

Colección Manuales Docentes

Fundamentos teóricos para el estudio de las relaciones laborales

María Luz Rodríguez Fernández



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

**FUNDAMENTOS TEÓRICOS
PARA EL ESTUDIO
DE LAS RELACIONES LABORALES**

**FUNDAMENTOS TEÓRICOS
PARA EL ESTUDIO
DE LAS RELACIONES LABORALES**

María Luz Rodríguez Fernández



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

Cuenca, 2018

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación solo puede ser realizada con la autorización de EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA, salvo excepción prevista por la ley.

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos – www.cedro.org), si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

- © de los textos: sus autores.
- © de la edición: Universidad de Castilla-La Mancha.

Edita: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Colección MANUALES DOCENTES nº 14.



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

DOI: http://doi.org/10.18239/md_14.2018.00

Composición: El Perchero.

Impreso en España (U.E.) – Printed in Spain (U.E.)



Esta obra se encuentra bajo una licencia internacional Creative Commons BY-NC-ND 4.0. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra no incluida en la licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0 solo puede ser realizada con la autorización expresa de los titulares, salvo excepción prevista por la ley. Puede Vd. acceder al texto completo de la licencia en este enlace: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>

ÍNDICE

1. La constitucionalización de los derechos laborales	11
1. Algunas cuestiones previas	11
2. Catálogo de derechos	13
A. Derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 14 a 29).....	13
B. Derechos y deberes de los ciudadanos (arts. 30 a 38).....	16
C. Principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52).....	18
D. Otros apartados de la Constitución	19
2. La construcción de sujetos colectivos, derecho de libertad sindical y representatividad sindical	21
1. Derecho con vertiente individual y colectiva y contenido esencial y adicional.....	22
2. Titularidad individual del derecho de libertad sindical.....	23
3. Contenido de la libertad sindical de titularidad individual	25
4. Contenido esencial de la libertad sindical en su vertiente colectiva.....	27
5. Teoría de la representatividad sindical	28
A. Breve referencia histórica.....	28
B. Técnicas de medición de la representatividad	29
C. Grados de representatividad sindical	30
6. Protección de la libertad sindical (arts. 12 a 15 LOLS)	31
A. Sujetos que pueden vulnerar la libertad sindical	31
B. Mecanismos de protección.....	33
7. Las organizaciones empresariales	34
3. La ciudadanía en la empresa, representación sindical y unitaria en los centros de trabajo	37
1. Cuestiones básicas	37
2. Figuras de representación sindical	37
3. Representación unitaria vs representación sindical	38
4. Figuras de representación unitaria	40
5. Delegado de personal.....	40
6. El comité de empresa.....	43

7. Comité conjunto	44
8. Comité intercentros	44
9. Comité de empresa europeo	46
10. Cuestiones básicas sobre el procedimiento de elecciones sindicales	48
11. Funciones del comité de empresa	52
A. Funciones de información	53
B. Funciones de informe previo	55
C. Funciones de negociación colectiva	56
D. Funciones en la convocatoria de una huelga	57
E. Funciones de promoción de conflicto colectivo	58
F. Funciones en relación con el cumplimiento de las normas laborales en la empresa	58
12. Deber de sigilo	58
13. Garantías de los miembros de comités de empresa	59
14. Asambleas, locales y tablón (también virtual) de anuncios	61
4. La capacidad de crear normas de trabajadores y empresarios: debates sobre el modelo de negociación colectiva	63
1. Significados de la negociación colectiva	63
A. La negociación colectiva como mecanismo de igualdad	63
B. La negociación colectiva como mecanismo de democracia	65
2. Claves del modelo de negociación colectiva	66
A. El valor de la autonomía colectiva en la definición de la estructura de la negociación colectiva	68
B. La ultra-actividad de los convenios colectivos	68
C. Prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa y legitimación sindical para negociar convenios colectivos	70
D. Derechos de información, consulta y participación	71
E. Solución autónoma de los conflictos laborales derivados de la flexibilidad interna	72
F. Financiación de las organizaciones sindicales y empresariales	73
5. Relaciones colectivas en la descentralización productiva. Especialidades de las empresas multiservicios	75
1. La creación de nuevos espacios para la acción sindical, la negociación y el conflicto	75
A. Algunos problemas de la creación de nuevos espacios de negociación colectiva	77
B. Reflexiones sobre el ejercicio del derecho de huelga en estos espacios	78

C. Reflexiones sobre las formas de representación de los trabajadores	79
2. La especialidad de la negociación colectiva en empresas multiservicios.....	80
A. Antecedentes	80
B. Aparición de las empresas de servicios	80
C. La aplicación del convenio colectivo de sector antes de la reforma de la negociación colectiva de 2012.....	81
D. La aplicación de convenios colectivos de empresa después de la reforma de 2012	82
E. Análisis de la respuesta judicial frente a la impugnación de los convenios colectivos de las empresas multiservicios.....	84
F. Soluciones al problema en la propia negociación colectiva.....	86
G. Soluciones en vía legislativa.....	87
6. La autotutela colectiva de los intereses de los trabajadores: el derecho constitucional a la huelga.....	91
1. La anomalía de la regulación del derecho de huelga en España.....	91
2. Concepto de huelga.....	93
3. Legitimación para convocar una huelga.....	93
4. Preaviso de la huelga.....	93
5. Efectos del ejercicio del derecho de huelga.....	94
6. Esquirolaje (también tecnológico)	94
7. Piquetes	95
8. Servicios de seguridad y mantenimiento	95
9. Huelgas abusivas.....	96
10. Cláusulas de paz.....	96
11. Pactos fin de huelga.....	96
12. Arbitraje durante la huelga.....	96
13. Servicios esenciales y servicios mínimos.....	97
14. Huelgas ilegales.....	97
7. La solución autónoma de los conflictos laborales	99
1. Significados de la solución autónoma de conflictos.....	99
A. Creación de marco autónomos de relaciones laborales	100
B. Evitar la excesiva judicialización de los conflictos laborales	100
C. Gobierno por sindicatos y empresarios de la solución de sus conflictos.....	102
2. Operativa de la solución autónoma de conflictos.....	103
A. Conceptos básicos.....	103
B. Procedimientos de solución de conflictos en el ordenamiento español.....	103
C. Claves de la utilización de medios de solución autónoma de conflictos.....	104

CAPÍTULO 1

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES

Antes de empezar debe destacarse la importancia del hecho de que la Constitución española, como muchas de las constituciones de los países de la Unión Europea, reconozca, entre los derechos fundamentales, derechos laborales. Son derechos que no se reconocen, como otros, en función de ser persona, sino derechos que se reconocen por la condición social de trabajador. Eso indica muy bien la importancia de la tutela del trabajo que se produjo en las Constituciones de después de la Segunda Guerra Mundial (la española no es de esa época, pero en este aspecto es heredera en muy buena medida de la Constitución de Weimar). Debe también subrayarse que la importancia de la tutela del trabajo en las Constituciones está conectada con la configuración de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, donde el Estado tiene un compromiso activo en la consecución de la igualdad real de la ciudadanía.

1. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS

- 1^a) La Constitución establece las bases de un modelo de relaciones laborales que descansa en los mismos valores que se reconocen en su art. 1.1: “España se

constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

- 2^a) Es, por tanto, una Constitución donde se consagra el compromiso activo del Estado de velar por la igualdad real de la ciudadanía. ¿Dónde se hace visible ese compromiso? en el art. 9.2, donde se garantiza lo que habitualmente se denomina “igualdad real”: “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural”.
- 3^a) Junto con ese compromiso activo, está también el reconocimiento constitucional de los sujetos que representan los intereses de trabajadores y empresarios: en el propio Título Preliminar, en el art. 7 de la Constitución: “los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y la Ley. Su estructura interna y su funcionamiento deberán ser democráticos”. Como se ve en el art. 7 se marcan ya elementos esenciales de la organización sindical: libre la creación y la acción, significa, sobre todo, sin injerencia de los poderes públicos; única exigencia: estructura y funcionamiento interno democráticos.
- 4^a) El fundamento constitucional del Derecho del Trabajo podemos hallarlo en la STC 3/1983, de 25 de enero¹, donde expresamente se señala: “(...) el específico carácter del Derecho laboral, en virtud del cual, mediante la transformación de reglas indeterminadas que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre los que se basa el Derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales (...) estas ideas encuentran expresa consagración en el art. 9.2 de la C.E. cuando impone a los poderes públicos la obligación de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas», pues con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una

1 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/131>

igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del art. 1 que constituye a España como un Estado democrático y social de Derecho, por lo que en definitiva se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador (...)” (FD 3º). El fundamento de nuestra disciplina es, así, la desigualdad del poder entre ambas partes del contrato de trabajo; desigualdad del poder económico y jurídico, y, por tanto, el carácter compensador de esta rama del Derecho. Eso significa que los valores que son más evidentes en la regulación de las relaciones de trabajo son el valor de la igualdad y el de la libertad, ya que se entiende que, sin ser realmente iguales, es muy difícil poder ser realmente libres.

- 5ª) Ese carácter compensador que le atribuye la Constitución veremos que va en la doble dirección que conocemos como propia del Derecho del Trabajo: reconocer derechos individuales en la relación de trabajo, pero, sobre todo, reconocer constitucionalmente la capacidad de actuar de manera colectiva para equilibrar los poderes de ambas partes. He aquí una tercera característica del Derecho del Trabajo a destacar. La capacidad de acción colectiva genera una especificidad en el Derecho del Trabajo que no existe en ninguna otra rama del Derecho: posee fuentes propias de creación normativa, autonomía colectiva (fuente material) y convenio colectivo (fuente formal).
- 6ª) Finalmente, recordar que nuestra Constitución tiene valor normativo y que, por tanto, todos los derechos y principios que se reconocen en la Constitución tienen fuerza jurídica, lo único que los diferencia es la intensidad de su protección y, por ello, que hay veces que son directamente exigibles y, en otras ocasiones, necesitan una ley de desarrollo para articular su exigencia.

2. CATÁLOGO DE DERECHOS

A. Derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 14 a 29)

Derechos típicamente laborales:

- Libertad sindical, art. 28.1, en su doble vertiente individual y colectiva: en su vertiente individual se reconoce el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a uno de su libre elección (libertad positiva) e incluso el derecho a no

afiliarse a ningún sindicato (la que se conoce como libertad negativa); en su vertiente colectiva, hay que leer este art. en conexión con el art. 7, donde tanto los sindicatos como las asociaciones de empresarios son considerados sujetos con relevancia constitucional y donde ya se señala que la creación y actividad de los sindicatos es libre y su estructura y funcionamiento debe ser democrático. Además de ello se señalan algunas facultades más: formar confederaciones y fundar organizaciones sindicales internacionales o unirse a ellas.

- Derecho de huelga, art. 28.2, que se reconoce a “los trabajadores para la defensa de sus intereses”. Puede adelantarse ahora que la huelga es un derecho de titularidad individual, pero de ejercicio colectivo, que consiste, básicamente, en la suspensión colectiva y concertada de la prestación de los servicios. El valor fundamental que desarrolla, como sucede con la libertad sindical, es el de igualdad: la huelga proporciona la igualdad de poder real en la actuación colectiva y, por tanto, la igualdad en la propia relación de trabajo (necesaria para la consecución de la propia libertad).

Otros derechos que, sin ser específicamente laborales, están presentes en la relación de trabajo:

- Igualdad, reconocido en el art. 14. Es el valor constitucional central de todo el ordenamiento jurídico y, por tanto, también del Derecho del Trabajo. Su eficacia se dirige frente a los poderes públicos que dictan o aplican las normas laborales, pero también frente al empresario. En concreto, respecto de este último, el art. 4.2.c del Estatuto de los Trabajadores² (en adelante, ET) reconoce, entre los derechos de los trabajadores, el de no ser discriminado; el art. 17 del ET declara nulos y sin efecto las cláusulas o condiciones que encierren una discriminación.

Para entender bien cómo actúa el derecho a la igualdad en la relación de trabajo, conviene tener en consideración que los arts. que hemos mencionado no hablan de derecho a la igualdad, sino de prohibición de discriminación; es decir, que lo que está prohibido en la relación de trabajo es discriminar por cualquier razón, circunstancia o condición al trabajador, pero no está vetado que hay tratamientos diferentes, siempre que no sean discriminatorios.

2 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

Esta diferencia entre igualdad y prohibición de discriminación puede verse en la STC 34/1984, de 9 de marzo³: “(...) la legislación laboral, desarrollando y aplicando el artículo 14 de la Constitución, ha establecido en el art. 4.2.c del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 17 (...) la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita; pero (...) no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en el sentido absoluto (...) ello no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad, que si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales (...) en la medida en que la diferencia salarial no posea un significado discriminatorio (...)” (FD 2º).

Por otra parte, y como fórmula para la consecución de la igualdad real, también se permiten tratamientos diferenciados que traten de corregir las desigualdades entre mujeres y hombres en el trabajo. Procedente de la Ley de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres de 2007⁴, el art. 17.4 ET reconoce la posibilidad de establecer medidas de acción positiva por parte de la negociación colectiva para favorecer el acceso a las mujeres a todos las profesiones. Lo que significa que, en igualdad de condiciones, tendrán preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional del que se trate.

- Otros derechos, como la libertad de expresión, la libertad ideológica, la libertad religiosa o el derecho a la intimidad también tienen relevancia en la relación de trabajo (ejemplo: experiencia que está habiendo en este momento en relación con el derecho a la intimidad, privacidad de las comunicaciones y utilización de las redes sociales fuera, incluso, del horario de trabajo). Todos estos derechos siguen presentes en la relación de trabajo y modulan su desarrollo porque son derechos de la persona que no se pierden por el hecho de celebrar un contrato de trabajo y estar bajo el poder de dirección. Así lo viene entendiendo desde hace tiempo el propio Tribunal Constitucional. En la STC 88/1985, de 19 de julio⁵ puede leerse: “(...) la celebración de

3 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/287>

4 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>

5 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/468>

un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (...) ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de “feudalismo industrial” repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (...)” (FD 2º).

B. Derechos y deberes de los ciudadanos (arts. 30 a 38)

Son los arts. 35 y 37 los que reconocen derechos típicamente laborales:

- Derecho al trabajo y deber de trabajar (art. 35.1): dado que el contrato de trabajo está basado en la nota de voluntariedad, parece claro que el sentido del reconocimiento del deber de trabajar no puede tener como consecuencia obligar a nadie a desempeñar un puesto de trabajo; más bien su sentido es el de producir algunas consecuencias negativas en relación con determinadas conductas. Un ejemplo de ello puede encontrarse en materia de prestación por desempleo dado que no se tiene derecho a acceder a la correspondiente prestación cuando se deja el puesto de trabajo de manera voluntaria.

En relación con el derecho al trabajo, según la interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional de este derecho, no significa que haya una obligación por parte de los poderes públicos de crear un puesto de trabajo para cada ciudadano (aunque el art. 40.1 de la Constitución señala que la política de los poderes públicos debe orientarse a la consecución del pleno empleo), sino que la consecuencia que tiene el reconocimiento de este derecho sobre el contrato de trabajo es, por una parte, el derecho a la ocupación efectiva que reconoce el art. 4.2.a del ET, y, por otra, que sirve para limitar la extinción del contrato de trabajo, que debe estar sometida, por virtud de este derecho, a cierta condicionalidad. Así, la STC 22/1981, de 2 de julio⁶, viene a reconocer que el derecho

6 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/22>

al trabajo, “(...) en su aspecto individual, se concreta (...) en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una justa causa (...)” (FD 9º). Según esta jurisprudencia constitucional, en el ordenamiento jurídico español no cabe la extinción libre del contrato de trabajo, sino que la extinción del mismo siempre debe estar basada en una causa. Por esa razón, puede hablarse de la inconstitucionalidad de propuestas, como el llamado “contrato único”, que preconizan la libre extinción del contrato de trabajo (lo que no prejuzga la jurisprudencia constitucional son las consecuencias que deba tener un despido sin causa, pero siempre deben ser consecuencias diferentes que un despido con causa).

- Derecho a la libre elección de la profesión u oficio.
- Derecho a la promoción a través del trabajo.
- Derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y su familia (modelo *breadwinner*).
- Prohibición de discriminación por razón de sexo.
- La ley regulará un estatuto de los trabajadores (art. 35.2). En este precepto se produce la legitimación de la intervención del legislador (poderes públicos) en la regulación de las relaciones laborales. Lo que descarta interpretaciones contrarias a la intervención de los poderes públicos en este ámbito, aunque, como veremos a continuación, las intervenciones deben de ser coherentes con el propio reconocimiento de la autonomía colectiva.
- Derecho a la negociación colectiva (art. 37.1): ya antes hemos hecho referencia al art. 7, que reconoce que la actividad de las organizaciones sindicales es libre, y al art. 28.1, que reconoce la libertad sindical y, con ella, todo el potencial de actuación colectiva en defensa de los intereses de los trabajadores, entre los que está la determinación de las condiciones de trabajo. Reconocer el derecho a la negociación colectiva significa reconocer que organizaciones sindicales y empresarios o sus organizaciones tienen un poder normativo, una capacidad de dictar normas reconocida a nivel constitucional. Por otra parte, en este mismo art. se ordena que la ley debe garantizar “la fuerza vinculante de los convenios colectivos”, que es la capacidad de imponer directamente las condiciones pactadas en el convenio colectivo sobre el propio contrato de trabajo, aunque ello suponga limitaciones (esa es justamente su finalidad) a la autonomía individual de las partes del contrato de trabajo.

Así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional, en su STC 58/1985, de 30 de abril⁷:

- FD 4º: la negociación colectiva es “(...) un poder de regulación afectado a un fin concreto cual es la ordenación de las relaciones laborales en su conjunto (...)”.
- FJD 3º: la fuerza vinculante “(...) implica, en su versión primera y esencial, la atribución a los Convenios Colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales (...)”;
- Derecho a la adopción de medidas de conflicto (art. 37.2): se refiere a todas las medidas de conflicto que no son el ejercicio del derecho de huelga, ya que esta está reconocida en el art. 28.2. Entre esas medidas de conflicto están, por ejemplo, los piquetes informativos o también, del lado empresarial, el llamado “cierre patronal”. Como puede observarse, el derecho del huelga y el cierre patronal están situados en diferentes planos jurídicos dentro de la propia Constitución y, por tanto, tienen una protección jurídica diferente. Finalmente, el Tribunal Constitucional ha entendido que, dentro del contenido de este derecho, están la mediación y el arbitraje como fórmulas alternativas de solución de los conflictos laborales.

C. Principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52)

- Art.40.1: política orientada al pleno empleo;
- Art. 40.2: formación y readaptación profesionales, seguridad e higiene en el trabajo, garantía de descanso necesario, limitación de la jornada de trabajo y vacaciones periódicas retribuidas.
- Art. 41: régimen público de Seguridad Social (de donde se deduce que la Seguridad Social nunca podría ser privada) que garantice la asistencia y las prestaciones en caso de necesidad, sobre todo, en caso de desempleo. Debe anotarse que con esta mención expresa en la Constitución probablemente nunca podríamos dejar de tener cobertura por desempleo.

⁷ Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/438>

- Art. 42: salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero.
- Art. 50: garantía de la suficiencia económica de las personas durante la tercera edad, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas.

D. Otros apartados de la Constitución

- Derecho de los trabajadores de participación en la empresa (art. 129.2), de donde se derivan, fundamentalmente, los derechos de información, consulta y participación.

LECTURAS RECOMENDADAS:

Gil de Alburquerque R (2017), *El Derecho del trabajo democrático en la República de Weimar*, Bomarzo, Albacete.

Rodríguez Fernández M L (2014), “Imperativos económicos frente a derechos fundamentales, un nuevo paradigma de relaciones laborales”, *Revista de Derecho Social*, 65, 41-62.

CAPÍTULO 2

LA CONSTRUCCIÓN DE SUJETOS COLECTIVOS, DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL Y REPRESENTATIVIDAD SINDICAL

Ya sabemos que el derecho de libertad sindical esta reconocido por nuestra Constitución en el art. 28.1 y que su reconocimiento es uno de los elementos clave de un sistema democrático. También sabemos que el valor constitucional que encarna el derecho de libertad sindical es el de igualdad. Finalmente, debemos saber que la libertad sindical viene regulada por la Ley Orgánica de Libertad Sindical (Ley 11/1985, de 2 de agosto¹, de Libertad Sindical, en adelante LOLS), que fue sometida a recurso previo de constitucionalidad, resuelto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 98/1985, de 29 de julio² (la lectura de esta Sentencia sigue siendo esencial para conocer la interpretación que se hace en nuestro ordenamiento jurídico del derecho del libertad sindical).

1 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-16660-consolidado.pdf>

2 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/478>

1. DERECHO CON VERTIENTE INDIVIDUAL Y COLECTIVA Y CONTENIDO ESENCIAL Y ADICCIÓNAL

De la propia lectura del art. 28.1 de la Constitución se desprende que la libertad sindical tiene una doble titularidad: individual y colectiva; y que, por tanto, los derechos que forman parte de su contenido son de titularidad, bien de los trabajadores y trabajadoras a título individual, bien de las organizaciones sindicales en la vertiente colectiva de la titularidad de este derecho fundamental.

En relación con el contenido de este derecho, cabe también hacer la diferenciación que señala el propio Tribunal Constitucional. Existe, así, un contenido “esencial” y un contenido “adicional” de la libertad sindical:

- El contenido esencial es aquel que deriva directamente de la Constitución, sin el cual el propio derecho de libertad sindical no sería reconocible. Al derivar directamente de la propia Constitución, debe atribuirse por igual a todos los sujetos titulares del mismo, ya sean los titulares individuales, ya sean los titulares colectivos: no pueden reconocerse los derechos de contenido esencial de manera diferenciada a los sujetos titulares de la libertad sindical porque ello supondría una discriminación.
- El contenido adicional no deriva directamente de los mandatos constitucionales, sino que es de configuración legal y, por ese motivo, el legislador puede reconocer ese contenido adicional a algunos sindicatos y no reconocerlo a otros, siempre que esa diferencia de tratamiento entre los sujetos sindicales sea, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, objetiva, razonable y proporcionada a los fines que se pretenden conseguir (sobre estos criterios ver la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1990, de 18 de enero³). Por regla general, este contenido adicional está reconocido a los sindicatos más representativos y no a los sindicatos que no alcanzan los requisitos exigidos para ser considerados como tales. Una vez que se ha reconocido un derecho como contenido adicional de la libertad sindical, se integra como contenido de la propia libertad sindical y, por esa razón, es susceptible de amparo ante el Tribunal Constitucional.

3 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1432>

2. TITULARIDAD INDIVIDUAL DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL

El art. 28.1 de la Constitución habla de “todos”, pero esa expresión ha sido desarrollada por el art. 1 de la LOLS, que se refiere a los trabajadores por cuenta ajena y a las personas, ya tengan una relación administrativa, ya estatutaria, al servicio de las administraciones públicas. A los efectos de la libertad sindical hay una equiparación, si bien no completa, entre los trabajadores por cuenta ajena y los funcionarios públicos.

Peculiaridades en relación con la titularidad individual de la libertad sindical:

- En cumplimiento del mandato del propio art. 28.1 de la Constitución, están excluidos de la titularidad del derecho de libertad sindical los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar. Esta exclusión es la opción más radical de las que permite la Constitución, con lo que se trata de una exclusión puramente legal. Lo determinante es el carácter militar, por lo que están excluidos de la titularidad de la libertad sindical los militares de carrera y los militares de empleo, la guardia civil, que es un instituto militar y, por ello, sus miembros no pueden afiliarse a sindicatos ni realizar actividad sindical. Así lo señalan expresamente los arts. 11 y 12 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, sobre derechos y deberes de la Guardia Civil⁴, que prohíben los derechos de sindicación y huelga. A su vez, en el Título VI se regula el derecho de asociación profesional, pero en el art. 41 vuelve a reiterarse que están prohibidas las huelgas, la negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto.
- De su lado, los miembros de cuerpos y fuerzas de seguridad que no tienen carácter militar (policía nacional, autonómica y local) sí son titulares de la libertad sindical, pero el ejercicio de la misma está sometido a limitaciones. La policía nacional solo puede constituir sindicatos propios, con ámbito nacional y únicamente para la defensa de sus intereses. Estos sindicatos no pueden federarse o confederarse con sindicatos de carácter general. Las policías autonómicas, como la nacional, tienen prohibido el derecho de huelga y las policías locales se regulan por la LOLS.
- En coherencia con lo dispuesto en el art. 127.1 de la Constitución, los jueces, magistrados y fiscales no podrán pertenecer a sindicato alguno mientras

⁴ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-18391-consolidado.pdf>

se hallan en activo. Existe una discusión doctrinal sobre si, aun no pudiendo pertenecer a sindicato alguno, pueden desarrollar medios propios de la acción sindical, como el derecho de huelga o la adopción de medidas de conflicto. Fernández López⁵ sostiene que no es posible, ya que la utilización de los medios de acción sindical está vinculada a la existencia de un sujeto sindical, que en el caso de estos colectivos no puede existir mientras se hallan en activo. Sin embargo, sí pueden constituir asociaciones profesionales para la defensa de su intereses, estas asociaciones serán de carácter estatal y no podrán estar vinculadas con partidos políticos o sindicatos.

- En relación con los funcionarios, únicamente se contempla una especialidad y es que, en relación con ellos, no se habla del derecho a la negociación colectiva, sino de participación en la determinación de las condiciones de trabajo en las administraciones públicas, mediante los correspondientes procesos de consulta y negociación. Ello es así porque, mientras el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores y del personal laboral de las administraciones públicas es de origen constitucional, el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos es de origen estrictamente legal.
- Según el art. 3.1 de la LOLS, los trabajadores autónomos sin trabajadores a su servicio, las personas en situación de desempleo y los trabajadores que han cesado en el trabajo por incapacidad o jubilación no pueden fundar sindicatos para la defensa de sus intereses singulares, pero sí afiliarse a los sindicatos ya constituidos o formar asociaciones. De esta forma, el sindicato se configura en nuestro sistema como un representante de todos los trabajadores con independencia de que estén o no en activo y de todas las clases de trabajadores y, por tanto, también los autónomos. En relación con estos, además de la posibilidad de afiliarse a los sindicatos, cuando no tienen trabajadores a su servicio, pueden afiliarse y fundar asociaciones de trabajadores autónomos o afiliarse a organizaciones empresariales, posibilidades que contempla en art. 19.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo⁶.

5 Fernández López, M. F. (2011), “Libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Social*, 55

6 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-13409>

3. CONTENIDO DE LA LIBERTAD SINDICAL DE TITULARIDAD INDIVIDUAL

Regulado en los arts. 28.1 de la Constitución y 2.1 de la LOLS:

- Derecho a fundar sindicatos sin autorización previa.
- Derecho a suspender o extinguir sindicatos por procedimientos democráticos.
- Derecho a afiliarse al sindicato de su elección, con la sola condición de observar sus estatutos.
- Derecho a separarse del sindicato al que se esté afiliado.
- Nadie puede ser obligado a sindicarse. Es la llamada libertad sindical negativa. Su inclusión en el texto constitucional guarda relación con la ruptura que se pretendía con el anterior modelo de relaciones laborales, donde la adhesión al sindicato creado por la dictadura era obligatoria para todos los trabajadores y empresarios.
- Derecho a elegir libremente sus representantes dentro del sindicato (democracia interna de la organización sindical).
- Derecho a la actividad sindical. Este derecho pertenece al afiliado al sindicato, pero también se han dado supuestos en que el Tribunal Constitucional ha protegido la actividad sindical de una persona no afiliada al sindicato. Ejemplo emblemático es la Sentencia del Tribunal Constitucional 197/1990, de 29 de noviembre⁷, donde se protege la libertad sindical de una trabajadora no afiliada por la protección que merecen los actos previos para la implantación del sindicato en la empresa, como son convocar una asamblea para celebrar elecciones sindicales.

En relación con la libertad sindical negativa o el derecho a no afiliarse a ningún sindicato, se plantea el debate sobre las denominadas cláusulas de seguridad sindical, que son propias de otras culturas sindicales (norteamericana y británica), pero no de la cultura sindical española:

- “Empleo preferente”: preferencia para ser contratados los trabajadores pertenecientes al sindicato con el que se negocia el convenio colectivo.
- Taller sindicado o “union shop”: el trabajador contratado tendrá que afiliarse al sindicato que negocia el convenio colectivo, de otra forma será despedido.

⁷ Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1622>

- Taller cerrado o “closed shop”: deben afiliarse al sindicato que negocia el convenio colectivo todos los trabajadores que ya están contratados, así como los que contrate nuevamente el empresario.
- “Maintenance of membership”: todos los trabajadores se afiliarán al sindicato durante la vigencia del convenio colectivo.
- Reserva de privilegios a los afiliados: ciertas ventajas del convenio colectivo únicamente se aplican a los afiliados a un sindicato.
- “Agency shop”: el trabajador abona al sindicato cánones por la prestación de determinados servicios.
- “Check-off”: el empresario recauda la cuota sindical de los afiliados al sindicato.

Solo las dos últimas cláusulas están presentes en la LOLS:

- Pago de un canon por negociación colectiva o “agency shop” (art. 11.1 LOLS). La razón de ser de esta cláusula es que, si el sindicato negocia convenios colectivos de eficacia general, ello puede llevarle a solicitar el pago de una determinada cantidad económica a los trabajadores que no estén afiliados, para sostener la propia actividad de negociación. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 98/1985, de 29 de julio, establece las siguientes condiciones para aceptar este tipo de previsiones:
 - Es necesaria la manifestación expresa del trabajador a efectos de pago del canon. Para el respeto de su libertad, debe ser una manifestación positiva sobre el pago; no respeta su libertad sindical la exigencia de una manifestación contraria al pago o el pago por simple silencio, pues ello puede suponer una presión.
 - Es considerado diferente de la cuota que paga un afiliado (debe considerarse que la jurisprudencia anterior había manejado este argumento de ser lo mismo que una cuota de afiliación para negar la posibilidad de pago del canon de negociación colectiva).
 - Solo puede versar sobre los gastos ocasionados por la negociación, por ello no se negocia en el convenio colectivo sobre la cantidad, sino únicamente sobre el deber del empresario de proceder a su descuento.
- Retención de cuotas de los afiliados o “check-off” (art. 11.2 LOLS). Según el propio Tribunal Constitucional:

- Debe también manifestarse la voluntad positiva del afiliado, no sirviendo el mero hecho de la afiliación para que pueda descontarse la cuota (ya que ello podría ser contrario al art. 16.2 de la Constitución).
- No es necesario que se pacte con el empresario, ya que la LOLS lo configura como un derecho del sindicato, que este puede o no solicitar.

Por lo que respecta a la titularidad y contenido del derecho de libertad sindical, en su vertiente colectiva, los titulares son las organizaciones sindicales. Veremos después que las asociaciones empresariales no son titulares del derecho de libertad sindical, sino que su creación se ampara en el derecho de asociación reconocido en el art. 22 de la Constitución (en este sentido ver la Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1992, de 8 de abril⁸).

4. CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD SINDICAL EN SU VERTIENTE COLECTIVA

- El art. 28.1 de la Constitución únicamente se refiere a algunas de sus manifestaciones, como federarse o confederarse con otras organizaciones sindicales, incluidas las internacionales.
- Es el art. 2.2 de la LOLS el que desarrolla más detenidamente el contenido de la libertad sindical en su vertiente colectiva y así:
 - Derecho de auto organización, es decir, elegir la organización que los sindicatos crean más conveniente, como ilustra la STC 96/2009, de 20 de abril⁹, redactar sus estatutos, organizar su administración interna y elaborar su programa de acción.
 - Federarse o confederarse formando organizaciones complejas: federaciones o confederaciones. En España, la propia organización territorial ha hecho que haya también organizaciones sindicales vinculadas a la propia estructura territorial del país, constituyendo uniones locales o uniones regionales.
 - Derecho de las organizaciones sindicales a no ser suspendidas ni disueltas sin la existencia de una resolución judicial fundada en incumplimientos graves de la legalidad (correlativo al derecho del afiliado a título individual a fundar sindicatos y a extinguirlos democráticamente).

8 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1939>

9 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6515>

- Derecho al ejercicio de la actividad sindical, sin injerencias de los poderes públicos. El contenido esencial de la libertad sindical en este aspecto del derecho a la actividad sindical, que podríamos considerar como “núcleo mínimo e indisponible” y que corresponde a todos los sindicatos por el hecho de serlo, sin que pueda haber diferencias entre ellos es: negociación colectiva, convocatoria de huelga, promoción de conflictos individuales y colectivos y presentación de candidaturas a las llamadas elecciones sindicales. Como se acaba de ver, el derecho de libertad sindical tiene una vertiente orgánica, pero también claramente funcional. Los elementos clave de acción sindical forman parte del contenido esencial de este derecho, de modo que la vulneración de cualquiera de ellos se convierte a su vez en la vulneración del propio derecho de libertad sindical.

5. TEORÍA DE LA REPRESENTATIVIDAD SINDICAL

Guarda relación con la pregunta de a quién representa un sindicato. El sindicato representa a sus afiliados, pero hay ordenamientos jurídicos en los que el sindicato tiende a representar al conjunto de los trabajadores y a defender los derechos del conjunto de los trabajadores. Por esa razón son necesarias unas técnicas de selección de los sindicatos que tienen la vocación de actuar como representantes del conjunto de los trabajadores. Esta selección y estas técnicas se estudian bajo la denominación de “representatividad sindical”.

A. Breve referencia histórica

El concepto de representatividad aparece en el Tratado de Versalles, en 1919, cuando se está haciendo referencia a las organizaciones sindicales y empresariales que forman parte de los órganos de gobierno de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT). A partir de la Segunda Guerra Mundial, casi todos los ordenamientos jurídicos empiezan a utilizar este concepto para atribuir algunas funciones específicas a los sindicatos, especialmente la denominada participación institucional o algunas formas de gestión del Estado del Bienestar (funciones cuasi-públicas de definición de las políticas sociales y económicas). A finales de los años '60, y después de una importante presión de los movimientos sociales (mayo del '68 u otoño caliente del '69), se reconoce el derecho de las organizaciones sindicales a ejercer la acción sindical dentro de la empresa y

entonces hay ciertos derechos de acción sindical en la empresa que únicamente se reconocen a los sindicatos mas representativos, porque generan cargas económicas para el empresario. Esos derechos-cargas únicamente se reconocen a los sindicatos mas representativos.

En España, entre los años 1977-1985, la mayor representatividad se utiliza como un medio de reconocimiento de la capacidad de algunas organizaciones sindicales para representar los intereses de los trabajadores. Así, se introduce esta técnica en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 con el objeto de seleccionar los sindicatos que pueden desarrollar la negociación colectiva de eficacia general. En el AMI (Acuerdo Marco Interconfederal, firmado por UGT y CEOE el 5 de enero de 1980), se utiliza la técnica de la mayor representatividad para el nombramiento de los delegados sindicales. Finalmente, en 1985, la mayor representatividad se convierte en el eje de nuestro modelo de relaciones laborales, al quedar plasmado en la LOLS y confirmado por la Sentencia del Tribunal Constitucional, que resolvió el recurso previo de inconstitucionalidad frente a la misma, la STC 98/1985, de 29 de julio.

B. Técnicas de medición de la representatividad

No hay un solo criterio de medición de la representatividad. Puede utilizarse la consistencia afiliativa, es decir, el numero de afiliados a los sindicatos, pero suele ser un dato poco transparente. En otras ocasiones se utilizan criterios vinculados con la actividad sindical, como el número de convenios que se negocian por parte del sindicato o el número de huelgas que se convocan, pero, entonces, la propia actividad sindical podría estar mediatizada por la consecución de la calificación de mayor representatividad. Hay también ordenamientos donde se utilizan criterios cualitativos, como la independencia del sindicato con respecto a los poderes públicos o su comportamiento durante la ocupación (este ultimo en el ordenamiento francés).

En España siempre se ha utilizado el criterio de la “audiencia electoral”, es decir, los representantes unitarios que son elegidos en las elecciones sindicales mediante el voto de los trabajadores y que concurren bajo las siglas de un determinado sindicato. Debe considerarse que las elecciones sindicales tienen por función la de elegir a quienes sean los representantes de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo, pero, al mismo tiempo, sirven para medir la representatividad sindical. Junto con este criterio de la audiencia electoral, la LOLS

utiliza un segundo criterio, que es la irradiación. El sindicato más representativo irradia su representatividad a los entes afiliados, federados o confederados al mismo (la irradiación es una técnica que facilita la coherencia de la acción sindical a lo largo de todo el sistema de negociación colectiva y, por ello mismo, muy eficiente ante la estrategia de implantación de una determinada política salarial).

A su vez, y como veremos al estudiar las elecciones sindicales, la utilización del criterio de audiencia electoral produce algunas disfunciones, fundamentalmente porque las elecciones sindicales se realizan en empresas de más de 6 trabajadores, con lo que no participan en la mediación de la representatividad los trabajadores de las micro-empresas, que son un número importante de las empresas de nuestro país.

C. Grados de representatividad sindical

Podemos diferenciar tres grados de representatividad con posiciones jurídicas diversas (arts. 6 y 7 LOLS):

Sindicato más representativo: a) a nivel estatal, aquel que tiene un 10% o más de los delegados de personal, miembros de los comités de empresa o miembros de los órganos de representación del personal en las administraciones públicas; b) a nivel de comunidad autónoma, aquel que cuenta con un 15% o más de los representantes elegidos dentro del territorio de la comunidad autónoma, siempre que sean, al menos, 1.500 representantes, y siempre que la organización no esté federada o confederada con una de nivel nacional. Por irradiación, son más representativos las federaciones y uniones de los más representativos a nivel nacional y de comunidad autónoma.

Las funciones atribuidas a los sindicatos más representativos a nivel nacional y de comunidad autónoma son las siguientes (art. 6.3 LOLS):

- Participación institucional.
- Negociación colectiva estatutaria; los sindicatos más representativos de comunidad autónoma pueden participar institucionalmente y negociar convenios colectivos de ámbito estatal.
- Determinación de las condiciones de trabajo en el espacio de las administraciones públicas.
- Promoción de elecciones sindicales.
- Participación en sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos.

- Cesiones temporales de uso de inmuebles patrimoniales públicos: declarada su constitucionalidad y, por tanto, rechazado que ello vulnere la libertad sindical de los sindicatos no representativos en Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1992, de 14 de mayo¹⁰.

Sindicato más representativo en un ámbito territorial y funcional dado: aquel que, dentro de un ámbito territorial y funcional dado, tiene un 10% o más de los representantes elegidos en dicho ámbito. Sus funciones son las mismas que el sindicato más representativo de nivel nacional (negociación colectiva estatutaria, determinación de las condiciones de trabajo en las administraciones públicas, promoción de elecciones sindicales, participación en sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos), salvo la participación institucional y la obtención de cesiones temporales de bienes patrimoniales públicos. Por otra parte, en este supuesto no hay irradiación a ningún otro ente sindical.

Sindicato no representativo: le corresponde el contenido esencial de la libertad sindical, esto es, negociación colectiva, pero la que esta al margen del Estatuto de los Trabajadores y se denomina, por ello, extraestatutaria, convocatoria de huelga, planteamiento de conflictos individuales y colectivos y presentación de candidaturas en las elecciones sindicales.

6. PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL (ARTS. 12 A 15 LOLS)

A. Sujetos que pueden vulnerar la libertad sindical

- Los poderes públicos pueden vulnerar la libertad sindical, por ejemplo, cuando atribuyen funciones o facultades a algunos sindicatos que no se atribuyen a otros, siempre que dicha atribución de funciones no esté basada en criterios objetivos, razonables y proporcionados, en caso de no estarlo se vulnera la libertad sindical. Un ejemplo podemos encontrarlo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/1992, de 16 de noviembre¹¹. En este caso el Tribunal Constitucional considera que el art. 6.2 de la Ley 4/1986,

10 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1962>

11 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2070>

de 8 de enero, de cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado¹², vulnera la libertad sindical de los sindicatos a los que no les permite estar en la comisión que ha de gestionar el patrimonio sindical acumulado: “(...) esta finalidad no justifica la atribución exclusiva de intervención en tal Comisión de las organizaciones que, con arreglo a la Ley, resultan más representativas, excluyendo, por consiguiente, a las que no reúnen esa condición, siendo así que, como precisamos en la STC 75/1992, al reparto del patrimonio sindical acumulado están llamados todos los sindicatos, sin perjuicio de la preferencia de las organizaciones más representativas, de modo que estas intervienen en la cesión de bienes en su propio favor, y también en la cesión de bienes de otras organizaciones con las que están en concurrencia (...) de ahí la posible parcialidad de los integrantes del órgano consultivo y que por ello no sea proporcionado ni razonable el que los sindicatos que no tienen la condición de más representativos, queden absolutamente excluidos del proceso de toma de decisiones que directamente les afectan (...)” (FD 7º). Ver, sin embargo, el contraste con este criterio en la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/1993, de 18 de mayo¹³, donde se declara que no se vulnera la libertad sindical cuando el legislador atribuye únicamente a los sindicatos más representativos la facultad de convocar elecciones sindicales (FD 3º y 4º).

- Los empresarios. En este caso se prohíbe toda discriminación por la afiliación o actividad sindical del trabajador, también todas las actividades de injerencia en la constitución, funcionamiento o administración de los sindicatos. Ejemplo de ello puede ser la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2009, de 12 de enero¹⁴, donde se declara nulo un despido por vulneración la libertad sindical.
- Los propios sindicatos entre sí. Algunas muestras de estos comportamientos pueden encontrarse en la STC 183/2007, de 10 de septiembre¹⁵, en la que un comité de empresa formado por miembros de un sindicato impide el ingreso en la empresa de un trabajador por ser miembro de otro sindicato. También en la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1991, de 30 de

12 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1986-905>

13 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2293>

14 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6421>

15 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6150>

septiembre¹⁶, donde se considera que impedir negociar a un sindicato legalmente legitimado para la participación en una negociación por no haber firmado el convenio colectivo o plan de reestructuración vulnera su libertad sindical.

B. Mecanismos de protección

- Sanciones administrativas, mediante la tipificación de algunas de estas conductas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹⁷. Así, el art. 8.12 tipifica como infracción muy grave del empresario la discriminación basada en la adhesión o no del trabajador a un sindicato.
- Sanciones penales: el art. 315.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁸ tipifica como delito los actos que impidan o limiten los derechos de libertad sindical y huelga y lo castiga con penas de prisión entre 6 meses y 2 años.
- Protección jurisdiccional:
 - Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional frente a las vulneraciones de los poderes públicos y también frente a las vulneraciones de particulares (si no se otorga la tutela por el juez ordinario, se entiende que es el propio juez el que ha vulnerado la libertad sindical y, por tanto, que cabe recurso de amparo por la vulneración de un poder público). Debe recordarse que la vulneración del derecho a la negociación colectiva desarrollada por un sindicato se considera una vulneración del contenido esencial de la libertad sindical.
 - Modalidad procesal de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, regulada en los arts. 177 a 184 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social¹⁹. Deben subrayarse algunas especialidades de esta modalidad procesal: en el proceso de tutela de la libertad sindical, además del trabajador demandante, puede participar

16 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1823>

17 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>

18 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

19 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15936>

como coadyuvante el sindicato al que este afiliado o cualquier sindicato más representativo (art. 177); el proceso es urgente y preferente (art. 179); y hay una alteración de la carga de la prueba, lo que significa que, una vez que el trabajador ha demostrado indicios de vulneración de la libertad sindical, es el empresario el que tiene que probar que existe un motivo objetivo, razonable y proporcionado de su actuación que desvirtúe los indicios de vulneración de la libertad sindical (art. 181).

7. LAS ORGANIZACIONES EMPRESARIALES

- No son una expresión del derecho de libertad sindical, sino del derecho de asociación (la Disposición Derogatoria de la LOLS mantiene la vigencia de la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación de derecho de asociación sindical²⁰, en lo relativo a la aplicación a las asociaciones de representación y defensa de los intereses de los empresarios). Debe recordarse que la Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1992, de 8 de abril, confirma la exclusión de los empresarios y las asociaciones empresariales de la titularidad del derecho de libertad sindical, lo mismo que la Sentencia del Tribunal Constitucional 92/1994, de 21 de marzo²¹. Aun así, son sujetos con relevancia constitucional, ya que están contempladas en el art. 7 de la Constitución, donde se expresa que su creación y su actuación son libres y que su estructura (habitualmente territorial y sectorial y, a su vez, en nuestro país, divididas entre organizaciones de grandes y pequeñas empresas) y funcionamiento deben ser democráticos.
- El derecho a la negociación colectiva les viene reconocido en el art. 37.1 de la Constitución.
- El derecho a la adopción de medidas de conflicto les viene reconocido en el art. 37.2 de la Constitución, que refleja que, en nuestro modelo constitucional de relaciones de trabajo, no existe el principio llamado de “paridad de armas”, ya que el derecho de huelga está reconocido en el art. 28.2 de la Constitución, con una mayor intensidad en su protección que el derecho de los empresarios a adoptar medidas de conflicto.

20 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1977-8602>

21 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2609>

La mayor representatividad de las asociaciones empresariales (Disposición Adicional Sexta del Estatuto de los Trabajadores), a los efectos de asumir las funciones de representación institucional y de poder participar en la cesión temporal del uso de inmuebles patrimoniales públicos:

- Ámbito estatal: organizaciones empresariales de carácter estatal con un 10% o más de las empresas y trabajadores ocupados en el ámbito estatal.
- Ámbito de comunidad autónoma: organizaciones empresariales de comunidad autónoma que tengan un 15% o más de empresas y trabajadores ocupados en el ámbito de la correspondiente comunidad autónoma.
- En el caso de las organizaciones empresariales, no está prevista la representatividad por irradiación.

LECTURAS RECOMENDADAS:

AA.VV. (2015), *La representación sindical en España*, en <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/LibroRepresentacion.pdf>

Baylos Grau A (2012), *¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso*, La Catarata, Madrid.

Fernández López M F (2011), “Libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Social*, 55, 25-58.

CAPÍTULO 3

LA CIUDADANÍA EN LA EMPRESA, REPRESENTACIÓN SINDICAL Y UNITARIA EN LOS CENTROS DE TRABAJO

1. CUESTIONES BÁSICAS

Existencia de un doble canal de representación de los trabajadores en la empresa (por razones históricas y de la diferente opción de los sindicatos mayoritarios):

- Representantes unitarios y electos (representan a todos los trabajadores de la empresa).
- Representantes sindicales y designados (representan a los afiliados a un determinado sindicato en la empresa).

2. FIGURAS DE REPRESENTACIÓN SINDICAL

- Secciones sindicales (contenido esencial de la libertad sindical) previstas en el art. 8.1.a) de la LOLS.
- Delegados sindicales (contenido adicional de la libertad sindical) previstos en el art. 10 de la LOLS, en centros de trabajo o empresas de más de 250 trabajadores y para sindicatos con presencia en los órganos de representa-

ción unitaria. Sobre la fórmula para computar los 250 trabajadores, debe atenderse a los criterios de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012¹.

- La existencia y el número de los delegados sindicales puede ser mejorado por acuerdo o convenio colectivo, siendo relativamente frecuente la práctica de designar delegados sindicales (casi siempre de los sindicatos firmantes de un convenio colectivo) en empresas que no alcanzan los 250 trabajadores. Ejemplo sobre un acuerdo con “liberados institucionales” puede encontrarse en la STC 118/2012, de 4 de junio².
- Los delegados sindicales tiene acceso a la misma información y documentación que los comités de empresa, pueden asistir a sus reuniones, con voz pero sin voto, y tienen derecho a ser oídos antes de la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a sus afiliados en particular, en especial, antes de despedir o sancionar a alguno de ellos (derecho éste perteneciente al contenido adicional de la libertad sindical cuyo titular es el sindicato y no el trabajador afiliado a título particular).
- Los delegados sindicales poseen las mismas garantías en el ejercicio de sus funciones que los representantes unitarios.

3. REPRESENTACIÓN UNITARIA VS REPRESENTACIÓN SINDICAL

El significado de la expresión representantes “legales” es aplicable a ambas clases de representación en la empresa.

En relación con el derecho de libertad sindical (art. 28.1 de la Constitución), debe tenerse presente que:

- La representación sindical es ejercicio de la libertad sindical en el ámbito de la empresa.
- La representación unitaria no es ejercicio de la libertad sindical en el ámbito de la empresa.

1 Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contenido&database=TS&reference=6415886&links=%2247%2F2011%22&optimize=20120625&publicinterface=true>

2 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/22963>

Desde el inicio el Tribunal Constitucional ha sostenido que los comités de empresa no son manifestación de la libertad sindical (SSTC 37/1983, de 11 de mayo³, 118/1983, de 13 de diciembre⁴, 45/1984, de 27 de marzo⁵, entre otras muchas): “(...) la Constitución española ha partido, en la institucionalización de los derechos colectivos laborales, de un amplio reconocimiento de los titulares de aquellos eludiendo la consagración de un monopolio del Sindicato (...) si este punto de partida permite en nuestro ordenamiento positivo la existencia de un sistema sindical dual en el que la acción sindical, entendida en cuanto actividad dirigida a la representación y defensa de los intereses de los trabajadores, puede ser ejercida, sin entrar ahora en otras posibilidades, tanto por el Sindicato como por el Comité de Empresa, ello no significa ni que exista una indefinición constitucional ni una identidad entre todos los sujetos susceptibles del ejercicio de funciones sindicales. Por el contrario, el artículo 7 de la norma fundamental constitucionaliza al Sindicato, no haciendo lo mismo con el Comité de Empresa, que es creación de la ley y solo puede encontrar, (...), una indirecta vinculación con el artículo 129.2 (...) lo mismo [se refiere a la vulneración de la libertad sindical] no puede ser predicado del Comité de Empresa, que, en la medida en que la ley le atribuye el papel de representante a que se refiere el artículo 37.1 de la CE, podrá ser vulnerado su derecho a la negociación, pero no el de libertad sindical, pues esta no alcanza a cubrir constitucionalmente la actividad sindical del Comité (...)”.

No obstante, el Tribunal Constitucional también ha protegido en situaciones excepcionales la libertad sindical de representaciones unitarias:

- STC 197/1990, de 29 de noviembre⁶, declara contrario a la libertad sindical el despido de una trabajadora no afiliada a un sindicato que convocó una asamblea para la celebración de elecciones sindicales. La razón de la protección de la libertad sindical es la necesidad de proteger los momentos previos a la actuación del sindicato en la empresa, siendo la asamblea para la celebración de elecciones sindical el modo en que habitualmente se produce la penetración del sindicato en la empresa (tener en cuenta que no se protege la acción sindical de los trabajadores no afiliados a un sindicato).

3 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/165>

4 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/246>

5 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/298>

6 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1622>

- STC 191/1996, de 26 de noviembre⁷, declara contrarios a la libertad sindical los despidos de trabajadores miembros del comité de empresa en cuyo despido no se respetó la garantía de permanencia establecida en el art. 68.b) del ET por entender que “(...) el art. 28.1 CE, al tutelar la libertad sindical, tiene en cuenta los riesgos que asumen, frente al empleador (...) los representantes de los trabajadores en defensa de los derechos e intereses colectivos (...)” (tener en cuenta que los miembros del comité de empresa despedidos estaban afiliados a un determinado sindicato).

A pesar de que las representaciones unitarias no son ejercicio ni manifestación de la libertad sindical, tienen una importante relación con ella. Las elecciones para elegir los miembros de las representaciones unitarias sirven, a su vez, para medir la representatividad sindical, que depende de los delegados de personal y miembros de comités de empresa pertenecientes a las listas electorales de cada sindicato. De ahí que:

- En nuestro sistema se considere contenido esencial de la libertad sindical la presentación por parte de los sindicatos de candidaturas a las elecciones a los órganos de representación unitaria (art. 2.2.d) de la LOLS).
- Y que prácticamente la totalidad de los comités de empresa estén “sindicalizados”.

4. FIGURAS DE REPRESENTACIÓN UNITARIA

- Delegado de personal.
- Comité de empresa.
- Comité conjunto.
- Comité intercentros.
- Comité de empresa europeo.

5. DELEGADO DE PERSONAL

Se eligen en centros de trabajo o empresas de más de 10 y menos de 50 trabajadores (art. 62.1 del ET).

También pueden elegirse en centros de trabajo o empresas de más de 6 trabajadores, siempre que así lo decidan éstos por mayoría.

⁷ Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3243>

La STC 36/2004, de 8 de marzo⁸, ha establecido que, habiendo sido promovida la celebración de las elecciones sindicales en centros de trabajo o empresas de más de 6 trabajadores, no es necesario que haya un pacto explícito y anterior de éstos en que deciden la celebración de las mismas, bastando para demostrar que la mayoría de los trabajadores quieren la celebración de las elecciones el que las mismas se realicen y en ellas vote la mayoría. Las razones que aduce el Tribunal Constitucional a favor de esta tesis son:

- “(...) el requisito de la decisión mayoritaria previsto en el art. 62.1 LET, inciso segundo, es imprescindible, sí, pero, en el aspecto temporal, puede ser anterior o posterior a la promoción de las elecciones y, en el terreno formal, puede ser expresa o tácita (...)”.
- “(...) en aplicación del canon de constitucionalidad ya señalado, habrá que destacar que atendiendo al objetivo inspirador del art. 62.1, inciso segundo, LET –no imposición de la figura del delegado de personal a los trabajadores contra su voluntad-, carece de justificación finalista la interpretación que (...) hace la Sentencia impugnada, pues ésta, prescindiendo de la tácita decisión mayoritaria de los trabajadores, llega a una solución indebidamente restrictiva, más propiamente, excluyente, de la capacidad de promoción electoral que a los sindicatos más representativos atribuyen los arts. 6.3.e) LOLS y 67.2 LET, al crear un obstáculo o impedimento para tal capacidad, integrada en el contenido adicional del derecho a la libertad sindical recogido en el art. 28.1 CE (...)”.

En ocasiones, fundamentalmente en sectores compuestos por pequeñas y pequeñísimas empresas, los convenios colectivos disponen la celebración de elecciones en centros de trabajo o empresas de menos de 6 trabajadores. Un ejemplo de ello puede encontrarse en el XXII Convenio colectivo nacional de autoescuelas⁹ (art. 30, g), donde se señala que “podrán celebrarse elecciones en empresas que tengan más de tres trabajadores/as, aunque sus atribuciones sólo tengan el ámbito interno del Convenio”, es decir, que no computan a efectos de representatividad sindical, con lo que difícilmente puede entenderse atentatorio de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa, habitualmente entendidas como reglas de orden público laboral; también sirve de muestra el

8 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5041>

9 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-10522>

Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio¹⁰ (art. 57), donde se prevé la realización de elecciones sindicales en centros de trabajo de cuatro trabajadores.

De otro lado, ha habido intentos de computar los seis trabajadores necesarios para elegir un delegado de personal agrupando micro-centros de trabajo de una misma empresa de manera analógica a como se hace en el comité de empresa conjunto; y ello con la finalidad de elegir delegados de personal en situaciones donde, en caso contrario, no es posible hacerlo. Esta práctica fue en un inicio confirmada por algunos tribunales superiores de justicia; sin embargo, fue declarada no conforme a derecho por dos Sentencias del Tribunal Supremo (STS de 31 de enero de 2001¹¹ y STS 19 de marzo de 2001¹²), donde puede leerse: “(...) es obligado pues entender, que la opción del legislador ha sido clara: dar un tratamiento plenamente diferenciado a las empresas o centros de trabajo con escasos trabajadores, respecto de los que ocupan un número mayor. Y que cuando ha optado por el centro de trabajo y no por la empresa como unidad electoral, lo ha hecho teniendo en cuenta todas sus consecuencias entre ellas que las empresas con diversos centros de trabajo con menos de seis trabajadores, éstos queden sin representación legal unitaria, por numerosa que pueda llegar a ser la plantilla total de la empresa en su conjunto (...) la ley no permite la agrupación, posiblemente, por considerarla innecesaria, en atención a que, como expone la sentencia recurrida, los problemas que puedan surgir en los centros de pequeñas dimensiones pueden resolverse por los propios interesados, y no llegan a alcanzar una problemática tan amplia y general que requiere el soporte de una representación de intereses generales (...)”.

El número de delegados de personal será de 1 en centros de trabajo o empresas de hasta 30 trabajadores y de 3 en centros de trabajo o empresas de 31 a 49 trabajadores.

Los delegados de personal deben actuar mancomunadamente ante el empresario. La exigencia de actuación mancomunada se ha interpretado por los tribunales

10 Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2017/10/19/pdfs/BOE-A-2017-11974.pdf>

11 Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=conten-tpdf&databasematch=TS&reference=2386984&links=&optimize=20040515&publicinterface=true>

12 Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=conten-tpdf&databasematch=TS&reference=2387630&links=&optimize=20040515&publicinterface=true>

de manera que “los delegados deben actuar de común acuerdo y conjuntamente pero para adoptar decisiones ha de operar el sistema de mayorías con el que se acredite la voluntad de los trabajadores”. Y ello porque “otra solución conduciría a una posible parálisis del funcionamiento de la representación otorgada, por la oposición de uno solo de los delegados”.

Finalmente, tienen las mismas funciones y garantías que los miembros de comités de empresa.

6. EL COMITÉ DE EMPRESA

El comité de empresa se elige en centros de trabajo o empresas de 50 o más trabajadores (art. 63.1 del ET).

El número de miembros del comité de empresa está en función de los trabajadores del centro de trabajo o empresa (art. 66 del ET):

- De 50 a 100 trabajadores, 5 miembros.
- De 101 a 250 trabajadores, 9 miembros.
- De 251 a 500 trabajadores, 13 miembros.
- De 501 a 750 trabajadores, 17 miembros.
- De 751 a 1000 trabajadores, 21 miembros.
- De 1001 en adelante, 2 por cada 1000 o fracción, con un máximo de 75 miembros.

El comité de empresa elegirá entre sus miembros un presidente y un secretario y elaborará su reglamento de procedimiento, que remitirá, a efectos de registro, a la autoridad laboral y a la empresa (art. 66.2 del ET).

Como mínimo, el comité de empresa debe reunirse cada dos meses o siempre que lo solicite un tercio de sus miembros o de los trabajadores representados por él (art. 66.2 del ET).

El comité de empresa desarrollará las funciones que le atribuye el art. 64 del ET (que luego se detallarán). Los miembros del comité de empresa tienen en ejercicio de su función representativa las garantías establecidas en el art. 68 del ET (que luego se detallarán). A su vez, los miembros del comité de empresa tienen el deber de sigilo profesional en los términos establecidos en el art. 65 del ET (deber de sigilo sobre el que luego se habrá de volver).

7. COMITÉ CONJUNTO

La unidad para la constitución de los comités de empresa es el centro de trabajo o la empresa individualmente considerados; sin embargo, el art. 63.2 del ET permite la reunión de varios centros de trabajo de una misma empresa a los efectos de constituir un único comité de empresa de todos ellos: éste recibe el nombre de comité de empresa conjunto.

Se constituirá en supuestos en que, en una misma provincia o en municipios limítrofes (esto es, cuando haya una especial cercanía territorial), una empresa tenga centros de trabajo que no alcancen 50 trabajadores, pero que, en su conjunto, sí sumen ese número de 50 trabajadores. En este caso, se elegirá un único comité de empresa que represente los trabajadores de todos los centros de trabajo. Una duda que plantea esta figura es si es obligatorio o facultativo constituir el comité de empresa conjunto (piénsese en dos centros de trabajo de más de 30 trabajadores en que se eligen 6 delegados de personal y, sin embargo, únicamente 5 miembros de comité de empresa). Parece que deba ser la organización sindical que convoca las elecciones sindicales la que defina el perímetro de las mismas y, por tanto, si se toma como base de las elecciones los centros de trabajo por separado o el conjunto de ellos a fin de elegir un comité de empresa conjunto.

En aquellos casos en que la empresa tenga centros de trabajo de más de 50 trabajadores y centros de trabajo de menos de 50 trabajadores en la misma provincia, se constituirán comités de empresa propios en los de más de 50 trabajadores y los demás se reunirán al objeto de elegir un comité de empresa conjunto.

8. COMITÉ INTERCENTROS

Es una figura propia de empresas con pluralidad de centros de trabajo, que se superpone a los comités de empresa elegidos en ellos.

Su creación y su funcionamiento tienen que estar previstos en convenio colectivo, así como las funciones que vaya a desarrollar (art. 63.3 del ET).

Estará compuesto por un máximo de 13 miembros de entre los componentes de los comités de empresa, guardándose en su designación proporcionalidad con los resultados electorales globales de los sindicatos. Esta exigencia ha sido interpretada por las Sentencias del TS de 9 de julio de 1993¹³ y 10 de octubre

13 Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=3252216&links=&optimize=20030630&publicinterface=true>

de 1994¹⁴ del siguiente modo: “(...) la forma de distribución de los puestos de Comité Intercentros (...) es la que se realiza en razón de los representantes conseguidos por cada sindicato; ello sin perjuicio, claro está, de que por Convenio Colectivo se pueda establecer otro sistema de cálculo (...) y ello fundamentalmente porque el Comité Intercentros es un órgano representativo de segundo grado, cuya composición no se efectúa, por tanto, mediante elección directa de sus miembros por todas los trabajadores (...) Parece lógico, por consiguiente, que, así como para la determinación de los elegidos en primer grado la regla fundamental a tener en cuenta es el número de votos (...) en cambio para la designación del órgano de segundo grado (el Comité Intercentros) se computen los representantes elegidos en aquellas elecciones, estableciendo sobre éstos la proporcionalidad (...)”. Una última Sentencia en mismo sentido STS de 6 de junio de 2012¹⁵.

Algunos problemas de composición del Comité Intercentros han sido resueltos por laudo arbitral dictado al amparo del Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos (ASAC) en el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA). Así, el Laudo de 31 de agosto de 1999¹⁶ entendió que en la composición del comité deben tenerse en cuenta los miembros de los comités de empresa de todos los centros de trabajo de la empresa, aunque alguno de ellos no esté incluido en el ámbito de aplicación del convenio colectivo en el que se crea el comité (tiene un voto particular en sentido contrario); o también el Laudo de 30 de octubre de 2003¹⁷, en el que se declara contrario a la legalidad vigente y al principio de proporcionalidad en la composición del comité el que el convenio colectivo exija que no podrán formar parte del mismo las representaciones que no alcancen el 5% de los miembros de los comités de empresa (ambos Laudos se refieren a la Empresa Paradores de Turismo).

14 Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=conten-tpdf&databasematch=TS&reference=3256970&links=&optimize=20030626&publicinterface=true>

15 Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=conten-tpdf&databasematch=TS&reference=6421173&links=&optimize=20120629&publicinterface=true>

16 Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1999-21279

17 Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2003/12/11/pdfs/A44145-44150.pdf>

9. COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO

Inicialmente previsto en la Directiva 94/45/CEE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994¹⁸, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria. Esta Directiva ha sido revisada por la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009¹⁹.

En España, la anterior Directiva fue traspuesta por la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria²⁰. La emisión de una nueva Directiva ha hecho que, a su vez, en el ordenamiento interno se haya dictado una nueva ley: la Ley 19/2011, de 19 de mayo²¹, por la que se modifica la anterior.

En la Ley 10/1997, se contienen previsiones al respecto de:

- Creación de un comité de empresa europeo en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria que tengan la dirección central en España (art. 5 y siguientes).
- Normativa aplicable a los centros de trabajo y empresas españolas que formen parte de una empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria cuya dirección central se halle en otro Estado miembro de la Unión (arts. 24 a 29).

La nueva Directiva, así como la nueva Ley, tienen como función mejorar alguna de las dificultades que se había observado en la práctica de las anteriores. Por ello, se define lo que significa “información”, “consulta” y que deben hacerse en tiempo necesario para posibilitar la influencia en la toma de decisiones de la empresa por parte de la representación de los trabajadores. Se define también lo que se entiende por “cuestiones transnacionales”: “las que afectan al conjunto de la empresa o grupos de empresa de dimensión comunitaria o al menos a dos empresas o centros de trabajo de la empresa o del grupo situados en dos Estados miembros diferentes”.

18 Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1994L0045:20070101:ES:PDF>

19 Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:122:0028:0044:ES:PDF>

20 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-8874>

21 Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-8777

Se entiende por empresas de dimensión comunitaria (art. 3.1.2º de la Ley 10/1997) las que empleen a más de 1000 trabajadores en el conjunto de los Estados miembros de la Unión y, al menos en dos Estados miembros, 150 o más trabajadores en cada uno de ellos.

Se entienden por grupos de empresas de dimensión comunitaria (art. 3.1. 3º y 4º de la ley 10/1997): el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas por ella; que el grupo emplee a más de 1000 trabajadores en el conjunto de los Estados miembros de la Unión, que comprenda al menos a dos empresas en Estados miembros diferentes y que, al menos, una empresa del grupo emplee a más de 150 trabajadores y otra empresa del grupo en Estado miembro diferente emplee a 150 trabajadores.

Los arts. 6 a 14 de la Ley 10/1997 establecen el procedimiento de negociación colectiva que puede conducir a la creación del comité de empresa europeo. De seguirse este procedimiento, la composición del comité, el número de sus miembros, su distribución, sus funciones y demás cuestiones serán objeto de acuerdo entre la comisión negociadora y la dirección de la empresa o grupo de empresas (art. 12).

Los arts. 15 a 19 de la Ley 10/1997 establecen disposiciones sobre la constitución, composición y funciones del comité de empresa europeo que serán de aplicación en los casos en que se haya decidido no negociar estos aspectos o, habiendo habido negociaciones al respecto, hayan resultado fallidas.

El comité de empresa europeo tendrá las funciones que se le asignen en el acuerdo de su constitución o en las disposiciones supletorias. En general, puede decirse que sus facultades son de información y consulta en cuestiones que afecten al conjunto de los trabajadores de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria y que rara vez asumen funciones de negociación colectiva.

Las funciones debe actuarlas por decisión mayoritaria de sus miembros (art. 20).

Los miembros de los comités de empresa europeos tienen las mismas garantías que los representantes de los trabajadores en el nivel nacional en el país en que prestan sus servicios (art. 21). Tienen también un deber de confidencialidad, no estando autorizados a revelar la información que les haya sido comunicada a título confidencial (art. 22).

La nueva Directiva y la nueva Ley de trasposición pretenden que haya una fluida información entre las diferentes instancias de representación y, por ello, se establece que debe haber procedimientos de articulación de la información. Entre los contenidos obligados del acuerdo de constitución del comité de empresa europeo deben

estar definidas las modalidades de articulación de la información entre el comité de empresa europeo y los órganos de representación nacionales de los trabajadores (art. 12.1.d). Además de ello, es una de las funciones de los miembros de los comités de empresa europeos informar a los trabajadores de los centros de trabajo o empresas de la empresa o grupo de dimensión comunitaria o, en defecto de representantes, al conjunto de los trabajadores (art. 29.2).

Otro de los ámbitos donde pretende ganarse en efectividad es en el de la propia capacitación y disponibilidad de recursos por parte de los representantes pertenecientes al comité de empresa europeo. Así, en la nueva Ley se prevé: a) derecho de los representantes de los trabajadores a recibir formación relativa a su función representativa sin pérdida de salario (art. 28.4); b) derecho a celebrar reuniones de seguimiento y preparatorias sin la presencia de la empresa (art. 11.2); c) asistencia y asesoramiento de expertos de la elección de los representantes, que podrán tener procedencia sindical (art. 11.3); d) obligación de la dirección de la empresa de informar a los agentes sociales europeos de la apertura de negociaciones con vistas a la formación de un comité de empresa (art. 9.4); y e) en el acuerdo de creación del comité de empresa deben figurar los recursos materiales y financieros asignados al mismo para el adecuado cumplimiento de sus funciones (art. 12.1.f).

10. CUESTIONES BÁSICAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE ELECCIONES SINDICALES

La promoción de las elecciones corresponde a los sindicatos más representativos (contenido adicional de la libertad sindical), a los sindicatos que cuenten con el 10 % de los representantes en la empresa o a los trabajadores por acuerdo mayoritario de ellos (art. 67.1 ET). La limitación de la promoción de las elecciones a los sindicatos más representativos ha sido declarada conforme a la Constitución en la STC 164/1993, de 18 de mayo²², que señala: “(...) conforme a lo anterior, descendiendo al caso que nos ocupa, no cabe ninguna duda de que el derecho a promover elecciones, que es el que, esencialmente, considera vulnerado el Sindicato USGA, se incluye dentro del contenido adicional de la libertad sindical. Ahora bien, que dicho derecho sólo pueden ejercerlo las organizaciones sindicales que ostenten mayor representatividad responde a un

22 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2293>

criterio -reserva de determinadas funciones o prerrogativas a las asociaciones sindicales más representativas- que, en diversas ocasiones, ha sido aceptado y declarado compatible con la Constitución por este Tribunal (...), y ello en definitiva para proteger otro derecho también necesitado de atención, cual es la más eficaz defensa de los intereses de los trabajadores, pues tal defensa se vería perjudicada por una atomización sindical (...)

La promoción de las elecciones debe comunicarse a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral y al empresario, debiendo señalar la fecha de inicio del proceso electoral, que no podrá ser antes de un mes ni más allá de tres.

Puede darse la promoción de elecciones de manera generalizada para uno o varios ámbitos funcionales, pero ello debe ser por acuerdo mayoritario de los sindicatos más representativos o representativos. Cabe, a su vez, la promoción de elecciones parciales en caso de dimisión o revocación de representantes unitarios y también en supuestos de aumento de la plantilla (especial trascendencia en supuestos de subrogación empresarial donde una empresa incorpora trabajadores de otra).

Por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa, se regulará la acomodación de la representación de los trabajadores ya constituida a las disminuciones significativas de plantilla (especial trascendencia en supuestos de despido colectivo o subrogación empresarial donde una empresa traspasa trabajadores de su plantilla a otra). Ahora bien, las disminuciones de plantilla para proceder al ajuste de la representación deben ser “significativas”, con lo que deben ser realizadas con cautela en aquellas empresas que, por su tipo de actividad, tienen frecuentes fluctuaciones de plantilla.

Recibida por la empresa la comunicación de la promoción de las elecciones, ésta dará traslado de la misma en el plazo de 7 días a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores que deban constituir la mesa electoral (art. 74.1 ET), donde tendrá derecho a designar un representante que asista a la votación y el escrutinio (art. 73.5 ET). Si se trata de elecciones a delegados de personal, el empresario remitirá a los componentes de la mesa en el mismo acto el censo electoral (art. 74.2 ET). Si se trata de elecciones a miembros de comité de empresa, será la mesa la que solicite al empresario el censo laboral, que debe también facilitar los medios para que la mesa elabore la lista de electores (art. 74.3 ET).

Habrà una mesa electoral por cada colegio de 250 trabajadores o fracción y estará compuesta por un presidente, que será el trabajador de más antigüedad en la empresa, y dos vocales, que serán los electores de mayor o menor edad, actuando este último de secretario (art. 73. 1 y 3 ET).

Serán electores todos los trabajadores mayores de 16 años y con una antigüedad en la empresa de al menos un mes; serán elegibles todos los trabajadores mayores de 18 y con una antigüedad en la empresa de al menos 6 meses, salvo que el convenio colectivo disponga otra menor y no inferior a 3 meses. En los mismos términos serán electores y elegibles los trabajadores extranjeros (art. 69.2 del ET). Los trabajadores fijos discontinuos y los trabajadores con contratos temporales de duración superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla; los trabajadores con contratos de duración inferior a un año, se computarán en función de los días trabajados en el año anterior a la convocatoria de las elecciones, cada 200 días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más (art. 72.2 del ET).

La fecha a tener en cuenta para decidir el número de trabajadores que se computan en el censo y, así, el número de representantes a elegir es la de la fecha de inicio del proceso electoral. Los trabajadores con contrato de alta dirección no podrán ser ni electores ni elegibles (art. 16 del RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección²³).

Entre la constitución de la mesa electoral y las elecciones no deben mediar más de 10 días, salvo que el centro de trabajo o la empresa tengan menos de 30 trabajadores, en cuyo caso entre la constitución de la mesa y la celebración de las elecciones deben mediar al menos 24 horas (art. 74.2 ET). La votación se realizará en el centro o lugar de trabajo y durante la jornada laboral, debiendo facilitar el empresario los medios necesarios para el normal desarrollo del proceso electoral (art. 75.1 ET). Del resultado del escrutinio se levantará un acta que será firmada por los componentes de la mesa, los interventores y el representante de la empresa, si éste hubiera sido designado (art. 75.4 ET). El presidente de la mesa remitirá copia del acta al empresario, a los interventores y a los representantes electos (art. 75.5 ET). Presentada el acta en la oficina pública correspondiente, ésta dará traslado de ello a la empresa (art. 75.6 ET).

Todos los que tengan interés legítimo, incluida la empresa, podrán impugnar cualquier actuación habida en el proceso electoral (art. 76.2). El interés de la empresa en la impugnación de las elecciones sindicales fue reconocido por la STC 285/1993, de 4 de octubre²⁴, que señaló: "(...) las interferencias existentes entre la relación jurídica material deducida en el proceso electoral y las relaciones de trabajo de las que es titular el empresario, pueden originar un interés directo sus-

23 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-17006>

24 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2414>

ceptible de tutela para ejercer acciones de impugnación para obtener Sentencias que, al examinar esas impugnaciones y verificar la legalidad o no de la elección realizada, suponen un hecho constitutivo, modificativo o extintivo que no se limita al proceso electoral, sino que afecta a la esfera del empresario, tanto en el plano individual respecto a cada uno de los contratos de trabajo, en particular el de los electos, como en el plano colectivo en cuanto a la virtualidad de relaciones con una representación de personal elegida conforme a las prescripciones legalmente establecidas. El mero dato de que el empresario va a ser el interlocutor de los representantes elegidos y la circunstancia de que, como consecuencia de esta elección, va a soportar determinadas cargas (locales, créditos, horario, etc.) es suficiente para justificar, en función también de los motivos de impugnación alegados, un interés directo lesionado por el acto impugnado (...).”

Las causas de impugnación son: a) vicios graves que puedan afectar a las garantías del proceso electoral y que alteren su resultado; b) falta de capacidad o legitimidad de los candidatos elegidos; c) discordancia entre el acta y el desarrollo del proceso electoral; y d) falta de correlación entre el número de trabajadores que figuran en el acta de las elecciones y el número de representantes elegidos (art. 76.2 ET).

El plazo de impugnación es: a) de 3 días hábiles contados desde el siguiente a que se produzcan los hechos que se impugnan o la resolución de la mesa sobre ellos; b) los 3 días empezará a contarse desde que se tenga conocimiento de los hechos en caso de que la impugnación se promueva por sindicatos que no han presentado candidaturas a las elecciones; y c) de 10 días hábiles contados desde la entrada de las actas en la correspondiente oficina pública si se impugnan hechos del día de la votación o posteriores (art. 76.5 ET).

La impugnación se resolverá por medio de procedimiento arbitral, cuya resolución podrá, a su vez, ser impugnada en un plazo de 3 días ante la jurisdicción social en los términos previstos en los arts. 127 a 132 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social²⁵, en adelante LRJS (subrayar que, en la impugnación de estos laudos, el juez puede revisar el derecho aplicado en los mismos). La sentencia dictada en estos procesos no es susceptible de recurrirse en suplicación (art. 132.1.b LRJS).

La resolución de la correspondiente oficina pública denegando el registro de las actas del proceso electoral se impugnará directamente ante la jurisdicción social (art. 75.7 ET) en los términos previstos en los arts. 133 a 136 de la LRJS.

25 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15936>

El mandato de los miembros del comité de empresa tiene una duración de 4 años, entendiendo que se prorroga el mismo hasta que no se celebren elecciones para la designación de un nuevo comité (art. 67.3 ET).

De conformidad con el art. 44.5 ET, cuando la empresa, centro de trabajo o unidad productiva objeto de transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad empresarial no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes de los trabajadores, quienes continuarán ejerciendo sus funciones en los mismos términos que lo hicieran con anterioridad. No se dice nada al respecto de lo que suceda en aquellos supuestos donde la empresa, centro de trabajo o unidad productiva no conserven su autonomía, sin embargo, el art. 6.2 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001²⁶, sobre aproximación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad, establece que “si el mandato de los representantes de los trabajadores afectados por un traspaso expirare como consecuencia de ese traspaso, los representantes continuarán beneficiándose de las medidas de protección previstas por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, o por la práctica de los Estados miembros”.

Los miembros del comité de empresa podrán ser revocados por decisión de la mayoría absoluta de los trabajadores que los eligieron, en asamblea convocada al efecto por un tercio de los mismos (art. 67.3 ET). El voto para la revocación debe ser secreto (art. 67.3 ET). No podrá revocarse un miembro del comité de empresa durante la negociación de un convenio colectivo, ni replantearse la revocación hasta transcurridos 6 meses desde la anterior votación (art. 67.3 ET).

11. FUNCIONES DEL COMITÉ DE EMPRESA

Con carácter general pueden señalarse las siguientes funciones:

- Información.
- Informe previo.
- Negociación colectiva.
- Negociación/participación en la toma de decisiones de la empresa.

²⁶ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0023>

- Convocatoria de huelga.
- Promoción de conflictos colectivos.
- Control del cumplimiento de las normas en la empresa.

A. Funciones de información

El comité de empresa tiene derecho a ser informado por la empresa trimestralmente de los siguientes aspectos (art. 64.1 ET):

- Evolución general del sector económico al que pertenece la empresa.
- Situación de la producción y ventas de la empresa.
- Programa de producción y evolución probable del empleo, fundamentalmente sobre las previsiones de realizar nuevas contrataciones, el número de éstas y de las modalidades contractuales que serán utilizadas.
- Horas complementarias de los trabajadores a tiempo parcial.
- Supuestos de subcontratación (después se habrá de volver sobre esta competencia).
- Estadísticas sobre el índice de absentismo y sus causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, estudios de medio ambiente laboral y mecanismos de prevención de riesgos.

Mensualmente, el comité de empresa recibirá información sobre el número de horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo copia de los resúmenes que debe percibir el trabajador según el art. 35.5 ET (Disposición Adicional 3ª b) del RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo²⁷). En relación con la interpretación que cabe hacer de este deber de información, la STS de 11 de diciembre de 2003²⁸ ha señalado lo siguiente: “(...) solamente [se] reconoce a los representantes de los trabajadores el derecho a ser informado mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, pero no extiende la garantía a un conocimiento anticipado de las horas extraordinarias programadas, cuya realización práctica puede incluso ser desconocida por la empresa hasta su puesta en práctica,

27 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-21346>

28 Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2322166&links=&optimize=20040527&publicinterface=true>

y precisamente sobre este aspecto de la jornada, el art. 35.5 ET, que también se menciona en el recurso como vulnerado, no reconoce derecho de información a favor de los representantes de los trabajadores, pues a lo único que obliga es a registrar la jornada de cada trabajador día a día y a entregar copia del resumen al trabajador, pero no a sus representantes (...)

En el plazo de 10 días, el comité de empresa debe recibir copia básica de los contratos que deban celebrarse por escrito, a excepción de los contratos de alta dirección (art. 8.3.a ET). Recordar que, en la STC 142/1993, de 22 de abril²⁹, el Tribunal Constitucional descartó que afectara al derecho a la intimidad de los trabajadores el conocimiento de su salario: “(...) Las retribuciones que el trabajador obtiene de su trabajo no pueden en principio desgajarse de la esfera de las relaciones sociales y profesionales que el trabajador desarrolla fuera de su ámbito personal e íntimo, para introducirse en este último, y hay que descartar que el conocimiento de la retribución percibida permita reconstruir la vida íntima de los trabajadores. Al margen de que la Ley 2/1991 se limita a imponer la obligación de incluir en la «copia básica» la retribución pactada en un único momento de la relación laboral -el de su inicio, pues las sucesivas modificaciones sólo son objeto de notificación (1.2 Ley 2/1991)-, lo cierto es que el acceso a la información relativa a la retribución no permite en modo alguno la reconstrucción de datos del trabajador incluidos en la esfera de su intimidad. En este sentido, no puede olvidarse que, por sí solo, el dato de la cuantía retributiva, aparte de indicar la potencialidad de gasto del trabajador, nada permite deducir respecto a las actividades que, sólo o en compañía de su familia, pueda desarrollar en su tiempo libre. No es ocioso recordar que aun antes de la Ley 2/1991 los salarios percibidos eran ya accesibles al conocimiento de los representantes de los trabajadores, en cuanto tales salarios sirven de base de cotización a la Seguridad Social, y dichos representantes pueden conocer y comprobar los correspondientes documentos de cotización (...)

Deberes de información sin plazo establecido:

- Balance, cuenta de resultados, memoria y demás documentación que deban recibir los socios en caso de que la empresa revista la forma de sociedad por acciones o participaciones.
- Modelos de contrato escrito y finiquito que se utilizan por la empresa.

²⁹ Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2271>

- Sanciones impuestas por la empresa por faltas muy graves (según la jurisprudencia, la falta de comunicación de las sanciones por faltas muy graves no determina su nulidad).

En materia de contratación y subcontratación, el art. 42 ET impone deberes añadidos de información:

- La empresa que contrate o subcontrate actividades, debe informar de: a) nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista; b) objeto y duración de la contrata; c) lugar de ejecución; d) número de trabajadores de la empresa contratista o subcontratista que trabajarán en el centro de trabajo de la empresa principal; y e) medidas de coordinación de actividades a efectos de prevención de riesgos laborales (art. 42. 4 ET).
- La empresa contratista o subcontratista deberá informar: a) nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa principal; b) objeto y duración de la contrata; y c) medidas de coordinación de actividades a efectos de prevención de riesgos laborales (art. 42.5 ET).

En supuestos de subrogación empresarial, la empresa cedente y la cesionaria deberán informar con la suficiente antelación de: a) fecha prevista de la transmisión; b) motivos de ella; c) consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores; c) medidas previstas respecto de los trabajadores (art. 44.6 ET). En los supuestos de fusión o absorción de sociedades, la anterior información deberá proporcionarse al tiempo de publicarse la convocatoria de la junta general en que se adoptará la misma (art. 44.8 ET).

Es posible que los convenios colectivos amplíen el catálogo de las situaciones, hechos o circunstancias de las que se debe informar al comité de empresa, ya que las establecidas en el ET se consideran un mínimo susceptible de mejora por negociación colectiva.

B. Funciones de informe previo

El comité de empresa deberá emitir informe previo a la adopción por parte de la empresa de las siguientes medidas (art. 64.1 ET):

- Reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de ella (algunas Sentencias han señalado que la adopción de ceses

sin el preceptivo informe del comité de empresa debe considerarse nulo por defecto de forma).

- Reducciones de jornada.
- Traslado total o parcial de las instalaciones.
- Planes de formación profesional.
- Implantación o revisión de planes y sistemas de organización y control del trabajo.
- Estudios de tiempos, valoración de puestos de trabajo y establecimiento de sistemas de primas o incentivos.
- La fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que vaya a afectar al volumen de empleo.

Los informes anteriores deberán elaborarse por el comité de empresa en un plazo de 15 días (art. 64.2 ET). También deberá ser consultado y emitir informe el comité de empresa antes de la elaboración del calendario laboral anual por parte de la empresa (Disposición Adicional 3ª a) del RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo en relación con el art. 34.6 ET).

C. Funciones de negociación colectiva

Amparada por el art. 37.1 de Constitución, que reconoce el derecho a la negociación colectiva a los representantes de los trabajadores en general (y no sólo a los sindicatos), el comité de empresa puede desarrollar la función de negociación colectiva en el nivel de la empresa. La legitimación para negociar en la empresa del comité de empresa está prevista en el art. 87.1 ET, debiendo éste adoptar decisiones por mayoría de sus miembros (art. 65.1 ET). En caso de que el comité de empresa adopte las decisiones de negociación colectiva por minoría, el convenio o acuerdo colectivo será nulo, no extra-estatutario.

Además de la negociación de convenios o acuerdos colectivos en general, el ET establece la posibilidad de que el comité de empresa negocie acuerdos de empresa. La función y las materias sobre las que cabe esta forma de negociación son las siguientes:

Acuerdos de empresa subsidiarios:

- Clasificación profesional (art. 22.1).
- Ascensos (art. 24.1).
- Recibo de salarios (art. 29.1).
- Distribución irregular de la jornada (art. 34.2).

- Distribución del tiempo de trabajo diario (art. 34.3).
- Ajuste de la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla (art. 67.1).

Acuerdos de empresa de adaptación de condiciones de trabajo:

- Modificación sustancial de horario, régimen de trabajo o turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento contenidos en convenio colectivo estatutario (art. 41.4).
- Inaplicación del régimen salarial contenido en convenio colectivo de sector y determinación de nuevo régimen salarial en la empresa (art. 82.3).

El comité de empresa también tiene funciones de negociación/ participación en la toma de decisiones en la empresa cuando interviene en periodos de consulta/procesos de negociación colectiva previos a la adopción por parte de la empresa de determinadas decisiones:

- Traslado colectivo (art. 40.2 ET).
- Modificación de condiciones de trabajo de carácter colectivo (art. 41.4 ET).
- Suspensión del contrato de trabajo (art. 47.1 ET).
- Despido colectivo (art. 51.4 ET).

Los acuerdos en relación con las anteriores materias deben ser adoptados por la mayoría de los miembros del comité de empresa; en caso contrario se entenderá que no ha habido acuerdo.

Existe un último periodo de consultas/proceso de negociación en supuestos de subrogación empresarial en que la empresa cedente o cesionaria tenga previsto adoptar medidas laborales en relación con sus trabajadores por motivo de la subrogación (art. 44.9 del ET).

D. Funciones en la convocatoria de una huelga

De acuerdo con el art. 3.2.a del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo³⁰, el comité de empresa tendrá la facultad de convocar una huelga.

Por esa razón, de acuerdo con el art. 13.a del Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales (en adelante, ASAC)³¹, el comité de empresa estará

30 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-6061>

31 Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-2655

legitimado para solicitar mediación previa a la convocatoria de huelga en caso de tratarse de un sector o empresa adherido a dicho Acuerdo.

E. Funciones de promoción de conflicto colectivo

Según el art. 154.c de la LRJS, el comité de empresa estará legitimado para la promoción de conflictos colectivo en conflictos de interpretación y/o aplicación de normas legales o convencionales o decisiones de empresa, cuando el conflicto sea de empresa o ámbito inferior. Por esa razón, según el art. 13.a del ASAC, el comité de empresa está legitimado para solicitar la mediación previa a la interposición de la demanda de conflicto colectivo en caso de tratarse de un sector o empresa adherido a dicho Acuerdo.

F. Funciones en relación con el cumplimiento de las normas laborales en la empresa

El comité de empresa también tiene funciones de vigilancia en el cumplimiento de las normas legales y convencionales en materia laboral y de Seguridad Social (art. 64.1.9.a ET). La función de control del cumplimiento de las normas en materia de Seguridad Social no alcanza la posibilidad de dirigirse a la Tesorería General de la Seguridad Social para solicitar datos sobre altas y bajas de los trabajadores.

También tiene la función de vigilancia en el cumplimiento de las normas en materia de prevención de riesgos, si en el centro de trabajo o empresa no existen órganos específicos de representación de los trabajadores en esta materia (art. 19.3 ET).

Para poder desarrollar esta función, se reconoce al comité de empresa legitimación para actuar ante la jurisdicción social y ante la autoridad laboral (art. 64.1.9.a ET).

12. DEBER DE SIGILO

Tanto los miembros del comité de empresa individualmente considerados como el comité de empresa tienen deber de sigilo en relación con las informaciones que les proporciona la empresa, deber que subsiste después de dejar el comité y que es especialmente acentuado al respecto de las materias que la empresa haya declarado como reservadas (art. 65.2 ET).

El comité de empresa no podrá utilizar ningún documento que le sea entregado por la empresa fuera del ámbito de la misma y para fines distintos a aquellos que motivaron su entrega (art. 65.2 ET). No se entiende, sin embargo, que se quebrante este deber cuando, por ejemplo, el representante de los trabajadores remite copia de la información sobre horas extraordinarias que recibe a la comisión paritaria del convenio colectivo del correspondiente sector; y ello porque, según advierte la jurisprudencia, “fue razonablemente utilizado dentro del ámbito para el que fue entregado que no es otro que el de posibilitar la labor de control sobre el cumplimiento de la normativa legal sobre horas extraordinarias en todos sus aspectos de importancia notoria para el conjunto de los trabajadores”.

13. GARANTÍAS DE LOS MIEMBROS DE COMITÉS DE EMPRESA

Las garantías en ejercicio de la función representativa de los miembros de los comités de empresa están expresadas en el art. 68 ET y son susceptibles de mejora por convenio o acuerdo colectivo. Las principales garantías son las siguientes:

- Apertura de expediente contradictorio con carácter previo a la imposición de sanciones por faltas graves o muy graves, especialmente en caso de despido disciplinario (art. 55.1 ET), donde deben ser oídos el interesado y el propio comité de empresa.
- Prioridad de permanencia en la empresa en caso de suspensión del contrato de trabajo o despido por causas tecnológicas o económicas (recordar que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 191/1996, de 26 de noviembre³², ha señalado la vinculación entre esta garantía y la libertad sindical).
- No ser despedido ni sancionado por actuaciones que deriven de su actividad representativa, lo que no obsta que pueda serlo por incumplimientos contractuales. Esta garantía se extiende hasta un año después de haber dejado de ser miembro del comité de empresa, salvo que ello se produzca por dimisión o revocación.
- No ser discriminado en su promoción económica y profesional en razón del ejercicio de la función representativa (garantía de indemnidad). Así, y a título de ejemplo, aun no realizando turnos, debe abonarse al representante

32 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3243>

el plus de turnicidad (STC 95/1996, de 29 de mayo³³, donde se señala que “(...) existe un expreso mandato legal de tratar en materia retributiva al representante de forma igual que a los representados, de manera que aquél no se vea perjudicado en relación con éstos por el hecho, precisamente, de ser su representante unitario o electivo (...”).

Entre las garantías de la función representativa se halla también la disposición de un crédito horario. Se trata de un determinado número de horas retribuidas al mes a que tiene derecho cada uno de los miembros del comité de empresa para el desarrollo de sus funciones de representación de los trabajadores. El número de horas remuneradas, susceptible de mejora por acuerdo o convenio colectivo, está en función del número de trabajadores del centro de trabajo o la empresa:

- Hasta 100 trabajadores, 15 horas.
- De 101 a 250 trabajadores, 20 horas.
- De 251 a 500 trabajadores, 30 horas.
- De 501 a 750 trabajadores, 35 horas.
- De 751 en adelante, 40 horas.

En convenio colectivo puede pactarse la acumulación de las horas del crédito horario en uno o varios de los miembros del comité de empresa, de forma que queden relevados del trabajo, aun manteniendo su remuneración (es a estos representantes a los que comúnmente se denomina “liberados”).

En materia de crédito horario, la doctrina general es: a) que no es necesario para su utilización más que previo aviso y no necesariamente con una especial antelación; b) que no es necesaria para su utilización un acto de concesión ni un acto de autorización del empresario; c) y ello porque, “(...) de conformidad con la doctrina del TS³⁴ (...) será el propio representante quien disponga libremente del crédito, tanto del momento adecuado para su utilización –pese a que ello no excluiría el preaviso- cuanto de la clase de actividad a realizar, siempre y cuando, naturalmente, se enmarque en el plano de su función. Es, asimismo, pacífica la doctrina del TS (...) que proclama la presunción de empleo correcto de las horas

33 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3147>

34 Entre las Sentencias que iniciaron esta interpretación puede verse la STS de 14 de junio de 1990, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=1125153&links=&optimize=20051117&publicinterface=true>

por parte del representante, sin perjuicio de la facultad de fiscalización por el empresario siempre que no implique compeler la independencia o autonomía de los representantes en su uso; presunción sólo destruible mediante la prueba de una conducta sostenida de empleo del crédito horario en provecho propio (...) aun cuando corresponde al empresario la facultad de vigilar el crédito horario, siempre que no incurra en discriminación, la dificultad de apreciar dicho abuso conduce, de hecho, a la restricción de la aplicación a los representantes de las facultades fiscalizadoras y disciplinarias del empresario en lo que concierne a dicha reserva de horas (...).”

En materia de despido, además de la apertura de expediente contradictorio, los miembros del comité de empresa tienen en su favor la garantía del derecho de opción entre readmisión e indemnización en supuestos de despido improcedente (art. 56.4 ET), debiendo ser la readmisión, si es elegida por el miembro del comité de empresa, ejecutada en sus propios términos (art. 110.2 LRJS).

14. ASAMBLEAS, LOCALES Y TABLÓN (TAMBIÉN VIRTUAL) DE ANUNCIOS

Según el art. 77.1 ET, el comité de empresa puede convocar asambleas de trabajadores en el centro de trabajo y fuera de las horas de trabajo. El comité de empresa presidirá en todo caso las asambleas y será el responsable del normal desarrollo de las mismas.

De acuerdo con el art. 81 ET, el comité de empresa tiene derecho a que la empresa ponga a su disposición un local adecuado en el que puedan desarrollarse sus actividades y comunicarse con los trabajadores. También tiene derecho a que el empresario ponga a su disposición uno o varios tablones de anuncios.

En relación con la posibilidad de utilizar los medios informáticos de la empresa como vehículo de información y comunicación con los trabajadores, la STS de 26 de noviembre de 2001³⁵, señaló que ello es posible cuando se acuerda en convenio o acuerdo colectivo: “(...) no hay norma jurídica alguna que conceda al Sindicato [o a la representación unitaria de los trabajadores] el derecho a utilizar los medios informáticos del Banco para realizar la comunicación [con

35 Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=conten-tpdf&databasematch=TS&reference=2387603&links=&optimize=20040515&publicinterface=true>

los trabajadores]. Como puso de relieve la sentencia que se recurre, la utilización del sistema que hoy se niega podrá ser objeto de negociación colectiva o acuerdo de cualquier tipo, pero, mientras no se obtenga, la utilización deberá ser expresamente consentida por la demandada (...)”. En este mismo sentido, reconociendo que la comunicación vía intranet forma parte del derecho de libertad sindical, debe considerarse la STC 281/2005, de 7 de noviembre³⁶.

LECTURAS RECOMENDADAS:

AA.VV. (2017), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Bomarzo, Albacete.

³⁶ Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5541>

CAPÍTULO 4

LA CAPACIDAD DE CREAR NORMAS DE TRABAJADORES Y EMPRESARIOS: DEBATES SOBRE EL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. SIGNIFICADOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A. La negociación colectiva como mecanismo de igualdad

Lo primero que debe subrayarse es que la negociación colectiva encarna el valor constitucional de la igualdad. Mediante la negociación entre la representación de los trabajadores y el empresario o su representación sobre la determinación de las condiciones que van a regir las relaciones de trabajo, se intenta compensar la desigualdad de poder negociador que tienen aislada e individualmente los trabajadores. Uno a uno, los trabajadores nunca han contado con suficiente poder como para negociar en igualdad de condiciones con el empresario las reglas que van a disciplinar la prestación de trabajo de los primeros en beneficio y bajo la dependencia del segundo. De modo que es uniéndose y negociando juntos y al unísono un grupo de ellos como pueden tener un mayor poder de negociación

y, por tanto, como pueden afrontar en igualdad de condiciones con el empresario la determinación de las condiciones –salario, jornada, horario, etc.- en que van a trabajar. La negociación colectiva hace, en definitiva, más iguales a los trabajadores para que puedan pactar de igual a igual las condiciones de trabajo con el empresario.

Es posible que, para la ideología liberal, el funcionamiento de la negociación colectiva que se acaba de explicar puede resultar negativo. Siempre, en efecto, ha habido quien entiende la negociación colectiva como una especie de cártel o colusión para evitar que la determinación de las condiciones en que se produce el intercambio de trabajo por salario se haga por el juego de las fuerzas del mercado, que en el ámbito de las relaciones laborales es tanto como decir por la fuerza del poder del empresario. Sin embargo, España es en un Estado Social y Democrático de Derecho, que tiene como seña de identidad el compromiso de los poderes públicos con la consecución de la igualdad real y efectiva de los ciudadanos. Razón por la que la negociación colectiva es vista en este modelo de sociedad, que según el artículo 1.1 de la Constitución es el nuestro, como una práctica valiosa y positiva, que hay que proteger y potenciar porque pretende lograr esa igualdad real y efectiva a que se refiere el artículo 9.2 de la Constitución entre los sujetos del contrato de trabajo.

Pero hay otro aspecto más que vincula la negociación colectiva con la igualdad. La negociación colectiva es, como los impuestos, un mecanismo de redistribución de riqueza. Fija condiciones de trabajo, es verdad, pero esas condiciones de trabajo, que para el trabajador representan cómo va a trabajar y qué va a recibir a cambio de su trabajo (en definitiva, cómo va a vivir), para el empresario representan la parte de los beneficios empresariales que va tener que destinar a retribuir el factor trabajo. Huelga decir que, cuanto mejores son las condiciones de trabajo que se pactan en la negociación colectiva, mayor es el trasvase de los beneficios que genera la actividad productiva a los propios trabajadores que participan en la misma. Lo que propulsa, a su vez, una cierta igualdad o menor divergencia en las rentas y en la posición económica de la ciudadanía. Por el contrario, si las condiciones de trabajo pactadas mediante negociación colectiva -o impuestas por el empresario por falta de ésta- son de baja calidad, el trasvase de beneficios de la actividad empresarial a los trabajadores implicados en la misma será mucho menor y, en consecuencia, habrá una mayor diferencia o polaridad entre los niveles de rentas y las posiciones económicas de los ciudadanos.

Pues bien, la anterior evidencia nos debe llevar a preguntarnos en qué modelo de sociedad queremos vivir y, en función de cual sea nuestra respuesta, qué modelo de negociación colectiva queremos tener. Una pregunta que no puede responderse en términos técnicos, sino en términos de valores. Si preferimos vivir en una sociedad mas igualitaria, donde, aun habiendo diferencias entre las rentas de los que más y menos tienen, esa diferencia no sea demasiado exagerada, en el sentido de que no sean muy pocos los de las rentas muy altas y la gran mayoría los de rentas muy bajas o bajísimas, entonces se necesita una negociación colectiva activa y potente, que actúe como canal conductor de riqueza para grandes capas de la población. Es eso, además, lo que hace germinar y crecer la clase media de un país, con los consabidos efectos beneficiosos desde el punto de vista social (avance, por ejemplo, en el terreno de la educación), pero también desde un punto de vista económico (la clase media es básicamente quien sostiene el consumo).

En cambio, si preferimos vivir en una sociedad muy desigual, donde unos pocos concentran la mayor parte de la riqueza y muchos tienen niveles de rentas que apenas les permiten la subsistencia, la negociación colectiva es un elemento a debilitar. O dicho de otro modo: conviene devaluar la negociación colectiva para que no cumpla su función redistributiva, aunque ello empobrezca a la mayor parte de la población y tenga unos efectos sociales y económicos bien conocidos por todos (la pobreza es siempre sórdida y económicamente improductiva) y claramente perjudiciales para el conjunto de la ciudadanía.

B. La negociación colectiva como mecanismo de democracia

Un apunte más: la negociación colectiva también guarda relación con el valor de la democracia. No es lo mismo que la determinación de las condiciones de trabajo se haga de manera unilateral por parte del empresario que se haga de manera consensuada por acuerdo entre el mismo y la representación de los trabajadores. Frente a la imposición de la voluntad de una sola de las partes, que además es la más poderosa dentro del contrato de trabajo, la negociación colectiva supone la participación de los propios trabajadores, a través de sus representantes, en la fijación de las condiciones en que se va a desarrollar su actividad productiva; supone, por tanto, que los trabajadores puedan tener voz y compartir con el empresario la toma de decisiones (y también la responsabilidad) sobre los aspectos esenciales de la relación laboral.

Y aquí vuelve a ser necesaria una toma de postura sobre el modelo de relaciones laborales que queremos tener y, en relación con él, el papel que debemos asignar a la negociación colectiva. De valorar la implantación de la democracia en todos los ámbitos donde se ejerce poder, ya sea en la arena política o en la empresa, y que la toma de decisiones sea compartida y, a ser posible, consensuada por todos los afectados por ellas, la negociación colectiva debe convertirse en eje o procedimiento estrella del modelo de relaciones laborales, ya que es eso mismo lo que significa. De preferir la modalidad autoritaria, aquella en que las decisiones son adoptadas por una sola de las partes implicadas, sin que la opinión ni los intereses de las demás partes cuenten para nada, puede prescindirse de la negociación colectiva y dejar que sea el empresario el que ordene las relaciones de trabajo.

2. CLAVES DEL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La reforma de la negociación colectiva de 2011 operada por el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio¹, de vida efímera, devolvía a la autonomía colectiva el diseño de la estructura de la negociación colectiva, capacidad que había perdido en la reforma de 1994. Se reforzaba la negociación colectiva en la empresa como fórmula de adaptación de las condiciones de trabajo al contexto y circunstancias de la misma, pero sin imponerla; al contrario, dejando que la negociación colectiva de sector estableciera una relación diferente con la negociación en la empresa, si es que ello se consideraba por los sindicatos y empresarios más acorde o conveniente en función de los rasgos del propio sector. Se fortalecía la presencia de los sindicatos en las negociaciones de empresa, dando prioridad a las secciones sindicales sobre las representaciones unitarias en las negociaciones de este ámbito. E, incluso, se establecía por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico la legitimación para negociar convenios colectivos de grupo de empresas o de empresas que, sin serlo, estaban vinculadas por razones organizativas o productivas, intentando promover, así, las negociaciones de carácter transversal o en redes de empresas formadas por la externalización de actividades productivas.

Luego llegó la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral², y de todo ello quedó más bien poco. Se mantuvo la prefe-

1 Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-10131

2 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9110>

rencia de las secciones sindicales para negociar en el ámbito de la empresa (art. 87.1 ET) y la legitimación de los sindicatos y no de las representaciones unitarias para negociar en los grupos o redes de empresas (art. 87.1 ET). Sin embargo, nada de lo anterior dio resultado alguno, pues de sobra se conocen los problemas judiciales que ha provocado la legitimación para negociar despidos colectivos o, en general, medidas de reestructuración empresarial en los grupos de empresas. Como si ello no fuera verdaderamente una negociación colectiva y, por tanto, no pudiera extenderse a estas medidas la legitimación para negociar establecida para el caso de los convenios colectivos. Por lo demás, la negociación colectiva transversal o de red de empresas sigue en estado embrionario, aunque cada vez son más evidentes y numerosos los vínculos de colaboración entre empresas como fórmula de organizar la actividad empresarial y la producción.

Hoy parece haber un cierto consenso sobre la necesidad de reformar nuevamente la legislación laboral. También la parte dedicada a la negociación colectiva. O, mejor dicho, fundamentalmente la parte dedicada a la negociación colectiva. Más allá de las cifras sobre convenios colectivos negociados y trabajadores afectados por los mismos, ha empezado a cundir la idea de que nuestra negociación colectiva está débil y es insegura. Débil por el efecto de la crisis económica, pero débil también por el efecto producido por la reforma de la Ley 3/2012. No se han resuelto los problemas de siempre, la atomización, la falta de coordinación entre negociaciones y de agilidad en la respuesta a los escenarios cambiantes o la escasa renovación de los contenidos siguen, efectivamente, presentes; y sobre ellos se han superpuesto los nuevos: la inseguridad jurídica en torno a la ultra-actividad del convenio colectivo o, como luego se verá, la impugnación masiva de convenios colectivos de empresa por falta de correspondencia entre quien los firmó y a quienes se aplican son sólo algunos ejemplos. De ahí que, efectivamente, se abogue desde aquí por una nueva reforma de la regulación de la negociación colectiva. Y ello con las siguientes premisas o claves.

La reforma no debe mirar al pasado, de manera que en lo único que consista sea en recuperar algunas de las garantías perdidas en las sucesivas reformas laborales de la crisis. No hay un pasado mejor al que volver. Tampoco en materia de negociación colectiva. De sobra se conocen las críticas que había cosechado el modelo de negociación colectiva asentado hasta la reforma de 2011 y los reiterados e infructuosos intentos de cambiar ese estado de cosas, fuera por medio del diálogo social, fuera por medio de la reforma legislativa.

A. El valor de la autonomía colectiva en la definición de la estructura de la negociación colectiva

Para empezar, la autonomía colectiva debe volver a recuperar la capacidad de definir el diseño de la estructura de la negociación colectiva. Siempre se ha pensado que ello forma parte del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 de la Constitución y que, en consecuencia, las incursiones legislativas que imponen un determinado y universal modelo de negociación colectiva son de dudosa constitucionalidad.

A cambio los sindicatos y los empresarios y sus asociaciones deberían tomarse en serio y asumir de verdad –y no sólo en la letra de sus acuerdos– el compromiso de cambiar hábitos de negociación colectiva que han demostrado su obsolescencia. Entre otros, el empeño de mantener viva como una reliquia del pasado la negociación colectiva de nivel provincial, sea o no necesaria o adecuada por las características del sector de actividad. También la pobreza y reiteración de los contenidos de la negociación colectiva. Déficit éste que irá agravándose conforme entremos de lleno en una economía digital.

Apenas se han desarrollado las negociaciones sobre igualdad entre mujeres y hombres; apenas hay avances en la negociación de medidas de flexibilidad interna; apenas se negocian temas relativos a la tecnología o a la digitalización que hoy está ya más que instalada en muchos de nuestros procesos productivos. Cómo abordar los cambios de paradigmas e instituciones en las relaciones laborales que van a poner delante de nosotros las plataformas digitales, por poner un solo ejemplo, si todavía no hemos sido capaces de afrontar con eficaz respuesta temas más clásicos. De forma que parece, en efecto, necesario que a cambio de recuperar la capacidad para dirigir el destino de la negociación colectiva, sindicatos y empresarios debieran esforzarse para estar a la altura de semejante reto.

B. La ultra-actividad de los convenios colectivos

Recuperada la capacidad de gobernar la negociación colectiva, debe dejarse descansar sobre ella la decisión sobre la ultra-actividad de los convenios colectivos. Probablemente no ha habido otro precepto en el Estatuto de los Trabajadores que haya motivado mayor creatividad jurídica que el art. 86.3, en la redacción dada al mismo por la Ley 3/2012. Sin embargo, la solución dada al fin del periodo de ultra-actividad de un año por la Sentencia del Tribunal Supre-

mo de 22 de diciembre de 2014³, pese a ser bienintencionada, no es en modo alguno satisfactoria. Primero porque genera indudable inseguridad jurídica para trabajadores y empresarios. Y en segundo lugar, pero sobre todo, porque devalúa la eficacia que siempre se había predicado de la negociación colectiva.

Frente a las afirmaciones del Tribunal Supremo sobre que los derechos y obligaciones establecidos por convenio colectivo “forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes” o que no podemos “suponer que las obligaciones de las partes se regulan por la ley o por el convenio colectivo [sino] por el contrato de trabajo”, se alza la ya clásica doctrina constitucional sobre el significado que tiene el reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante del convenio colectivo. Desde la STC 58/1985, de 30 de abril⁴, siempre se entendía que “la garantía constitucional de la fuerza vinculante implica, en su versión primera y esencial, la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales”. De ahí que, a pesar de las buenas intenciones del Tribunal Supremo, su solución al problema de la pérdida de ultra-actividad es probablemente contraria a esta comprensión de la fuerza vinculante garantizada por la Constitución y peligrosa, porque convierte el convenio colectivo en una especie de prescripción sin más fuerza que la de proveer de referencias al contrato de trabajo.

Sin embargo, no parece que restablecer *ex lege* la ultra-actividad *sine die* del convenio colectivo sea sin más la respuesta. Deben encontrarse fórmulas para reforzar el deber de negociar; debe también estimularse la utilización de la mediación y el arbitraje para solventar de una forma fluida los posibles bloqueos que se produzcan en los procesos de negociación; y, finalmente, debe ser en el marco de la propia negociación colectiva donde se aborde la cuestión de la ultra-actividad, así como los demás temas relativos a la vigencia del convenio colectivo. De esta forma, una vez recuperada la capacidad para gobernar la negociación colectiva por parte de sindicatos y empresarios, deben ser ellos los que

3 Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7260028&links=&optimize=20150126&publicinterface=true>

4 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/438>

definan, además de la estructura de la negociación colectiva, las reglas sobre la duración y perdurabilidad o no de los convenios colectivos.

C. Prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa y legitimación sindical para negociar convenios colectivos

Hay otro elemento del modelo de negociación colectiva sobre el que conviene detenerse. Se trata de qué hacer con la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa. Aquí se sostiene que la mejor solución que puede darse a este tema es que el convenio colectivo sectorial diseñe las relaciones que se entablan dentro de un concreto sector de actividad productiva entre la negociación colectiva de sector y la de empresa. De ahí que la respuesta no haya de ser necesariamente eliminar la prioridad aplicativa del convenio de empresa.

Si bien se mira, puede constatarse que el principal temor que existe al respecto de la negociación colectiva de empresa es la estructura empresarial de nuestro país. En un país de pequeña y pequeñísima empresa como el nuestro, la negociación colectiva en la empresa no tiene garantías de desarrollarse con el necesario equilibrio de poder entre las partes de la negociación. Nadie objeta en nuestro sistema las negociaciones de grandes empresas protagonizadas por los sindicatos presentes en ellas, ni siquiera cuando en las mismas se producen pérdidas de derechos anteriormente conquistados. Lo que se objeta es que una negociación pueda ser verdadera en un contexto de evidente desequilibrio de poder de negociación entre las partes como el que se da en las microempresas.

Ante ello caben dos alternativas. O bien impedir la negociación colectiva en la microempresa y acertar en el criterio que deba definir semejante concepto. O bien, y esta puede ser la propuesta, que en lugar de hablar de dónde se negocia se hable de una vez por todas de quién negocia.

No se trata de revisar o poner en cuestión estrategias de acción sindical o de representación de los trabajadores elegidas en el pasado, sino de darse cuenta de que algunas de ellas ya no parecen funcionar debidamente. La opción por la negociación a través de las representaciones unitarias deja sin posibilidad de negociación colectiva a las empresas donde no están constituidas y con una posibilidad de negociación con una representación de los trabajadores muy débil en términos de poder en las empresas de pequeñas e incluso medianas dimensiones. Es esto último lo que más asusta —y con razón— a los detractores de dejar entera libertad para que sea la empresa el espacio de negociación colectiva, la debilidad

de la representación de los trabajadores que impide que haya negociación en términos de equilibrio de poder entre ambas partes de la misma. Pues bien, apuéstese por que la negociación colectiva sea competencia de quien sí puede desarrollarla en términos de equilibrio de poder en todas las posibles sedes donde residenciar la negociación colectiva. Apuéstese por dejar en exclusiva al sindicato la competencia de la negociación colectiva, como sucede en muchos de los países de nuestro entorno y como no sucede en el nuestro por la conocida disputa en relación con la estrategia de representación de los trabajadores en la empresa habida entre nuestros dos sindicatos mayoritarios.

La propuesta es, así, que la legitimación para negociar convenios colectivos sea siempre del sindicato y no de los órganos de representación unitaria, que deben seguir, por supuesto, existiendo y estar activos, pero en relación con otras tareas de representación de los trabajadores en la empresa. La información, la consulta y la propia participación son tareas que están desde el inicio de los tiempos en la letra del Estatuto de los Trabajadores. Apoyadas, incluso, por directivas europeas. Pero que apenas se ejercen con eficacia en nuestro país. Debe, pues, dejarse la negociación colectiva a los sindicatos en exclusiva, pero también deben reforzarse los deberes de información, consulta y participación y empezar a ocupar un lugar central en la actividad de las representaciones unitarias. Además de reformarse el Título II del propio ET, dado que es evidente que la estructura empresarial que se tuvo en cuenta para diseñar el esquema de la representación de los trabajadores en la empresa ha quedado hace tiempo atrás y necesita una actualización y probablemente una mayor libertad de las organizaciones sindicales para configurar los espacios en los que asentar la propia representación.

D. Derechos de información, consulta y participación

Junto a ello, parece llegada la hora de plantear seriamente la posibilidad de que los trabajadores puedan participar en la toma de decisiones de la propia empresa. Un sistema maduro de relaciones laborales como ya es el nuestro y una economía que aspira a ser más productiva y competitiva no pueden asentarse en la vieja creencia de que los trabajadores no tienen nada que aportar al desarrollo de la actividad empresarial más que su trabajo. Lo que sucede en la empresa les importa, les concierne y les afecta lo mismo que a los propietarios del capital de la misma, de ahí que deban tener alguna voz y capacidad de decisión en relación con ello.

Otros países, como Alemania, llevan muchos años de ventaja en este ámbito y sus resultados económicos no parecen desmentir que una mayor implicación de los trabajadores en la marcha de la empresa hace la misma más productiva, porque de ese modo todos tienen, en alguna medida, mayor confianza en el proyecto empresarial y un objetivo, si quiera parcial, en común. Es hora de plantearse, por tanto, que al menos en las grandes empresas pueda haber un órgano, sea consejo de vigilancia o consejo de administración, donde haya una presencia activa en representación de sus trabajadores.

Dos temas más para terminar. El primero tiene que ver con las medidas de flexibilidad interna. El segundo con la financiación de las organizaciones sindicales y empresariales.

E. Solución autónoma de los conflictos laborales derivados de la flexibilidad interna

Es claro que la flexibilidad interna debe ser un mecanismo de ajuste de condiciones de trabajo y una alternativa al despido y también al uso desviado de miles de contratos temporales. Pero si se viene hablando de la necesidad de implicar a los trabajadores en las decisiones de sus empresas es claro que no puede compartirse el esquema unilateral de flexibilidad interna que ha diseñado la reforma laboral de 2012, donde el ejercicio unilateral del poder de dirección se ha hecho prácticamente sinónimo de ganancia de productividad y competitividad. Tampoco se comparte, por cierto, que la negociación de las medidas de flexibilidad interna se considere diferente de la propia negociación colectiva. Se trate de un convenio o de un periodo de consultas previo a un despido colectivo o a una modificación de condiciones de trabajo, estamos en presencia de una negociación. De ahí que, en pura coherencia con lo que se dijo antes sobre la atribución en exclusiva al sindicato de la legitimación para el ejercicio de la negociación colectiva, deba, primero, sostenerse la necesidad de acabar con la figura de las representaciones *ad hoc*, introducida en la reforma laboral de 2010, y, en segundo lugar, defenderse que el sindicato debe ser también el legitimado para negociar e intervenir en los diferentes periodos de consulta (que, dicho sea de paso, deberían unificarse en un solo procedimiento de reestructuración empresarial).

Ahora bien, el cambio más significativo que debiera producirse en los procedimientos de flexibilidad interna debiera ser que fueran fruto del consenso

entre la empresa y los trabajadores y no imposición de aquélla. Tienen razón quienes sostienen que la puesta en marcha de medidas de flexibilidad interna mediante la negociación entre empresa y representantes de los trabajadores topa en no pocas ocasiones con el obstáculo del desacuerdo en la negociación. Sin embargo, la solución de estos desacuerdos no debiera deferirse a un organismo ajeno por completo al ámbito en que se producen, como puede ser la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el caso del descuelgue salarial, o resolverse sin más con la imposición por parte del empresario de la correspondiente medida.

Desde hace años existen y se practican en nuestro país los medios autónomos de solución de conflictos, pero nunca han tenido un papel relevante en la solución de las discrepancias surgidas en los periodos de consultas. Podría ser de otro modo. Podría, en efecto, darse mayor utilidad a la mediación y el arbitraje al objeto de solventar los conflictos habidos en la decisión y puesta en funcionamiento de las medidas de flexibilidad interna. No esperando a que recrudeciera el conflicto para recurrir a ellos, lo que los vuelve poco menos que inútiles, sino anticipándose al mismo y pactando su utilización “en frío” como procedimiento normal u ordinario en caso de haber discrepancias en los procesos de reestructuración o toma de medidas de flexibilidad interna.

Tal vez ayudara a ello la regulación de estos procedimientos dentro de un Título propio del Estatuto de los Trabajadores. No para suplantar las reglas de los acuerdos que hoy los sostienen, ya que una de sus virtudes es precisamente proceder de acuerdos entre los agentes sociales. Sí, en cambio, para resolver incertidumbres sobre su utilización y colmar algunas lagunas que, pese a haber transcurrido más de dos décadas desde su puesta en funcionamiento, todavía mantiene nuestro ordenamiento jurídico.

F. Financiación de las organizaciones sindicales y empresariales

Por último, debe hablarse con claridad de la financiación de las organizaciones sindicales y empresariales. Es probablemente la asignatura pendiente de nuestra democracia. Hemos ido cargando a sindicatos y asociaciones empresariales de funciones que el sistema consideraba valiosas dentro de las relaciones laborales. La igualdad, la prevención de riesgos laborales, la formación de los trabajadores, etc., han sido tareas encomendadas al buen hacer de los sindicatos y los empresarios y sus asociaciones, fuera en el diálogo social, fuera en la práctica

de la negociación colectiva. Ello sumado a las actividades que es dable esperar de ellos en defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios, en conocida alocución constitucional. Pero se ha olvidado que el ejercicio de todas esas funciones, valiosas -se insiste- para la sociedad en su conjunto, requería unos medidos materiales y humanos que no podían financiarse con las cuotas de los afiliados, dado que el modelo de negociación colectiva desincentiva la afiliación.

Hoy es el momento de reconocer que algunas de las vías alternativas de financiación que encontraron sindicatos y organizaciones empresariales son un poco responsabilidad de todos (no las conductas de pura corrupción, que son, obviamente, responsabilidad exclusiva de quien las haya cometido). Y que se debe poner fin a esa falta de reconocimiento de que la acción en defensa de los intereses de los trabajadores y de los empresarios supone un coste para las organizaciones que la tienen a su cargo, reconocidos, por lo demás, y no convendría olvidarlo, como sujetos con relevancia constitucional en el propio Preámbulo, art.7, de la Constitución.

La propuesta a dicho fin es elaborar una ley de participación institucional, que clarifique las funciones que desarrollan las organizaciones sindicales y empresariales como sujetos clave de nuestro Estado Social, en su papel de coadyuvantes en la definición de las políticas públicas. Dentro de esa ley debería estar regulada la financiación que de un modo absolutamente transparente y legítimo habrían de recibir los sindicatos y las asociaciones de empresarios por desarrollar esas funciones, relevantes, muy relevantes, para un Estado Social y democrático de Derecho.

LECTURAS RECOMENDADAS:

Rodríguez Fernández, M. L. (2017), *Negociación colectiva, igualdad y democracia*, Comares, Granada.

CAPÍTULO 5

RELACIONES COLECTIVAS EN LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA. ESPECIALIDADES DE LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS

1. LA CREACIÓN DE NUEVOS ESPACIOS PARA LA ACCIÓN SINDICAL, LA NEGOCIACIÓN Y EL CONFLICTO

Desde el punto de vista jurídico y de política o estrategia sindical y empresarial, los escenarios de negociación colectiva y conflicto típicos del sistema español de negociación colectiva son:

- Sector de actividad.
- Empresa.

La creación de diferentes formas de organización empresarial por medio de los procesos de descentralización productiva hace que se generen también otros espacios:

- Empresas de grupo (o grupos de empresas).
- Redes de empresas.
- Distritos industriales.

El difícil encaje de los espacios de negociación colectiva y conflictos típicos a las formas diferentes de organización de empresas:

- La característica de las formas diferentes de organizar la actividad empresarial es la segregación de actividades y la ubicación de las mismas en empresas de dimensiones más reducidas y la coordinación de todas las actividades descentralizadas.
- La anterior característica hace que la negociación colectiva de sector empiece a ser inadecuada porque, por regla general, las empresas de un grupo/red/distrito se dedican a actividades productivas diferentes y más especializadas.
- Es perfectamente posible que cada una de las empresas del grupo/red/distrito estén sometidas a un convenio colectivo sectorial, el propio de la actividad que desarrollen, pero también es probable que algunas de las “nuevas” actividades fruto de la descentralización productiva no puedan someterse a convenio colectivo sectorial por falta del mismo (y falta de asociación empresarial con la que negociar).
- Aunque todas las empresas del grupo/red/distrito estuvieran cubiertas por los respectivos convenios colectivos sectoriales, se trataría de un esquema de negociación colectiva que no se corresponde con la organización de la actividad empresarial y que, por ello, deja fuera aspectos de las relaciones de trabajo marcados por las relaciones entre los empresarios propias de estos espacios (en particular, posibilidad de crear mercados de trabajo “internos”).
- Por motivo de la segregación de actividades hacia empresas de dimensiones más reducidas (en términos de número de trabajadores empleados, no necesariamente de capacidad económica o productiva) se producen dificultades para desarrollar la negociación colectiva en el ámbito de la empresa. Primero porque en muchas de estas empresas no se alcanza el número necesario de trabajadores para establecer una instancia de representación de los trabajadores con la que poder desarrollar la negociación colectiva. Y, en segundo lugar, en otras tantas, aun habiendo instancia de representación de los trabajadores con que negociar, se trata de una representación de escasa fortaleza para el desarrollo de la negociación colectiva.

Lo anterior hace que se empiece a considerar la posibilidad de crear nuevos escenarios de negociación colectiva y conflicto coincidentes con las formas de organización de la actividad empresarial:

- El punto de partida es el significado de la libertad de elección del nivel de negociación colectiva y conflicto como elementos clave de la actividad en

representación y defensa de los intereses de trabajadores y empresarios por parte de sus respectivas organizaciones.

- Elegir y delimitar el ámbito de negociación colectiva y conflicto supone decidir los trabajadores que serán objeto de representación y defensa y los empresarios que serán objeto de representación y defensa de acuerdo con las estrategias, tácticas o políticas de las organizaciones sindicales y empresariales.
- Este derecho de organizaciones sindicales y empresariales tiene su fundamento constitucional en los arts. 37.1 y 37.2 de la Constitución, además de en el propio art. 28.1 de ella, en el supuesto de las organizaciones sindicales. Desde la perspectiva de legalidad ordinaria, su fundamento es el art. 83.1 del Estatuto de los Trabajadores.

A. Algunos problemas de la creación de nuevos espacios de negociación colectiva

Muchos de los ámbitos que se habrían de integrar en estos espacios están cubiertos por convenios colectivos de empresa o de sector, lo que hace problemática la aplicación del deber de negociación colectiva regulado en el art. 89.1 del Estatuto de los Trabajadores. El resultado de ello es que, por regla general, debe haber consenso entre ambas partes, trabajadores y empresarios, para desarrollar la negociación colectiva en estos espacios.

Un segundo problema es la falta de adecuación de la estructura de las organizaciones sindicales y empresariales a este tipo de escenarios:

- El hecho de que las empresas comprendidas en el grupo/red/distrito se dediquen a actividades diversas hace que no se sepa con seguridad qué estructura organizativa dentro de las organizaciones sindicales (en particular, qué federación) deba encargarse de este tipo de negociaciones. Por ello, la negociación de este tipo de convenios colectivos puede provocar conflictos intrasindicales. Una posible solución sería la coordinación de federaciones diversas para la negociación colectiva o la revalorización de las organizaciones territoriales dentro del sindicato.
- Algo semejante sucede a las organizaciones empresariales. Habitualmente su conformación obedece a la actividad a que se dedican las empresas en un determinado espacio territorial y ello no casa con la representación de empresas dedicadas a actividades diversas. La solución pasaría por la coordinación de diferentes asociaciones empresariales o la revalorización del hecho

asociativo empresarial de nivel territorial, sobre todo en aquellas situaciones de empresas auxiliares que prestan sus servicios a una sola empresa principal en un espacio geográfico muy delimitado.

- Otro problema fundamental es el del contenido que pudieran tener estas negociaciones. Dada la diferente actividad de las empresas que componen el grupo/red/distrito, habría que abandonar la idea del convenio colectivo sectorial/empresarial como código de condiciones de trabajo e ir más hacia la idea de un convenio colectivo “marco” con el que pudieran entrar en relación convenios colectivos de las empresas componentes del grupo/red/distrito (creación de una especie de micro-estructura de la negociación colectiva en el marco del grupo/red/distrito) el convenio colectivo del grupo/red/distrito habría de tratar aquellos aspectos que fueran comunes a todas las empresas del mismo (incluida la posibilidad de re-crear un mercado interior de trabajo con circulación de trabajadores dentro del mismo):
- Ese convenio colectivo podría servir de cobertura convencional básica de aquellas empresas que por sus dimensiones no pudieran desarrollar negociación colectiva de nivel empresarial.
- Para las empresas que pudieran desarrollar negociación empresarial, el convenio colectivo del grupo/red/distrito serviría de marco con el que entrar en relación, fundamentalmente de especialidad, en el sentido de negociar en el ámbito de la empresa las especialidades en relación con las condiciones de trabajo que no cupieran en el convenio colectivo general del grupo/red/distrito.
- La anterior fórmula de negociación colectiva da mucha mayor flexibilidad al grupo/red/distrito que una negociación colectiva instalada exclusivamente en él: por definición, los contornos del grupo/red/distrito son móviles, en el sentido de que en estas estructuras productivas entran y salen casi continuamente empresas, de ahí la importancia de contar con estructuras de negociación colectiva flexibles que hagan que las empresas puedan salir y entrar en ellas de la misma forma que salen y entran de la propia estructura productiva.

B. Reflexiones sobre el ejercicio del derecho de huelga en estos espacios

Debe tenerse presente que, si la descentralización productiva es muy intensa en una determinada empresa, la huelga de los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas de ella puede afectar negativamente al normal desarrollo de la actividad de las empresas principales.

Ello produce una fuerte paradoja: los trabajadores que están en huelga son los de las empresas contratistas y subcontratistas y, sin embargo, la actividad que se ve entorpecida es la de la empresa principal, la cual debe seguir pagando a sus trabajadores que no están en huelga pero no puede desarrollar su actividad productiva, y no puede participar en la resolución del conflicto que le está perjudicando, pues ella no está afectada directamente por la huelga y, así, por las negociaciones que conduzcan a su fin.

Lo anterior hace que haya de pensarse si no sería conveniente para la empresa principal comenzar procesos de negociación colectiva en que participe ella misma con las empresas contratistas y subcontratistas para poder tener algún influjo en el desarrollo del conflicto.

C. Reflexiones sobre las formas de representación de los trabajadores

Ante la intensidad de la descentralización productiva y las características de la misma, se ha comenzado a pensar si no habrá de revisarse el modelo de representación de los trabajadores en la empresa:

- Quizá deban idearse fórmulas de representación de los trabajadores vinculadas a la organización empresarial (en algunos convenios colectivos se han creado representaciones de grupo o de uniones temporales de empresas y figuras de representantes sindicales de sector/territorio).
- Quizá deban idearse fórmulas de representación de los trabajadores en empresas que, por sus reducidas dimensiones en cuanto al número de trabajadores, no cuentan con una instancia de representación de los trabajadores en la empresa (en algunos convenios colectivos se ha reconocido la posibilidad de que las federaciones de los sindicatos firmantes del mismo puedan ser interlocutores del empresario en el ámbito de las empresas que no cuentan con instancia de representación unitaria).

El ET ya contempla la posibilidad de ubicar la negociación colectiva en esta clase de espacios, estableciendo en su art. 87.1 la legitimación para negociar convenios colectivos de grupo de empresas o de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas a favor de las organizaciones sindicales, como si se tratar, a este solo respecto, de una negociación colectiva de nivel sectorial. Por otro lado, el art. 84.2 ET establece la prioridad aplicativa a favor de dicha clase de convenios colectivos en relación con los convenios colectivos sectoriales. Ello significa que el ET trata a los convenios colectivos de grupo de empresas o de

empresas vinculadas por razones organizativas o productivas como si fueran convenios sectoriales, a efectos de la legitimación para negociar, y como si fueran convenios colectivos de empresa, a efectos de su ubicación en la estructura de la negociación colectiva.

2. LA ESPECIALIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EMPRESAS MULTISERVICIOS

A. Antecedentes

- Eclósión de los procesos de descentralización productiva y legalización de las ETT: ruptura de la bilateralidad de la relación de trabajo.
- Principio de igualdad de tratamiento de los trabajadores en misión contratados por el ETT (primero en convenio colectivo y luego por Ley 29/1999, de modificación de la Ley 14/1994, art. 9 de modificación del 11)¹.
- Art. 11 de la Ley de ETT: “Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho (...) a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les correspondería de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto (...) se consideran condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los periodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos (...) la remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo”.

B. Aparición de las empresas de servicios

- Aparición como reacción a la igualdad de tratamiento de los trabajadores de las ETT: las empresas de servicios no están obligadas a aplicar las mismas condiciones de trabajo que la empresa principal, mientras que las ETT sí deben hacerlo.
- Creación de empresas multiservicios.

1 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-15683>

- Reforma de la negociación colectiva de 2012: la consagración del principio de prioridad absoluta en la aplicación del convenio colectivo de empresa hace que aparezca un importante número de convenios colectivos de empresas multiservicios cuyo denominador común es una rebaja de las condiciones de trabajo, especialmente las salariales, con respecto al convenio colectivo de sector.

C. La aplicación del convenio colectivo de sector antes de la reforma de la negociación colectiva de 2012

Empresa de servicios: si la empresa se dedica a una sola actividad, debe aplicarse el convenio colectivo de sector de esa actividad (había dificultades para aplicar los convenios de empresa por la regla de la no afectación de un convenio por otro durante su vigencia antes reforma 2012).

Si se trata de una empresa multiservicios: primera respuesta del TS fue la aplicación del convenio colectivo de sector correspondiente a la actividad principal.

Así, la STS de 17 de marzo de 2015² subraya, en primer lugar, que, frente al objeto social, debe considerarse la actividad a que se dedica la empresa: “(...) es algún elemento que podría influir en algún aspecto de la contratación mercantil (...) pero en el interior de la empresa, y en relación con sus trabajadores, lo relevante y decisorio es la actividad real que aquella desempeña, y en la que intervienen los empleados con motivo de la prestación de sus servicios”. Pero, además, cuando se produzca un supuesto de “conurrencia” por tener la empresa diferentes actividades (multiservicios), debe aplicarse el convenio colectivo de la actividad principal: “(...) con la finalidad de eliminar las lógicas dificultades que conlleva la delimitación del campo funcional de una empresa que desarrolla diversas actividades. En tales casos, cuando se debaten problemas de concurrencia, es la actividad principal o real preponderante de la empresa la que delimita su ámbito funcional (...)”.

De ahí que, según la STS de 17 de marzo de 2015, “(...) la aplicación de la doctrina anterior al supuesto litigioso exige determinar cuál es la actividad principal de entre las varias que desarrolla la empresa. Tal y como resulta de la sentencia impugnada, la empresa demandada se dedica a la actividad de mul-

2 Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=conten-tpdf&databasematch=TS&reference=7365258&links=%221464%2F2014%22&optimizime=20150504&publicinterface=true>

tiservicios, tiene adjudicados en los centros de trabajo a los que están adscritas las trabajadoras, un contrato de servicios de gestión integral de los servicios complementarios, que incluye servicios de reparación y mantenimiento de equipos de edificios, mantenimiento de ascensores, mantenimiento de equipos de seguridad, limpieza de viviendas, edificios y ventanas y servicio de conserjería. En los contratos de las actoras consta que la actividad económica de la empresa demandada es la limpieza de edificios y locales, figurando como objeto social la limpieza y como actividad mercantil las actividades industriales de limpieza y otras actividades de limpieza industrial y de edificios. De tales datos, forzoso es concluir, que la actividad principal a la que se dedica la demandada es la de limpieza de edificios y locales, por lo que le será de aplicación el Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid (...)."

¿Y qué sucede cuando no hay una actividad principal?

- Primero conviene aclarar que no se trata de un conflicto entre convenios colectivos porque no puede entenderse como un supuesto de concurrencia entre convenios colectivos.
- En segundo lugar, debe subrayarse que todavía resuena en esta jurisprudencia la reminiscencia del principio de unidad de empresa o unidad de convenio colectivo, que lleva a aplicar un único convenio colectivo a todos los trabajadores de la empresa cualquiera que sea la actividad que desarrollan dentro de la misma. Conviene tener en cuenta que este principio no está expresado en ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico.
- Finalmente, nada impide desde una perspectiva jurídica la aplicación de diferentes convenios colectivos sectoriales (el sectorial correspondiente a la actividad de cada trabajador).

D. La aplicación de convenios colectivos de empresa después de la reforma de 2012

- Es cierto que la aplicación de diferentes convenios colectivos sectoriales complica la gestión empresarial, de ahí que se busque tener un único convenio colectivo a pesar de las múltiples actividades de los trabajadores de empresas multiservicios.
- La oportunidad apareció con la consagración de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en la reforma de 2012 y, por tanto, con la

posibilidad de negociar convenios colectivos de empresa que primaran sobre los convenios colectivos sectoriales aplicables en función de la actividad desarrollada por el trabajador.

- Problemas de lo anterior: devaluación salarial; negativa sindical a desarrollar la negociación en la empresa; vaciamiento de los convenios colectivos sectoriales.
- El problema llega a la opinión pública con las camareras de piso: <https://www.youtube.com/watch?v=sKyaYMFNtNE>
- Posición sindical con respecto a esta práctica³:
“Ante esta nueva realidad productiva y la situación del marco legal y contractual, los sindicatos CCOO y UGT apuestan por coordinar conjuntamente cuantas acciones sean necesarias para conseguir una mejor y mayor regulación del fenómeno de la externalización y subcontratación mediante los convenios colectivos sectoriales y las reformas legislativas necesarias. Para ello los dos sindicatos hemos acordado llevar a cabo, entre otras, las siguientes actuaciones:
 - a) No promover la creación de nuevos convenios colectivos en empresas multiservicios en tanto no se reforme el marco legal y convencional. Aquellas negociaciones de convenios de empresa multiservicios, que se encuentren ya abiertas, deberán intentar comprometer la aplicación al personal de sus plantillas que intervenga en la ejecución de una actividad para una empresa cliente de las mismas condiciones, salariales y laborales, que tengan las plantillas de la empresa cliente o al menos las establecidas en el convenio sectorial aplicable a la actividad desarrollada. En cualquier caso, no se firmarán convenios que no cumplan con las mínimas garantías laborales y salariales recogidas como base en el cuerpo de esta declaración.
 - b) Hacer un seguimiento conjunto, por las correspondientes federaciones, de los nuevos convenios de empresas multiservicios para impugnar, con el consenso confederal, aquellos en los que se encuentren indicios de vulneración de la legalidad vigente”.

3 Extracto de la declaración completa disponible en <https://www.ccoo-servicios.es/print/34099.html>

E. Análisis de la respuesta judicial frente a la impugnación de los convenios colectivos de las empresas multiservicios

La Audiencia Nacional ha anulado la gran mayoría de los convenios colectivos de empresas multiservicios por vulneración del denominado principio de correspondencia entre el ámbito o nivel de negociación y los sujetos legitimados para negociar en dicho ámbito o nivel.

La STS de 7 de marzo de 2017⁴ confirma las sentencias de la Audiencia Nacional con base en el principio de correspondencia: “(...) se hace evidente aquí que el comité de empresa del centro de trabajo de Pozuelo no podía tener atribuida la representación de los trabajadores de otros centros de trabajo distintos y que, por tanto, carecía de legitimación para negociar un convenio colectivo que pudiera extender su ámbito de aplicación fuera del límite geográfico que se correspondía con su propia representatividad. Es cierto que en el momento de la publicación del convenio no consta que existieran otros centros de trabajo y que, en consecuencia, la empresa solo podía negociar con la representación del único centro existente; pero ello no impide declarar que la cláusula del art. 3 del convenio, en la que se dispone un ámbito geográfico estatal, excede de las posibilidades de disposición de la comisión negociadora, tal y como esta había quedado integrada. Hubiera o no otros centros de trabajo constituidos en el momento de la negociación y publicación del convenio, se producía una falta de congruencia entre el ámbito de representación del banco social y el ámbito de eficacia del convenio. La ruptura de aquella correspondencia antes indicada ponía en peligro la participación de los ulteriores trabajadores incorporados a la empresa en centros de trabajo distintos. De ahí que no cabía a las partes negociadoras incluir una regla de imposición futura de un convenio en cuya negociación no pudieron haber intervenido dichos trabajadores (...) en suma, se produjo una infracción de la legalidad vigente en materia de capacidad y legitimación para negociar y, derivadamente, sobre la composición de la comisión negociadora en los convenios de ámbito empresarial que pretendan tener ámbito territorial estatal, pues la capacidad del comité de empresa para negociar estaba reducida al centro de trabajo (...)”.

4 Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=conten-tpdf&databasematch=TS&reference=7979184&links=%2258%2F2016%22&optimize=20170403&publicinterface=true>

Realmente esta jurisprudencia ha seguido un principio esencial de negociación colectiva: elección de las partes del nivel de negociación y de la delimitación del ámbito del convenio colectivo tiene como único límite la legitimación para negociar en el nivel y en el ámbito elegido, de ahí que pueda decirse que, en el caso de las empresas multiservicios, el TS no ha hecho más que reiterar su doctrina más clásica. Ello sugiere una doble conclusión: a) el TS no es contrario a la negociación colectiva en las empresas multiservicios, siempre que se realice por los sujetos legitimados para negociar en el ámbito que se elija por las partes; y b) probablemente esta doctrina es deudora del tipo de convenios que se han impugnado y hubiera sido diferente de haberse impugnado un convenio colectivo en otra clase de empresas multiservicios y negociados por las organizaciones legitimadas para negociar en ellas.

De su lado, la STS de 23 de febrero de 2017⁵, tal vez represente un cambio de criterio con respecto a la anterior doctrina: “(...) mención aparte ha de hacerse con el último de los puntos que suscita el recurso, cual es, la «reconducción» del ámbito aplicativo del Convenio Colectivo. En esta materia hemos de partir de un principio básico, cual es el “favor negotii”, que informa toda la materia negociadora y se orienta a garantizar la validez del negocio jurídico y a limitar la ineficacia a los concretos preceptos nulos. Principio apreciable en la doctrina que da prioridad a la interpretación integradora de los Convenios Colectivos respecto de las pretensiones por ilegalidad (...) y que también palpita en manifestaciones jurisprudenciales reacias a la aplicación de la doctrina del “equilibrio del convenio” en los supuestos de impugnación parcial del mismo, al mantener que (...) generalmente la declaración de nulidad total de un convenio comporta un cúmulo de perjuicios e inconvenientes para todos aquellos comprendidos en el ámbito de aplicación del mismo, en especial para los trabajadores, que pierden los derechos y ventajas que tal Convenio les había reconocido (...) porque no deja de resultar fuera de lugar que se pretenda -y obtenga- la declaración de nulidad de todo un completo Convenio Colectivo por la improcedencia de un añadido -manifiestamente indebido, no hay duda- a su ámbito de aplicación, al ampliarlo con el inciso “incluidos aquellos que aun habiendo sido contratados o estén adscritos al citado centro de trabajo, deban prestar servicios, total o par-

5 Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=conten-tpdf&databasematch=TS&reference=7979191&links=%22146%2F2016%22&optimize=20170403&publicinterface=true>

cialmente, temporal o permanentemente, fuera del centro de trabajo de Madrid, de la Comunidad de Madrid o del territorio Nacional” (...).”

Sin embargo, y pese a la aplicación de la tesis de la conservación del negocio jurídico, lo que no niega esta Sentencia es que, antes casos de falta de correspondencia entre el nivel elegido para negociar y la representación que realiza la negociación colectiva, el convenio colectivo deviene nulo, aunque la nulidad sea parcial y circunscrita al ámbito de negociación que desborda el de la representación de los trabajadores.

F. Soluciones al problema en la propia negociación colectiva

- Convenios colectivos sectoriales que incorporan a las empresas multiservicios⁶: problema de falta de legitimación de las organizaciones empresariales para firmar en representación de las multiservicios.
- Convenios colectivos que incorporan la obligación de externalizar actividades a empresas servicios/multiservicios que respetan las garantías del convenio sectorial⁷.
- Convenios de grandes empresas multiservicios que excluyen al personal que presta servicios con regulación de convenio sectorial⁸.
- Creación de una asociación empresarial por grandes empresas para negociar un convenio de sector⁹: Asociación de Empresas de Externalización de Servicios Auxiliares de Producción.

Una solución innovadora: el Convenio Colectivo de ADECCO¹⁰:

Un convenio de empresas vinculadas por razones organizativas, en cuyo artículo 6 se establece:

6 Véase el ejemplo disponible en <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/hosteleria/acuerdo-convenio-hosteleria-2014-17.pdf>

7 Véase el ejemplo disponible en <http://www.pimemenorca.org/sites/default/files/documentos/2014/13710.pdf>

8 Véase el ejemplo disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2013/10/18/pdfs/BOE-A-2013-10929.pdf>

9 Véase la constitución en esta Asociación en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-B-2016-38876

10 Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-7753

- Creación de una estructura de la negociación colectiva desde el convenio de empresa (y no de sector).
- Creación de un sistema de convergencia sectorial protagonizado por la Comisión Paritaria.
- Regulación de un “complemento de convergencia sectorial” y una “fórmula de adecuación sectorial”.

Los convenios de referencia del Convenio ADECCO son:

- Actividad de carácter transversal (limpieza, servicios administrativos o informáticos, contact-center, etc.): aplicación del convenio de sector de esas actividades.
- Actividades transversales sin convenio sectorial específico y el servicio forma parte de la actividad principal de una determinada industria (turismo, hostelería, logística): aplicación del convenio sectorial de la actividad principal.
- En otros supuestos: el Convenio de ADECCO.

G. Soluciones en vía legislativa

Presentación de una Proposición no de Ley para modificar el artículo 42 ET a fin de igualar las condiciones laborales de los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas¹¹. A raíz de la presentación de esta Proposición de Ley el Gobierno ha promovido conflicto ante el Tribunal Constitucional en razón de quién ostenta la competencia legislativa en caso de proposiciones de ley vetadas por razones presupuestarias. Este conflicto ha sido admitido a trámite por el Tribunal Constitucional, pero no ha paralizado la tramitación de la Proposición de Ley. En este momento, la Proposición de Ley se halla a la espera de Informe en la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados, habiendo terminado el plazo de presentación de enmiendas por parte de los diferentes grupos parlamentarios.

Básicamente el contenido de esta iniciativa es reiterar lo ya sucedido en el caso de las ETT en el año 1999, de forma que las empresas multi-servicios apliquen las mismas condiciones de trabajo en determinadas materias que se aplicarían de haber sido contratados los trabajadores por la empresa principal.

11 El texto puede consultarse en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-25-1.PDF#page=1

Todavía no se conoce cuál será el resultado final de esta iniciativa legislativa, pero podrían articularse varias soluciones alternativas:

Alternativa 1:

- Las condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas serán las que se dispongan en el convenio colectivo sectorial aplicable a la actividad que realizan los trabajadores.
- En el supuesto en que estos convenios regulen cláusulas de subrogación empresarial, las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores de contratas y subcontratas serán las que se definan en dichos convenios.
- Se aplicará el convenio colectivo de la contratista o subcontratista en caso de que las condiciones de trabajo sean mejores que las del convenio colectivo sectorial o de que no exista convenio colectivo sectorial aplicable.

La aplicación del convenio colectivo sectorial fue, por regla general, lo que evitó la eclosión de los convenios colectivos de empresa con prioridad aplicativa frente a él. Con la regla propuesta de “ordenación” de la aplicación de los convenios colectivos, no se toca la estructura de la negociación colectiva definida en el art. 84 ET (de forma que se evitan los efectos “europeos” de dejar sin efecto la regla de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa).

La aplicación del convenio colectivo de sector ha sido la solución de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público¹², cuyo art. 122.2 impone la “obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación”. De esta forma habría una única solución en el sector público y en el sector privado.

Alternativa 2:

- Remitir a la negociación colectiva la definición de las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, pero sin una opción sobre cuál deban ser las mismas (o expresando la posibilidad de establecer la aplicación del convenio colectivo de sector).
- Alterar la regla de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa y atribuir a los sindicatos más representativos la legitimación para negociar en el ámbito de la empresa.

Una solución de estas características sería coincidente con las enmiendas de algunos de los grupos parlamentarios en el debate de la Proposición de Ley de

¹² Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-12902>

modificación del art. 42 ET, de manera que podría suscitar consenso con posicionamiento de los demás grupos parlamentarios, dado que aplacar la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa está entre sus propuestas.

Ahora bien, una solución de estas características podría tener la limitación de la visión “europea” sobre la negociación colectiva de empresa. Lo que no sucedería con la consolidación de la legitimación para negociar convenios colectivos de empresa a favor de los sindicatos más representativos.

LECTURAS RECOMENDADAS:

Fernández Avilés J A (2016), “Empresas multiservicios y *dumping* social: Estado de la cuestión”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 405, 5-12

Rodríguez Fernández M L (2004), “La eficacia jurídica de la negociación colectiva sectorial de carácter transversal: el ejemplo de los acuerdos para empresas contratistas y subcontratistas de REPSOL-YPF”, disponible en http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=403257&d=1

CAPÍTULO 6

LA AUTOTUTELA COLECTIVA DE LOS INTERESES DE LOS TRABAJADORES: EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA HUELGA

1. LA ANOMALÍA DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN ESPAÑA

El derecho de huelga se garantiza en el art. 28.2 de la Constitución en los siguientes términos: “se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

Debe ponerse de relieve la anomalía que existe en relación con la regulación del derecho de huelga en España:

- Regulado en Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo¹, esto es, una normativa preconstitucional y, por tanto, anterior al propio reconocimiento del derecho por parte de la Constitución.

1 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-6061>

- La regulación del derecho de huelga, por ser un derecho fundamental, está sometida, según el art. 81.1 de la Constitución, a reserva de ley orgánica.
- Hubo un intento de elaborar una ley orgánica que regulara el derecho de huelga en el año 1992, pero en el año 1993 se disolvieron las Cortes Generales justo antes de que pudiera ser aprobada, por lo que ese proyecto de ley orgánica decayó².
- El Real Decreto-Ley 17/1977 fue impugnado ante el Tribunal Constitucional para que se declarara su total inconstitucionalidad: sin embargo, el TC, en su STC 11/1981, de 8 de abril³, declaró la inconstitucionalidad de alguna de sus disposiciones, la constitucionalidad de otras, siempre que fueran entendidas como la propia STC establece (sentencia interpretativa), y la plena constitucionalidad de algunas. De ahí que no pueda leerse en Real Decreto-Ley 17/1977 sin tener en cuenta la interpretación del mismo hecha por el TC: lo que no hizo el TC fue declarar la completa inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley.

En concreto, en su FD 5º, señaló que no era inconstitucional el Real Decreto-Ley por no ser una ley orgánica, que es la exigida para el desarrollo del derecho del huelga por parte de la Constitución, dado que no cabe requerir esa exigencia con carácter retroactivo, aunque, obviamente, eso no convierte al Real Decreto-Ley 17/1977 en una ley orgánica de facto.

2. CONCEPTO DE HUELGA

Sabemos que es un derecho fundamental (y no un delito o una libertad que origina un incumplimiento contractual), pero no se define lo que sea “huelga”. En principio “cesación concertada de la prestación de los servicios por parte de

2 El Proyecto de Ley Orgánica de Huelga aún puede consultarse en la página web del Congreso de los Diputados disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L4/CONG/BOCG/A/A_087-01.PDF; toda la tramitación parlamentaria que siguió este Proyecto puede consultarse en http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI4&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28121%2F000087%2F0000.NDOC.%29

3 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/11>

los trabajadores”, que es lo que habitualmente se ha entendido o reconocido en la realidad como huelga. Sin embargo, en la propia STC 11/1981, FD 10º, ya se avanza un concepto más amplio de huelga: “perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y servicios que se lleva a cabo de forma pacífica y no violenta mediante el concierto de los trabajadores”. Además debe tenerse en cuenta que los nuevos tiempos pueden conllevar nuevas formas de hacer huelga: en un sistema productivo con alta tecnología, la cesación de la prestación de trabajo es irrelevante; sin embargo, cortes de las señales, publicidad en los cajeros automáticos o formas de expresar la existencia del conflicto pueden considerarse ejercicio de la huelga en sentido amplio.

3. LEGITIMACIÓN PARA CONVOCAR UNA HUELGA

Aunque el Real Decreto-Ley 17/1977 no hace referencia en ningún momento a los sindicatos, es claro que los sindicatos pueden convocar huelga, ya que es contenido esencial de la libertad sindical, de modo que, cuando el Real Decreto-Ley 17/1977 habla de que pueden convocar la huelga los trabajadores a través de sus representantes, es claro que, entre ellos, están los sindicatos y también, por cierto, los representantes unitarios. A su vez, también pueden convocar huelga los propios trabajadores en votación (por mayoría simple).

4. PREAVISO DE LA HUELGA

La realización de la huelga se debe “preavisar” con antelación, con lo que, en nuestro ordenamiento jurídico, no caben las llamadas “huelgas salvajes” (si se hacen, al contravenir lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 17/1977, pueden entenderse ilegales).

El preaviso es diferente:

- 5 días naturales con carácter general.
- 10 días naturales en el caso de los servicios públicos, además los convocantes están obligados a publicitar la huelga entre los usuarios de los mismos.
- En ambos casos, antes del preaviso de la huelga, se debe acudir con 72 horas de antelación a un intento de mediación ante el correspondiente procedimiento de solución autónoma de conflictos.

5. EFECTOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

Históricamente, estamos en la tercera fase: delito, libertad (neutralidad del Estado con respecto al derecho de huelga y, por tanto, incumplimiento contractual al albur de la propia decisión del empresario de sancionar por ello) y ahora derecho fundamental. De ahí que el efecto sea la suspensión de la relación de trabajo, sin derecho a cobrar el salario, y consideración de alta especial en la Seguridad Social, pero sin obligación de cotizar por parte del empresario. Solo pueden ser despedidos aquellos trabajadores que han sido designados para el cumplimiento de los servicios mínimos o los servicios de seguridad y mantenimiento y no acuden al trabajo. Y ello aunque, con posterioridad, haya una sentencia que reconozca los servicios mínimos como abusivos, ya que, según el TC, el trabajador no tiene en este caso un derecho de auto-tutela para decidir si cumplir o no la orden del empresario sobre su asignación a los servicios mínimos.

6. ESQUIROLAJE (TAMBIÉN TECNOLÓGICO)

Está prohibido para el empresario sustituir a los trabajadores en huelga por personas que no estuvieran vinculadas con la empresa anteriormente a la misma, pero también está prohibido, por contrario al derecho de huelga, el llamado “esquirol interno”, es decir, cuando el empresario utiliza sus poderes empresariales para sustituir con otros trabajadores de la empresa a los trabajadores en huelga. En este sentido se ha pronunciado la STC 33/2011, de 28 de marzo de 2011⁴, sobre un supuesto de esquirolaje interno en el Diario ABC.

De su lado, la STC 17/2017, de 2 de febrero⁵, excluye que pueda entenderse esquirolaje la utilización por parte de la empresa de medios técnicos a su alcance para realizar la actividad productiva, siempre que no suponga la prestación de trabajo por parte de trabajadores que no tienen atribuidas las funciones que desarrollan durante la huelga: “(...) no hay duda de que la libertad del empresario, por lo que respecta a sus facultades de organización y dirección de los trabajadores, queda restringida por el ejercicio del derecho de huelga, mas no hay precepto alguno que, durante este ejercicio, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener

4 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6815>

5 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25242>

su actividad (...) exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta la empresa supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente (...) ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional (...) obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados (...) la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga (...) y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar huelga, no el resultado o el éxito de la misma (...)" (FD 7º).

7. PIQUETES

Los piquetes son perfectamente legales, siempre que sean pacíficos, no solo por estar reconocidos en el Real Decreto-Ley 17/1977 (publicidad pacífica), sino también por formar parte del derecho a la adopción de medidas de conflicto reconocido en el art. 37.2 de la CE (también es posible recaudar fondos para sostener económicamente a los huelguistas, lo que habitualmente se denomina "cajas de resistencia").

La STC 69/2016, de 14 de abril⁶, ha entendido, además, que liderar un piquete no puede entenderse hecho suficiente para atribuir a esa persona responsabilidad civil por daños, de manera que atribuir dicha responsabilidad vulnera el derecho de huelga del trabajador que lidera el piquete.

8. SERVICIOS DE SEGURIDAD Y MANTENIMIENTO

No deben confundirse con los servicios mínimos. Son los servicios necesarios durante la huelga para la seguridad de las personas o las cosas o el mantenimiento de la maquinaria o las materias primas para la reanudación de la actividad productiva. Se fijan de común acuerdo entre el empresario y el comité de huelga; si no hay acuerdo, puede acudir para su fijación a los procedimientos de mediación o arbitraje de la solución autónoma de conflictos.

6 Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24925>

9. HUELGAS ABUSIVAS

La STC 11/1981, FD 10º, establece que las huelgas rotatorias, huelgas en sectores estratégicos de la producción, huelgas de celo o, en general, como dice el Real Decreto-Ley 17/1977, cualquier otra alteración colectiva del régimen de trabajo distinta a la huelga, no son ilegales. Lo que sucede es que se presume *iuris tantum* que se han ejercido de forma abusiva, pero cabe la demostración en contrario de que el ejercicio de la huelga no ha sido tal. Pueden resultar abusivas, según el TC, cuando los sacrificios que supone la realización de la huelga sean desproporcionados en relación con los beneficios que se obtienen (de acuerdo con un ejercicio de ponderación).

10. CLÁUSULAS DE PAZ

Por convenio colectivo pueden establecer cláusulas en las que, durante la vigencia del mismo, se renuncie al ejercicio del derecho de huelga. Estas cláusulas son perfectamente constitucionales porque no se renuncia al derecho de huelga, sino al ejercicio del derecho durante un tiempo, la duración de la vigencia del convenio, de acuerdo con la STC 11/1981, FD 14º.

11. PACTOS FIN DE HUELGA

Estos pactos son suscritos por el comité de huelga y el empresario o asociación de empresarios afectados. El Real Decreto-Ley 17/1977 dice que tienen los mismos efectos que un convenio colectivo. En el momento de publicación del Real Decreto-Ley 17/1977 no estaba regulada la negociación colectiva tal como hoy aparece en el Estatuto de los Trabajadores; por ello, más que el comité de huelga, se necesita que el acuerdo esté pactado con las mismas reglas de legitimación establecidas para la negociación de los convenios colectivos, de forma que, si no se cumplen estas reglas, el acuerdo fin de huelga será extraestatutario.

12. ARBITRAJE DURANTE LA HUELGA

Desde luego es contraria a la Constitución la figura del llamado “laudo de obligado cumplimiento”, donde era la propia autoridad laboral la que dictaba un laudo para solucionar el conflicto origen de la huelga; pero, según STC 11/1981, FD 19º y 24º, no es inconstitucional que, en determinadas circunstancias excep-

cionales, por afectar la huelga a servicios esenciales y tener una duración y una consecuencias muy extremas, la autoridad laboral pueda obligar a las partes a someterse a un arbitraje, siempre que el árbitro sea imparcial (y ello porque la autonomía colectiva no es absoluta y puede haber daños a los intereses generales).

13. SERVICIOS ESENCIALES Y SERVICIOS MÍNIMOS

Realmente es el único mandato constitucional en la regulación del derecho de huelga. El significado de los servicios esenciales es el siguiente: el derecho de huelga, como todos los derechos, no es ilimitado y, por tanto, puede ser legítimamente limitado cuando entra en colisión con otros derechos constitucionales o con otros bienes constitucionales (STC 11/1981, FD 18º).

La STC 11/1981 renuncia a señalar cuáles son esos servicios esenciales y ha sido en sucesiva jurisprudencia constitucional, y a la luz de cada decreto de servicios mínimos, cuando se han ido estableciendo cuáles son los servicios esenciales (ejemplo: educación, únicamente el cuidado de los niños/as que acudan al colegio, por eso siempre tiene que estar el director/directora, pero no todos los profesores; ejemplo polémico: cultura, el Museo del Prado, que puede no ser un servicio esencial). En estos servicios debe haber una “garantía de funcionamiento”, la cuota de mantenimiento del servicio esencial es el servicio mínimo. Como con los servicios esenciales, es en cada impugnación de los decretos de servicios mínimos como se ha ido perfilando el *quantum* exigible (en muchas ocasiones, ha habido servicios mínimos declarados abusivos, pero su único efecto es que, en la siguiente huelga, no se impondrán tantos servicios mínimos, con lo que puede entenderse una relativa ineffectividad de la actual tutela frente a los servicios mínimos abusivos).

La determinación de los servicios esenciales y mínimos la hace la administración pública competente, en función de la materia, ya que el TC, en su STC 11/1981, entendió que cumple con la exigencia de “imparcialidad” (hay otras fórmulas, como en Italia, donde existen los llamados “códigos de auto-regulación”, en los que los sindicatos determinan ellos mismos, ayudados por expertos, los servicios esenciales y los servicios mínimos: ese era el modelo de la fallida ley orgánica de huelga).

14. HUELGAS ILEGALES

Puede entenderse que son huelgas ilegales las huelgas políticas, las de solidaridad, las que pretendan alterar lo pactado en convenio colectivo o las que se

hagan con contravención del Real Decreto-Ley 17/1977. La interpretación que se hace de ellas es restrictiva (como corresponde con un derecho fundamental), ya que no serán ilegales: a) si las de solidaridad están basadas en los intereses profesionales de los trabajadores en sentido amplio y, por supuesto, de los trabajadores en cuanto tales (STC 11/1981, FD 21º); b) las huelgas políticas solo son ilegales cuando pretenden acabar con el régimen político y no cuando están vinculadas a intereses de los trabajadores; c) es verdad que es ilegal hacer huelga para alterar lo pactado en un convenio colectivo, pero eso no significa que, durante la vigencia del convenio colectivo, no puedan hacerse huelgas para su interpretación o aplicación o para reclamar su modificación cuando las circunstancias de la negociación hayan cambiado radicalmente (FD 14º). Debe reseñarse que no hay un procedimiento judicial previo para clarificar la legalidad o ilegalidad de la huelga porque ello podría ser contrario a la neutralidad del Estado en relación con la convocatoria de huelga.

LECTURAS RECOMENDADAS:

Baylos Grau, A (1998), “Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social”, *Revista de Derecho Social*, 2, 67-82.

CAPÍTULO 7

LA SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE LOS CONFLICTOS LABORALES

1. SIGNIFICADOS DE LA SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS

No hay duda alguna de que el cambio más importante producido en la última década del siglo XX en relación con los medios de auto-tutela colectiva ha sido la generalización de sistemas de solución de conflictos creados por la negociación colectiva. Y ello porque la creación de estos sistemas, gestionados por sindicatos y asociaciones de empresarios, ha venido a invertir la tendencia a la intervención del Estado en la solución de los conflictos entre trabajadores y empresarios, tendencia que es secular en nuestro sistema de relaciones laborales. Por ello, se cree de interés poner de relieve cuáles han sido las ideas que han estado en la base de su creación y, por tanto, cuáles han sido las ideas que han contribuido a la producción de un cambio en los medios de auto-tutela colectiva de tanta intensidad.

A. Creación de marco autónomos de relaciones laborales

Para empezar, debe subrayarse el dato de que los sistemas de solución autónoma de conflictos comenzaron a instaurarse en las comunidades autónomas y no en el ámbito del Estado; en particular, fue en el País Vasco, Cataluña y Galicia donde primero empezaron a “rodarse” sistemas de solución de conflictos administrados por sindicatos y empresarios. Lo cual es, ciertamente, indicativo del significado que se atribuyó en un principio a las fórmulas autónomas de solución de la conflictividad laboral.

El hecho de que las mismas aparecieran en comunidades autónomas que tenían (y tienen) un especial sentido de la especificidad de su modelo de relaciones laborales indica, efectivamente, que con el método de solución de conflictos se estaba intentado marcar la propia singularidad en el modo de concebir el gobierno de las relaciones de trabajo en dichas comunidades autónomas. Las fórmulas de solución de conflictos se utilizaron, así, en el inicio para expresar la especificidad de la gestión de las relaciones de trabajo en el marco de la correspondiente comunidad autónoma, frente a la forma en que se estaban gestionando estas relaciones en el marco del Estado, y tanto desde una perspectiva legal como convencional. Fueron símbolos, por tanto, de la identidad y autonomía en el gobierno de las relaciones de trabajo frente al poder estatal y convencional central, maneras de hacer avanzar la configuración de los llamados marcos autónomos de relaciones laborales.

B. Evitar la excesiva judicialización de los conflictos laborales

Además de ello ha estado, y de forma fundamental, el hecho de intentar remediar el excesivo recurso a la jurisdicción social como medio de solución de conflictos, esto es, la excesiva “judicialización” de nuestro sistema de relaciones laborales. Desde finales de los años ochenta del pasado siglo se ha venido poniendo de relieve la contradicción que supone recurrir a la modalidad procesal de conflictos colectivos al objeto de solventar las discrepancias en la interpretación y/o aplicación de las normas de origen colectivo. Y es que, siendo los representantes de trabajadores y empresarios los titulares del poder normativo en materia de relaciones de trabajo, resulta, en efecto, ciertamente contradictorio que sean los órganos jurisdiccionales quienes finalmente decidan sobre las condiciones de trabajo que son de aplicación a las mismas. Formalmente, ello no resta competencia alguna a los representantes de trabajadores y empresarios,

que siguen ostentando sin aparente merma el poder de creación normativa sobre las relaciones de trabajo.

Sin embargo, si se mira despacio, verdaderamente quienes terminan por decidir qué normas rigen estas relaciones son los órganos jurisdiccionales, pues son ellos quienes, a la larga, deciden el propio significado de las normas de origen convencional y, así, las condiciones de trabajo que deben regir en cada caso. Sucede, por tanto, que materialmente una parte no desdeñable del poder normativo en materia de relaciones laborales está en manos de los jueces y tribunales del orden social, produciéndose una disociación entre la creación de la norma colectiva y su aplicación que resta de hecho competencias normativas (y protagonismo en la gestión de las relaciones de trabajo) a los representantes de trabajadores y empresarios.

Ello ha motivado el que desde los años noventa del siglo pasado se haya insistido repetidamente sobre la necesidad de extraer de los órganos jurisdiccionales la solución de los conflictos colectivos. No tanto, así, porque se evalúe de un modo negativo la intervención de jueces y tribunales de lo social en la resolución de los asuntos que se someten a su consideración, cuanto porque ello será lo que permita a los representantes de trabajadores y empresarios ejercer de forma íntegra el poder normativo sobre las relaciones de trabajo que les atribuye la propia Constitución en su art. 37.1.

A partir de ahí, ellos serán los que creen, en primera instancia, la norma colectiva tal como lo venían haciendo hasta el momento; pero también -y esto es lo verdaderamente relevante- serán ellos mismos los que se ocupen de solucionar los conflictos que pueda provocar su interpretación y/o aplicación, a fin de que las normas que terminen rigiendo las relaciones de trabajo sean obra de ellos por completo y no sólo en parte, como sucede cuando en la solución de dichos conflictos interviene la jurisdicción social. Esto es lo que impulsa la implantación de procedimientos que sirven de nuevo cauce para la solución de los conflictos colectivos y su propia denominación. En efecto, tanto en el nivel estatal como en las comunidades autónomas se negociaron e instauraron acuerdos sobre procedimientos de solución de conflictos que se calificaban como extrajudiciales, poniéndose de relieve de manera patente que se trataba de procedimientos al margen o fuera de la sede judicial.

Pues bien, esta visión de los procedimientos no judiciales deja entrever la creencia de que estos procedimientos son fundamentalmente vías alternativas o de sustitución de la solución de conflictos en sede judicial. Ello significa que,

ante el conflicto, en lugar de acudir a la correspondiente instancia judicial para que lo resuelva, se acude a un organismo y un método que no son los judiciales, pero con la misma finalidad de que el conflicto quede resuelto. Lo que prima es, así pues, que se trata en uno y otro caso de procedimientos que llevarán a la solución del conflicto, solo que tal no se hará en los no judiciales por medio de una sentencia, sino de un acuerdo o de un laudo. Se entiende, por tanto, que el procedimiento judicial y el no judicial son fórmulas plenamente identificables y de uso indistinto y que, por ello, lo son igualmente los instrumentos a través de los que en cada uno de ellos se soluciona el conflicto.

Todo lo anterior puede ser interpretado en clave más profunda, que apunta al propio modelo de realización de la tutela de intereses que quizá esté tras ello. De manera consciente o no, parece que se están creando dos canales a través de los que procurar la satisfacción de intereses laborales, dos maneras, por utilizar la expresión al uso, de impartir justicia. En paralelo a la justicia de jueces y magistrados, de la justicia “pública”, se está instaurando una justicia “privada”, que imparten mediadores y árbitros de organismos a que ha dado origen la autonomía colectiva e igualmente privada.

C. Gobierno por sindicatos y empresarios de la solución de sus conflictos

Sin embargo, también cabe una visión de estos procedimientos algo distinta. No se niega, obviamente, que se está ante fórmulas con cuya utilización se pretende la solución de conflictos, ni tampoco que puedan terminar siendo fórmulas de uso alternativo a la solución de conflictos en sede judicial, dando origen con ello a ese sistema de justicia privada a que se ha hecho mención. Pero parece que sí puede negarse que su característica distintiva sea su realización por mediadores y árbitros, y no por jueces, y en organismos creados al efecto, y no en juzgados y tribunales de lo social.

Lo verdaderamente significativo no es, efectivamente, que se hayan cambiado el lugar donde se lleva a cabo la solución del conflicto y el sujeto que tiene encomendada esa misión, sino que estos cambios se producen, justamente, porque los agentes sociales toman a su cargo la solución de sus conflictos. La característica distintiva de estos procedimientos es, así pues, que las partes de las relaciones de trabajo dejan de deferir a un tercero ajeno a su propio sistema la solución de sus conflictos, pasando a ser ellas mismas las que los solucionan o disponen los medios para hacerlo. No se trata, por consiguiente, de crear una vía alternativa

para la tutela de intereses, sino de asumir, más bien, y el matiz no es baladí, la tutela de los propios intereses. De este modo, los procedimientos que se instauran al efecto pueden ser vistos como desarrollo de la autonomía colectiva, pues, siendo ese su fin, más que procedimientos de solución de conflictos, son propiamente mecanismos de autotutela colectiva. De ahí el acierto del cambio de denominación de los acuerdos que ahora regulan estos procedimientos, que han dejado de denominarse extrajudiciales para llamarse “autónomos”, marcando la matriz que los une con la propia autonomía colectiva.

2. OPERATIVA DE LA SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS

Los procedimientos autónomos de solución de conflictos son expresión del derecho a la negociación colectiva y del derecho a la adopción de medidas de conflicto, de los art. 37.1 y 37.2 de la Constitución.

El derecho a la adopción de medidas de conflicto no es equiparable al derecho de huelga, aunque ambos puedan ejercerse como medios de auto-tutela colectiva. Por otra parte, aunque la adopción de un método de solución autónoma de conflictos no puede limitar el derecho de huelga, su utilización es incompatible con el ejercicio de la misma. En este sentido, si se opta por el ejercicio del derecho de huelga no puede limitarse la misma imponiendo el sometimiento a mediación o arbitraje, pero no cabe utilizar la huelga cuando se ha optado por dichos procedimientos como medio alternativo de auto-tutela.

A. Conceptos básicos

- Conflictos jurídicos y de intereses.
- Conflicto colectivo, plural e individual.
- Conciliación, mediación y arbitraje.
- Arbitraje en equidad y arbitraje en derecho.

B. Procedimientos de solución de conflictos en el ordenamiento español

- Modalidad procesal de conflictos colectivos: artículos 153 a 162 de la LRJS.
- Intervención de la autoridad laboral en la solución de conflictos colectivos: artículos 17 a 25 del Real Decreto- Ley 17/1977.

- Procedimientos de solución autónoma de conflictos colectivos: *V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales*¹.

C. Claves de la utilización de medios de solución autónoma de conflictos

- Ventajas de la utilización de procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales;
- Conflictos que pueden someterse a esta clase de procedimientos: (i) relativos a la interpretación y/o aplicación e impugnación de convenios colectivos; (ii) relativos a la negociación colectiva; (iii) relativos a los periodos de consultas; (iv) relativos al ejercicio de la huelga; (v) especial consideración de los acuerdos adoptados “en frío”.
- Conflictos “asimilados”: (i) acuerdos de interés profesional; (ii) funcionarios y personal laboral de las Administración General del Estado.
- Ámbito territorial de los conflictos: (i) de ámbito estatal; (ii) de ámbito inferior si puede tener efectos expansivos.
- Designación de mediadores y procedimiento de mediación.
- Designación de árbitros y procedimiento de arbitraje.
- Posibilidad de combinar procedimiento de mediación y arbitraje.
- Eficacia del acuerdo de mediación y el laudo arbitral.
- La intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo.
- Sistemas de mediación y/o arbitraje específicos de sector o empresa.
- Aplicación de estos procedimientos a los conflictos individuales.

LECTURAS RECOMENDADAS:

Gil Pérez M E (2012), *La solución autónoma de los conflictos laborales*, La Ley/ Grupo Wolters Kluwer, Madrid.

Rodríguez Fernández M L (2004), *Negociación colectiva y solución de conflictos laborales*, Bomarzo, Albacete.

1 Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-2655



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha