, Helena: «Reflexiones sobre el comité conjunto o cómo reestructurar los órganos unitarios para mejorar la cobertura representativa en las empresas», *Revista de Derecho Social*, 2020, n.º 85, p. 202 a 205.

⁵ Sobre el particular es de especial interés el análisis de Ysàs MOLINERO, Helena: «Reflexiones sobre el comité conjunto...», ob. cit., pp. 196-199, donde se destaca el cúmulo de circunstancias que lastran al comité conjunto —entre otras, la exclusión de los centros de menos de seis trabajadores o la prohibición del delegado conjunto— y al comité intercentros: entre otras, la necesidad del pacto en Convenio para su constitución o la limitación de sus competencias e incluso de su número de miembros.

Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio al papel de las Secciones en las comisiones representativas del artículo 41.4 TRLET. En este contexto, la singularidad de los Delegados Sindicales respecto a las Secciones deriva de dos circunstancias. La primera, que la determinación del ámbito de las Secciones Sindicales ha sido por lo general una cuestión fuera de debate en el entorno del centro o de la empresa. Así lo ha subrayado la STC 173/1992, de 29 de octubre, afirmando que la LOLS no *«impide en modo alguno que se constituyan Secciones Sindicales en cualesquiera unidades productivas, con independencia de la forma en que ésta se organice y de las características de su plantilla. De hecho, al no supeditar la constitución de Secciones Sindicales a requisito alguno de representatividad del Sindicato o de tamaño de las empresas o de los centros, se posibilita la presencia de todo Sindicato en cualquier lugar de trabajo»*.

Sin embargo, esta libre elección de ámbito no ha sido ni mucho menos tan apacible en el terreno de los Delegados Sindicales, sin perjuicio de que la jurisprudencia iniciada mediante la STS de 18 de julio de 2014 (rec 91/2013) haya reconducido la cuestión. A este respecto, y a pesar de que el artículo 10 LOLS prevé el derecho a elegir Delegados *«En las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo»*, los tribunales han cuestionado esta libertad de elección de ámbito, cuestionamiento facilitado porque nos encontramos en un contexto de contenido adicional de la libertad sindical. Sin duda, se ha sobreentendido que la designación del Delegado a nivel de empresa constituía una conducta abusiva por parte de las centrales, reticencia que se expresa en el voto particular de la emblemática STS de 18 de julio de 2014.

En segundo lugar, la singularidad del Delegado deriva de la titularidad de un mayor volumen de competencias que las Secciones para actuar en beneficio de los trabajadores, lo que redundaba de un modo especialmente sensible en una mayor visibilidad del sindicato en la empresa. En su ámbito de intervención, el Delegado Sindical de la LOLS contará con importantes atribuciones previstas en el artículo 10.3 de la LOLS, que le van a permitir un margen de actuación que superará su condición de mero representante interno de la Sección. A este respecto, cuando el Delegado Sindical LOLS no forme parte del comité de empresa disfrutará de las mismas garantías y prerrogativas previstas en el artículo 68 TRLET para representantes unitarios, así como de algunas de las atribuciones previstas en el artículo 64 TRLET para los miembros de comité de empresa y delegados de personal; a saber: a) disponer de acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa; b) asistir a las reuniones de los comités de empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad y salud o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, con voz pero sin voto y, en fin, c) tendrán el derecho a *«ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general, y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos»*.

De todos modos, cabe señalar algunos matices a lo afirmado hasta ahora. Así, la Sección Sindical ha ganado peso y visibilidad en la empresa, con independencia de que la unidad productiva alcance una plantilla de 250 trabajadores y con independencia, por tanto, de que se pueda designar Delegado Sindical. En este sentido, ya se ha señalado que el RDL 7/2010 ha contribuido significativamente a una mayor relevancia a las Secciones en la constitución de la comisión representativa del artículo 41.4 TRLET, especialmente

cuando la comisión afecta a diversos centros de trabajo. De otro lado, se detectan algunos modelos de organización sindical en los que parece primar un funcionamiento horizontal y/o «interno» de la Sección en la empresa —o en el grupo—, modelos en los que no se busca tanto la visibilidad sindical a través del Delegado, sino que se mantiene una intervención a través de portavoces o representantes «internos»⁶.

3. EL ÁMBITO DE LA EMPRESA MULTICENTRO COMO ESPACIO DE EXPANSIÓN DEL DELEGADO SINDICAL

En las líneas que siguen, se abordará una aproximación al debate central en materia de ámbito de Delegados Sindicales: su implantación a nivel de empresas multicentro. El apartado servirá para abordar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 10 LOLS en este tipo de organización empresarial.

3.1. La empresa/centro como espacio «normalizado» de designación de los Delegados Sindicales. Referencia a otros ámbitos

El artículo 10 LOLS prevé que las Secciones Sindicales que cumplan los requisitos previstos en la Ley estarán representadas por Delegados Sindicales en empresas o en centros de trabajo, de modo que cabría calificar a ambos ámbitos como «normalizados» o estándar. Es más, cabría incluso interpretar que el ámbito preferente de las representaciones sindicales —especialmente del Delegado—, es la empresa, considerando la literalidad del artículo 10.1 LOLS que se refiere al Delegado como representante «*En las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo*»⁷. Otra cosa es que, como veremos, ese aparente marco de libertad de opción no ha sido siempre interpretado como tal por la jurisprudencia. Por lo demás, la libertad de autoorganización sindical a la hora de escoger Delegados Sindicales a nivel de empresa o a nivel de centro va a implicar que o bien se escogen en un ámbito o en otro, sin perjuicio de que unos pocos Convenios Colectivos de empresa matizan ese principio y admiten la posibilidad de que se escojan simultáneamente Delegados a nivel

⁶ Un ejemplo de este modelo lo tenemos en la Sección de la central CCOO en el Grupo Almirall, aunque quizás el hecho de que nos hallemos en un grupo mercantil y no en una empresa contribuye a la consolidación de prácticas alternativas. En todo caso, la falta de Delegados Sindicales de grupo —figura a la que después se aludirá y que no se prevé expresamente en la LOLS—, no impide que esta Sección y sus responsables ejerzan la interlocución de primer nivel con el grupo de empresas, especialmente en materias que tienen un alcance de grupo. Además, la Sección gestiona una bolsa de horas correspondientes a los representantes unitarios escogidos en los diversos centros del grupo en las listas del sindicato. Y dichas horas pueden ser también disfrutadas por los responsables de la Sección, y sirven asimismo para permitir que haya algunos liberados en la estructura de la Federación de Industria de la central. Datos facilitados por la Sra Antonia Miñana, Secretaria General de la Sección de CCOO en el Grupo Almirall, en la entrevista mantenida el 14 de abril de 2020.

⁷ MIÑARRO YANINI, Margarita: «La representación unitaria se “independiza” de la unitaria: el crédito horario de los delegados sindicales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social del CEF*, 2014, n.º 381, p. 165, subraya cómo «para los Delegados Sindicales la referencia que aparece en primer lugar es la empresa y solo “en su caso” aparece el centro de trabajo».

de centro y Delegados de empresa, ejerciendo estos últimos su actividad en cuestiones de alcance empresarial o «supracentro»⁸.

Más allá de la empresa o el centro, cabe advertir que el Delegado Sindical LOLS escogido en otros ámbitos no podría oponerse a la empresa, a salvo de lo que pueda establecer la negociación colectiva. En el caso de los grupos de empresas, La STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 7 de mayo de 2018 (rec 615/2018)⁹ señala que no es posible atribuir a la Sección «*dentro del grupo mercantil la consideración y facultades que los artículos 8 y 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical reservan para las secciones sindicales de ámbito de empresa o centro de trabajo*», todo ello a pesar de que la Sección podría contar con legitimación para negociar el Convenio Colectivo del grupo¹⁰. A mayor abundamiento la STS de 16 de septiembre de 2010 (rec 31/2009) ha subrayado que las Secciones Sindicales y especialmente, los Delegados Sindicales LOLS «de grupo» únicamente serían oponibles ante el empleador en dos casos. De un lado, en la medida en que nos hallemos ante un grupo de empresas a efectos laborales porque tras la apariencia del grupo estamos en realidad ante una empresa. De otro, cuando la designación del Delegado de grupo se haya pactado mediante Convenio, lo que sucede en algunos sectores y grupos específicos, aunque lo cierto es que hay pocas manifestaciones en este sentido¹¹.

Asimismo, nada obstaría a que en el ejercicio de su derecho de autoorganización, una central promoviese una Sección que agrupe conjuntamente a los trabajadores de la empresa principal y de alguna o algunas empresas contratistas que confluyan en el centro de la principal (art. 42.4 TRLET), un fenómeno que encajaría en el espectro de las «empresas en red»¹². Ahora bien, esta situación no obligaría a la empresa o empresas a reconocer prerrogativas a la Sección o a aceptar la designación de Delegados Sindicales ya que no estamos en sentido formal en el ámbito de una empresa o de un centro de trabajo con plantilla homogénea en el sentido del artículo 1.5 TRLET, sin perjuicio, de nuevo, de que

⁸ A título de ejemplo, los CC de Fertiheria SA, (BOE de 6 de agosto de 2018, con vigencia hasta 31 de diciembre de 2021), y de Repsol Butano (BOE de 20 de agosto de 2018 con vigencia hasta 31 de diciembre de 2019), prevén un Delegado de empresa para las centrales que cumplan los requisitos, en el bien entendido que dicho Delegado de empresa será adicional a los que se hayan escogido a nivel de centro de trabajo.

⁹ Una sentencia que sigue una amplia jurisprudencia referenciada por NIETO ROJAS, Patricia: *Las representaciones...*, ob. cit., p. 249, nota núm. 207.

¹⁰ Así lo subrayan MERCADER UGUINA, Jesús y otros «Libertad sindical, representación en la empresa y conflicto colectivo», *Aranzadi Instituciones*, consultable en la referencia BIB 2018/14562, p. 4 de la versión electrónica.

¹¹ Al respecto, puede verse el análisis efectuado en Esteban LEGARRETA, RICARDO: *El ámbito de las representaciones sindicales*, Albacete, Bomarzo, 2020, pp. 113 y ss en las que se señalan algunas manifestaciones recogidas en CC de Grupo, como es el caso de los Convenios Colectivos del Grupo Generali, (BOE de 17 de julio de 2017, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020); CC del Grupo Endesa (BOE de 17 de junio de 2020, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2023). Además, tenemos el CC del Grupo Iberdrola (BOE de 9 de agosto de 2017, con vigencia hasta diciembre de 2020).

¹² Sobre la noción, puede verse GARCÍA QUIÑONES, Juan Carlos: «La representación sindical interempresa o territorial», en Valdés Dal-Ré, Fernando y Molero Marañón, María Luisa, (Directores): *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Madrid, MTIN-Fundación Francisco Largo Caballero, 2010, pp. 127 a 130. En el estudio, se añade una sugerente delimitación entre grupo de empresas y red empresarial (pp. 130-31).

lo que pueda pactarse a través de la negociación colectiva. Por lo demás y aunque fuese rebajando el alcance de sus competencias, sería conveniente que la LOLS contemplase en su texto, ámbitos de Delegados que vayan más allá del centro o de la empresa, lo que sin duda tendría un impacto promocional sobre la negociación colectiva.

3.2. Requisitos específicos a cumplir en el ámbito empresarial de la designación

Partiendo de la aceptación jurisprudencial del Delegado de empresa, se ha de señalar que su posible elección dependerá de que en el correspondiente ámbito se cumplan una serie de requisitos que se analizarán a continuación, como son la previa constitución de la Sección, la plantilla mínima de 250 trabajadores y, en fin, el requisito de presencia en alguno de los órganos unitarios constituidos en la empresa (art. 10 LOLS). Dado el abrumador peso de la jurisprudencia en relación con este último requisito, su comentario se ha desplazado al apartado 3.3.3.2 de este capítulo.

3.2.1. *La Sección Sindical de empresa como base de elección del Delegado. Trabajadores con derecho de sufragio pasivo*

Como punto de partida cabe recordar que el Delegado Sindical será designado por los trabajadores afiliados del centro de trabajo o de la empresa en base a los estatutos de la central (art. 10 LOLS). De ahí que la elección de uno o de diversos Delegados multicentro exigirá la previa constitución de la Sección de empresa y el respeto al principio de elección democrática mediante la votación de los trabajadores afiliados. Esta cuestión no es problemática ya que los Estatutos sindicales suelen inclinarse, por omisión, por la constitución de Secciones a nivel de empresa como sucede con los Estatutos de la central LAB (2018), aunque otras normas estatutarias, como el Reglamento estatal de Secciones de USO (2014) admite la constitución a nivel de centro (art. 5). Con carácter excepcional, algunos Estatutos subrayan una rotunda preferencia por el ámbito de empresa, como es el caso de los Estatutos de Comisiones Obreras de Cataluña (CONC, 2017) cuyo artículo 15 prevé que «*Con carácter general la constitución de secciones sindicales se realizará en el ámbito de la empresa, con independencia de si esta tiene uno o diversos centros de trabajo, y adoptará el nombre genérico de sección sindical de empresa de Cataluña*»¹³. En todo caso, los trabajadores afiliados a la central deberán cumplir escrupulosamente con los requisitos establecidos en los Estatutos cuando procedan a constituir la Sección de empresa o estatal (STS de 19 de febrero de 2020 [rec 169/2018¹⁴]).

Cabe subrayar que en el modelo español la previa existencia de Sección Sindical es una condición *sine qua non* para la elección del Delegado Sindical ya que no va a ser

¹³ De todos modos, los Estatutos admiten la posibilidad de constitución de (sub)Secciones de centro. Es más, insisten en la necesidad de indicar los centros bajo los cuales desarrollará su actividad la Sección Sindical.

¹⁴ En el caso enjuiciado los trabajadores afiliados a la central UGT no habían cumplido con los requisitos establecidos por la central para constituir una Sección de alcance empresarial o «estatal», lo que acarrió la declaración de nulidad del Convenio Colectivo de empresa firmado por la Sección.

posible que el el Delegado sea nombrado por el sindicato, como sucede en otros países¹⁵ o como se sugiere en manifestaciones análogas previstas en las negociación colectiva a la que posteriormente me referiré. De este modo, el Delegado Sindical no es un simple representante del sindicato en la empresa, sino que la lógica de «funcionamiento democrático» (arts. 7 CE y 10 LOLS) lleva a la exigencia de una designación por parte de los trabajadores afiliados.

En lo que concierne al trabajador objeto de designación, los Estatutos de las centrales sindicales podrían establecer condiciones de antigüedad o de edad pero lo cierto es que no suelen establecer limitaciones al respecto. Por lo tanto, desde un punto de vista de sufragio pasivo cabe entender que puede ser Delegado Sindical cualquier trabajador de la plantilla afiliado a la central, de modo quien vaya a desempeñar funciones de Delegado Sindical puede estar empleado en cualquier centro de trabajo o dependencia de la empresa. A este respecto, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 2016 (procedimiento 254/2016/JUR 2016/236993) aborda la cuestión a propósito de si los Delegados Sindicales de empresas multicentro deben estar empleados en centros de trabajo en los que se hayan constituido órganos unitarios de representación y cuenten con 250 o más trabajadores. El Tribunal rechaza esta interpretación restrictiva —y cabría añadir que maliciosa, tras la consolidación del criterio de la STS de 18 de julio de 2014— del artículo 10 LOLS. Por lo tanto, el requisito de presencia del sindicato en los órganos unitarios no ha de condicionar el «origen» del Delegado, que puede proceder de cualquier centro de trabajo, entre otras cosas porque de acuerdo con lo previsto en la Ley, el Delegado tampoco tiene por qué ser miembro de comité de empresa; simplemente ha de ser miembro de la plantilla y estar afiliado a la central. Todo ello sin perjuicio de lo que pueda establecerse en cláusulas de mejora establecidas en la negociación colectiva a las que posteriormente me referiré.

3.2.2. *Plantilla de 250 trabajadores. Forma de efectuar el cómputo*

En lo que concierne al requisito de los 250 trabajadores el artículo 10.1 LOLS establece que deberán computarse todos los trabajadores, cualquiera que sea la naturaleza de su contrato y su antigüedad, cómputo que debería realizarse en el momento en el que se proceda a la designación, de acuerdo con lo expresado en la Ley. No obstante, la STS de 26 de abril de 2010 (recud 1777/2009)¹⁶ ha abierto un debate un tanto forzado entre dos posiciones; a) la del cómputo de la plantilla en el momento en el que se produce la designación de los Delegados Sindicales, que sería la correspondiente a la literalidad de la LOLS o bien, b) la de que el cómputo de la plantilla se determine a través de las reglas del artículo 72 TRLET, que como es sabido pretende cuantificar de un modo más ponderado una suerte de promedio anual de plantilla. La STS de 26 de abril de 2010 concluye que a falta de un criterio legal, es razonable aplicar analógicamente las reglas del artículo 72.2

¹⁵ AUZERO, Gilles.; BAUGARD, Dirk. y DOCKÈS, Emmanuel: *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 32.^a edición, 2019, pp. 1381 y 1382, apuntan a que en Francia la designación se llevará a cabo por el sindicato.

¹⁶ Confirma el criterio la STS de 6 de febrero de 2019 (recud 224/2017). También lo aplica recientemente la SAN de 24 de junio de 2020 (JUR\2020\200092).

TRLET teniendo en cuenta que la determinación de la plantilla el día en el que se produce la designación, podría no reflejar adecuadamente el promedio anual de trabajadores y abriría la puerta a estrategias de conveniencia. Ahora bien, sin perjuicio de que esa solución pueda parecer más razonable, cabe matizar que no nos hallamos ante una laguna, porque el artículo 10.1 LOLS ya ofrece un criterio de cálculo, aunque sea susceptible de alimentar los conflictos entre la empresa y las Secciones Sindicales implantadas.

En todo caso, la cifra de los 250 trabajadores es insoslayable, de modo que con la salvedad de lo que pueda prever el Convenio Colectivo, no es posible designar Delegados Sindicales del artículo 10 LOLS si no se alcanza esa cifra de plantilla (STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 4 de septiembre de 2001 [rec 288/2001] y STSJ de Andalucía/Sevilla de 26 de mayo de 2020 [rec 427/2020]). Ahora bien, en el cómputo dirigido a determinar si se alcanza una plantilla de 250 trabajadores se tendrán en cuenta a todos los trabajadores de la empresa, incluyendo a los que desempeñen actividad en centros de menos de seis trabajadores y de menos de 11 trabajadores, establecimientos para los que el artículo 62 TRLET prevé, respectivamente, la imposibilidad de elegir delegado de personal o la necesidad de acuerdo mayoritario de la plantilla como condición para proceder a dicha elección¹⁷. Por lo tanto, ante la rotundidad del artículo 10 LOLS en cuanto a los trabajadores computables, no cabe aplicar en el ámbito de los Delegados Sindicales las cortapisas previstas en el TRLET para las representaciones unitarias.

3.2.3. *El papel de la jurisprudencia en el debate sobre el ámbito y las atribuciones de los Delegados Sindicales y su designación en el caso de empresas multicentro*

Efectuada la aproximación a estas cuestiones preliminares, abordaré a continuación el análisis de la evolución jurisprudencial sobre el debate a propósito del ámbito —empresa o centro— de los Delegados Sindicales. Con carácter preliminar cabe advertir que en ocasiones el objeto de la controversia no se centra en la aceptación o el rechazo del Delegado Sindical por parte de la empresa. El debate suele girar en torno al volumen de crédito horario, que la empresa pretende calcular e imponer a nivel de centro, no a nivel de empresa. En otros casos la controversia se centra en el derecho del Delegado a la obtención de información del conjunto de la empresa o en torno a la prerrogativa de ser oído ante la imposición de sanciones a cualquier trabajador afiliado a su central, con independencia del centro en el que desempeñe actividad.

En un principio, el planteamiento jurisprudencial era favorable a la elección de Delegados Sindicales a nivel de empresa —sin perjuicio de que se aceptase la elección a nivel de centro— lo que se plasmó en las sentencias del TS de 15 de julio de 1996 (recud 3432/1995) y de 28 de noviembre de 1997 (recud 1092/1997). Sin embargo, en 2006 emerge una jurisprudencia contraria a que Secciones Sindicales de empresa multicentro pudiesen designar Delegados Sindicales aprovechando que la plantilla global superaba los

¹⁷ Obsérvese que la jurisprudencia aplica estas limitaciones en el cómputo de la plantilla —y por ende en el cómputo de los centros de trabajo— para la elección de comité conjunto del artículo 63.2 TRLET. Al respecto Ysàs Molinero, Helena: «Reflexiones sobre el comité conjunto...», ob. cit., p. 198.

250 trabajadores. Dicho planteamiento, reflejado en la STS de 5 de septiembre de 2006 (recud 1643/2005)¹⁸, confirmaba el criterio empresarial según el cual solo era posible la elección de Delegados Sindicales de centro o de empresa con único centro y siempre y cuando se alcanzase la dimensión mínima requerida por la Ley —250 trabajadores—, o la que exigiese en su caso el Convenio Colectivo.

Como posición matizada a la anterior, la STS de 11 de noviembre de 1998 (recud 2123/1998) insistía en la idea de que la designación de Delegados Sindicales debería darse en el ámbito productivo en el que se hubiesen escogido los órganos unitarios de representación. Ahora bien, *obiter dicta*¹⁹, el Tribunal Supremo abría la puerta al Delegado «de centros», en plural, en la medida en que estos se hubiesen agrupado para escoger un comité de empresa conjunto del artículo 63.2 TRLET, y siempre que la plantilla de la agrupación de centros alcanzase la cifra de 250 trabajadores.

3.2.3.1. *La sentencia de 18 de julio de 2014, clave en el giro favorable a la elección de Delegado a nivel de empresa*

La STS de 18 de julio de 2014, comporta un giro hacia las posiciones mantenidas inicialmente por este tribunal, y surge en el marco de un conflicto centrado en valorar si en empresas con más de 250 trabajadores a nivel multicentro, los Delegados y las Secciones disfrutaban por concesión empresarial de derechos que pueden someterse a espiguelo. En este caso, la empresa rechazaba aceptar un crédito sindical basado en el conjunto de la plantilla y pretendía aplicar el crédito de horas correspondiente a la plantilla del centro en el que trabajan los Delegados²⁰. En esta situación, la clave del giro jurisprudencial se basó en considerar que nos hallamos ante Delegados LOLS porque el derecho de autoorganización sindical implica la libertad de identificar como propio el ámbito de la empresa o

¹⁸ En dicha resolución, la trabajadora designada Delegada Sindical desempeñaba su actividad en un centro de trabajo con una plantilla de en torno a 70 trabajadores, si bien la empresa acreditaba una plantilla superior a los 250 trabajadores, si al centro de trabajo de la Delegada se añadía una agrupación de centros de más de 400 trabajadores que había escogido un comité conjunto.

¹⁹ Se trata de una afirmación *obiter dicta*, teniendo en cuenta que en el supuesto de enjuiciamiento no nos encontrábamos propiamente ante un comité conjunto sino ante una empresa, Binter Canarias, que disponía de dos comités de empresa en sendos centros que por separado no alcanzaban los 250 trabajadores, ya que el centro de Las Palmas era de 190 trabajadores y el centro de Tenerife era de 104. Además, las reticencias de la STS de 10 de noviembre de 1998 no se ciñen a la falta de un centro que alcance los 250 trabajadores sino que se añade otra exigencia incumplida en el caso, la presencia del sindicato en ambos comités de empresa, una cuestión ambigua a la luz del contenido de la LOLS, y que se aborda más adelante.

²⁰ A este respecto, la empresa había «asumido» el nombramiento de los Delegados pero no les reconocía el crédito de horas tomando en consideración el volumen de plantilla de la empresa —para el que corresponderían 40 horas mensuales, a la luz de la escala del artículo 68 TRLET—, sino que les concedió únicamente un volumen de 20 horas mensuales, considerando que los centros en los que desempeñaban su actividad tenían una plantilla inferior a los 250 trabajadores. No es este el único caso en el que se discuten las horas dedicadas a actividades representativas a los Delegados Sindicales. De hecho, en la STS de 6 de junio de 2017 (recud 216/2016) el planteamiento de la empresa es bastante más burdo ya que se insiste en no reconocer el crédito al Delegado porque no hay ningún centro con más de 250 trabajadores, si bien el Delegado Sindical es de empresa multicentro y la organización cuenta con más de 250 trabajadores de plantilla.

el del centro. Se trataría no solo de un derecho a la constitución de la Sección de empresa sino también a la elección de Delegados Sindicales de empresa multicentro, y todo ello con independencia de que en la organización o empresa haya centros de trabajo con más de 250 trabajadores y con independencia de que el órgano unitario se haya constituido en el marco del comité conjunto del artículo 63.2 TRLET. A este respecto, el criterio jurisprudencial recuerda que hay muy pocos centros de trabajo con más de 250 trabajadores, de modo que una interpretación vinculada a nivel de centro mantendría a los Delegados Sindicales en la marginalidad.

A partir de aquí la jurisprudencia ha ido más allá y ha aceptado matices de mayor flexibilidad de modo que la libertad de elección del ámbito de los Delegados Sindicales deberá respetarse por la empresa, incluso cuando se produzca un cambio sobrevenido en el nivel de organización de las Secciones; por ejemplo, cuando se cambie de un modelo de Sección de empresa multicentro a un modelo de Sección de centro, posibilidad aceptada por la STS de 21 de junio de 2016 (rec 182/2015) y reiterada entre otras por la STS de 7 de marzo de 2017 (recud 202/2016).

3.2.3.2. *Presencia del sindicato, ¿en todos los órganos de representación unitaria?*

El artículo 10 LOLS subraya que para escoger Delegados será necesario que la Sección Sindical acredite presencia en el comité o comités de empresa, de modo que la ausencia de representaciones unitarias en la empresa sería un impedimento para designar Delegados Sindicales LOLS. La cuestión está en determinar qué volumen de presencia será necesario a estos efectos

Y en este punto donde surge una de las ramificaciones más interesantes del debate jurisprudencial, en la que el Alto Tribunal mantiene una postura flexible. Así, en el supuesto central en este capítulo —las empresas multicentro— el Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que no es necesario acreditar presencia en todos los comités (STS de 28 de noviembre de 1997, recud 1092/1997), una lógica que va a facilitar la designación de Delegados Sindicales, en sintonía con la STS de 18 de julio de 2014. En este sentido, la jurisprudencia y la doctrina judicial aceptan simplemente una mínima presencia en uno o en unos pocos comités, considerando que la LOLS no establece un criterio de fuerte implantación. Así se pronuncia la STS de 25 de enero de 2018 (recud 30/2017) en la que el sindicato que ha constituido la Sección Sindical de empresa acredita presencia en tres órganos de representación unitaria del total de 10 que hay constituidos en la empresa. A estos efectos, subraya la sentencia que *«la literalidad de la norma no indica que deba tenerse representación en todos los órganos representativos (...) Tampoco cuantifica la intensidad o proporción de representantes exigidos, lo que invita a pensar (ubi lex non distinguit...) es válida cualquiera que sea»*.

Parecidos son los supuestos abordados mediante las SSTS de 27 de octubre de 2016 (rec 281/2015) y de 14 de febrero de 2020 (rec 130/2018). Asimismo, siguen esta misma línea para casos más extremos la STS de 3 de febrero de 2017 (recud 39/2016) en la que la reivindicación de un Delegado Sindical de empresa se plantea en una empresa pública en la que el sindicato recurrente, cuenta solamente con uno de los 27 representantes unitarios de la empresa. Asimismo las sentencias del TS de 6 de junio de 2017 (recud 216/2016) y

de la AN de 12 de julio de 2019 (rec 129/2019) abordan recursos en el caso de Secciones que acreditan presencia en uno de los comités con un único representante.

Por lo demás, no es posible a la luz de la LOLS exigir implantación mediante afiliados, cuestión debatida en la STSJ de Galicia de 21 de mayo de 2019 (rec 20/2019) en la que se subraya que la falta de afiliados en algún centro tampoco constituye obstáculo a la designación de Delegados Sindicales de empresa multicentro. En este sentido, se ha de insistir en que la implantación sindical mediante afiliación no constituye una exigencia legal para la designación de Delegados, más allá de la afiliación que la propia normativa de la central exija para la constitución de la Sección. Cosa diferente, como veremos en un punto más avanzado de este trabajo, es que la negociación colectiva facilite la designación de Delegados LOLS en empresas de menos de 250 trabajadores bajo la condición de que se alcance un determinado volumen de afiliación.

3.2.3.3. *Algunas cuestiones a propósito del disfrute del crédito de horas por parte de los Delegados Sindicales de empresa*

El disfrute del crédito de horas por parte de los Delegados Sindicales multicentro ha dado lugar a una abundante serie de debates, que han generado otras tantas soluciones jurisprudenciales *ad hoc*. Como es sabido, el artículo 10.3 LOLS reconoce a los Delegados Sindicales las mismas garantías que las previstas para los miembros de los comités de empresa, lo que incluye el acceso al crédito de horas del artículo 68 e] TRLET. El volumen del crédito de horas va a depender de la plantilla del centro de trabajo, de modo que la escala del artículo 68 e] TRLET parte de un mínimo de 15 horas mensuales en centros de hasta 100 trabajadores, hasta un máximo de 40 horas mensuales en centros de trabajo de 750 o más trabajadores²¹. El eje central del debate radica en cuál va ser el ámbito para determinar el volumen de horas de representación para los Delegados Sindicales: o el centro o la empresa.

El primero y más clásico de los debates, abordado por la STS de 18 de julio de 2014 se centra en determinar si el Delegado de empresa multicentro debe disfrutar del crédito sindical en base a la plantilla del centro de trabajo en el que el Delegado presta servicios, o bien si este crédito debe disfrutarse en base a la plantilla del conjunto de la empresa. El supuesto abordado por la sentencia es de notable interés, dado que en la empresa de más de 1400 trabajadores de plantilla no había ningún centro de 250 trabajadores, lo que llevaba a la empresa a reconocer de modo graciable un crédito de 20 horas a cada Delegado, acorde con la plantilla de los centros en los que se prestaba servicios; de entre 101 y 250 trabajadores. La STS de 18 de julio de 2014, en base a los argumentos ya mencionados en páginas anteriores, subraya el deber empresarial de reconocer el crédito de horas en coherencia con el volumen total de la plantilla de la empresa; en el caso concreto, sendos

²¹ La escala del artículo 68 e] TRLET establece que para plantillas de hasta 100 trabajadores corresponderán 15 horas de crédito sindical. De 101 a 250 trabajadores, el crédito asciende a 20 horas. En el caso de centros de entre 251 y 500 la cifra del crédito se extiende a 30 horas, que pasarán a 35 en el caso de establecimientos de entre 501 y 750 trabajadores. En el caso de centros de 751 o más trabajadores, el crédito mensual de horas será de 40 horas.

créditos de 40 horas a los dos Delegados Sindicales de la central. Se trata de un planteamiento coherente y respetuoso con la libertad de autoorganización sindical a nivel de empresa y adaptado además al volumen de obligaciones que va a generar en los Delegados una plantilla dispersa y muy numerosa

Ahora bien, más allá del debate general, que tiene sus propias ramificaciones, se han suscitado a su vez otras discusiones de notable interés en el contexto de puesta al día de algunas Secciones Sindicales a las ventajas reconocidas por la STS de 18 de julio de 2014. Este es el debate abordado mediante la STS de 10 de mayo de 2017 (rec 88/2016) en el que dos Delegados Sindicales miembros de comité que ya disfrutaban del crédito horario correspondiente a la plantilla de sus centros, solicitan a partir de los nuevos criterios jurisprudenciales, pasar a disfrutar de un crédito sindical de mayor volumen en base a su condición de Delegados de empresa multicentro, y al hecho de que la plantilla total —más de 750 trabajadores— es lógicamente mayor que la correspondiente a los centros en los que trabajan, de entre 101 y 250 trabajadores. Nótese que el debate se centra en si es posible cambiar de marco jurídico o título de acceso a las horas de utilización sindical, lo que es aceptado por el Tribunal Supremo, que recuerda que acceder al disfrute de horas como representante unitario, no es óbice a que se pueda cambiar de título de disfrute, en base a la condición de representante sindical²², lo que comporta, en el caso concreto, pasar de un crédito de 20 a un crédito de 40 horas mensuales. Por lo demás, cabe reiterar que si las competencias de los Delegados Sindicales se van a extender a una plantilla muy superior —y por definición, dispersa geográficamente en diversos centros—, lo razonable es que se disfrute del crédito en base a la plantilla del conjunto de la empresa, no de la del centro en el que el representante desempeña su actividad laboral²³.

3.2.3.4. *El debate centro/empresa en otros ámbitos competenciales del Delegado Sindical*

La doctrina judicial y la jurisprudencia han abordado el alcance de las competencias de los Delegados Sindicales en otros terrenos, como el de la obtención de información sindical, de conformidad con lo previsto en el artículo 64 TRLET en relación con el artículo 10.3.1.º LOLS. En estos casos, y siempre que la Sección Sindical tenga un alcance de empresa, la SAN de 22 de febrero de 2018 (procedimiento 366/2017) y la STS de 9 de enero de 2020 (rec 100/2018), que confirma la anterior, señalan que los Delegados tendrán derecho a acceder a información de todos los centros de la empresa, con independencia de que en ellos haya o no constituida representación unitaria, y con independencia incluso, de que se trate de centros de menos de seis trabajadores, en los que, de conformidad con lo previsto en el 62 TRLET, no habría posibilidad de escoger delegado de personal

A mi juicio, esta lectura judicial realza nuevamente el interés de las representaciones sindicales, al otorgarles un potencial que supera en mucho al de las representaciones

²² Es más, el Alto Tribunal subraya que la funcionalidad del crédito horario es diversa en el caso de representantes unitarios y Delegados Sindicales, resaltando que en el segundo caso, la titularidad del derecho está fuertemente mediatizada por la finalidad de facilitar la acción sindical en la empresa.

²³ En el mismo sentido MIÑARRO YANINI, Margarita: «La representación unitaria...», ob. cit., p. 167.

unitarias. Es más, a partir del planteamiento de la SAN de 22 de febrero de 2018 y de la STS de 9 de enero de 2020 cabe reivindicar que los Delegados Sindicales disfruten del derecho de audiencia cuando la empresa prevea la imposición de despido o sanción a un trabajador afiliado al sindicato, a condición de que a la empresa le constare dicha afiliación (art. 10.3.3.º LOLS). Lógicamente, la empleadora deberá conceder audiencia al Delegado con independencia del centro en el que preste sus servicios el trabajador afiliado.

Como apunte final, se ha de señalar que este debate desquiciante en entornos multi-centro también se ha generado en el marco de las Secciones Sindicales. En este sentido, a pesar de que el principio de libre configuración del ámbito de la Sección es una cuestión más consolidada se han planteado controversias sobre el alcance de las atribuciones de Secciones multicentro en materia de distribución telemática de información sindical a todos los centros (SAN de 27 de mayo de 2014 [sentencia 101/2014]); del uso de locales y de acceso al tablón en todos los centros (STS 2 de marzo de 2016 [recud 141/2014]); así como en materia de negociación colectiva de alcance empresarial: STS 19 de febrero de 2020 (rec 169/2018). *A priori*, no se cuestiona aquí la capacidad básica de las Secciones sino que el debate se centra en determinar si concurre suficiente implantación de la Sección en el conjunto de la empresa para acceder a determinadas prerrogativas. La perspectiva más restrictiva se detecta en el terreno del uso de locales y tableros donde se mantiene la tendencia a condicionar el derecho al disfrute de esas prerrogativas al cumplimiento de los requisitos —plantilla y/o presencia en el comité— a nivel del centro de trabajo.

4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU PAPEL EN LA ADAPTACIÓN DEL ÁMBITO DE LOS DELEGADOS SINDICALES A NIVEL DE EMPRESA

La negociación colectiva puede representar un papel no menor en la potenciación de la figura de los Delegados, sin perjuicio de la aportación de acuerdos específicos. Sin duda alguna, la jurisprudencia ha significado un impulso determinante de cara a favorecer la designación de Delegados Sindicales y el ejercicio de sus atribuciones a nivel de empresa, pero ello no obsta al papel complementario que la negociación colectiva ha representado en el establecimiento de ámbitos más asequibles, al relajar el requisito de la plantilla de 250 trabajadores. En realidad, la llamada expresa a la negociación colectiva se produce en el artículo 10.2 LOLS, en materia de número de Delegados, al señalar que «*Bien por acuerdo, bien a través de la negociación colectiva, se podrá ampliar el número de delegados establecidos en la escala a la que hace referencia este apartado*». Ahora bien, es evidente que la fijación de ámbitos «más asequibles» puede ser también uno de los papeles a ejercer por parte de la negociación colectiva, como ha subrayado de modo contundente la STS de 30 de septiembre de 2020 (recud 2772/2018)

Comparativamente, el papel de la negociación colectiva en la promoción de las Secciones Sindicales o en la adaptación de su ámbito²⁴ es mucho más modesto porque la Ley no exige un número mínimo de trabajadores para constituir las ni tradicionalmente ha

²⁴ Al respecto, puede consultarse mi obra *El ámbito de las representaciones...*, ob. cit., pp. 76 y ss, donde se aborda el alcance de esta modesta aportación convencional. Destaca a título de ejemplo el CC de Transmediterránea.

habido una jurisprudencia refractaria a la constitución de Secciones a nivel de empresa multicentro. En este sentido, la constitución de Secciones se mantiene como requisito insoslayable —al menos ese es el criterio del Tribunal Supremo— para escoger Delegado, aun cuando nos encontremos en supuestos de mejora a través del Convenio Colectivo

Dicho lo anterior y como se vera, las vías de promoción de los Delegados Sindicales mediante la negociacion colectiva son diversas. A este respecto, efectuaré en primer lugar una referencia a las tipologías más destacadas de cláusulas convencionales y al comentario de los problemas más importantes que suscita su contenido para apuntar a continuación algunas reflexiones de carácter general a propósito del ajuste a la legalidad de algunos contenido convencionales.

4.1. Referencia al contenido de la negociación colectiva a propósito del ámbito de los Delegados Sindicales

La negociación colectiva interviene de diversas maneras en la adaptación y mejora del ámbito de los Delegados Sindicales del artículo 10 LOLS, partiendo siempre del mismo esquema de salida: reducir el número de trabajadores necesario para proceder a la designación de Delegado. Como es sabido, la exigencia legal de un volumen de plantilla de 250 trabajadores a nivel de centro o a nivel de empresa constituye un obstáculo problemático de cara a la designación de Delegados Sindicales LOLS, razón por la cual la negociación colectiva representa un papel clave en esta materia considerando el escaso volumen de centros de trabajo y empresas que alcanzan esta cifra de trabajadores. A continuación se expondrán brevemente algunos criterios de adaptación promocional de los ámbitos para facilitar la designación de Delegados Sindicales²⁵.

4.1.1. Cláusulas convencionales simples

Entrando en el contenido de los Convenios hallamos por una parte cláusulas que podríamos tildar de «simples» y que muestran un planteamiento más asequible ya que se limitan a rebajar el volumen de la plantilla de la empresa o del centro de trabajo sin mayores exigencias adicionales, y en las que la negociación colectiva muestra una variada relajación del requisito de los 250 trabajadores de plantilla²⁶. Ahora bien, el hecho de que

ránea, (BOE de 11 de marzo de 2015, con vigencia hasta 31 de diciembre de 2020) que admite la posibilidad de constituir una Sección específica con el personal de flota de la compañía.

²⁵ Para una visión más detallada de la cuestión pueden verse las páginas 85 y ss de mi obra, *El ámbito de las representaciones...*, ob. cit., pp. 85 y ss, en las que se examina el contenido de los Convenios sectoriales y de empresa publicados en el BOE entre el 1 de julio de 2018 y el 30 de junio de 2019. Al conjunto anterior se añaden los Convenios sectoriales de ámbito inferior publicados en el mismo periodo. En este sentido, los resultados señalados en este capítulo provienen de aquella muestra.

²⁶ A título de ejemplo, el CC de Televisiones locales y regionales de Castilla y León (BOCyL de 9 de mayo de 2019, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2021) permite la designación siempre que la empresa cuente con más de 150 trabajadores. El CC del comercio en general de Málaga rebaja la exigencia de plantilla a 100 o más trabajadores (BOP de Málaga de 7 de septiembre de 2018, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2019).

no se exija adicionalmente un determinado volumen de afiliación o de presencia en el comité de empresa —cosa que no siempre sucede²⁷— convierte en notablemente asequible este tipo de cláusulas, considerando que cualquier sindicato que haya constituido una Sección Sindical y que por ende, muestre un mínimo nivel de implantación podrá designar Delegado. Todo ello a partir de considerar que si el Convenio no especifica condiciones adicionales al requisito rebajado de plantilla, será suficiente con la constitución de Sección, lo que sería de especial interés para la central CNT teniendo en cuenta que mantiene el criterio de no presentar candidaturas a órganos unitarios. Sin embargo, la SJS de Badajoz de 30 de enero de 2018 (sentencia 47/2018) ha optado por interpretar que, a pesar del silencio del Convenio Colectivo, para designar Delegado Sindical la central debería haber obtenido algún puesto en el órgano unitario. En contra de esta interpretación judicial cabe señalar que ante el silencio del Convenio no parece razonable añadir requisitos vinculados a la LOLS, teniendo en cuenta que precisamente lo que pretende la negociación colectiva sería potenciar la designación de Delegados²⁸.

4.1.2. *Cláusulas complejas que combinan reducción de plantilla y porcentaje de afiliación. Un apunte sobre la verificación del volumen de trabajadores afiliados*

Dejando de lado las denominadas cláusulas «simples», la negociación colectiva contiene ejemplos de mayor complejidad y exigencia. En este sentido, los Convenios Colectivos pueden relajar el requisito de la plantilla de la empresa o del centro pero acompañando la rebaja de las exigencias de la LOLS con el requisito de volúmenes mínimos de afiliación sindical. En este sentido, los requisitos de afiliación que suelen exigirse se mueven por lo general en la horquilla de entre un 15 y un 25 por 100 de trabajadores afiliados, condición que se me antoja demasiado exigente teniendo en cuenta las bajas tasas de afiliación registradas en España, especialmente en empresas o centros de trabajo de menos de 250 trabajadores. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que a estos requisitos de presencia de trabajadores afiliados se añade la condición de alcanzar una plantilla mínima —aunque sea inferior a los 250 trabajadores— que suele ser variada en base al criterio que libremente se haya establecido en la negociación colectiva y que puede ir desde los 50²⁹ a los 150 trabajadores mínimos de plantilla³⁰.

²⁷ Como ejemplos, el CC de Navantia (BOE de 20 de agosto de 2018, con vigencia hasta 31 de diciembre de 2019) o el CC de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018, con vigencia hasta 31 de diciembre de 2020), exigen expresamente presencia de la central en el comité.

²⁸ Al respecto, puede verse CID BABARRO, Carlos: *La representación sindical en la empresa*, Valladolid, Lex Nova/Thomson Reuters, 2014 ob. cit., p. 231.

²⁹ El Convenio Colectivo de la Hostelería de Málaga establece la posibilidad de designación de Delegado en empresas de más de 50 trabajadores siempre que la afiliación alcance al 25 por 100 de la plantilla (BOP de Málaga, de 23 de agosto de 2018, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2022)

³⁰ Este es el caso del CC de importadores y vendedores de automóviles y otros de Las Palmas (BOP de Las Palmas de 15 de marzo de 2019, con vigencia hasta 31 de diciembre de 2021) en el que se permite la designación de Delegado en centros de trabajo de más de 150 trabajadores, siempre que las centrales acrediten de una afiliación superior al 15 por 100.

Como matiz a la tipología anterior se destacan un subtipo de cláusula menos frecuente en la que la clave para designar Delegados Sindicales estaría en alcanzar un volumen mínimo de afiliación, mientras que la exigencia de plantilla queda muy desdibujada de modo que en entornos con muy pocos trabajadores quedaría abierta también la posibilidad de designación³¹. A este respecto, la jurisdicción social se ha pronunciado sobre si es posible omitir el requisito de una plantilla mínima para designar Delegados. Concretamente, la STSJ de Baleares de 5 de febrero de 2018 (rec 523/2017) y la STS de 30 de septiembre de 2020 que la confirma, subrayan la necesidad de respetar el principio de regulación mediante norma única —el Convenio— sin necesidad de añadir el requisito legal de 250 trabajadores de plantilla —o cualquier otro umbral—, ya que en tal caso el Convenio Colectivo estaría exigiendo los requisitos de la LOLS y añadiendo condiciones adicionales, como es el de un volumen de afiliación en una suerte de «espigueo en negativo» que no tiene sentido alguno.

Más allá del interés de las cláusulas, cabe señalar que la acreditación del porcentaje de trabajadores afiliados requerido para designar Delegados es una cuestión altamente controvertida. En este sentido, no es fácil hallar métodos fiables que permitan verificar la implantación en el caso concreto³², sin olvidar que está en juego el equilibrio entre el derecho de la empresa a verificar que se cumple con el requisito de la implantación y el derecho de los trabajadores afiliados a su intimidad sindical, teniendo en cuenta la especial sensibilidad de estos datos (art. 9 del Reglamento UE 2016/679 del Parlamento y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de datos personales y art. 9.2 Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales). Nuestra jurisprudencia constitucional, reflejada en la STC 292/1993, de 18 de octubre reconoció el derecho empresarial a la comprobación de la implantación sindical, pero eso no significa que se pueda exigir al sindicato el listado que identifique a los trabajadores afiliados³³, aunque así lo prevea el Convenio Colectivo (STSJ de Aragón de 12 de julio de 2017 [rec 368/29017]).

En clave normativa, el Reglamento UE 2016/679 del Parlamento y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de datos personales (art. 9.1), parte de la prohibición del tratamiento de datos sindicales. Eso sí, el artículo 9.2 b] autoriza ese tratamiento si es necesario de cara al ejercicio de derechos por parte del interesado y si hay algún tipo

³¹ Un ejemplo de esta tipología lo tenemos en el CC de la industria de azulejos, pavimentos y baldosas de la Comunidad Valenciana (DOCV de 26 de diciembre de 2018, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020) que reconoce el derecho de designación en cualquier centro de trabajo, siempre que se acredite una afiliación del 10 por 100 de trabajadores, con un mínimo de 12 trabajadores afiliados.

³² ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo: «Otras formas de acreditar...», ob. cit., p. 179, llama la atención a propósito de la necesidad de fiabilidad de los datos afiliativos, lo que exige un cómputo objetivo, externo y actualizado de los datos.

³³ Al respecto, la STC 292/1993 recuerda en su fundamento jurídico cuarto que «(...) no existe inconveniente en reconocer que el empresario puede recabar de la sección sindical o del delegado aquellos datos que precise para comprobar la legitimidad de su creación y elección, pero este poder de control o comprobación encuentra un límite insuperable en los derechos fundamentales del trabajador, que no pueden ser vulnerados por el empresario, obligado a respetarlos, como lo están los propios órganos sindicales».

de autorización en el derecho europeo, interno o en la negociación colectiva. Por ello, se analizarán brevemente algunas vías de verificación de la afiliación, a fin de valorar si se acomodan a la normativa de protección de datos, teniendo en cuenta que está en juego el derecho de los trabajadores afiliados a la elección de Delegados Sindicales.

De un lado, entre los métodos de verificación de la afiliación, se dispone de la intervención de fedatario público, que comprueba la afiliación sindical de los trabajadores a la vez que su pertenencia a la plantilla de la empresa, de modo que puede dar fe de la existencia de un volumen de afiliación, sin desvelar al empresario la identidad de los trabajadores afiliados. La autorización convencional y la finalidad del tratamiento —el derecho a escoger Delegados— legitimaría esta práctica³⁴. Otra solución menos intrusiva sería la verificación mediante certificaciones aportadas por las secretarías de las centrales³⁵, herramienta que sería de especial utilidad si se ha pactado en Convenio Colectivo.

En fin, cabe plantearse la posibilidad de que la empresa intente verificar la implantación a partir de los datos de personas afiliadas que hayan optado por aceptar el descuento en nómina de su cuota (art. 11.2 LOLS). Lo cierto es que a la luz de los artículos 5 y 9 del Reglamento europeo se estaría utilizando el tratamiento sin cobertura legal ni convencional (art. 9 del Reglamento), y la finalidad no es la prevista cuando se llevó a cabo el tratamiento³⁶. De todos modos, hay argumentos para defender la compatibilidad de usos del tratamiento ya que la Agencia Española de Protección de Datos ha aceptado la utilización de datos de afiliación ya disponibles para el descuento de cuota, a efectos de identificar cuándo debe llevarse a cabo la audiencia del Delegado Sindical por despido o sanción de trabajador afiliado (art. 10.3.3.º LOLS)³⁷. En todo caso, reforzaría esta opción el hecho de que el Convenio prevea esta utilización. Ahora bien, dado que no todos los trabajadores aceptan el descuento de cuota sindical por parte de la empresa, no siempre se dispondrá de datos adecuados o suficientes.

El estado de la cuestión en la materia hace conveniente la regulación y puesta en marcha de algún sistema público de verificación de la afiliación ya que las crecientes exigencias en materia de protección de datos lo hacen cada vez más necesario. En este sentido, se trataría de regular un procedimiento de acreditación de la presencia en un determinado ámbito productivo de un volumen de trabajadores afiliados a una central sindical. En otras

³⁴ Entre otras, dan por buena la solución la STSJ del País Vasco de 2 de noviembre de 2010 (rec 2181/2010). En el convenio examinado los trabajadores deben comparecer ante notario con el último recibo de cuota pagada al sindicato y con un informe de vida laboral actualizado.

³⁵ La STSJ del País Vasco de 16 de mayo de 2006 (rec 758/2006) tiene en cuenta la declaración en juicio del secretario general provincial de la central implicada, el sindicato CGT, y señala cómo a la empresa no le constaba el descuento de la cuota de un número suficiente de trabajadores afiliados. La STS de 2 de marzo de 2016 (recud 141/2014) refleja también la utilización de certificaciones del secretario provincial de la misma central a fin de acreditar la afiliación al sindicato en dos centros de trabajo.

³⁶ Aunque quepa aceptar aquí que la finalidad no es incompatible con la inicial (art. 5.1 b) Reglamento UE 2016/679).

³⁷ Puede verse el comentario sobre la cuestión y sobre el Informe 2002-2000 de la Agencia en Preciado Domènech, Carlos Hugo: *El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 364.

palabras, la propuesta pretende substituir la intervención de fedatarios privados —por lo general, titulares de Notarías— por fedatarios de la Administración pública, de modo que se mitigaría de un lado la circulación de datos sensibles al tiempo que se garantizaría la gratuidad del servicio.

En todo caso, a pesar de la problemática asociada a la verificación de la afiliación, cabe señalar que la exigencia de volúmenes apreciables de trabajadores afiliados es un elemento positivo de cara a potenciar la afiliación y el mantenimiento de la misma por parte de los trabajadores³⁸. A ello cabe añadir que la necesaria constitución de Secciones puede asimismo potenciar la implicación sindical de los trabajadores afiliados.

4.1.3. *Referencia a otras cláusulas convencionales*

Más allá de las cláusulas simples y cláusulas de carácter más complejo, cabe mencionar otras cláusulas que potencian la designación de Delegados y que se mueven en parámetros más cercanos a la tradición española en materia de órganos de representación. Así, unos pocos Convenios favorecen la designación de Delegados sindicales combinando requisitos de plantilla en volumen inferior a los 250 trabajadores con una implantación de las centrales que no se mide en base al volumen de la afiliación sino a partir de los resultados obtenidos en las elecciones a comité, condición que desde una perspectiva técnica es mucho más fácil de identificar, ya que a la presencia en los órganos unitarios, prevista en la Ley, se añade la exigencia de unos resultados electorales que oscilan entre un 10 y un 30 por ciento de los sufragios³⁹.

De acuerdo con la doctrina judicial, el criterio se aplicará a todas las centrales sindicales con independencia de su política de concurrencia o no a elecciones sindicales. Así lo establece la STSJ de Andalucía de 28 de enero de 2016 (rec 416/2016), en cuyo litigio la central CNT reivindicaba que la exigencia de un determinado resultado electoral no debería serles de aplicación dada su opción de no participar en las elecciones. En este sentido, me parece razonable mantener que el ideario del sindicato no puede oponerse a la aplicación del Convenio, ya que en el fondo y a nivel legal, nada impide a esa central concurrir a las elecciones a comité de empresa, todo ello además sin perjuicio de que la central pueda llegar a algún acuerdo específico con la empresa.

³⁸ Comparte este criterio ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo: «Otras formas de acreditar...», p. 178, resaltando que redundará en la salud financiera de las organizaciones sindicales.

³⁹ Ese es el caso del CC de la Hostelería de Santa Cruz de Tenerife, (BOP de Tenerife de 12 de abril de 2019, con vigencia hasta el 30 de junio de 2022), que permite la designación de Delegado en empresas o centros de más de 150 y menos de 250 trabajadores, siempre que la central a la que pertenezcan haya alcanzado un 30 por 100 de los votos en la elección a comité. Cabe insistir en que como ha señalado la STS de 22 de mayo de 2019 (recud 388/2019), aunque el CC se refiera a un ámbito de empresa —por ejemplo, CC de Limpieza de edificios y locales de Valladolid— deberá respetarse la autonomía sindical de modo que la constitución de Secciones de centro permitirá la elección de Delegados de centro, con la salvedad de que deberá alcanzarse los 150 trabajadores de plantilla exigidos por el Convenio.

4.2. Algunas cuestiones de legalidad suscitadas por el clausulado promocional de los Delegados Sindicales

El contenido de los Convenios suscita cuestiones diversas de legalidad y de constitucionalidad así como carácter interpretativo, por lo que a continuación se han seleccionado algunas de las problemáticas más relevantes que se deducen de este análisis. Con carácter preliminar cabe destacar la importancia de que la designación de Delegados Sindicales dependa del Convenio y no de la tácita permisividad o de la tolerancia empresarial. En este sentido, para que las Secciones Sindicales puedan disfrutar de una mínima seguridad jurídica y la designación de Delegados no genere conflictos es fundamental que lo negociado se plasme bajo un soporte adecuado —el Convenio Colectivo o un acuerdo recogido por escrito—, ya que la aceptación implícita de un Delegado Sindical cuando no concurren las exigencias previstas en la Ley corre el riesgo de ser considerada una mera muestra de «tolerancia empresarial» o una «*concesión empresarial aceptada por los sindicatos*» (STSJ del País Vasco de 6 de junio de 2014 [rec 24/2014]), lo que permitirá a la empresa dejar de reconocer al Delegado en cualquier momento y sin mayores consecuencias. En perspectiva de constitucionalidad, la STC 132/2000, de 16 de mayo, tampoco ha hallado obstáculos (arts. 14 y 28.1 CE) a la supresión sobrevenida del reconocimiento de Delegados Sindicales que desempeñaban su actividad en base a un reconocimiento tácito.

Entrando en el contenido de los Convenios y por lo que respecta a la terminología empleada, cabe presumir que si el Convenio utiliza la expresión Delegado Sindical, los Delegados «convencionales» disfrutarán de las atribuciones previstas en el artículo 10 LOLS, como señala con rotundidad la STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 15 de abril de 2015 (rec 341/2015), para el supuesto del CC de empresas de seguridad. Ahora bien, en sentido inverso si el Convenio atribuye derechos a «representantes o portavoces» de la Sección eso no los convierte de modo automático en Delegados Sindicales. Así lo señala la STSJ de Navarra de 27 de diciembre de 2007 (rec 290/2007) en el caso del Convenio de transporte de mercancías de Navarra que simplemente reconoce a los «portavoces» —que no Delegados— de Secciones el derecho excepcional a disfrutar de una bolsa de horas sindicales compartida con representantes unitarios.

Por otra parte, el examen de la negociación colectiva plantea la cuestión de la necesidad —o no— de constituir Secciones Sindicales como requisito previo para la designación de Delegados, ya que algunos Convenios omiten por completo a las Secciones⁴⁰. A mi juicio, para la designación de Delegados promocionados por la negociación colectiva sería necesaria la constitución de Sección Sindical, a la vez que el Delegado debería ser elegido por los integrantes de la misma, ya que sin perjuicio del derecho de autoorganización que ampara a las centrales, debe preservarse la lógica democrática y participativa en la elección del Delegado (art. 10.1 LOLS); todo ello sin olvidar que si después se pretende

⁴⁰ Destaca al respecto el CC de importadores y vendedores de automóviles y otros de Las Palmas, (BOP de las Palmas de 15 de marzo de 2019, con vigencia hasta 31 de diciembre de 2021), que se refiere a la condición del Delegado como representante de la central, omitiendo toda referencia expresa a la designación del mismo mediante el voto de los miembros de la Sección Sindical.

reivindicar el conjunto de atribuciones y competencias de los Delegados prevista en la Ley, lo razonable es que su designación se lleve a cabo conforme a lo previsto en la LOLS. Al respecto, la STS de 18 de mayo de 1992 (rec 1359/1991) aborda la problemática ante un concreto y ambiguo supuesto convencional y concluye que cuando el Convenio se refiere al «Delegado del sindicato» debe interpretarse que tal concepto es asimilable al Delegado de Sección Sindical⁴¹. Por lo demás, se ha de insistir en que esta interpretación va a promover la constitución de Secciones, lo que en sí mismo no es un problema de cara a las organizaciones sindicales.

Respecto a la cuestión del ámbito de los Delegados Sindicales convencionales, las cláusulas se refieren en ocasiones a la empresa y en otros casos al centro o incluso a ambos⁴², lo que no deja de ser un problema importante porque aquí, precisamente, radica el *quid* de la cuestión que ha generado un intenso debate en el ámbito de la estricta aplicación de la LOLS. En otras palabras, la cuestión está en si la designación de Delegado puede realizarse a nivel de empresa o a nivel de centro, a pesar de que el Convenio Colectivo parta de un planteamiento restrictivo. Al respecto es de gran interés la STS de 22 de mayo de 2019 (rec 109/2018)⁴³ en la que, a pesar de que el Convenio Colectivo estatal de empresas de seguridad preveía una mejora en la designación de Delegados a nivel de empresa⁴⁴ —o de grupo—, la jurisprudencia acepta la posibilidad de que puedan escogerse Delegados Sindicales provinciales cuando esta haya sido la opción de la central a la hora de constituir su Sección y siempre y cuando en este nivel se cumpla con los requisitos exigidos por la negociación colectiva⁴⁵; en el caso concreto se trataba de haber logrado el 10 por 100 de los sufragios y de que el centro alcanzase 150 trabajadores de plantilla. La STS de 28 de enero de 2020 (recud 1361/2017) insiste en la preeminencia de la LOLS sobre las previsiones de la negociación colectiva y, en concreto, en la posibilidad de escoger Delegado a nivel provincial.

En fin cabe destacar cómo algunas cláusulas facilitan la elección de Delegado al tiempo que exigen que este último sea ya representante unitario en alguno de los centros la empresa. Desde una perspectiva de legalidad no parece que el requisito sea problemático al tratarse de una cláusula convencional que flexibiliza los requisitos para la designación de Delegados. Ahora bien, en tal caso no se van a añadir en cómputo neto, representantes

⁴¹ El Convenio interpretado es el de la Sociedad Estatal de Paradores de Turismo de España SA, y la sentencia apunta a un contenido en el que se alternan las expresiones Delegado de la Sección con Delegado del Sindicato.

⁴² No es frecuente que la negociación colectiva explicita que la elección de Delegado convencional puede realizarse alternativamente a nivel de empresa o a nivel de centro, sin perjuicio de que algunos Convenios lo hagan. Este es el caso del CC de alojamientos de Guipúzcoa (BOP de Guipúzcoa de 19 de julio de 2018, con vigencia hasta 31 de diciembre de 2019).

⁴³ Esta jurisprudencia constituye evolución de otra de alcance más restrictivo representada, entre otras, por la STS de octubre de 2016 (rec 244/2015).

⁴⁴ CC Estatal de Empresas de Seguridad (BOE de 18 de septiembre de 2015, con vigencia hasta diciembre de 2016), objeto de escrutinio por la STS de 22 de mayo de 2019, cit., comentada en texto principal.

⁴⁵ Todo apunta a que en la empresa concernida se había constituido un Comité conjunto del artículo 63.2 TRLET.

sindicales a los representantes unitarios que pueda haber ya en la empresa⁴⁶. De todos modos, no se ha de despreciar esta opción en base a dos consideraciones. La primera, que en empresas multicentro el Delegado Sindical va a permitir un mayor radio de acción porque a su condición de miembro de comité de centro, se añadirá la de Delegado del conjunto de la empresa multicentro. La segunda consideración permite recordar que el Delegado Sindical podrá intervenir en la audiencia previa en caso de sanción o despido de trabajador afiliado al sindicato (art. 10.3 LOLS), una atribución que como miembro del comité no podría ejercer. Por lo demás, de conformidad con la STS de 10 de mayo de 2017 (rec 88/2016) esos representantes «unitario-sindicales» podrán disfrutar del crédito horario correspondiente al conjunto de la plantilla de la empresa, no el correspondiente al centro de trabajo de cuyo órgano unitario sean miembros⁴⁷, sin olvidar una evidencia no menor: van a facilitar la visibilidad del sindicato en la empresa

5. CONCLUSIONES

El ámbito empresarial de elección del Delegado Sindical es una reivindicación que se conecta por un lado con la pretensión de lograr una mayor visibilidad del sindicato en la empresa, al tiempo que el Delegado constituye una vía para superar las trabas de la vinculación de las representaciones unitarias al centro de trabajo. La consolidación del ámbito multicentro de los Delegados Sindicales estaría en la línea del RDL 7/2010, que ha potenciado el papel de las Secciones Sindicales en entornos productivos que no alcanzan los 250 trabajadores.

La última jurisprudencia ha consolidado la noción del Delegado LOLS como representante que puede funcionar alternativamente en el centro de trabajo —único centro o no de la empresa— o en el conjunto de la empresa multicentro. Eso sí, la elección debe llevarse a cabo en uno solo de los ámbitos estandarizados, no en los dos, salvo que la negociación colectiva autorice la elección simultánea en diversos niveles.

Ahora bien, más allá de estos dos ámbitos estandarizados —empresa y centro— previstos en la LOLS (art. 10), nada impide la designación de representantes sindicales de grupo de empresas o de empresas en red, pero para que este Delegado supere la consideración de mero portavoz o delegado *ad intra*, será necesario Convenio o pacto que vincule a la empresa. En este sentido, sería conveniente que la LOLS contemplase —aún con carácter rebajado en sus competencias o atribuciones— la designación de Delegado más allá de la empresa como un impulso a su expansión en aquellos ámbitos en los que a menudo se produce la toma de decisiones en las organizaciones productivas.

⁴⁶ Un ejemplo de este tipo de cláusulas la encontramos en el artículo 80 del CC del sector de derivados del cemento de La Coruña, (BOP de La Coruña de 5 de octubre de 2018, con vigencia hasta 31 de diciembre de 2020). Lo previsto es que se pueda designar un Delegado en empresas de plantilla superior a 100 trabajadores pero el Delegado deberá ser miembro de la representación unitaria.

⁴⁷ Esto puede tener incidencia cuando la plantilla del centro no supere los 100 trabajadores y la de la empresa los supere (art. 68 e] TRLET), porque en tal caso se pasará de un crédito de 15 a otro de 20 o más horas mensuales.

La elección de Delegado Sindical LOLS comporta la necesidad de que se constituya Sección Sindical de ámbito empresarial, una lógica que suele ser prioritaria —cuando no la única— en los Estatutos de las centrales. En lo que concierne a los trabajadores elegibles, solo será imprescindible que estén afiliados al sindicato, ya que no es necesario que trabajen en un centro de trabajo donde haya más de 250 trabajadores o en un centro que cuente con representación unitaria. Por lo demás, los criterios de cómputo de la plantilla han sido reinterpretados por la jurisprudencia buscando una lógica de promedio de plantilla que no se contempla expresamente en la LOLS. En todo caso, deberá computarse todo trabajador de la empresa, sea cual sea el centro o dependencia donde desempeñe actividad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido crucial de cara a permitir una mayor expansión de la figura del Delegado Sindical, particularmente tras la relectura de la LOLS efectuada a partir de 2014. En este sentido, se ha primado el derecho de autoorganización sindical de un modo razonable, lo que legitima la implantación a nivel de empresa y permite a las centrales modificar sus ámbitos de implantación cuando les convenga para mejorar su eficacia. Asimismo, otras líneas interpretativas del Tribunal Supremo han sido clave, destacando en primer lugar la aceptación de una presencia testimonial —aunque sea exigua—, de la central en los órganos unitarios constituidos en la empresa, a fin de poder escoger Delegados. A partir de la aceptación de Delegados supracentro, la jurisprudencia ha sido coherente a la hora de confirmar el derecho al crédito de horas en base a la plantilla de la empresa, o a la hora de tutelar el ejercicio de las competencias del artículo 10.3 LOLS en el conjunto de la empresa u organización.

La negociación colectiva representa un papel de gran interés a fin de facilitar la elección de Delegados Sindicales en entornos que no cumplen los requisitos de la LOLS, fundamentalmente, por no alcanzar una plantilla de 250 trabajadores. En este punto, los contenidos convencionales son importantes cuantitativamente y contrastan con la escasa atención prestada al ámbito de las Secciones. En todo caso, las cláusulas que han promocionado la elección de Delegados Sindicales ejercen también un papel indirecto de fomento de las Secciones ya que la elección del Delegado va a exigir la previa constitución de Sección, en tanto que colegio electoral del que surge el Delegado.

El análisis de la negociación colectiva permite detectar, por un lado, cláusulas simples, que se limitan al rebajar el volumen de plantilla exigible sin aportar aparentemente —y salvo excepciones— requisitos adicionales. Ahora bien, esta tipología viene acompañada por otro tipo de cláusulas más compensadas en las que la rebaja de plantilla viene acompañada exigencias de presencia de trabajadores afiliados, que oscilan entre el 15 y 25 por 100, más allá de que en ocasiones el requisito de plantilla mínima quede muy desdibujado. Como aspecto problemático especial, la verificación de la afiliación es un elemento no exento de polémica, por lo que se debería regular un procedimiento público de comprobación a través de la intervención de la Administración laboral. En fin, a estas dos tipologías de cláusulas se añade una tercera, menos frecuente, en la que la rebaja de plantilla queda compensada a través de la exigencia de resultados electorales, lo que por razones evidentes, no genera tantos problemas aplicativos. En todo caso, este contenido de los Convenios Colectivos puede contribuir de modo decisivo a la expansión de los Delegados Sindicales, muy limitados por las exigencias legales de plantilla.

Más allá de su alcance, estas cláusulas plantean cuestiones de interés a partir de las carencias y ambigüedades en su contenido. Así, cabe recordar que la mejora en materia de Delegados debe reflejarse en Convenios o acuerdos para evitar la total inseguridad jurídica de las Secciones, en atención a que en materias colectivas no cabe reivindicar la consolidación de condiciones más beneficiosas. Dicho eso, ante la ambigüedad de algunos Convenios, la jurisprudencia ha remarcado la necesidad de constitución de Secciones para que puedan escogerse Delegados con atribuciones LOLS, aunque el Convenio flexibilice otros requisitos legales. Asimismo, la libertad de autoorganización sindical se proyecta sobre el Convenio, de modo que la elección de Delegado se podrá realizar a nivel de empresa o a nivel de centro, con independencia de la literalidad del Convenio. En fin, la exigencia convencional de que el Delegado LOLS sea ya miembro del comité de empresa es una limitación evidente, pero no ello no impide apreciar las ventajas de disponer de Delegado Sindical multicentro.

LA REPRESENTACIÓN SINDICAL Y PREVENTIVA EN LAS EMPRESAS DISPERSAS: UN ANÁLISIS SOBRE LA MEJORA DE SU EFICACIA EN EL MARCO DE LAS SECCIONES SINDICALES Y LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN*

David Gutiérrez Colominas

*Profesor lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del programa Serra Hunter**

Grup de Recerca Drets dels Treballadors Espanyols i Estrangers (DRELATES)

Institut d'Estudis del Treball (IET) - Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS EMPRESAS DISPERSAS. 2. EL MARCO LEGAL DE LA REPRESENTACIÓN SINDICAL Y PREVENTIVA. 2.1. La configuración legal de la representación sindical. 2.2. La representación preventiva de los trabajadores en la LPRL. 3. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN PREVENTIVA Y SINDICAL EN LAS EMPRESAS DISPERSAS: EL PAPEL DEL CENTRO DE TRABAJO COMO UNIDAD DE ADSCRIPCIÓN. 4. PROPUESTAS LEGALES PARA INCREMENTAR LA EFICACIA DEL EJERCICIO EFECTIVO DE LA REPRESENTACIÓN SINDICAL Y PREVENTIVA EN LAS EMPRESAS DISPERSAS. 4.1. La conveniente reformulación de las unidades electorales a efectos de constitución de la representación sindical y preventiva. 4.2. La necesaria adaptación del concepto legal de centro de trabajo a las nuevas formas de organización empresarial. 4.3. La traslación del comité conjunto a la esfera representativa sindical y preventiva. 4.4. La negociación colectiva como sujeto imprescindible para mejorar la eficacia de la constitución y ejercicio de los derechos de la representación sindical y preventiva. 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN: LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS EMPRESAS DISPERSAS

La representación de los trabajadores es un ámbito de las relaciones laborales de una importancia crucial. La asimetría propia de las relaciones laborales, que supone la no existencia de un equilibrio en el juego de poderes entre la parte empresarial y las personas trabajadoras es el punto de origen de su importancia. En efecto, la representación colectiva en las relaciones laborales pretende sumar fuerzas para la defensa de los derechos y garantías de las personas trabajadoras.

* El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de I+D+I, del Programa estatal de investigación, desarrollo e innovación orientada a los retos de la sociedad, con el título «La representación laboral en las empresas dispersas y en red: problemática, disfunciones y propuestas correctoras» (DER2017-83189-R), IP's: Xavier Solà Monells y Ricardo Esteban Legarreta.

** Acreditado a Profesor contratado doctor (ANECA).

Sin embargo, su efectividad depende no sólo de su régimen jurídico, sino también de elementos contextuales propios de las actividades económicas. Los grandes cambios industriales que se han producido a lo largo de la historia han modificado las características de la prestación de servicios, y ponen en cuestión la eficacia o efectividad de la salvaguarda colectiva de los derechos y garantías de las personas trabajadoras ante situaciones de cambio.

La necesidad de institucionalizar la representación de los trabajadores alcanzó una especial importancia como consecuencia de la aprobación de la Constitución española, que *propugna la participación colectiva de los grupos sociales en las tareas que le son propias*¹. Y en este punto, la aprobación del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante, LOLS) diseñaron un planteamiento que regula los derechos de representación colectiva mediante dos figuras diferentes: la representación unitaria y la representación sindical. Más tarde, como consecuencia de la necesidad de transponer la Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (en adelante, Directiva 89/391/CE), se aprobó la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), que añade a la ecuación un sistema de representación preventivo sustentado en dos figuras: el delegado de personal (arts. 35 a 37 de la LPRL) y el comité de seguridad y salud (arts. 38 y 39 LPRL). Si bien son canales de representación que obedecen a finalidades distintas, comparten la voluntad de hacer partícipes a las personas trabajadoras en la vida empresarial, ofreciendo un instrumento de garantía del cumplimiento de la legalidad.

Este escenario de representación ha sufrido pocas modificaciones normativas a lo largo de los últimos años. En efecto, tanto la LOLS, como las disposiciones del Estatuto de los trabajadores y la LPRL se han mantenido ciertamente estáticas ante nuevas formas de organización empresarial. La llamada «economía colaborativa», junto con otros fenómenos paralelos², cuyo funcionamiento se basa en aplicaciones informáticas que se encargan de distribuir las tareas a un grupo homogéneo de personas ha originado una descentralización productiva extrema, con consecuencias notables en la forma de instrumentar la representación colectiva sindical y preventiva de las relaciones laborales. Los desafíos y retos que plantean este tipo de cambios son compartidos para la representación sindical y preventiva, y parten de la desaparición de la dimensión física del centro de trabajo o empresa como unidad de adscripción electoral. Esta circunstancia afecta principalmente a la constitución de ambas modalidades de representación.

Ante este escenario, este trabajo parte de la hipótesis de la falta de adaptación del marco jurídico aplicable, concebido antes de la irrupción de las tecnologías de la infor-

¹ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Francisco, Los derechos colectivos de representación y reunión en la empresa, en el estatuto de los trabajadores, *Anuario de la Facultad de Derecho: Universidad de Extremadura*, núm. 1, 1982, p. 7

² Tal y como señala PÁRAMO MONTERO, Pablo, «Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, vol. 128, 2017, p. 184, la «gig economy» evoluciona en paralelo con otros fenómenos fruto de la irrupción de la tecnología en la vida en sociedad, como por ejemplo las «smart cities» o el «smart working», entre otros.

mación en el mercado de trabajo, y que no reconoce circunstancias determinadas que exigen una reformulación de la regulación de la constitución y ejercicio de los derechos de la representación sindical y preventiva. Y es en este punto donde nace la pretensión de esta contribución, que pretende examinar la problemática del centro de trabajo y empresa como unidad de adscripción para la constitución de la representación sindical y preventiva. Para ello, se aborda en primer lugar el marco legal vigente de la representación sindical y preventiva, el papel del centro de trabajo como unidad de adscripción en la constitución de la representación preventiva y sindical en las empresas dispersas, y por último, la formulación de una serie de propuestas para incrementar la eficacia del ejercicio efectivo de la representación sindical y preventiva en las empresas dispersas

En este punto, conviene indicar que este estudio aborda el examen de una institución particular en cada uno de los tipos de representación, habiéndose seleccionado las secciones sindicales y los delegados de prevención. La justificación a esta decisión pivota sobre el criterio exigido legalmente para su constitución y las posibilidades de su existencia en el marco de las empresas dispersas. La constitución de secciones sindicales no requiere la existencia de un número mínimo de trabajadores, circunstancia esta que no se produce en el caso de los delegados sindicales³. En similar tesitura se halla el comité de seguridad y salud, que sólo se constituirá en las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores *ex* artículo 38.2 LPRL. En consecuencia, las secciones sindicales y el delegado de prevención se presentan como instituciones idóneas para instrumentar la representación no unitaria de los trabajadores en las empresas dispersas, y de ahí su selección en el marco de este artículo.

2. EL MARCO LEGAL DE LA REPRESENTACIÓN SINDICAL Y PREVENTIVA

El vigente modelo español de representación colectiva de los trabajadores es un modelo de doble canal representativo⁴, o dual⁵, en el que coexisten de forma autónoma dos figuras: la representación sindical, formado por las secciones sindicales y los delegados sindicales; y la representación unitaria, compuesta por los comités de empresa y los delegados de personal. Esta dualidad no es excluyente, si bien genera conflictos, tal y como apunta la doctrina⁶, aunque los contornos han sido delimitados de forma efectiva por el Tribunal Constitucional⁷. A estos dos mecanismos debe sumarse la previsión de

³ El artículo 10.1 de la LOLS exige para su constitución que el centro de trabajo ocupe a más de 250 trabajadores.

⁴ *Vid.* CASAS BAAMONDE, María Emilia; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, «Representación sindical en el sistema español de relaciones laborales», *Revista española de Derecho del Trabajo*, vol. 17, 1984., pp. 51-92.

⁵ Véase la STS de 31 de enero de 2001 (Rec. 1959/2000), F.D. V.

⁶ *Vid.* IGLESIAS CABERO, Manuel, *Derecho sindical y representación de los trabajadores*, Colex, Madrid, 1996, p. 40.

⁷ Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 134/1994, de 9 mayo señaló que la protección constitucional conferida en el marco del artículo 28.1 C.E. sólo pertenece a los sindicatos, sin que pueda extenderse a la representación unitaria, dado que su creación proviene de la ley (TRLET) y en ningún caso de la constitución.

una representación específica, o de segundo grado⁸, para un ámbito muy concreto, respetando el sistema vigente de representación de los trabajadores (delegados de personal, delegados sindicales y comités de empresa), sin introducir variaciones, modificaciones o derogaciones. Nos referimos a la representación preventiva, regulada en la LPRL. En consecuencia, se procede a examinar, de forma separada, la regulación de la representación sindical y preventiva.

2.1. La configuración legal de la representación sindical

Respecto a la representación sindical, su instrumentación parte del artículo 28 de la Constitución Española, que reconoce la libertad sindical como un derecho fundamental, y faculta la fundación sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Reconoce, asimismo, la denominada dimensión negativa de la libertad sindical, que impide obligar a cualquier persona trabajadora a afiliarse a un sindicato.

Ante este contexto constitucional, la LOLS se encargó de desarrollar la instrumentación y ejercicio de la representación sindical. Su artículo 2 diseña el derecho a la libertad sindical mediante la concreción de distintas facultades de las que dispone cualquier persona trabajadora incardinada dentro del ámbito subjetivo de la norma *ex* artículo 1 LOLS. En particular, el legislador registra como opciones cumulativas la creación, suspensión y extinción de sindicatos (art. 2.1.1.a LOLS), la posibilidad de afiliarse a cualquier sindicato a elección de la persona trabajadora (art. 2.1.1.b LOLS), el derecho de los afiliados a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato (art. 2.1.1.c LOLS) y el derecho a la actividad sindical (art. 2.1.1.d LOLS), que deben sumarse a las facultades individuales contenidas en el artículo 8 LOLS.

Sin embargo, la definición de la libertad sindical es un derecho complejo o genérico⁹, en el que debe diferenciarse el contenido esencial, que son aquellas facultades que se acaban de mencionar, del contenido adicional. Este segundo grupo de facultades son aquellos derechos atribuidos por normas infra constitucionales, legales, reglamentarias o convencionales¹⁰, e incluso en atribuciones voluntarias por la parte empresarial¹¹, que pasan a integrar el contenido del derecho.

Las figuras de representación sindical previstas en la LOLS son dos, a saber, las secciones sindicales (art. 8 LOLS) y los delegados sindicales (art. 10 LOLS). Si bien com-

⁸ Así lo ha denominado la doctrina judicial en diversas sentencias, entre las que destaca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia núm. 1044/1997 de 16 de julio, que señala: «*Ahora bien, no se establece con ello una nueva vía o instancia de representación de los trabajadores, que vendría a sumarse a las representaciones unitaria y sindical; la representación "especializada" que ahora se instituye en temas de seguridad y salud es un órgano representativo de segundo grado, cuya composición y designación se vincula a los preexistentes órganos de representación legal*».

⁹ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981, de 8 de abril.

¹⁰ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 9/1988 de 25 de enero.

¹¹ Al respecto, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 281/2005, de 7 de noviembre.

parten el propósito de materializar la representación sindical en las relaciones laborales, su constitución y razón de ser es distinta. Por un lado, las secciones sindicales agrupan a las personas trabajadores de la empresa afiliadas a un sindicato en concreto. Ello permite la coexistencia de distintas secciones sindicales, una por cada sindicato, en el entorno empresarial. En cambio, el delegado sindical existirá sólo en determinados escenarios, concretados en el artículo 10 LOLS y por la jurisprudencia¹², siendo su presencia menos estandarizada en las empresas dispersas, y de ahí que se excluya su análisis en el marco de este estudio. No obstante, la existencia, en su caso, de delegados sindicales supondrá que estos asuman la representación de la sección sindical *ex* artículo 10.1 LOLS.

Desde un punto de vista funcional, si bien ambas comparten que las funciones de representación desarrolladas se refieren únicamente a las personas afiliadas al sindicato, las atribuciones son ligeramente distintas. En el caso de las secciones sindicales, las encontramos definidas en el artículo 8.2 LOLS, e incluyen la existencia de un tablón de anuncios, con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general; participar en la negociación colectiva; y la utilización de un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades en aquellas empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores. Paralelamente, las atribuciones a los delegados sindicales se hallan en el artículo 10.3 LOLS e incluyen el acceso a información y documentación en idénticos términos a los que disponga el comité de empresa, el derecho a asistir con voz pero sin voto a las reuniones de los comités de empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene, así como ser oídos de forma previa a la adopción de medidas de carácter colectivo, entre otras que pueden ser contempladas en el convenio colectivo de aplicación.

2.2. La representación preventiva de los trabajadores en la LPRL

La representación preventiva parte de la constitucionalización, en este caso como principio rector *ex* artículo 40.2 C.E., de la seguridad e higiene en el trabajo, que corresponderá a los poderes públicos. Sin embargo, no fue hasta que se aprobó la LPRL, en 1995, que la cuestión adquirió una cierta importancia. El esfuerzo legislativo por desarrollar una política de protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados partía de su constitucionalización, pero también de la necesidad de transponer la Directiva 89/391/CE. Esta norma europea puso el foco de atención en asegurar un nivel de protección homogéneo en materia de seguridad y de salud en el puesto de trabajo, mediante el establecimiento de distintas obligaciones y derechos, que incluye

¹² El artículo 10.1 LOLS exige la concurrencia de dos circunstancias cumulativas: a) la existencia de 250 trabajadores ya sea en la empresa o en el centro de trabajo, cuya unidad de adscripción decidirá el sindicato en virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014 (Rec. 91/2013); y, b) presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación.

Conviene señalar aquí que el incumplimiento de alguno de estos requisitos no anulará el carácter de representante sindical, sino que supondrá que no puedan aplicarse los derechos y garantías constatados en el artículo 10.3 LOLS, tal y como ha constatado la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2001 (Rec. 1672/2000).

la realización de actividades de prevención de los riesgos profesionales, de información y de formación, la evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, determinar las medidas de protección que deberán adoptarse o proteger de forma específica a aquellos trabajadores especialmente sensibles, entre otras¹³.

Y ante este escenario, no exento de problemas¹⁴, la LPRL ofreció un enfoque inédito hasta la fecha¹⁵, basado en la previsión de una serie de principios que guían las actuaciones en materia de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores¹⁶, y que pretende involucrar a todos los sujetos de la relación laboral¹⁷. En efecto, la norma parte de una concepción cooperativa en la instrumentación de las actuaciones preventivas, prevista mediante la información, consulta y la participación de los trabajadores y el empresario en el desarrollo de la actividad preventiva, actuación está ciertamente atípica en nuestro ordenamiento jurídico¹⁸.

Los artículos 34 a 39 de la LPRL, que se encargan de transponer y dar contenido legal al mandato de información de los trabajadores previsto en los artículos 10 y 11 de la

¹³ Para un examen en detalle sobre su contenido y proceso de elaboración, véase MATEU CARRUANA, María José, «Marco normativo de la prevención de riesgos laborales», en *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 46-55.

¹⁴ Sobre las dificultades que presentó la transposición de la Directiva 89/391/CE, centradas esencialmente en la falta de eficacia directa, véase GÓNZALEZ-POSADA MARTINEZ, Elías, «El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad e higiene y salud en el trabajo. La Directiva 89/391/CE», *Actualidad laboral*, vol. 32, 1991.; FERNÁNDEZ MARCOS, Leodegario, «Reflexiones sobre la anunciada Ley de seguridad e higiene desde las normas de la OIT y C.E.E.», *Actualidad laboral*, 1, 1991., pp. 9-20; CRUZ VILLALÓN, Jesús, «Los representantes de los trabajadores en materia de prevención de riesgos profesionales», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 26, 1993., pp. 11-14; GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel, «Claves normativas del desarrollo de la Seguridad e Higiene en el trabajo en la Unión Europea», en Monereo Pérez, José Luis (Coord.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral: XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Universidad de Granada, Granada, 1996, pp. 627-640; QUESADA SEGURA, Rosa, *La autonomía colectiva en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 16 a 21.

¹⁵ El esquema asumido por la LPRL fue calificado como muy novedoso por la doctrina científica, dado que abandonó un planteamiento de principios y criterios intervencionistas y autoritarios, que supuso una mayor armonización y alineación con la política internacional, tal y como señalan CÁMARA BOTIA, Alberto; GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco Antonio, «Derechos de participación y representación en materia de seguridad y salud laborales: un estudio de su aplicación», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, vol. 53, 2004, p. 220.

¹⁶ Véase el artículo 15 en relación con el artículo 2.1 de la LPRL, que integra un total de 8 principios, entre los que se encuentran evitar y combatir los riesgos, evaluar aquellos que no puedan evitarse, adaptar el puesto de trabajo a la persona, adoptar medidas preferentemente colectivas o dar las debidas instrucciones a los trabajadores, entre otros.

¹⁷ En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, «La aplicación en España de las Directivas comunitarias en materia de salud laboral», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 27, 1993, p. 18, destaca el carácter general de la Directiva 89/391/CE, que ofreció al legislador flexibilidad para adoptar disposiciones nacionales que van desde la consulta o mera información a hasta una participación que consista en una facultad de codecisión sobre estas cuestiones.

¹⁸ Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, «Los representantes...», *op. cit.*, pp. 3 y 10, que sostiene que el legislador no había prestado demasiada atención a esta materia, como consecuencia de un bajo rango normativo en la jerarquía de fuentes y la falta de actualización normativa sobre la cuestión.

Directiva 89/391/CE, contemplan la creación de un sistema de representación preventivo sustentado en dos figuras: el delegado de personal (arts. 35 a 37 de la LPRL) y el comité de seguridad y salud (arts. 38 y 39 LPRL). Para ello, se considera como variable fundamental la plantilla de la empresa o centro de trabajo, que determinará la creación de uno u otro y el número de personas que constituirán la representación preventiva de los trabajadores¹⁹, si bien la norma opta por conectar estas figuras a los órganos de representación unitaria que ya existan en la empresa o centro de trabajo²⁰. Así, las funciones de delegado de prevención se asumirán por la representación unitaria de los trabajadores, bien por el delegado de personal si la plantilla no supera las treinta personas, bien por la atribución específica a alguna de las personas que ejercen funciones de representación unitaria si el número de trabajadores se sitúa entre treinta y uno a cuarenta y nueve trabajadores, todo ello de conformidad con el artículo 35.2 LPRL. En cambio, el comité de seguridad y salud se constituirá en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores *ex* artículo 38.2 LPRL, y estará compuesto por los delegados de prevención y por el empresario y/o sus representantes. De forma similar a lo que sucede en la representación sindical, esta contribución opta por focalizar su atención en la figura del delegado de prevención, ya que el requisito de existencia de un menor número de trabajadores supone que sea más probable su constitución en las empresas dispersas.

De forma más concreta, el delegado de prevención es una figura regulada en los artículos 35 a 37 de la LPRL, de necesaria creación como consecuencia de la transposición de la Directiva 89/391/CEE²¹. El delegado de prevención ostenta una finalidad

¹⁹ Véase los arts. 35.2 y 38 de la LPRL, cuya conceptualización ha sido sometida a un extenso debate doctrinal, a propósito de la idoneidad de la LPRL para cuantificar el número de delegados de prevención. Sobre esta cuestión, véase GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago; APARICIO TOVAR, Joaquín, *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996., p. 224; QUESADA SEGURA, Rosa, *La autonomía colectiva...*, *op. cit.*, p. 42-43; MELLA MÉNDEZ, Lourdes, «Los delegados de prevención: algunos puntos críticos», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 6, 2003., p. 5 (versión electrónica), que se muestran especialmente críticos con los intervalos numéricos previstos en la ley, dado que no ofrecen un marco representativo adaptado a las circunstancias de cada empresa, y en consecuencia, propone que sean los propios representantes de los trabajadores quienes decidan el número necesario *ad casum*.

²⁰ Buena muestra de ello puede encontrarse en el artículo 35.2 de la LPRL, que confiere la facultad de designar a los delegados de prevención por los representantes unitarios del personal. Sin embargo, el modelo adoptado por el ordenamiento jurídico español no era la única opción. A propósito de esta discusión, véase CRUZ VILLALÓN, Jesús, «Los representantes de los trabajadores...», *op. cit.*, pp. 14 y ss.

²¹ La regulación anterior a la LPRL, concretada en la Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo y el Decreto 432/1971 de 11 de marzo, por el que se regulan la constitución, composición y funciones de los Comités de Seguridad e Higiene en el Trabajo, entre otros, no incluía una figura que cumpliera con las exigencias de representación y protección de la salud exigidas por la Directiva 89/391/CEE.

Para un examen más detallado sobre la cuestión, véase PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, «La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español (I y II)», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 1991, pp. 50-51, JUNCO CACHERO, María del Socorro. «Derecho de información de los representantes de los trabajadores en materia de seguridad e higiene en el trabajo», en Ojeda Avilés, Aantonio (Coord.), *Los derechos de información en la empresa, las prestaciones no contributivas: X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*,

de representación de los trabajadores dentro de un ámbito muy específico de protección: la prevención de riesgos en el trabajo. En otras palabras, el ámbito de actuación en el que se sitúan está íntimamente relacionado con el derecho a la salud de los trabajadores, y en consecuencia, el legislador concibe esta figura como un pilar básico del derecho a la integridad física *ex* 4.2.d del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRLET).

Su designación corresponderá a los representantes unitarios de los trabajadores, en el ámbito de las empresas o del centro de trabajo, al amparo del artículo 35.2, si bien el artículo 35.4 de la LPRL habilita que los convenios colectivos puedan establecer otros sistemas de designación²², siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o a los propios trabajadores.

Este sistema ha suscitado debates doctrinales y judiciales de sumo interés a lo largo de los años de vigencia, que desafortunadamente son ajenos a la temática abordada en el presente artículo, y que, en consecuencia, no pueden ser abordados en profundidad por razones de espacio. Así, por ejemplo, la LPRL no se pronuncia sobre los criterios que deben seguir los representantes de los trabajadores al nombrar los delegados de prevención²³, el momento en el que debe producirse el cálculo de trabajadores a efectos de designar un número determinado de delegados de prevención, si debe preservarse algún tipo de proporcionalidad representativa entre las listas²⁴, o si existe obligación de escuchar también a la representación sindical en la designación de los delegados. Técnicamente el

Trotta, Madrid, 1992, p. 197; SANCHO CUESTA, Francisco José, *La seguridad e higiene laboral en el ordenamiento jurídico comunitario*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, p. 191.

²² Sobre las posibilidades que ostenta el convenio colectivo para su designación, véase VALDÉS DAL-RE, Fernando, «La participación de los trabajadores en la Ley de prevención de riesgos laborales», *Tribuna Social*, núm. 73, 1997, pp. 93-96, y PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, «Delegados de prevención y Comités de Seguridad y Salud: notas a propósito de pronunciamientos judiciales recientes», *Revista de Derecho Social*, 6, 1999, pp. 182-183, entre otros.

²³ Sobre esta cuestión, SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, «Criterios para designar a los Delegados de Prevención», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. II, 1997., p. 2 (versión electrónica) sugiere que sean los propios representantes de los trabajadores quienes decidan los criterios, que serán legítimos siempre que no incurran en discriminación o inconstitucionalidad. No obstante, la cuestión plantea problemas incluso de constitucionalidad, dado que las dos opciones (proporcionalidad o mayorías) relacionados con el impacto al derecho a la libertad sindical, tal y como ha señalado BALLESTER LAGUNA, Fernando, «Cuestiones de legalidad y de constitucionalidad implicadas en la designación de los delegados de prevención», *Revista de Derecho Social*, 18, 2002, pp. 76-94.

Los tribunales se han decantado por afirmar que en el marco de la representación preventiva no rige el principio de proporcionalidad, dado que no se trata de un órgano de negociación, sino de un órgano de naturaleza estrictamente técnica (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1998 —Rec. 3997/1998— y de 15 de junio de 1999 —Rec. 4863/1997—, doctrina que ha sido reiterada y sigue vigente hoy en día al amparo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2006 —Rec. 2466/2004—), lo que se constituye como una razón legítima que permite el tratamiento desigual de los Sindicatos (Auto del Tribunal Constitucional núm. 98/2000 de 6 de abril).

²⁴ Esta cuestión fue resuelta por la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1998 (Rec. 4863/1997), que concluyó que la LPRL no somete la designación de los delegados de prevención a un

artículo 35.4 de la LPRL sitúa al convenio colectivo como instrumento legal que permite solventar estas respuestas de forma adaptada a las necesidades de cada sector o empresa, pero en la práctica, la negociación colectiva no ha abordado hasta la fecha sobre este tipo de cuestiones²⁵, trasladando así la litigiosidad al plano judicial.

El haz de facultades y competencias de las que dispone un delegado de prevención está contemplado en el artículo 36 de la LPRL, y es especialmente amplio. Así, por ejemplo, se incluyen la colaboración con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva, la vigilancia, el control y el fomento del cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales por parte de los trabajadores, acompañar a los técnicos/as en las evaluaciones de carácter preventivo del medio ambiente de trabajo o tener acceso a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones, entre otras. Una mención destacable que conviene señalar es la asunción de las competencias atribuidas al Comité de Seguridad y Salud en aquellos supuestos en los que no exista dicho organismo en las empresas. A efectos prácticos, ello significa que los delegados de prevención asumirán las competencias previstas en el artículo 39 de la LPRL, que supone la participación del delegado de prevención en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes de prevención de riesgos en la empresa, el conocimiento directo de la situación relativa a la prevención de riesgos en el centro de trabajo o conocer y analizar los daños producidos en la salud o en la integridad física de los trabajadores, al objeto de valorar sus causas y proponer las medidas preventivas oportunas, entre otras facultades.

Como puede observarse, el legislador ha convertido la salud y seguridad en una condición de trabajo en la que las personas empleadas están obligadas a participar, optando por situar a la representación de los trabajadores como sujeto principal. Este enfoque resulta ciertamente lógico, dado que las condiciones de salud y seguridad se encuentran colectivizadas²⁶. El refuerzo de la participación de los trabajadores en este tipo de cuestio-

criterio de proporcionalidad, toda vez que el artículo 35.4 de la LPRL ofrece plena libertad al convenio colectivo, y en cualquier caso, guarda silencio sobre el respeto a la norma de proporcionalidad.

Un análisis detallado sobre este pronunciamiento y sus consecuencias, que siguen aún vigentes hoy en día, puede hallarse en CARDENAL CARRO, Miguel, «Criterio del Tribunal Supremo acerca de la elección de los Delegados de Prevención y el respeto a la proporcionalidad con la representación unitaria.», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 52, 1998., pp. 2571-2575.

Sobre este debate, véase también PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, «Delegados de prevención y comité de seguridad y salud: Reflexiones a propósito de su interpretación judicial», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 204, 2000, pp. 92-100, CÁMARA BOTÍA, Alberto; GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco Antonio, «Derechos de participación...», *op. cit.*, pp. 221-227, que ilustran con exactitud el debate desde una perspectiva judicial.

²⁵ Vid. MERINO SEGOVIA, Amparo, «Negociación colectiva y prevención de riesgos laborales», en *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 373-374, que destaca la poca innovación de los convenios colectivos sobre esta materia, que se limitan a reproducir el contenido de la LPRL o se remiten al marco legal vigente. En este mismo sentido, véase MENDOZA NAVAS, Natividad, *Prevención de riesgos laborales: La regulación convencional*, Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 107-169.

²⁶ Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, «Los representantes de los trabajadores...», *op. cit.*, p. 8.

nes, como consecuencia de su singularización dentro de los derechos colectivos²⁷, otorga un papel central del delegado de prevención en la protección de la salud y seguridad en el trabajo, incluso reforzando sus facultades en aquellos supuestos en los que no exista Comité de Seguridad y Salud.

Por último, el artículo 37 de la LPRL define qué garantías les corresponde a los delegados de prevención. Este precepto se encarga, en líneas generales, de efectuar una asimilación entre los representantes de los trabajadores y los delegados de prevención en materia de garantías. En efecto, el primer apartado del citado artículo 37 LPRL contempla la aplicación de las garantías del artículo 68 del TRLET, y en consecuencia, tendrán idéntica protección que la conferida a los representantes unitarios de los trabajadores²⁸. Esta previsión tiene un cierto sentido cuando la persona designada no es representante de los trabajadores, pero si tenemos en cuenta el contenido del artículo 35.2 LPRL, puede observarse que su aplicación en la práctica es muy reducida, y por lo tanto, se trata de un mandato de escasa efectividad. A propósito de la aplicación de las garantías del artículo 68 TRLET, las consecuencias prácticas para la representación preventiva de los trabajadores son de un gran calado, ya que supone el reconocimiento del derecho a la apertura de un expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves o la prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas, entre otros. Sin embargo, el artículo 37 de la LPRL mejora este régimen de garantías básicas, mediante la previsión de prerrogativas específicas para la representación preventiva, como por ejemplo la consideración del tiempo destinado al desempeño de las funciones previstas en la LPRL²⁹, y del tiempo de formación en materia preventiva³⁰, como tiempo de trabajo efectivo. En términos prácticos, ello supone un incremento *de facto* del crédito horario, que pretende potenciar la existencia y desarrollo adecuado de

²⁷ Vid. SALA FRANCO, Tomás; ARNAU NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 137.

²⁸ Ello incluye incluso el reconocimiento del crédito horario correspondiente, *ex art.* 68.e TRLET, tanto a los delegados de prevención designados por la ley o mediante otras formas de designación al amparo del art. 35.4 de la LPRL, doctrina esta dictada en sede casacional por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de noviembre de 2016 (Rec. 3757/2014).

Para un estudio en profundidad sobre el impacto judicial de esta cuestión, véase CÁMARA BOTÍA, Alberto; GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco Antonio, «Derechos de participación...», *op. cit.*, p. 228-229.

²⁹ Algunas de las actuaciones que pueden incluirse dentro de esta expresión son la asistencia a las reuniones del comité de seguridad y salud o a cualesquiera otras convocadas por el empresario, así como el tiempo destinado a acompañar a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo que se realicen en los centros de trabajo para comprobar el cumplimiento de la normativa, todo ello de conformidad con el artículo 37.1 tercer párrafo de la LPRL.

³⁰ Véase el art. 37.2 de la LPRL, que ha planteado un debate doctrinal interesante a propósito de qué sucede con la formación en materia de prevención asumida voluntariamente, y que por lo tanto constituye una mejora o perfeccionamiento que va más allá de la formación exigida *ex lege*, por el delegado de prevención. Sobre esta cuestión, véase CARDENAL CARRO, Miguel, «La representación de los Trabajadores para la salud laboral, los Tribunales y el Derecho Comparado: Un buen momento para Evaluar la figura», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 5, 2000., p. 370.

las funciones de representación preventiva, sin que ello afecte negativamente a la persona que ejerza tales funciones.

3. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN PREVENTIVA Y SINDICAL EN LAS EMPRESAS DISPERSAS: EL PAPEL DEL CENTRO DE TRABAJO COMO UNIDAD DE ADSCRIPCIÓN

En la configuración de la constitución de ambas figuras existe una circunstancia que es especialmente relevante en relación con la descentralización que ha generado la irrupción de las empresas de la economía colaborativa: la consideración del centro de trabajo como unidad de referencia para la constitución de la representación de los trabajadores. Esta coincidencia no es casual, y se ha mantenido impasible a lo largo de los años. Ciertamente, la definición de centro de trabajo se halla formalmente en el artículo 1.5 del TRLET, que considera centro de trabajo aquellas unidades productivas con organización específica. Su reconocimiento se somete a que sean dadas de alta ante la autoridad laboral, si bien su exigencia normativa ha sido considerada judicialmente como una condición no constitutiva, pero de una cierta eficacia probatoria³¹, y definida doctrinalmente como un elemento formal no constitutivo que funciona a modo de presunción *iuris tantum*³². De esta manera, nos encontramos ante un concepto que pone el foco exclusivamente en la autonomía desde el punto de vista técnico³³, y que ha sido calificada acertadamente por la doctrina como obsoleta³⁴, y poco satisfactoria³⁵, por la falta de adaptación a las estructuras empresariales.

Sin embargo, se trata de un concepto que ha evolucionado legalmente de forma poco dinámica. En efecto, el legislador no ha procurado adaptarlo a los cambios económicos y organizativos³⁶, que se concretan en la desaparición de la dimensión física³⁷. Y ello pone de relieve un defecto no menor: la ausencia de una caracterización del concepto «centro de trabajo» específico para cada una de las distintas parcelas jurídicas en las que interviene. En términos generales, puede parecer razonable definir el concepto de trabajo mediante una caracterización no excesivamente detallada, pero su integración como punto de refer-

³¹ Vid. LOUSADA AROCHENA, Fernando, «El centro de trabajo», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 27, 2011., pp. 177 y 178.

³² Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*, Editorial Trotta, Valladolid, 1992., p. 32.

³³ *Ibid.*, p. 33.

³⁴ Vid. CABEZA PEREIRO, Jaime, *Las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2009., p. 23, que atribuye la desactualización del concepto de centro de trabajo al aumento del grado de autonomía del que disponen los trabajadores en la actualidad, la mejora de las cualificaciones y el impacto de nuevos modelos productivos, que son factores que se suman a un proceso de desaparición de la realidad física del centro de trabajo.

³⁵ Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, *La representación*, *op. cit.*, p. 35.

³⁶ Tal y como señala LAHERA FORTEZA, Jesús, «Reformas y alternativas a la representatividad sindical en España», en *Representación y libertad sindical. Límites a la libertad sindical negativa, la mayor representación sindical y su necesaria revisión*, Comisión ejecutiva confederal de UGT, Madrid, 2015., p. 195, situar al centro de trabajo como unidad electoral principal tuvo sentido en el pasado, ya que pretendía acercar los representantes a los lugares de trabajo, pero no así en la actualidad.

³⁷ Vid. CABEZA PEREIRO, Jaime, *Las elecciones sindicales*, *op. cit.*, p. 23.

encia en la construcción del ejercicio de derechos individuales y colectivos hubiera exigido ir un paso más allá, y concretar o matizar el significado de centro de trabajo en función del alcance o características del derecho en cuestión. Y ello debiera ser así si consideramos la distinta relevancia que el concepto «centro de trabajo» puede desempeñar en los diversos escenarios legales³⁸.

El debate en el ámbito de la representación preventiva es ciertamente ambiguo. Un examen al artículo 35.2 LPRL permite apreciar que la designación de la representación preventiva se producirá en el ámbito de los órganos previstos en las normas a que se refiere el artículo 34 LPRL, lo que ha conducido a la doctrina a afirmar la inclinación normativa por la coincidencia entre el ámbito de constitución de la representación general y específica³⁹. De esta manera, la designación de los miembros de la representación preventiva entre los representantes del personal obligará a acudir a la norma de referencia de la categoría representativa a la que pertenezca el trabajador. Sin embargo, el artículo 34.1 LPRL y el segundo párrafo del artículo 35.2 LPRL entran aparentemente en contradicción. En efecto, si bien el primero de los preceptos citados se refiere indistintamente a empresas o centros de trabajo, el segundo párrafo del artículo 35.2 LPRL constata únicamente el término «empresas». Aparentemente, el legislador optó por ofrecer un margen de libertad en aquellas estructuras productivas de menor dimensión, ya que la referencia a empresas o centros de trabajo se circunscribe a empresas con seis o más trabajadores, y en consecuencia, la empresa como única unidad de referencia se reserva para entornos productivos con una cifra superior, concretados en la escala prevista en el artículo 35.2 LPRL. No obstante, la clave de bóveda para resolver esta cuestión se halla en la remisión prevista en el propio artículo 35 LPRL que redirige al ámbito de los órganos de representación previstos en las normas plasmadas en el artículo 34 LPRL. De esta forma, la remisión a otros instrumentos legales que contemplan figuras de representación de los trabajadores permite afirmar que nos encontramos ante una incorrección técnica, tal y como ha señalado la doctrina⁴⁰, y por lo tanto, la unidad de referencia para la constitución de la representación preventiva será tanto el centro de trabajo como la empresa, de forma indistinta.

Contextualizando esta cuestión en el ámbito de las empresas dispersas, y centrando el debate en el papel del centro de trabajo y la posibilidad de elegir entre empresa y centro de trabajo como unidad de adscripción para la constitución de la representación sindical y preventiva, ¿podrían considerarse todos los centros de trabajo de las empresas dispersas como centros de trabajo al amparo de la definición legal? Esta discusión plantea dos espacios claramente diferenciados: aquellas empresas dispersas con centros de trabajo que encajan con la definición legal de centro de trabajo, y aquellas que no ostentan la autonomía

³⁸ Así, por ejemplo, el concepto «centro de trabajo» no ostenta la misma importancia en el establecimiento del sistema de horario flexible en cada centro de trabajo *ex* artículo 36.1 del TRLET, que en el derecho de permanencia en la empresa con destino a otro centro de trabajo en caso de amortización del puesto de trabajo al amparo del artículo 52.c del TRLET.

³⁹ *Vid.* ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *El delegado de prevención*, Editorial Lexnova, 2008, Valladolid, p. 86.

⁴⁰ *Ibid.* p. 86, que apunta, además, que existen dos referencias en la LPRL (artículos 34.1 y 38.2 LPRL), que permiten afirmar que la voluntad normativa es la de ofrecer como unidad de adscripción tanto el centro de trabajo como la empresa de forma indistinta.

suficiente para ser considerados centros de trabajo, entre los que se incluyen microcentros de trabajo y puestos de trabajo dispersos. Aquellos supuestos en los que la caracterización del centro de trabajo de la empresa dispersa encaja con el concepto legal y jurisprudencial de centro de trabajo no presentan problemas de eficacia. Tanto la configuración jurídica de la representación sindical como la representación preventiva, en virtud de los artículos 34 y 35 LPRL, ofrecen la libertad suficiente para decidir qué unidad de adscripción es más favorable para la defensa de los intereses de las personas trabajadoras.

Sin embargo, los problemas aparecen cuando los puestos de trabajo de las empresas dispersas no encajan con la definición jurídica de centro de trabajo, y, además, no emplean a un gran número de trabajadores. En estos casos, en los que podemos hablar de trabajadores geográficamente dispersos, la definición actual del centro de trabajo *ex* artículo 1.5 del TRLET se presenta como poco efectiva para la constitución de la representación sindical y preventiva. El legislador se ha mantenido impasible ante la proliferación de nuevas formas de organización empresariales que en ocasiones incluso eliminan la realidad física del centro de trabajo, planteando problemas de efectividad en el ejercicio del derecho de participación en la empresa.

La única opción para constituir tanto la representación sindical como preventiva de estos trabajadores pasaría por asumir la empresa como unidad de adscripción electoral. Tal circunstancia tiene una afectación enorme en la calidad de la representación, y por ende al derecho de participación de los trabajadores en la empresa *ex* artículo 129.2 C.E., ya que impide que las diferentes necesidades y opiniones de cada lugar en el que los trabajadores presentan servicios puedan ser consideradas. La flexibilidad que ofrece tanto el artículo 8.1 de la LOLS como los artículos 34 y 35 LPRL desaparecen ante el trabajo en empresas dispersas, dada la falta de previsión del legislador de este tipo de fenómenos, produciéndose una curiosa paradoja: la centralización de la representación en estructuras descentralizadas productivamente.

La cuestión pivota, pues, sobre las posibilidades de constituir la representación sindical y preventiva sobre unidades de adscripción con significado distinto al establecido legalmente. Desde la perspectiva sindical, dos argumentos permiten defender una respuesta afirmativa a la cuestión. En primer lugar, la expansiva apertura jurisprudencial de la interpretación del artículo 10 de la LOLS permite defender una caracterización adaptada a las nuevas formas de economía de la unidad electoral ya que resulta contradictorio que los trabajadores sindicados no puedan elegir entre empresa o centro de trabajo si la constitución del centro de trabajo recae exclusivamente en la libre organización que considere oportuna el empresario. El exponente más reciente de esta tesis lo hallamos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2016 (Rec. 161/2015), que habilita a los promotores del proceso electoral la potestad de definir la unidad electoral sobre la que se quiere delimitar la representación sindical de los trabajadores⁴¹. Sin embargo, la carac-

⁴¹ Véase el F.D. I, que señala: «5. Y es que el centro de trabajo de la empresa precisa de ser identificado a los efectos de llevar a cabo el proceso de elección de los representantes legales y ello supone que los promotores del proceso electoral habrán de definir esa unidad sobre la que se quiere delimitar la representación, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 62 y 63 ET. Así se indica de modo expreso en el art. 67.1 párrafo segundo [...]».

terización se limita únicamente a los efectos de escoger a la representación sindical de los trabajadores, *ex* artículo 67.1 párrafo segundo del TRLET. En este punto, si bien es cierto que en un principio esta tesis se halla condicionada a que el centro o puesto de trabajo cuente con un mínimo de seis empleados⁴², el artículo 8.1.a de la LOLS permitiría salvar la doctrina jurisprudencial vigente. En efecto, este precepto establece la posibilidad de que los trabajadores afiliados a un sindicato constituyan secciones sindicales en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, operando como único límite el contenido de los Estatutos del Sindicato. Ello se instrumenta desde un punto de vista absolutamente voluntario, condicionando al contenido que establezca el propio sindicato, dado que el mencionado precepto incluye la expresión «podrán». Y es precisamente en la libertad que confiere a los sindicatos donde radica la posibilidad de eludir la imposibilidad de agrupar centros de trabajo con menos de seis empleados, ya que no se constata ninguna precisión legal respecto al número mínimo de trabajadores. En segundo lugar, la posibilidad de diseñar el concepto de centro de trabajo con el único fin de establecerlo como unidad de adscripción es reforzada a la luz del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Tal y como ya señaló la doctrina en su momento⁴³, el artículo 29 del citado Real Decreto no contempla entre las causas previstas para interponer reclamaciones en materia electoral que la defectuosa constitución de la unidad electoral anule el proceso de elección a órganos de representación sindical de los trabajadores, y por lo tanto, no existe óbice que impida una configuración del centro de trabajo, a efectos de constituir la representación sindical, adaptada a las nuevas formas descentralizadas de organización empresarial.

La óptica preventiva presenta un enfoque ligeramente distinto sobre la cuestión. Si bien la LPRL basa la construcción del sistema preventivo sobre el concepto clásico de centro de trabajo, tal y como ha señalado la doctrina⁴⁴, cabe diferenciar en este punto el desarrollo y coordinación de la actividad preventiva, claramente enmarcada en el concepto legal de centro de trabajo, de la constitución de la representación preventiva. En efecto, los artículos 34 y 35 LPRL contemplan, como ya se ha dicho anteriormente, el binomio centro de trabajo-empresa en su regulación. Sin embargo, la representación preventiva se concibe conectada a la presencia de otras figuras de representación en el centro de trabajo

⁴² Las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (Rec. 2872/2013), 14 de julio de 2011 (Rec. 140/2010) y 20 de febrero de 2008 (Rec. 177/2007) sostienen como doctrina jurisprudencial la imposibilidad de agrupar centros de trabajo con menos de seis empleados, que pretende evitar que los sindicatos promotores despojen a los trabajadores de los centros que ocupan entre 6 y 10 trabajadores de la facultad de ser ellos los únicos que pueden decidir, por mayoría, si celebran o no elecciones.

⁴³ Esta cuestión ya fue indicada por ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 120, que si bien se refería al Real Decreto 1311/1986, de 13 de julio sobre normas para la celebración de elecciones a los órganos de representación de los trabajadores en la Empresa, sigue plenamente vigente a día de hoy.

⁴⁴ *Vid.* MELLA MÉNDEZ, Lourdes, Los retos de la prevención de riesgos laborales ante la digitalización de la empresa y las nuevas formas de trabajo: puntos críticos, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 229, 2020, apartado III.2.1 (formato electrónico), que señala que el concepto clásico de centro de trabajo es tenido en cuenta para establecer reglas específicas, que pueden hallarse en los artículos 24.1, 30.5, 32.bis.3, 39.1, 40.3, y 53 de la LPRL.

y/o empresa, ya no sólo por la designación por y entre los representantes del personal, sino por la expresa remisión del artículo 34.2 LPRL a textos normativos que actuarán como el marco jurídico de referencia en función del tipo de representación existente en la organización empresarial. Esta circunstancia implica, en esencia, que el debate sobre la selección del centro de trabajo/empresa como unidad de adscripción no asuma la importancia que tiene en otros supuestos, como por ejemplo la representación sindical o incluso la representación unitaria, ya que estará condicionado a la existencia del resto de modalidades de representación. Así, la suma de estas circunstancias supone, en mi opinión, que el debate sobre la selección de la unidad de adscripción carezca de importancia en la esfera representativa preventiva.

4. PROPUESTAS LEGALES PARA INCREMENTAR LA EFICACIA DEL EJERCICIO EFECTIVO DE LA REPRESENTACIÓN SINDICAL Y PREVENTIVA EN LAS EMPRESAS DISPERSAS

La ausencia de un planteamiento amplio y garantista en el marco de las empresas dispersas puede derivar en un hecho ciertamente desolador: que los trabajadores no puedan ejercer sus derechos de representación colectiva como consecuencia de obstáculos que impiden su constitución. Si bien se han ofrecido argumentos que permiten afirmar la posibilidad de adaptar la unidad de adscripción electoral en el marco de las elecciones a la representación sindical y preventiva, sería conveniente reafirmar esta posibilidad mediante la introducción de algunas modificaciones normativas. Y a tal efecto, este estudio concreta a continuación cuatro propuestas que se formulan a continuación.

4.1. La conveniente reformulación de las unidades electorales a efectos de constitución de la representación sindical y preventiva

La adaptación a las nuevas formas de organización empresarial exige la modificación sobre cómo se constituyen las formas de representación en la empresa. La desaparición de la realidad física del centro de trabajo exige, en mi opinión, la ampliación o concreción normativa de las unidades de adscripción territorial constatadas en la LOLS y en la LPRL. El binomio centro de trabajo-empresa sigue siendo operativo, pero en algunos escenarios, como en las empresas dispersas, se convierte en una fórmula poco eficiente, que dificulta la constitución y el desarrollo efectivo de los derechos de representación de los trabajadores.

Desde la perspectiva sindical, sería recomendable ampliar las unidades de adscripción territorial constatadas en el marco del artículo 10 LOLS. La exigencia de una organización productiva autónoma para permitir la elección de representantes sindicales es una premisa que no tiene sentido en el tejido empresarial actual, en el que la realidad física del centro de trabajo está desapareciendo⁴⁵. Este fenómeno da paso a una deslocalización de los trabajadores que impide el ejercicio del derecho a la participación colectiva en la empresa. Concretamente, la propuesta de mejora que se defiende en esta contribución parte de

⁴⁵ Vid. CABEZA PEREIRO, Jaime, *Las elecciones sindicales*, op. cit., p. 23.

añadir la expresión «lugares de trabajo», que transportaría a la norma de referencia una realidad fáctica muy habitual en el entorno de las empresas dispersas.

A diferencia del concepto «centro de trabajo», la expresión «lugar de trabajo» centraliza la importancia jurídica del término en la propia prestación de servicios, reduciendo así los condicionantes sobre cómo se desarrolla la actividad económica empresarial que configuran el concepto de centro de trabajo. En otras palabras, se persigue trasladar de forma más fidedigna la génesis del derecho a la participación en la empresa de los trabajadores, cuyo origen se produce por el hecho de ser trabajadores —circunstancia que depende de su propia voluntad—, y no por la prestación de servicios bajo un esquema organizativo concreto determinado por el empresario.

Así, esta fórmula ofrece una solución flexible, que permite adaptarse a todo tipo de formas de organización de la actividad empresarial, y evita abordar una más que recomendable pero complicada reforma integral del artículo 1.5 TRLET. De forma más concreta, el artículo 8.1 LOLS sería recomendable que optara por una redacción amplia, que incluyera, junto a las referencias a la empresa y al centro de trabajo, la expresión «*o cualquier agrupación de lugares de trabajo en el caso de empresas dispersas*». De esta manera, esta proposición ostenta como pretensión ofrecer encaje legal a aquellos trabajadores geográficamente dispersos, que no se hallan adscritos a un centro de trabajo en los términos exigidos legal y jurisprudencialmente, a fin de posibilitar la constitución de representación sindical.

La configuración de la constitución de la representación preventiva también ostenta margen de mejora en el ámbito de las empresas dispersas. El actual esquema de unidades de adscripción constatado en la LPRL, que pivota tanto en el centro de trabajo como en la empresa, en estrecha conexión con la representación unitaria ya existente, no se adapta de forma eficaz a la existencia de empresas dispersas. La cuestión en este ámbito no radica tanto en la caracterización de las unidades de adscripción, sino en la relación de dependencia entre la representación unitaria y la representación preventiva *ex* artículo 34.2 LPRL, que condiciona la existencia de representación preventiva a aquellos escenarios en los que se constituye la figura del delegado de personal. En mi opinión, este planteamiento reduce enormemente las posibilidades de que exista representación preventiva en aquellas organizaciones empresariales en las que o bien no existan centros de trabajo con las características del artículo 1.5 TRLET o bien no alcancen la plantilla exigida para la creación de delegados de personal⁴⁶. La existencia de centros de trabajo con cifras menores a cinco personas en las empresas dispersas es un fenómeno ciertamente habitual, y por lo tanto, el actual planteamiento de la LPRL no garantiza la constitución de representación preventiva, lo que resulta ser poco efectivo. Una posible solución ante esta problemática podría ser la sustitución de la designación de los delegados de personal como delegados de prevención por una designación *ad hoc* entre los trabajadores de la estructura productiva. Esta propuesta ofrece, además, un cierto margen para omitir la referencia al binomio clásico empresa-centro de trabajo, e integrar, de forma coordinada,

⁴⁶ El artículo 62.1 TRLET exige un mínimo de 6 trabajadores para constituir representación unitaria en una empresa o centro de trabajo.

el concepto «lugar de trabajo» en la LPRL, que como ya se ha señalado anteriormente, es una cuestión de una relevancia mucho menor respecto a la representación sindical, y con un impacto muy reducido.

4.2. La necesaria adaptación del concepto legal de centro de trabajo a las nuevas formas de organización empresarial

Si bien la reformulación de las unidades electorales a efectos de constitución en el marco de las figuras de representación analizadas en este artículo es una solución relativamente simple, el verdadero desafío que convendría abordar es la reforma de la definición legal de centro de trabajo, prevista en el artículo 1.5 TRLET. Como ya se ha apuntado anteriormente, la regulación actual del concepto de centro de trabajo es poco efectiva en la representación preventiva y sindical en el marco de las empresas dispersas, debido a la progresiva desaparición de la realidad física de las empresas.

La modificación de un concepto tan central en las relaciones laborales como el centro de trabajo ofrece multitud de opciones, pero la que mejor encaja a efectos de garantizar el derecho a la representación sindical y preventiva de los trabajadores parte la creación de nuevos conceptos que minimicen el impacto que supondría actualizar esta institución. Así, la propuesta por la que nos inclinamos en esta contribución supone afectar única y exclusivamente la adscripción electoral tanto de la representación sindical como preventiva, circunstancia esta que facilitaría enormemente su implementación.

En particular, sería recomendable que, a efectos de considerar la existencia de uno o varios centros de trabajo como unidades de adscripción electoral en las empresas dispersas, se constataste en el marco del artículo 1.5 del TRLET una definición explícita y diferenciada del concepto «centro de trabajo», que omitiese cualquier referencia a la existencia de una organización específica y al requisito de dar de alta ante la autoridad laboral. La razón de su supresión radica en que ambas condiciones dependen ciertamente de la voluntad del empresario, que es el responsable de organizar los medios de producción y el obligado legal a la comunicación de la apertura de los centros de trabajo. Asimismo, el artículo 1.5 TRLET debería reflejar una referencia explícita al conjunto de puestos de trabajo que se integran en el desarrollo de la actividad económica de una empresa, con especial consideración a aquellos puestos de trabajo geográficamente deslocalizados, a fin de que los trabajadores puedan seguir manteniendo el derecho de participación en la empresa.

En este sentido, hay distintos ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico, que, aplicados a las empresas dispersas, ofrecerían un ejercicio más efectivo del derecho de los trabajadores a la participación en la empresa. Así, por ejemplo, el artículo 2.º del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales, define centro de trabajo como *cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo*. Pero este no ha sido el único caso que se ha apartado de la caracterización prevista en el artículo 1.5 del TRLET. La disposición adicional tercera del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa se ha encargado de exigir la agrupación de

los establecimientos dependientes u organismos que radiquen en una misma provincia como un único centro de trabajo, requiriendo para ello que se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de un mismo Convenio Colectivo.

Así, con la eliminación del requisito de organización específica y tramitación del alta ante la autoridad laboral, y la reformulación del concepto de centro de trabajo hacia una definición en la que el empresario no puede intervenir en su conceptualización a efectos de constituir la representación sindical y preventiva, se puede conseguir garantizar con mayor eficacia el derecho a la representación de los trabajadores en las empresas dispersas.

4.3. La traslación del comité conjunto a la esfera representativa sindical y preventiva

Garantizar la existencia de representación sindical y preventiva en las empresas dispersas requiere, además, la creación de figuras que, en la actualidad, son ajenas a estas dimensiones representativas. Concretamente el artículo 63.2 TRLET constata una figura que presenta una gran compatibilidad con las nuevas formas descentralizadas de organización empresarial: el comité conjunto. Esta institución existirá cuando una empresa ostenta en la misma provincia, o municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuya plantilla alcanza cumulativamente la cifra de cincuenta personas trabajadoras.

Esta institución parece especialmente indicada para las empresas dispersas, toda vez que favorece que una pluralidad de pequeños centros de trabajo pueda constituir un órgano de representación sindical o preventiva, pero su previsión sólo ha sido legalmente constatada para la representación unitaria. Si bien es cierto que la constitución de la representación unitaria ostenta reglas que difieren de las previstas para la representación sindical y preventiva, la traslación de esta figura a la LOLS y la LPRL, con modificaciones, sería ciertamente positiva. En ambos casos, sería recomendable el reconocimiento legal de órganos de representación conjuntos (secciones sindicales y delegados de prevención), que permitiera la suma de centros de trabajos, incluyendo aquellos centros de trabajo con menos de 6 trabajadores, que se suma a otras propuestas que se han realizado por la doctrina científica⁴⁷.

Ciertamente, esta opción es una posibilidad ya puede llevarse a cabo en el ámbito sindical, gracias al poder de autoorganización del propio sindicato en virtud del artículo 8 de la LOLS⁴⁸, pero esta opción no supone el reconocimiento de los derechos previstos

⁴⁷ Así, por ejemplo, véase YSAS MOLINERO, Helena, «Reflexiones sobre el comité conjunto o cómo reestructurar los órganos unitarios para mejorar la cobertura representativa en las empresas» en V.V.A.A., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, ediciones cinco, Madrid, 2018, (formato electrónico); así como también NIETO ROJAS, Patricia, *La representación de los trabajadores en la empresa*, Lex Nova, Cizur Menor, 2015, pp. 189-201.

⁴⁸ Vid. MERINO SEGOVIA, Amparo, «La acción sindical en la empresa. Nuevas orientaciones en la doctrina judicial a propósito del crédito horario del delegado sindical», *Revista de Derecho Social*, 70, 2015, pp. 181-182.

Para un estudio en profundidad de esta figura, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, «El reconocimiento legal de los delegados sindicales y las representaciones sindicales al margen de la ley», *Relaciones laborales*, n.º 14, 1989; AHUMADA VILLALBA, Begoña, «Secciones sindicales intercentros y delegados sindicales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 43, 1990, pp. 535-540; SAEZ LARA, Carmen, *Representación y acción sindical en la empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pp. 168-170; VALDEOLIVAS

en el artículo 8.2 de la LOLS, salvo que el convenio colectivo de aplicación así lo constate. Tal circunstancia podría ser aceptable en el supuesto de empresas no dispersas, pero no en el caso de aquellos empleadores con microcentros de trabajo dispersos, ya que a la desconexión propia como consecuencia de la distancia entre puestos de trabajo se le suma el factor de la reducida plantilla por cada unidad de producción. Y ante este escenario, sería conveniente garantizar que estos trabajadores puedan constituir la representación sindical con el máximo de las garantías y derechos previstos normativamente, especialmente si tenemos en cuenta las circunstancias en las que se lleva a cabo la actividad económica en este tipo de empresas. El escenario preventivo se beneficiaría, aún más, de esta figura, ya que, a diferencia de la representación sindical, no existe una facultad de autoorganizar la instrumentación de la representación, en parte, como consecuencia de la necesaria conexión que debe existir con la representación unitaria.

4.4. La negociación colectiva como sujeto imprescindible para mejorar la eficacia de la constitución y ejercicio de los derechos de la representación sindical y preventiva

El papel que debe desempeñar la negociación colectiva en la constitución e instrumentación de los derechos de la representación sindical y preventiva en empresas dispersas debe ser potenciado. La flexibilidad exigida para adaptar la forma en la que se constituye las distintas vías de representación de los trabajadores en el marco de los distintos sectores económicos sitúa a la negociación colectiva como un agente idóneo para su potenciación. De hecho, el legislador es consciente de su potencial, e instrumentó un marco jurídico, con multitud de espacios en los que puede intervenir la negociación colectiva. Desde la óptica sindical, claros ejemplos los encontramos en los artículos 8.2, 10.2 y 10.3 de la LOLS, que permiten que los convenios colectivos amplíen el número de delegados sindicales que corresponde en función de una determinada plantilla y/o establezcan nuevos derechos tanto para la representación unitaria como sindical. Ante este escenario, convendría fomentar la creación de disposiciones convencionales específicas que potencien la constitución de secciones sindicales.

Es cierto que el fomento y mejora de esta vía de representación en la empresa exige la afiliación a un sindicato, que es el pilar esencial en el que se sustenta *ex* artículo 8.1 de la LOLS, pero este es precisamente un fenómeno que generaría una necesaria consecuencia positiva en el ordenamiento jurídico español: el crecimiento de la acción sindical. En efecto, la acción sindical está sufriendo una crisis de gran entidad ante una realidad empresarial que apuesta por la descentralización, en la que impera la desconexión entre trabajadores/as por hallarse en centros de trabajo geográficamente distantes. Tal circunstancia dificulta la posibilidad de constituir la representación sindical de los trabajadores. Y aunque pueda parecer una paradoja, el establecimiento de nuevas formas de organización empresarial basadas en la economía colaborativa puede devolver la importancia que han

GARCÍA, Yolanda, *Antisindicalidad y relaciones de trabajo (Un estudio de la conducta antisindical en la empresa)*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 245-246.

ido perdiendo los sindicatos a lo largo de los últimos años, ya que se presenta como una vía flexible y efectiva para la representación efectiva de los trabajadores.

Un examen al marco legal de la LPRL permite llegar a conclusiones similares. Esta norma parte de asegurar un marco jurídico de mínimos, derivado del carácter de derecho necesario mínimo indisponible atribuido a las disposiciones de la LPRL *ex* artículo 2.2. de la LPRL, y, por lo tanto, traslada la actualización y adaptación del marco jurídico a las nuevas formas de organización empresarial a la negociación colectiva. Si bien existen ejemplos en los que el legislador habilitó claramente a la negociación colectiva para su intervención⁴⁹, la naturaleza de Derecho necesario mínimo indisponible ofrece un elevado margen de actuación, ciertamente desaprovechado⁵⁰.

5. CONCLUSIONES

La representación sindical (secciones sindicales) y preventiva (delegados de prevención) en las empresas dispersas presentan retos derivados de las nuevas realidades económicas que convendría abordar legalmente. La extrema descentralización y la progresiva desaparición de la dimensión física del centro de trabajo, sumado a la integración de las tecnologías de la información en la organización empresarial son circunstancias que sugieren una actualización del marco jurídico de la representación sindical y preventiva, cuyas regulaciones se han mantenido ciertamente estáticas ante nuevas formas de organización empresarial basadas en la economía colaborativa. Los desafíos y retos que plantean este tipo de cambios son compartidos para la representación sindical y preventiva, y parten de la desaparición de la dimensión física del centro de trabajo o empresa como unidad de adscripción electoral. Esta circunstancia afecta principalmente a la constitución de ambas modalidades de representación.

Respecto a la representación sindical, el escenario contribuye a ser optimistas frente a su constitución. El artículo 8 de la LOLS ofrece un amplio margen de decisión respecto a la elección entre centro de trabajo y empresa como unidad de adscripción. Atendiendo a las dimensiones del tejido empresarial español, esta opción ofrece un marco jurídico que se acomoda a las nuevas realidades descentralizadas, ya que permite a las secciones sindicales escoger la unidad electoral. No obstante, la definición legal de centro de trabajo, que es el concepto sobre el que pivotan la constitución, composición y los distintos derechos que contempla la LOLS para las secciones sindicales, exige una actualización, adecuada a las nuevas formas de descentralización empresarial.

⁴⁹ Véase en el artículo 35.4 de la LPRL, que habilita a la negociación colectiva a establecer sistemas de designación de la representación preventiva, siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o a los propios trabajadores.

⁵⁰ Para un estudio en profundidad sobre la intervención de la negociación colectiva sobre la representación preventiva véase MERINO SEGOVIA, Amparo, «Negociación colectiva y prevención de riesgos laborales», en De Vicente Pachés, Fernando, *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 374-376 y Mendoza Navas, Natividad, *Prevención de riesgos laborales: La regulación convencional*, Bomarzo, Albacete, 2007 y GUTIÉRREZ COLOMINAS, David, «El papel de la negociación colectiva en la representación preventiva: puntos críticos sobre su regulación e instrumentación», *Temas laborales*, núm. 152, 2020, pp. 169-195.

En cuanto a la representación preventiva, se detecta una falta de adaptación normativa de la LPRL a las nuevas formas de organización empresarial basadas en la economía colaborativa, fruto del inmovilismo de la configuración legal de esta modalidad representativa y la conexión que presenta este tipo de representación con la unitaria. En efecto, en aquellas empresas o centros de trabajo de menor dimensión, en las que no exista representación unitaria, será imposible constituir representación preventiva *ex lege*. A esta cuestión debe sumarse la aparente contradicción entre el artículo 34.1 LPRL y el segundo párrafo del artículo 35.2 LPRL, en los que las unidades de adscripción no son coincidentes, que es resuelta, como ya se ha indicado, por la remisión prevista en el propio artículo 35 LPRL que redirige al ámbito de los órganos de representación mencionados en el artículo 34 LPRL. De esta manera, la unidad de referencia para la constitución de la representación preventiva será tanto el centro de trabajo como la empresa, de forma indistinta.

Todo ello, contextualizado en el ámbito de las empresas dispersas, ofrece un escenario ciertamente complejo respecto a la constitución de ambas modalidades de representación, especialmente cuando los centros de trabajo no encajan con la definición legal prevista en el artículo 1.5 TRLET, y, además, no emplean a un gran número de trabajadores. En estos casos, tanto la representación sindical como preventiva de estos trabajadores pueden optar por constituirse sobre unidades de adscripción con significado distinto al establecido legalmente.

No obstante, existen margen legal de mejora, que podría concretarse en distintas actuaciones. Así, por ejemplo, ampliar las unidades de adscripción territorial mediante la inclusión de la expresión «lugares de trabajo»; la supresión de la regla prevista en el artículo 34.2 LPRL, sustituyéndose por una designación *ad hoc* entre los trabajadores de la estructura productiva; la actualización del artículo 1.5 TRLET, a fin de que omita cualquier referencia a la existencia de una organización específica y al requisito de ser dado de alta ante la autoridad laboral con una referencia explícita al conjunto de puestos de trabajo que se integran en el desarrollo de la actividad económica; o la creación de órganos de representación conjuntos que permitiera la suma de centros de trabajos con menos de 6 trabajadores, son algunas de las propuestas, que deberían ser acompañadas del fomento de la intervención de la negociación colectiva en la constitución e instrumentación de los derechos de la representación sindical y preventiva en las empresas dispersas.

LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN EJECUTIVA «EX» ART. 247 LRJS

Jaume González Calvet

Magistrado

Doctor en Derecho y profesor asociado de la Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS PREVIAS. 2.1. Concepto de parte. 2.2. La legitimación procesal. 2.3. Legitimación ordinaria y legitimación extraordinaria. 2.4. Capacidad de postulación. 2.5. Representación y defensa. 3. LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO DECLARATIVO DE CONFLICTO COLECTIVO. 3.1. Objeto y partes en la modalidad procesal de conflicto colectivo. 3.2. Legitimación activa en la modalidad de conflicto colectivo (art. 154 LRJS). 3.3. La legitimación colectiva de los sindicatos y la jurisprudencia constitucional. 4. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS COLECTIVAS DE CONDENA. 4.1. La legitimación activa en la ejecución de sentencias colectivas que imponen obligaciones indivisibles. 4.2. Legitimación activa de la representación de los trabajadores en la modalidad de ejecución de sentencias colectivas de condena susceptibles de individualización «ex» art. 247. 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Entre las múltiples innovaciones que introdujo en el proceso laboral la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, destacó el establecimiento de una modalidad ejecutiva específica para sustanciar la ejecución de sentencias de condena dictadas en procedimientos de conflicto colectivo. Esta opción del legislador no tan solo dio respuesta a reivindicaciones históricas de amplios sectores del iuslaboralismo que clamaban por dotar al procedimiento de conflicto colectivo de una utilidad práctica de la que carecía¹, sino que, además, se asentaba en una jurisprudencia constitucional que amparaba la posibilidad de ejecutar sentencias colectivas cuando estas contenían pronunciamientos de condena, fueran estas de carácter indivisible o susceptibles de concreción individual².

¹ Carecía de utilidad práctica puesto que al no perverse legalmente la ejecución de la sentencia de conflicto colectivo, el sistema obligaba a reiterar el litigio en un procedimiento de carácter individual que culminara con un título ejecutivo. De esta forma, se multiplicaban los pleitos así como el tiempo invertido en ellos, debilitándose la tutela judicial efectiva y, de paso, contribuyéndose gratuitamente a la sobrecarga de los tribunales laborales.

² *Vid.* SSTC 92/1988, de 23 de mayo y 178/1996, de 12 de noviembre.

No obstante, a pesar de la elogiable iniciativa del legislador, se verá que en realidad el precepto intenta la cuadratura de círculo, pues al forzar determinados institutos jurídico-procesales se producen grietas en el sistema implementado. En efecto, el art. 247 LRJS faculta individualmente a las personas trabajadoras beneficiarias de una sentencia de condena colectiva para que puedan instar su ejecución, aunque no de forma directa y aislada sino condicionándose el ejercicio de esta acción a que confieran expresamente su representación a un órgano o sujeto colectivo representante de los trabajadores. Y aunque la norma legal confiera formalmente la condición de parte y la legitimación activa a los sujetos colectivos, lo cierto es que la exigencia de apoderamiento previo de los representantes colectivos induce a pensar que realmente estos no ostentan ni la condición de parte ni, por ello mismo, la legitimación activa propiamente dicha. Como se verá seguidamente, el reto que afronta el legislador es complicado desde un punto de vista dogmático, pues se trata de acoplar un título ejecutivo de carácter colectivo con el derecho individual a instar la acción ejecutiva por parte de los trabajadores que son beneficiarios del mismo. Y aunque la solución técnico-procesal que adopta el legislador es aceptable, pues en la práctica ha resultado ser bastante operativa, hay que reconocer que la redacción del precepto merece mayor corrección terminológica, pues a la capacidad de postulación procesal que se confiere a los órganos de representación —unitarios y sindicales— de los trabajadores se la denomina legitimación, lo cual fácilmente puede inducir a prácticas procesales erráticas.

2. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS PREVIAS

2.1. Concepto de parte

Dispone el art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC— que serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

En el proceso civil son partes la persona que pide *en nombre propio*, o en cuyo nombre se pide, la actuación de la ley, y la persona frente o contra la cual se pide³. Para Montero Aroca, es parte quien pide la tutela judicial y frente a quien se pide; caracterizando a la parte quien asume los derechos, cargas y obligaciones que se derivan de la realización del proceso, lo que significa que en los supuestos de representación (tanto voluntaria como legal y necesaria), la verdadera parte es siempre el representado⁴.

Para Gimeno Sendra, partes no son todos los sujetos que intervienen en el proceso, sino únicamente quienes interponen la pretensión y quienes se oponen a ella, presuponiendo el concepto de parte una titularidad o cierta situación con respecto a la relación jurídico material debatida (art. 10 LEC) y se determina en función de las expectativas de declaración, realización o transformación de dicha relación material por la sentencia

³ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Derecho Procesal Civil. Parte General. El proceso declarativo ordinario*. 8.ª edición, Madrid, 1979, p. 123.

⁴ MONTERO AROCA, Juan: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*. AA.VV. 23.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 59.

o, lo que es lo mismo, por los efectos de la cosa juzgada.⁵ Las partes son aquellos que por ostentar la titularidad de los derechos y obligaciones o algún interés legítimo en una determinada relación jurídica discutida interponen, a través de la demanda, su pretensión o se oponen a ella mediante la contestación a la demanda⁶.

La doctrina procesalista ahonda en el concepto de parte distinguiendo entre parte principal y parte subordinada, siendo la primera quien, por ser titular de la relación jurídico material debatida y por verse expuesto a los futuros efectos directos de la sentencia, está legitimada para deducir la pretensión u oponerse a ella, delimitando el objeto del proceso y generando la obligación del juez de congruencia de la sentencia, contra la cual pueden recurrir con independencia, provocando además, si la relación jurídica es disponible, la finalización anormal del proceso a través de actos de disposición como el desistimiento, renuncia, allanamiento, etc. En cambio, la parte subordinada (como es el interviniente adhesivo o coadyuvante) se encuentra en una relación jurídica dependiente de la principal, por lo que ni delimita el objeto del proceso ni puede transigir sobre el mismo ni puede impugnar la sentencia con independencia del principal, limitándose a coadyuvar con sus actos de postulación al éxito de la pretensión o defensa de la parte principal.⁷

2.2. La Legitimación procesal

Bajo la rúbrica de *Condición de parte procesal legítima*, dispone el art.10.1 LEC que serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

En términos semejantes y con la rúbrica de *Legitimación*, dispone el art. 17.1 LRJS que los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las leyes.

Para la doctrina procesalista⁸, la legitimación viene establecida por una norma de derecho material que otorga, a quien interpone la pretensión o se opone a ella, la titularidad del derecho subjetivo u obligación jurídica material, del bien jurídico o del interés legítimo que se discute en el proceso. Por esta razón, concluye Gimeno Sendra, la legitimación pertenece al derecho material, vincula a las partes con la relación jurídico material que se discute en el proceso y, por la misma, no constituye presupuesto procesal alguno, sino que se erige en un elemento subjetivo de la fundamentación de la pretensión.

En el mismo sentido, Ramos Méndez afirma que, admitido el principio de libertad de acción, no puede condicionarse la admisibilidad del juicio a que el litigante justifique *in limine litis* la titularidad de su derecho, pues la existencia o no de dicha titularidad sólo resultará del juicio, de la sentencia; desde el punto de vista procesal, estrictamente, el significado de legitimación se circunscribe a determinar quiénes son las partes en un juicio,

⁵ GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Civil I. El proceso de declaración .Parte General*. Castillo de Luna, Ediciones jurídicas, Madrid, 2015, p. 113.

⁶ GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Civil I*. Ob. cit., p. 114.

⁷ GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Civil I*. *Ibidem*.

⁸ GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Civil I*. Ob. cit., p. 159.

de forma que estará legitimada activamente en un pleito concreto la persona que proponga la demanda y legitimada pasivamente la persona frente a quien se dirige la demanda⁹.

Para Ramos Méndez, la Constitución ha venido a añadir un nuevo elemento a la complejidad de la cuestión al distinguir entre *derechos e intereses legítimos* y extender la tutela judicial efectiva a ambas categorías, de forma que la tutela judicial efectiva no sólo ha de dispensarse a quien tiene un derecho sino también al que invoca un interés legítimo, todo lo cual exige obviar una concepción demasiado estrecha de la legitimación. Para el mismo autor, lo útil de la legitimación es recordar que el juicio siempre se desenvuelve entre partes concretas y determinadas, demandante y demandado, y si alguien aparece en una de dichas posiciones, no queda más remedio que atenderle y despacharle su cuita, otorgándole la tutela prometida.¹⁰

Finalmente, hay que indicar que el Tribunal Constitucional también ha acotado el concepto de legitimación procesal —en este caso, referida a un sindicato— en los siguientes términos: *...la legitimación procesal es la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y, en virtud de la cual, exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso. Por ello, hemos dicho (por todas, STC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3) que la legitimación es "una específica relación entre el actor y el contenido de la petición que se ejercita", caracterizando el interés legítimo que permite establecer tal vínculo como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de suerte que, de estimarse ésta, se produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (SSTC 65/1994, de 28 de febrero, FJ 3, 105/1995, de 3 de julio, FJ 2, 122/1998, de 15 de junio, FJ 4, y 203/2002, de 28 de octubre, FJ 2). (FJ 5, STC 164/2003, de 29 de setiembre).*

Por otra parte, tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en distinguir entre legitimación *ad processum* y legitimación *ad causam*. De esta forma, la primera se refiere a la capacidad que es necesario poseer para ser sujeto de una relación procesal y poderla realizar con eficacia jurídica, sin la cual no se puede entrar en el conocimiento de la cuestión de fondo; mientras que la legitimación *ad causam* aparece en función de la pretensión formulada, requiriendo una aptitud específica determinada, mediante la justificación necesaria para intervenir en una «Litis» especial y concreta, por obra de una relación en que las partes se encuentran respecto a la cosa que es objeto de litigio (STS, 4.ª, de 28 de abril de 2003, rec. 1094/2001).

El Tribunal Constitucional define la legitimación *ad causam* que debe ostentar un sindicato en un litigio con las siguientes precisiones: *...hemos señalado con reiteración que para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato no basta que éste acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de lo que hemos denominado «función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores». Debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines,*

⁹ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 216.

¹⁰ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: *Guía para una transición ordenada...* Ob. cit., p. 217.

su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado (SSTC 7/2001, de 15 de enero, FJ 5 , y 24/2001, de 29 de enero , FJ 5). (FJ 5, de la STC 164/2003, de 29 de setiembre).

2.3. Legitimación ordinaria y legitimación extraordinaria

Tanto la doctrina procesalista como la jurisprudencia han coincidido en distinguir dentro del concepto de legitimación procesal la ordinaria de la extraordinaria. La legitimación ordinaria, originaria, directa o propia es la que se ostenta en virtud de la titularidad de un derecho o interés legítimo y a ella se refiere el art. 24.1 CE al proclamar el derecho a la tutela judicial efectiva de *los derechos e intereses legítimos*, así como el art. 10.1 LEC, que se refiere a aquellos que comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso¹¹.

Existen supuestos en los que la legitimación ordinaria no puede referirse a la afirmación de una titularidad de un derecho subjetivo o la imputación de una obligación, simplemente porque no existe ni uno ni otra; se trata de las situaciones jurídicas en las que la ley directamente determina qué posición debe ocupar una persona para que esté legitimada, lo que ocurre en la nulidad matrimonial (arts. 74 a 76 CC), separación (art. 81 CC), divorcio (arts. 86 a 88 CC), filiación (133 y ss. CC) o incapacitación (art. 759 LEC)¹².

También en la impugnación de negocios jurídicos radicalmente nulos, para instar la acción de declaración de inexistencia del contrato (art. 1261 CC) o para promover la nulidad radical o de pleno derecho (art. 6.3 CC), la jurisprudencia ha reconocido legitimación activa al tercero que ostente interés legítimo por el hecho de poder verse afectado por la sentencia firme que se dicte¹³.

En cambio, la legitimación extraordinaria viene prevista en el párrafo segundo del art. 10 LEC, que prevé, como excepción a la regla general de la legitimación ordinaria, la legitimación de persona distinta al titular del derecho o del interés legítimo. Se trata de aquellos casos en que el demandante puede actuar en el proceso en interés de un tercero, produciéndose en tal supuesto una falta de identidad entre las partes materiales y las formales que comparecen en el proceso, de forma que quien comparece en el litigio actúa en interés de otro, aunque dicha intervención ha de circunscribirse a los taxativos supuestos en los que la ley expresamente lo autorice¹⁴.

Una primera manifestación de la legitimación extraordinaria es la *legitimación por sustitución procesal*, en la cual el actor comparece a juicio en nombre propio e interés propio, pero en defensa de un derecho ajeno, de forma que la parte procesal es el sustituto y no el sustituido, aunque los efectos de la sentencia afectarán a ambos, por lo que también el

¹¹ GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Civil I*. Ob. cit., p. 162.

¹² MONTERO AROCA, Juan: *Derecho Jurisdiccional. II*. Ob. cit., p. 81.

¹³ GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Civil I*. Ob. cit., p. 163.

¹⁴ GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Civil I*. *Ibidem*.

sustituido podrá comparecer en el proceso como interviniente litisconsorcial (art. 13 LEC), aunque esta última intervención no es obligatoria y no debe ser llamado el sustituido a juicio, pudiéndose dictar sentencia con la sola actuación procesal del sustituto¹⁵. Como ejemplos de esta legitimación por sustitución procesal pueden señalarse la legitimación del Ministerio Fiscal para promover la incapacitación de la persona (757.2 LEC), la acción subrogatoria del art. 1111 CC, etc.

En la jurisdicción social pueden encontrarse múltiples ejemplos de legitimación por sustitución procesal en aquellos casos en que la norma legal faculta al FOGASA a comparecer en nombre e interés propio pero también en defensa de un derecho o interés ajeno, que puede ser en algunos casos del empresario y en otros de los trabajadores (arts. 23, 24, 276, etc. LRJS).

Una segunda manifestación de legitimación extraordinaria es la *legitimación representativa*, en cuyo caso, lo mismo que en la legitimación por sustitución, también en la representativa la parte formal actúa derechos ajenos, pero mientras que en la legitimación por sustitución lo hace en nombre e interés propio, en la representativa, la defensa de dichos derechos también lo es en nombre e interés de otro.¹⁶

Gimeno Sendra considera que la legitimación representativa es distinta a la representación material o procesal, pues en estas últimas la representación obedece a un contrato de mandato y en la legitimación representativa es la ley que atribuye o encarga al tercero la facultad de ejercitar la acción en nombre o interés de otros y para la defensa de sus derechos. Como ejemplos de legitimación representativa, el mismo autor señala la representación orgánica del Presidente de una Comunidad de Propietarios (art. 13.3 de la Ley 49/1960, de propiedad horizontal), los colegios profesionales para reclamar honorarios de sus colegiados (art. 5 de la Ley 2/1974, de Colegios Profesionales), la Sociedad General de Autores para reclamar o defender los derechos de propiedad intelectual de sus asociados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidos para la defensa de los derechos e intereses de sus asociados y los difusos de consumidores y usuarios (arts. 11 LEC).

Montero Aroca propone como ejemplo de esta legitimación extraordinaria representativa de un interés colectivo a las organizaciones sindicales cuando actúan en defensa de este interés colectivo¹⁷. Hay que tener en cuenta que las organizaciones sindicales también pueden litigar en defensa de derechos o intereses legítimos propios, como sería el caso de la interposición de una demanda de tutela del derecho de libertad sindical contra una empresa que le niega la constitución de una sección sindical *ex* art. 10 LOLS o la demanda contra un laudo arbitral electoral (art. 76 ET) que le recorta el número de delegados electos.

¹⁵ GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Civil I. Ibídem.*

¹⁶ GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Civil I. Ob. cit.*, p. 165.

¹⁷ MONTERO AROCA, Juan: *Derecho jurisdiccional II. Ob. cit.*, p. 84.

2.4. Capacidad de postulación

Se entiende por capacidad de postulación la exigencia legal de que las partes formales o con capacidad procesal comparezcan representadas por un procurador y defendidas por un abogado, salvo tasadas excepciones, a fin de poder realizar válidamente los actos procesales¹⁸.

La capacidad de postulación en el proceso civil se regula en los arts. 23 a 35 LEC. Concretamente, en el art. 23.1 LEC se dispone que la comparecencia en juicio será por medio de procurador, y en el art. 31.1 se agrega que los litigantes serán dirigidos por abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto. En consecuencia, salvo excepciones tasadas, en el proceso civil la parte tan solo podrá litigar si comparece representada por procurador y asistida en su defensa por abogado.

Ramos Méndez argumenta que la actuación procesal de la parte está mediatizada por una serie de instituciones técnicas, y ello por cuanto que la complejidad de la materia jurídica y el formalismo de los ritos procesales ponen fuera del alcance de los particulares su postulación directa ante los tribunales, y de aquí la necesidad de colaboración de personas técnicas para el mejor auxilio de la administración de justicia, lo que se traduce en la necesidad de intermediarios profesionales entre las partes y los tribunales de justicia¹⁹. Sin embargo, el mismo autor enjuicia de forma muy crítica esta situación, considerando que peca de superabundante por exceso de tutela, resultando esta dualidad desproporcionada pues la representación y defensa podrían estar encomendadas a la misma persona²⁰. Es bastante obvio que esta valoración doctrinal queda verificada de forma empírica en la jurisdicción social, en la que los derechos a la defensa y a la tutela judicial quedan plenamente garantizados con la intervención de un solo profesional jurídico.

En efecto, la capacidad de postulación se ha regulado tradicionalmente en el proceso laboral de forma muy distinta al civil, pues desde sus inicios los litigantes fueron eximidos de comparecer en juicio representados por procurador y asistidos de abogado. Ya en la Ley de Tribunales Industriales de 1908 (art. 4) se disponía de forma explícita que no resultaba necesaria ni la intervención de procurador ni la de abogado, sin perjuicio de que la parte que quisiera emplear sus servicios hubiera de asumir el pago de sus honorarios²¹.

Esta regla sobre capacidad de postulación en el proceso laboral se ha mantenido vigente hasta nuestros días, como evidencia el art. 18.1 LRJS al disponer que: *Las partes podrán comparecer por sí mismas o conferir su representación a abogado, procurador, graduado social colegiado o cualquier otra persona que se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles. [...]* En el mismo sentido, el art. 21.1 LRJS prescribe que: *La defensa por abogado y la representación técnica por graduado social colegiado tendrá carácter facultativo en la instancia.* No obstante lo anterior, punto seguido el mismo precepto también incorpora una de las excepciones, estableciendo que en el recurso de suplicación los litigantes habrán de estar

¹⁸ GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Civil I*. Ob. cit., p. 139.

¹⁹ RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Guía para una transición ordenada...*, p. 236.

²⁰ RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Guía para una transición ordenada...*, *Ibidem*.

²¹ MONTERO AROCA, Juan: *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938)*. Ediciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 1976, p. 44.

defendidos por abogados o representados técnicamente por graduado social colegiado, y en el recurso de casación y en las actuaciones ante el Tribunal Supremo será preceptiva la defensa de abogado. Estas mismas excepciones, operativas en segundo y tercer grado jurisdiccional, se reiteran en el art. 231 LRJS. Asimismo, tal como se verá más adelante, el art. 247 LRJS igualmente acoge otra de las excepciones a la regla general de capacidad de postulación en el proceso social.

En consecuencia, conforme al art. 16.1 LRJS y como regla general en la jurisdicción social, a las partes les basta encontrarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles para poder comparecer en juicio por sí mismas en defensa de sus derechos e intereses legítimos. Y esta capacidad de postulación no requiere, salvo excepciones, ni apoderar a un representante ni designar para la defensa a un abogado ni nombrar a un graduado social colegiado para la asistencia técnica.

2.5. Representación y defensa

Aunque las partes puedan comparecer en el proceso social sin otorgar representación y sin designar para su defensa o asistencia técnica ni letrado ni graduado social colegiado, lo cierto es que en casi el 100 por 100 de pleitos sociales las partes acuden asistidas y, a menudo, representadas por técnicos en derecho, sean estos abogados o graduados sociales colegiados y, muy excepcionalmente, representados por procurador.

Dado que el juicio laboral se desarrolla prácticamente siempre —a pesar de no constituir requisito legal— con asistencia técnico-jurídica que asumirá la defensa de la parte y, con mucha frecuencia, confiriendo la representación²², resulta conveniente repasar de forma sucinta ambas figuras de postulación procesal, y ello por cuanto que las mismas adquieren especial relevancia a la hora de examinar la legitimación procesal en la ejecución de sentencias colectivas susceptibles de individualización.

2.5.1. *Concepto de representación procesal, mecanismos de otorgamiento y supuestos legales de representación imperativa*

La representación se confiere mediante el acto de apoderamiento, el cual incorpora la declaración emitida por el poderdante para conferir al apoderado las facultades de la representación. En general el apoderamiento faculta al representante para la realización de aquellos actos de carácter dispositivo que pueden producirse en el pleito: interposición de la demanda, ratificación, aclaración, alegaciones, propuesta y práctica de prueba, absolución de posiciones, transacción, allanamiento, recursos, desistimiento, etc.

En la jurisdicción social se prevén diferentes formas de conferir la representación procesal, algunas de ellas comunes al proceso civil y otras específicas del proceso laboral.

²² Conviene advertir que cuando la parte litigante es una persona jurídica —lo que sucede normalmente en la parte empresarial—, esta comparecerá a juicio mediante la representación conferida a una persona física, la cual si es experta en derecho es posible que asuma la representación y defensa. En caso contrario, si el representante es lego en derecho, con casi total seguridad esta será asistida técnicamente por abogado o graduado social colegiado.

Concretamente, se podrá conceder la representación empleando los siguientes mecanismos: 1) Mediante poder otorgado *apud acta*, es decir, por comparecencia ante el secretario judicial (art. 18.1 LRJS); 2) La representación también podrá conferirse mediante escritura pública otorgada ante Notario (art. 18.1 *in fine* LRJS); 3) También las partes pueden conferir apoderamiento para comparecer a juicio ante el servicio administrativo de conciliación laboral (arts. 3 y 9 del RD. 2756/1979, de 23 de noviembre); 4) Asimismo, mediante la designa de letrado, graduado social o procurador en la demanda, en cuyo caso suscribirán la misma el poderdante y el profesional apoderado, debiéndose ratificar el poderdante en el acto del juicio (art. 80, 1, e) LRJS); y 5) Los sindicatos también podrán actuar en el proceso en nombre e interés de sus afiliados cuando estos últimos lo autoricen (art. 20.2 LRJS), debiéndose acreditar en este caso: ...*la condición de afiliado del trabajador o empleado y la existencia de la comunicación al afiliado de su voluntad de iniciar el proceso. La autorización se presumirá concedida salvo declaración en contrario del afiliado.*

A pesar de que constituye regla general en el proceso social de que la parte —sea demandante o demandada— puede comparecer a juicio por sí misma sin necesidad de otorgar representación (art. 18.1 LRJS), la ley procesal laboral prevé ciertos supuestos en que es obligatoria la representación procesal²³. En efecto, la LRJS prevé la necesidad de apoderar a un representante en los siguientes casos: 1) En los procesos en los que demanden de forma conjunta más de diez actores, los cuales deberán designar un representante común, con el que se entenderán las sucesivas diligencias del litigio (art. 19.2 LRJS). En este caso, necesariamente el representante deberá ser abogado, procurador, graduado social colegiado, uno de los demandantes o un sindicato, y la representación podrá conferirse mediante apoderamiento *apud acta*, por escritura pública o mediante comparecencia ante el servicio administrativo de conciliación; 2) En procesos en que se produce pluralidad de actores (más de diez) pero no originaria, es decir, que existen más de diez demandantes como consecuencia de la acumulación de varios procesos en uno solo. En este caso, el representante también deberá ser una de las personas indicadas en el punto anterior. Sin embargo, debe puntualizarse que esta exigencia legal de representación por pluralidad de actores no es absoluta, pues el apartado 4 del art. 19 LRJS permite que cualquiera de los demandantes o demandados pueda expresar su voluntad justificada de comparecer por sí mismo o designar un representante propio, diferenciado del designado por el resto; y 3) Cuando las organizaciones sindicales actúen en el proceso en nombre e interés de los trabajadores, los funcionarios o personal estatutario afiliados a ellos que así se lo autoricen para la defensa de sus intereses individuales, recayendo en dichos afiliados los efectos de su actuación (art. 20.1 LRJS). En este específico caso, los sindicatos actuarán necesariamente mediante la representación de cada trabajador individualmente considerado y esta deberá acreditarse con una doble circunstancia: a) Que el/los trabajador/es está/n afiliado/s, y b) Que el trabajador/es demandante/s tenga/n conocimiento del inicio del procedimiento²⁴.

²³ Vid. MONTOYA MELGAR, Alfredo: *Curso de procedimiento laboral*. 10.ª edición. AA.VV. Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p. 117.

²⁴ MONTOYA MELGAR, Alfredo: *Curso de procedimiento laboral*. *Ibid.*

2.5.2. *Defensa y asistencia técnica*

Ya se ha adelantado que en el proceso social, a diferencia del civil, la defensa por abogado y la representación técnica por graduado social colegiado tiene carácter facultativo (art. 21.1 LRJS). Sin embargo, el legislador ha establecido unas reglas complementarias para garantizar a las partes el principio de igualdad de armas, de forma que si la parte demandante piensa comparecer en el proceso asistido de letrado o graduado social deberá hacerlo constar en la demanda y, asimismo, el demandado pondrá esta circunstancia en conocimiento del órgano jurisdiccional por escrito y dentro de los dos días siguientes al de su citación a juicio, y ello con el objeto de que, trasladada tal intención al actor, pueda este estar igualmente asistido de abogado o graduado social (art. 21.2 LRJS).

La defensa de la parte —que puede ser ejercida por abogado— no ha de confundirse con la asunción de su representación. A pesar de que ambas figuras pueden coincidir simultáneamente en el mismo profesional jurídico en un procedimiento, tienen un contenido y alcance jurídico muy distintos. Conforme al art. 542 LOPJ, se reserva al abogado en exclusiva la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos. En el mismo sentido, el art. 21 LRJS reserva al abogado la defensa de las partes en juicio. Y aunque es cierto que en el proceso laboral el abogado puede asumir de forma simultánea la defensa y la representación de la parte, no siempre se produce esta acumulación de funciones.

En cambio, la LRJS ha atribuido al graduado social la *representación técnica* de la parte, expresión que implica que este profesional jurídico asume acumulativamente en la jurisdicción social la representación de la parte y su asistencia técnico-jurídica. Sin embargo, en la práctica habitual ante los órganos jurisdiccionales del orden social se produce la asistencia jurídica de los litigantes por parte del graduado social colegiado sin asunción de su representación, la cual será inexistente cuando no conste acto de apoderamiento por cualquiera de los mecanismos legalmente establecidos, y ello a pesar de que conste en autos la designa para su asistencia técnico-jurídica. Sin embargo, esta flexibilización de la actuación profesional del graduado social ante los tribunales no debe conllevar la confusión de ambas figuras postulantes.

Asimismo, la confusión entre designa y apoderamiento se reproduce a menudo en casos de nombramiento de abogado de oficio por parte de la Comisión de justicia gratuita. A pesar de los frecuentes equívocos, hay que insistir en que el nombramiento del letrado de oficio por parte del correspondiente Colegio de Abogados no comporta el apoderamiento de la persona beneficiaria de justicia gratuita, entre otras cosas porque esta última no ha conferido la representación legal al letrado designado por el Colegio de Abogados para defenderle. En definitiva, la designa faculta al letrado nombrado para desplegar la defensa de la parte y su dirección técnica, pero no para asumir su representación y para llevar a cabo por su cuenta y riesgo actos procesales de disposición del litigante prescindiendo de la declaración de voluntad de este.

3. LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO DECLARATIVO DE CONFLICTO COLECTIVO

3.1. Objeto y partes en la modalidad procesal de conflicto colectivo

Dispone el art. 153.1 LRJS que se tramitarán a través del proceso de conflicto colectivo las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las de los arts. 40.2, 41 y 47 ET, así como los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes y, asimismo, la impugnación de los convenios o pactos colectivos no comprendidos en el art. 163 LRJS. No obstante, puntualiza el precepto que las decisiones empresariales de despido colectivo se tramitarán de conformidad con el art. 124 de la misma ley procesal.

También se tramitará por esta misma modalidad procesal de conflicto colectivo la impugnación de convenios colectivos y de laudos arbitrales sustitutivos de éstos. Asimismo, la impugnación de las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores así como los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y los expertos que les asistan de su obligación de sigilo.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el objeto del conflicto colectivo se caracteriza por su afectación a un grupo genérico de trabajadores, aun en el caso de que el mismo sea susceptible de determinación individual, se explica que las partes litigantes hayan de ser sujetos colectivos, lo que quiere decir que los sujetos legitimados en esta modalidad procesal han de ostentar la condición de representantes colectivos, y ello con la particular matización respecto del empresario. En efecto, hay que tener presente que el empleador es igualmente sujeto titular de la autonomía individual y de la autonomía colectiva que no exceda del ámbito empresarial. De esta forma, la empresa es sujeto individual en aquellos litigios de carácter individual o plural como, por ejemplo, en un proceso de despido individual o de reclamación de cantidad, incluso en el caso en que haya pluralidad de trabajadores demandantes (que han acumulado su acción frente al empresario en una sola demanda). Por el contrario, la empresa exhibirá la condición de sujeto colectivo cuando sea parte —actora o demandada— en un pleito de carácter colectivo de ámbito empresarial o infra-empresarial como, por ejemplo, en caso de impugnación judicial de una modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva del art. 41.2 ET, la cual habrá de instarse por un órgano unitario o sindical de representación de los trabajadores mediante la modalidad procesal de conflicto colectivo accionando contra la empresa.

En cambio, en la parte social la distinción entre sujeto colectivo y sujeto individual es mucho más nítida: cuando el accionante o el demandado es un trabajador o varios trabajadores que han acumulado su acción y han apoderado a un representante para ejercitar la acción, se estará ante un sujeto procesal de carácter individual y la modalidad procesal por la que se deberá sustanciar su reclamación será necesariamente individual, incluso en el caso de que hayan acumulado su acción individual un conjunto amplio de trabajadores. Por el contrario, cuando la parte social pretenda accionar o sea sujeto pasivo

de una reclamación de carácter colectivo, deberá desplegar su actuación procesal mediante los sujetos procesales colectivos legitimados previstos en la ley. Como se verá seguidamente, la jurisprudencia constitucional ha seguido una clara línea de preservación de la legitimación colectiva, incluso llegando al límite de negar la legitimación procesal de un trabajador en un proceso de conflicto colectivo cuya resolución le afectaba directamente (STC 12/2009, de 12 de enero).

3.2. Legitimación activa en la modalidad de conflicto colectivo (art. 154 LRJS)

El art. 154 establece las reglas que rigen la legitimación activa en los procesos de conflicto colectivo, estableciéndose pautas específicas para los procesos colectivos de ámbito superior al empresarial y los afectantes a nivel de empresa o infra-empresarial. De esta forma, ostentarán legitimación activa en los conflictos de ámbito supra-empresarial las organizaciones sindicales cuya esfera de actuación se corresponda o sea más amplia que la del conflicto, las organizaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, y ello siempre que el conflicto sea de ámbito superior al empresarial. También se reconoce legitimación a las asociaciones de TRADE y a los sindicatos representativos de estos, para el ejercicio de las acciones colectivas relativas a su régimen profesional, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio al del conflicto.

Dentro del perímetro empresarial, o infra-empresarial, serán sujetos legitimados los empresarios y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores (art. 154, c) LRJS), así como las Administraciones públicas empleadoras incluidas en el ámbito del conflicto y los órganos de representación del personal laboral al servicios de las anteriores.

Como destaca la doctrina, la legitimación en los procesos colectivos pivota sobre la idea de *ámbito de actuación* del sujeto colectivo en cuestión²⁵, de forma que los sujetos colectivos podrán ser parte en el conflicto colectivo siempre que su ámbito de actuación sea igual o superior al círculo de afectación del proceso colectivo. Esta regla legal expresa el principio de correspondencia entre el ámbito del conflicto y el ámbito de actuación de los sujetos colectivos que lo promueven, y la misma supone la incorporación en el plano procesal de la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional a partir de la STC 70/1982, de 29 de noviembre, confiriendo a los sindicatos legitimación para instar procedimientos de conflicto colectivo, legitimación que también se reconoce en el art. 2.2, d) LOLS²⁶.

Aunque el legislador de forma extensa detalla en el art. 154 LRJS los sujetos que ostentan legitimación activa en la modalidad procesal de conflicto colectivo y, por el contrario, para nada se refiera a la legitimación pasiva, hay que tener en cuenta que, como apunta Montero Aroca²⁷, para la legitimación pasiva no hay norma expresa pero los puntos de partida siguen siendo válidos, de modo que entre los legitimados anteriores quien no aparezca como demandante será el demandado. Y aunque lo normal será que el

²⁵ ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos: «Los actores procesales colectivos: una aproximación» en *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*. AA.VV. Ed. Bomarzo, Albacete, 2017, p. 630.

²⁶ GALIANA MORENO, Jesús María y LUJÁN ALCARAZ, José: *Curso de procedimiento laboral*. 10.ª edición, AA.VV. Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p. 270.

²⁷ MONTERO AROCA, Juan: *Introducción al proceso laboral*. Ob. cit., p. 280.

conflicto se plantee frente al empresario o asociación empresarial, si estos últimos son los demandantes, la legitimación pasiva corresponderá a los respectivos representantes de los trabajadores afectados por el conflicto²⁸.

Finalmente, conviene traer a colación una última observación sobre los sujetos colectivos que no pasa desapercibida en el articulado de la Ley de la Jurisdicción Social. No debe perderse de vista que los sujetos colectivos que, como tales, asumen la representación institucional de intereses generales, también pueden actuar en ocasiones concretas como sujetos individuales en procedimientos de carácter individual. Por ejemplo, cuando una organización sindical o patronal es demandada por despido por un ex empleado disconforme con la extinción del contrato laboral que le unía con una de estas organizaciones. En tal supuesto ejemplificativo, es evidente que la entidad sindical o patronal comparecerá como parte demandada al juicio de despido como sujeto individual.

3.3. La legitimación colectiva de los sindicatos y la jurisprudencia constitucional

Desde un punto de vista histórico, el reconocimiento de la legitimación procesal de las organizaciones sindicales, que se inició en la transición democrática, no ha sido un camino fácil. Partiendo de un sistema tan jurificado como el de las relaciones laborales bajo el franquismo, en el que la solución de los conflictos laborales era de forma predominantemente judicial, resultaba previsible que las organizaciones sindicales una vez legalizadas intentasen asumir también la defensa de los trabajadores, especialmente en asuntos colectivos, en sede judicial, pasando a ser el proceso de conflicto colectivo la vía esencial de acceso de los sindicatos a la jurisdicción laboral para la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores²⁹. De esta forma, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional fue decisiva para la progresiva adaptación de la legislación procesal a los principios del Estado democrático, en el cual se reconocía (art. 7 CE) a los sindicatos la función de contribuir: *... a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios*.

De la jurisprudencia constitucional sobre la legitimación colectiva de las organizaciones sindicales surgida a partir de 1982 interesa destacar aquí las siguientes cuestiones:

1.º Reconocimiento de la legitimación procesal colectiva de los sindicatos. La primera sentencia que abordó esta problemática fue la STC 70/1982, de 29 de noviembre, en la que se superó la noción de representación del derecho privado y se avanzó en la existencia de una representación institucional, conforme a la cual los sindicatos tienen capacidad genérica para representar a los trabajadores y para actuar procesalmente a través de la modalidad de conflicto colectivo. Además, el TC avanzaba una interpretación sistemática de los derechos colectivos, que la organización sindical recurrente en aquel supuesto ya había alegado, señalando que no es lógico, por ejemplo, que quien puede negociar un convenio colectivo —un sindicato— no pudiera plantear un conflicto colectivo en relación al mismo (F.J. 5.º).

²⁸ GALIANA MORENO, Jesús María y LUJÁN ALCARAZ, José: *Curso de procedimiento laboral*. Ob. cit., p. 271.

²⁹ ALFONSO MELLADO, Carlos Luis: «Legitimación procesal de las organizaciones sindicales», en *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*. AA.VV. Ed. La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2015. p. 785.

2.º Distinción entre legitimación general en abstracto —*ad processum*— y legitimación procesal en concreto —*ad causam*— de las organizaciones sindicales. Esta cuestión ya se suscitó en la pionera STC 70/1982³⁰, pero se examinó de forma más extensa en resoluciones posteriores. Así, en la STC 164/2003, de 29 de setiembre, citando sentencias anteriores³¹, se reitera que los sindicatos desempeñan una función genérica de defensa de los intereses de los trabajadores que no descansa sólo en el vínculo de la afiliación sino en la propia naturaleza sindical del grupo, por lo cual, en principio, es posible reconocer como legitimado al sindicato para accionar en cualquier proceso en que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores. Continúa razonando que: *...desde la STC 101/1996, de 11 de junio, venimos exigiendo que esta genérica legitimación abstracta o general de los sindicatos, reconducible a su relevancia constitucional, se proyecte de un modo particular sobre el objeto de los procesos que entablen ante los Tribunales mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada. [...] Se trata en definitiva de aplicar a estas personas jurídicas asociativas singulares la misma exigencia que se aplica a otra persona física o jurídica para reconocerle la posibilidad de actuar en un proceso: ostentar interés legítimo en él. [...] la legitimación procesal del sindicato, en cuanto a aptitud para ser parte en un proceso concreto o «legitimatio ad causam», ha de localizarse en la noción de interés profesional o económico; a través de la noción de 'interés legítimo'. (F.J. 5.º). En definitiva, para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato no basta que este acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical sino que, además, debe existir un vínculo especial o concreto entre la organización sindical y el objeto del pleito, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso.*³²

3.º Necesidad de implantación del sindicato en el ámbito concreto de afectación. La STC 37/1983, de 11 de mayo, insiste en la distinción entre legitimación en abstracto y legitimación en concreto —*legitimatio ad causam*—, atendiendo en este último caso al criterio de la implantación del sindicato en la empresa, estimándose como suficiente que la afiliación del sindicato en la misma rondara entre el 17 % y el 30%. Las SSTC 59/1983, de 6 de julio y 74/1983, de 30 de julio, rechazaron la legitimación del comité de empresa que pretendía plantear conflicto colectivo en un ámbito que excedía del centro de trabajo en el que había sido elegido. La STC 37/1983 precisa que no cabe confundir el concepto de implantación con el de representatividad previsto en el Título II del ET, por lo que el sindicato gozaba de legitimación *ad causam* por el hecho de contar con una afiliación de trabajadores entre el 17% y el 30% aunque no tuviera presencia en los órganos unitarios de representación. En cambio, la STC 210/1994, de 11 de julio, se niega la legitimación *ad causam* a un sindicato más representativo por no haber podido acreditar que, en el ámbito del conflicto, tuviese la más mínima implantación, motivo por el cual no se tenía por conculcado el art. 28.1 CE. La jurisprudencia unificada ha seguido estas pautas, negando la legitimación en los casos de no concurrir el principio de correspondencia y tratarse de sindicatos que no estuvieran implantados en la empresa demandada (SSTS, 4.ª, de 29 de

³⁰ Concretamente se aborda en el FJ 3.º de la STC 70/1982.

³¹ Se remite a las SSTC 210/1994, de 11 de junio y 203/2002, de 28 de octubre.

³² En el mismo sentido SSTC 142/2004; 153/2007 y 202/2007.

abril de 2010, rec. 128/2009; 6 de junio de 2011, rec. 162/2010; 20 de marzo de 2012, rec. 71/2010; 19 de diciembre de 2012, rec. 289/2011; etc.).

4.º Preservación de la legitimación colectiva. La jurisprudencia constitucional también declaró desde un principio la constitucionalidad de restringir la legitimación en los procesos colectivos, impidiendo que los trabajadores individuales (o los empresarios en el ámbito sectorial) pudieran iniciar procesos de impugnación de convenios colectivos (SSTC 65/1988, de 13 de abril; 46/1988, de 21 de marzo; 4/1987, de 23 de enero), aunque la misma doctrina también se aplicó a los procesos de conflicto colectivo, como sucede en la STC 12/2009, de 12 de enero, en la que se insiste en la conexión estructural del procedimiento de conflicto colectivo con la autonomía colectiva, sin cuya conexión no resulta posible entender el significado del proceso, de forma que: *...la exclusión de la legitimación activa o pasiva de los trabajadores individuales deriva, así, de la propia naturaleza colectiva de los intereses sobre los que versa el procedimiento y es compatible con la tutela del interés individual a través del proceso ordinario.* (F.J. 6.º). Para Alfonso Mellado, se trata de una importante sentencia en la que se aclara e insiste en los siguientes aspectos: a) El carácter amplio de la noción de interés colectivo, susceptible de justificar la interposición de un conflicto colectivo; b) La vinculación entre el proceso de conflicto colectivo y el marco constitucional de la autonomía colectiva, y c) La constitucionalidad de dar prioridad al elemento colectivo³³.

5.º La legitimación procesal de los sindicatos concierne tanto a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como al derecho fundamental a la libertad sindical. Las SSTC 142/2004, de 13 de setiembre y 28/2005, de 14 de febrero, exponen la necesidad de abordar la vulneración del art. 24 CE —que era el derecho fundamental cuya infracción invocaba el recurso— en conexión con el derecho de libertad sindical y, por tanto, la exigencia de aplicar un canon de constitucionalidad reforzado para garantizar suficientemente no sólo el derecho de tutela judicial efectiva sino también el ejercicio de la actividad sindical, derivada del derecho de libertad sindical³⁴.

4. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS COLECTIVAS DE CONDENA

Aunque tradicionalmente la sentencia colectiva tenía un carácter declarativo y como tal no permitía su ejecución judicial, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional sí que admitió su ejecución cuando esta contenía pronunciamientos de condena, como así lo proclamaron las emblemáticas SSTC 92/1988, de 23 de mayo y 178/1996, de 12 de noviembre. De esta forma, el mismo Tribunal Constitucional³⁵ razonaba que: *Es verdad que el procedimiento de conflicto colectivo sólo puede utilizarse para dilucidar aquellas cuestiones que afectan a un grupo de trabajadores considerado en su conjunto [...] pero ello no ha sido obstáculo para que en ocasiones se satisfagan por esta vía pretensiones en las que el aspecto objetivo del conflicto (el interés general o colectivo) cede en importancia ante el elemento subjetivo, y en las que, en consecuencia, no*

³³ ALFONSO MELLADO, Carlos Luis: «Legitimación procesal de las organizaciones sindicales». Ob. cit., p. 803.

³⁴ ALFONSO MELLADO, Carlos Luis: «Legitimación procesal de las organizaciones sindicales». Ob. cit., p. 807.

³⁵ Fundamento Jurídico 8.º *in fine* de la STC 178/1996, de 12 de noviembre.

se reclama tanto la interpretación de una norma de alcance general como el cumplimiento de una obligación que afecta a un grupo de trabajadores (STC 92/1988 y, reiterándolo, la STC 3/1994).

En consecuencia, en estos supuestos en que el fallo de la sentencia de conflicto colectivo contiene pronunciamientos declarativos y, además, impone obligaciones a la parte demandada, debe accederse a la ejecución de la sentencia en sus propios términos, comportando la denegación de la misma la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)³⁶.

Sin embargo, de cara a discernir el tipo de modalidad ejecutiva así como la legitimación activa en la acción ejecutiva, resulta esencial distinguir entre las sentencias colectivas de condena que imponen obligaciones de carácter indivisible de las que imponen obligaciones susceptibles de determinación individual³⁷. No se trata de un esfuerzo estéril ni academicista, se trata de calibrar si resulta de aplicación la modalidad ejecutiva específica *ex art. 247 LRJS* o si, por el contrario, puede sustanciarse la ejecución por las modalidades ejecutivas genéricas previstas en el Título I del Libro IV de la LRJS. Como se verá, el alcance de la legitimación activa puede variar entre la primera modalidad o las segundas.

4.1. La legitimación activa en la ejecución de sentencias colectivas que imponen obligaciones indivisibles

Cuando el proceso colectivo tiene por objeto una pretensión que afecta al interés general de un grupo genérico de trabajadores y tal interés se presenta como indivisible, es decir, no susceptible de fraccionamiento entre los potenciales beneficiarios de la sentencia, dicho proceso colectivo de cognición puede dar lugar a una sentencia de condena ejecutable, puesto que su carácter indivisible hace inviable toda reclamación individual, de lo que se infiere que la negativa a despachar esta ejecución colectiva daría lugar irremisiblemente a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al no existir otra vía para lograr la efectividad de la sentencia³⁸.

La STC 178/1996, de 12 de noviembre, precisamente aborda la ejecución de una sentencia colectiva que imponía a la empresa Fasa Renault una obligación de condena de carácter indivisible. Concretamente, en el fallo de la sentencia objeto de ejecución se declaraba el derecho de los trabajadores del centro de trabajo de Madrid a que se mantuviera el servicio de economato laboral y, por tanto, a su reapertura y mantenimiento en las mismas condiciones que regían con anterioridad al cierre. Del fallo se derivan dos datos fundamentales: en primer lugar, que se trata de una obligación de hacer, concretamente de reabrir y mantener el economato laboral. En segundo lugar, esta obligación instituida en la ejecutoria no admite división entre el colectivo laboral afectado, de forma que la reapertura beneficia y afecta por igual a todos y cada uno de los trabajadores del centro. A partir de tales datos objetivados, debe concluirse que la ejecución de la sentencia colectiva

³⁶ Así se declara en las SSTC 178/1996 y 92/1988.

³⁷ Se examina extensamente esta distinción en GONZÁLEZ CALVET, Jaume: «La ejecución de sentencias de conflictos colectivos tras la LRJS», en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 7, noviembre 2013, pp. 164 a 172.

³⁸ GONZÁLEZ CALVET, Jaume: «La ejecución de sentencias de conflictos colectivos tras la LRJS». Ob. cit., p. 170.

no podrá sustanciarse por la modalidad especial del art. 247 LRJS, pues la condena no es susceptible de fraccionamiento y ejecución individual, sino que habrá que ejecutarse por la modalidad ejecutiva genérica de obligaciones de dar, hacer o no hacer, reglada en el proceso social en el art. 241.2 LRJS.

En cuanto a la legitimación activa, hay que interrogarse quién es el sujeto legitimado para instar la acción ejecutiva. En el presente caso Fasa Renault, al tratarse de una obligación de carácter indivisible, la legitimación activa no puede recaer en sujetos individuales, ni tan solo en aquellos que en el título ejecutivo aparecen como beneficiarios del derecho reconocido —los trabajadores del centro— pues no pueden exigir su derecho de forma fraccionada. En el supuesto de ejecución de obligaciones indivisibles la legitimación activa recaerá sobre el mismo sujeto colectivo que instó el proceso colectivo de cognición, y ello aunque el beneficiario *strictu sensu* del derecho reconocido en la ejecutoria sea el conjunto de trabajadores más que la organización sindical demandante o el comité de empresa. Parece evidente que tratándose de una obligación indivisible la legitimación activa corresponda al sujeto colectivo representante institucional, es decir, en este caso se está ante un supuesto de *legitimación extraordinaria representativa*.

Por otro lado, puede afirmarse que en ejecución de obligaciones colectivas indivisibles, se mantiene el principio de correlación o correspondencia de partes, en el sentido de que quien ostenta la condición de demandante en el proceso declarativo mantiene, salvando supuestos de sucesión procesal, esta condición en el proceso ejecutivo, de la misma forma que el demandado en el proceso de cognición mantiene esta misma categoría en el de ejecución. Pues bien, ya puede avanzarse que este principio de correlación o correspondencia quiebra rotundamente en la modalidad ejecutiva del art. 247 LRJS.

Finalmente, a los efectos que nos importa, conviene poner de relieve que el sujeto colectivo ejecutante ostenta plena legitimación activa, es decir, sin recortes ni cortapisas de sus facultades como parte ejecutante, y ello a pesar de que se trata, en términos teórico-procesales, de una legitimación activa extraordinaria, tal y como se definía en las primeras páginas de este estudio. Se trata de una legitimación activa plena porque el sujeto colectivo demandante ostenta plenitud de facultades como parte litigante, pudiendo decidir libremente ejercitar la acción ejecutiva, transar, desistir, etc. sin ninguna subordinación o dependencia jurídica respecto de los eventuales beneficiarios de los derechos instituidos en la ejecutoria colectiva. En este aspecto, también puede anticiparse que existen notables diferencias con la supuesta legitimación de la representación de los trabajadores para instar la ejecución *ex art. 247 LRJS*, legitimación de la que carecerán los sujetos colectivos si no son previamente apoderados por los trabajadores beneficiarios de la ejecutoria.

4.2. Legitimación activa de la representación de los trabajadores en la modalidad de ejecución de sentencias colectivas de condena susceptibles de individualización *ex art. 247*

El régimen jurídico-procesal de la ejecución de títulos colectivos susceptibles de individualización dista bastante de la ejecución de los títulos colectivos que instituyen obligaciones indivisibles. Esta diferencia incide claramente en lo que se refiere a la legitimación activa, que se caracterizará por los aspectos que se relacionan seguidamente:

1.º Quiebra del principio de correlación o correspondencia de partes entre proceso declarativo y ejecutivo. La posibilidad de que se produzca esta modificación ya se anticipa en la regulación del proceso declarativo de conflicto colectivo (art. 160.3 *in fine*) y se reitera en el párrafo primero del art. 247.1 LRJS. En realidad, el trazo definitorio más característico de esta modalidad ejecutiva es que comporta un cambio de partes y, con ello, alteraciones subjetivas en la legitimación procesal, tanto en su vertiente activa como, en caso de conflictos colectivos de ámbito supra-empresarial, en su vertiente pasiva. Este cambio de partes entre el proceso declarativo de conflicto colectivo y la ejecución del art. 247 LRJS ha sido percibido por la doctrina como una caracterización de esta modalidad ejecutiva³⁹.

2.º Hibridación de la acción ejecutiva colectiva con la individual. En estas ejecuciones colectivas susceptibles de individualización, se parte de un título constituido en un proceso colectivo, sin embargo la ejecución del mismo se singulariza para cada trabajador favorecido por el título y para cada empresa. Aunque la ejecutoria tiene incuestionable carácter colectivo por cuanto dimana de un proceso de cognición colectivo, el sujeto receptor del beneficio reconocido en el título ejecutivo es individual. Esta circunstancia no es ignorada por el legislador, de forma que quien decide libremente ejercitar la acción ejecutiva no es el sujeto colectivo —parte demandante del proceso declarativo— sino el trabajador beneficiario del derecho reconocido, y la materialización de esta decisión se ha de traducir imperativamente en un acto explícito de apoderamiento o de atribución de la representación, y no a un apoderado cualquiera sino tan solo a sujetos colectivos. El legislador establece como condición *sine quae non* para el ejercicio de esta acción ejecutiva por parte de los trabajadores agraciados por la ejecutoria a que esta se ejercite mediante la postulación colectiva, obligando a conferir la representación a un sujeto colectivo legalmente habilitado para ello en el apartado 1, a) del art. 247 LRJS. En definitiva, se está ante una auténtica ejecución híbrida, pues se cruzan trazos de la ejecución colectiva (el título y los sujetos postulantes) y de la ejecución individual (trabajador agraciado que decide ejecutar su derecho y confiere apoderamiento y, por otra parte, la empresa ejecutada que se resiste a cumplir con las obligaciones que derivan del título).

3.º A pesar de la literalidad del art. 247, en realidad se está ante una obligada postulación colectiva en lugar de una «legitimación activa colectiva». Debido a que la modalidad ejecutiva regulada en el art. 247 es una hibridación de la ejecución colectiva e individual, puede entenderse la incorrección técnica en que incurre reiteradamente el legislador a la hora de regular la legitimación activa.

En esta cuestión, ha de recordarse que el concepto de legitimación se contiene en el art. 17 LRJS que, bajo la rúbrica de *legitimación*, dispone en su apartado 1: *Los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las leyes*. Este concepto se complementa por el art. 18.1 LRJS al disponerse que: *Las partes podrán comparecer por sí mismas o conferir su representación...* Pues bien, los representantes legales y sindicales de los trabajadores

³⁹ TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio Técnico-jurídico sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*. AA.VV. Ed. Comares, Granada, 2013, pp. 1407 a 1409.

supuestamente legitimados activamente para ejercitar la acción ejecutiva del art. 247 ni son titulares de los derechos subjetivos que derivan del título ejecutivo ni tampoco pueden comparecer e instar para sí mismos esta ejecución.

Según el art. 247.1, a) LRJS, están legitimados para instar la acción ejecutiva: ... *en nombre propio o en el de los afectados por el título ejecutivo en los conflictos de empresa o de ámbito inferior, el empresario o los representantes legales o sindicales de los trabajadores*. A partir de la literalidad de la norma, puede concluirse que el empresario está legitimado para ejercitar la acción ejecutiva en nombre propio. Por el contrario, los representantes legales o sindicales de los trabajadores podrán instar la ejecución: ... *en nombre [...] de los afectados*. Una lectura rápida podría dar pie a entender que, en todos los casos, unos (los empresarios) y otros (los representantes de los trabajadores) pueden actuar bien «en nombre propio» o bien «en nombre de los afectados por el título ejecutivo»⁴⁰, sin embargo esta interpretación no parece jurídicamente viable puesto que el empresario, si es parte beneficiaria de la ejecutoria, instará la ejecución en nombre propio; y la representación de los trabajadores, si solicita la ejecución mediante esta modalidad procesal, nunca lo hará en nombre propio sino *en nombre de los trabajadores favorecidos por el título ejecutivo*, individuos que previamente la habrán apoderado a tal fin.

En realidad en esta modalidad ejecutiva *ex* art. 247, la representación de los trabajadores no está legitimada para ejercitar la acción ejecutiva en nombre propio, a diferencia de lo que sucede —según se ha expuesto más arriba— en la ejecución de títulos colectivos de obligaciones indivisibles. En esta modalidad ejecutiva del art. 247 los sujetos colectivos representantes de los trabajadores no están legitimados para instar la ejecución por su cuenta y riesgo. Y no están legitimados porque el legislador no les ha conferido (a diferencia del proceso declarativo) la *legitimación extraordinaria representativa* y, en consecuencia, no están habilitados para instar la ejecución careciendo de apoderamientos individuales previos. Tal vez se justifica esta no atribución de la legitimación extraordinaria representativa por el hecho de que no son titulares de los beneficios y derechos dimanantes de la ejecutoria.

Y esta falta de legitimación propiamente dicha de los sujetos colectivos —que sí tienen capacidad de postulación si son previamente apoderados— pone en evidencia que quien ostenta realmente la condición de parte en esta modalidad ejecutiva colectiva no son tanto los sujetos colectivos potencialmente postulantes como aquellos trabajadores que reúnen dos requisitos previos: a) Ser beneficiario de los derechos que derivan del título ejecutivo, y b) Que deciden instar la acción ejecutiva del art. 247 LRJS mediante apoderamiento de un sujeto colectivo habilitado legalmente para postular en su nombre la ejecución.

Si el sujeto favorecido por los beneficios de la ejecutoria colectiva es individual —cada uno de los trabajadores favorecidos— y si los órganos de representación de los trabajadores precisan de apoderamiento expreso para ejercitar la acción ejecutiva «ex» art. 247, hasta el punto de que si ningún trabajador les ha otorgado su representación no podrán instar la ejecución, parece bastante evidente que en realidad quien ostenta la condición de parte

⁴⁰ Vid. LUJÁN ALCARAZ, José: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*. AA.VV. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2013, p. 1463.

ejecutante es cada uno de los trabajadores beneficiados y no el sindicato o el comité de empresa. Y si, por otro lado, el trabajador para ejercitar la acción ejecutiva debe apoderar imperativamente a un sujeto colectivo, habrá de concluirse igualmente que el ejercicio de la acción ejecutiva viene legalmente condicionado por la *postulación colectiva*, es decir, por el apoderamiento previo al ente de representación colectiva de los trabajadores, sea unitario o sindical.

En definitiva, cabe afirmar que los sujetos colectivos representantes de los trabajadores a los que la norma legal asigna legitimación activa para instar la ejecución del art. 247, en realidad son representantes procesales expresamente facultados para postular la ejecución del título en favor tan solo de aquellos trabajadores agraciados que previamente les han otorgado la representación procesal para sustanciar tal ejecución, sin que en ningún caso estos representantes colectivos estén legitimados para instar la ejecución del resto de trabajadores beneficiarios que no han conferido apoderamiento.

4.º Los sujetos colectivos «legitimados» activamente no son parte sino tan solo sujetos postulantes de la parte que insta la ejecución. La representación de los trabajadores que insta la ejecución en realidad no tiene la condición de parte sino de sujeto representante/postulante de los trabajadores ejecutantes. Y no tienen la condición de parte porque no pueden instar la ejecución del título ni en nombre propio ni sin tener conferida la representación procesal de algún trabajador favorecido por el título.

Y por esta misma condición de sujeto postulante —que asume la representación procesal de los trabajadores que desean ejecutar—, ni el comité de empresa ni el sindicato apoderados podrán, por su cuenta y riesgo, interponer demanda ejecutiva, ampliarla, transar, desistir, etc., y ello sin perjuicio de que, una vez apoderados, puedan actuar como mandatarios en representación de sus mandantes y dentro de las facultades conferidas en el acto de apoderamiento.

Los sujetos colectivos que han asumido la representación de los trabajadores en esta ejecución singularizada no son tampoco parte por el hecho objetivado de que los beneficios o perjuicios derivados de la ejecución recaerán directamente en los poderdantes y no en los representantes legales que han sido apoderados. Quien ostenta la relación directa con el derecho material derivado del título no es el representante comparecido sino el trabajador poderdante.

En puridad quien ostenta la legitimación activa por la parte social no son los sujetos colectivos de representación obrera sino cada uno de los trabajadores potencialmente favorecidos por los derechos reconocidos en el título ejecutivo nacido del proceso colectivo.

5.º Los trabajadores que resulten favorecidos por los beneficios derivados de la ejecutoria no pueden instar de forma individual y directa su ejecución. La escasa doctrina judicial existente⁴¹ opta por denegar la ejecución de una sentencia de despido colectivo declarado nulo por considerar que el trabajador solicitante carecía de legitimación. Aunque esta solución judicial cuadra perfectamente con la literalidad del art. 247, hay que reconocer que técnicamente resulta discutible pues en realidad no se trata tanto de un problema

⁴¹ Vid. SSTSJ del País Vasco de 12 de junio de 2018, rec. 1134/2018 y de 8 de mayo de 2018, rec. 758/2018.

de falta de legitimación del trabajador que insta individualmente la ejecución colectiva sino de una cuestión de postulación procesal y, por tanto, de un defecto perfectamente subsanable *ex* art. 81.1 LRJS. En efecto, lo procedente no era denegar la ejecución, pues resulta dudosa la concurrencia de causa legal no interpretada restrictivamente (art. 239.5 LRJS), sino requerir a la parte instante de la ejecución que subsanara el defecto de postulación procesal mediante el apoderamiento a un sujeto colectivo para que en su nombre instara la ejecución. La personación de un sindicato o comité de empresa que, en representación del trabajador poderdante, ratificara la petición de ejecución de la sentencia de despido nulo habría dado lugar al despacho de la ejecución en favor del trabajador representado por el sujeto colectivo.

En definitiva, como se pone en evidencia en el supuesto judicial comentado, a efectos de tutela judicial efectiva no resulta inocuo reconocer que la representación de los trabajadores carece de legitimación extraordinaria representativa para instar la ejecución del art. 247. Y si los entes colectivos en verdad no ostentan legitimación, habrá que reconocer a los sujetos individuales agraciados por los beneficios del título su condición de parte legitimada para instar la ejecución de su derecho, aunque mediante la postulación procesal de un sujeto colectivo —representación unitaria o sindical de los trabajadores—, lo que da lugar a que, en caso de instarse individualmente esta ejecución colectiva por parte de beneficiarios de la ejecutoria, dicha actuación sea subsanable a instancia del órgano jurisdiccional mediante apoderamiento a un sujeto colectivo.

5. CONCLUSIONES

Al margen del carácter crítico del estudio que se presenta, lo primero que ha de reconocerse públicamente es que la nueva herramienta procesal regulada en el art. 247 LRJS tiene una vocación claramente avanzada y modernizante, pues con la nueva institución procesal se prima la defensa en el ámbito de las relaciones laborales de los intereses colectivos, a los cuales se les dota de un novedoso instrumento jurídico que permite obtener una tutela judicial mucho más efectiva que la dispensada por el sistema precedente, anclado en las reglas de un derecho procesal individualista y decimonónico.

La ejecución regulada en el art. 247 LRJS comporta en todos los supuestos la ruptura del principio de correlación o correspondencia de partes, es decir, los ejecutantes y, en los conflictos colectivos supra-empresariales, también el ejecutado, no coinciden con los litigantes del proceso de cognición que fueron respectivamente demandantes y demandados. En la totalidad de supuestos de esta modalidad ejecutiva se produce el cambio de litigantes en la parte ejecutante, y ello por cuanto que el beneficiario de los derechos derivados de la ejecutoria —susceptibles de individualización— es siempre el trabajador individual y, por el contrario, la parte demandante del proceso declarativo de conflicto colectivo habrá de ser en todo caso un sujeto colectivo, sea representante unitario o sindical de los trabajadores.

Por el contrario, de un conflicto colectivo de ámbito empresarial o infra-empresarial puede constituirse una ejecutoria que instituya una obligación respecto de la parte demandada —la empresa— y que, por ello mismo, sea contra quien haya de despacharse la ejecución. Por tanto, en este caso concreto no se producirá modificación de sujetos en la

parte pasiva, manteniéndose la identidad entre parte demandada y parte ejecutada. En cambio, en los conflictos colectivos sectoriales siempre existirá cambio de sujetos en la parte ejecutada: dado que la ejecución del art. 247 ha de sustanciarse a nivel empresarial y, además, atendiendo a que la ejecutoria instituye obligaciones susceptibles de individualización a favor de trabajadores, es evidente que la parte ejecutada nunca podrá ser un sujeto colectivo de ámbito sectorial sino la empresa, que es quien deberá soportar las obligaciones dimanantes del título frente a los trabajadores ejecutantes. Tampoco existe posibilidad de que la empresa haya sido demandada en un conflicto supra-empresarial por carecer en este ámbito de legitimación pasiva. Por ello, en la ejecución de títulos dimanantes de conflictos sectoriales siempre se producirá el cambio de litigantes en la parte ejecutada.

Aunque en el art. 247.1, a) LRJS se prevé que estarán legitimados para instar ejecución en esta modalidad ejecutiva el empresario y las asociaciones patronales, es decir, aunque la literalidad de la norma prevea inequívocamente que el empresario y las asociaciones patronales ostentan legitimación activa, por las particularidades de la regulación contenida en la integridad del precepto, todo indica que se está ante una modalidad ejecutiva desplegable únicamente en un sentido: cuando la ejecutoria colectiva instituye derechos y que, por los datos que obran, los mismos son susceptibles de individualización entre los trabajadores incluidos en el ámbito del conflicto. En este caso, las personas favorecidas por el título podrán conferir apoderamiento al ente colectivo para instar la ejecución singular/colectiva.

Desde un punto de vista de mecánica procesal, es prácticamente imposible la ejecución en sentido inverso, es decir, que el empresario favorecido por una sentencia colectiva inste la ejecución susceptible de individualización contra la representación unitaria o sindical de los trabajadores, sujetos colectivos que no han sido —ni, por razones obvias, lo serán en este caso— apoderados expresamente por trabajadores contra los cuales se pretende ejecutar. Este supuesto hipotético procesal conduce a una vía muerta, pues ningún trabajador apoderará a un ente colectivo para ser ejecutado y los entes colectivos de representación sólo podrán comparecer si son previamente apoderados por los trabajadores. El absurdo procesal que se genera es notable y, posiblemente, partiendo de un título ejecutivo colectivo favorable al empresario, el camino procesal más seguro será, partiendo del efecto procesal de cosa juzgada de la sentencia colectiva (art. 160.5 LRJS), una reclamación individual o plural dirigida contra los trabajadores potencialmente destinatarios de la condena, sustanciándose esta demanda por el procedimiento ordinario.

La modalidad ejecutiva del art. 247 LRJS es una hibridación de la ejecución colectiva y la individual. Partiendo de títulos ejecutivos colectivos y mediando la postulación procesal de sujetos colectivos, cada trabajador favorecido por la ejecutoria decide individualmente si ejercita o no su acción ejecutiva. Hay que observar que la efectividad de los derechos reconocidos en el título colectivo no tan solo se garantiza por esta modalidad procesal. El trabajador que no ejercite la acción ejecutiva tiene otra opción procesal para asegurarse la tutela judicial: accionar contra la empresa en un proceso declarativo individual y, tras una sentencia favorable, interesar la ejecución individual pura y simple, que no requiere postulación imperativa de la representación legal o sindical de los trabajadores.

El legislador incurre en una grave incorrección terminológica al atribuir la legitimación activa a la representación de los trabajadores. En esta modalidad ejecutiva el

titular del derecho a ejecutar y quien decide ejercitar la acción ejecutiva es el trabajador potencialmente favorecido por la ejecutoria colectiva, correspondiéndole a este la condición de parte y ostentando, por ello mismo, la legitimación activa. En verdad, los órganos de representación de los trabajadores no son más que sujetos habilitados para asumir la representación procesal de los ejecutantes individuales, configurándose como sujetos postulantes imprescindibles para dar trámite a la demanda ejecutiva. En definitiva, los sujetos colectivos no son más que sujetos postulantes que ejercen en el proceso ejecutivo la representación de la parte auténticamente beneficiaria del derecho material ejecutado. Por tanto, a pesar de la literalidad de la norma, no se trata de legitimación sino de representación. Esta modalidad ejecutiva colectiva constituye otra excepción del principio general del proceso social (art. 18.1 LRJS) de que las partes podrán comparecer en el proceso por sí, pues en la ejecución del art. 247 la postulación procesal mediante sujetos colectivos tiene carácter imperativo.

