

12 MAY 2021

Revista Española de Derecho del Trabajo

2017

Núm. 195 (Febrero)

Jurisprudencia

Sentencias comentadas

I. Derechos de los trabajadores

A) Permanencia en la empresa

1. La prioridad de permanencia de los representantes sindicales en caso de subrogación empresarial. STSJ País Vasco, de 19 de abril de 2016 (AS 2016, 1010) (HELENA YSÀS MOLINERO)

Jurisprudencia

Sentencias comentadas

I. Derechos de los trabajadores

A) Permanencia en la empresa

1 La prioridad de permanencia de los representantes sindicales en caso de subrogación empresarial. STSJ País Vasco, de 19 de abril de 2016 (AS 2016, 1010)

Union representatives' permanence priority in a transfer of undertaking

HELENA YSÀS MOLINERO

Profesora Agregada interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Autónoma de Barcelona

ISSN 2444-3476

Revista Española de Derecho del Trabajo 195

Sumario:

- I. El supuesto de hecho de la STSJ del País Vasco de 19 de abril de 2016 (AS 2016, 1010)
- II. El fallo de la sentencia
- III. La prioridad de permanencia de los delegados sindicales: perspectiva legal y constitucional
- IV. Bibliografía

RESUMEN:

La sentencia comentada aborda la cuestión de la prioridad de permanencia de los representantes sindicales. La principal particularidad del caso se concreta en que el representante reclama la aplicación de la prioridad en un supuesto de subrogación de parte de la plantilla –mediante acuerdo con los representantes– y posterior despido colectivo del resto de trabajadores. El Tribunal desestima la pretensión del demandante, aunque no examina con la profundidad necesaria algunas cuestiones esenciales, como la existencia o no de puestos equivalentes, lo que obligaría a activar la prioridad.

PALABRAS CLAVE: prioridad de permanencia - representación sindical - subrogación empresarial

ABSTRACT:

The judgment deals with the union representatives' permanence priority. The case's main distinctive feature is that the representative claims for the application of the permanence priority in the circumstance of a transfer of undertaking –under an agreement with the workers' representatives–. After the transfer the remaining workers are all affected by a collective redundancy. The Court rejects the claimant's ambition, but it does not examine in depth some essential issues, such as the possible existence of equivalent work positions, which would necessarily activate the permanence priority.

KEYWORDS: Permanence priority - union representatives - transfer of undertaking

Fecha recepción original: 20 de Diciembre de 2016

Fecha aceptación: 26 de Diciembre de 2016

I. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA STSJ DEL PAÍS VASCO DE 19 DE ABRIL DE 2016 (AS 2016, 1010)

El Sr. F.V. venía prestando servicios en Celaya Emparza y Galdós Internacional S.A. (CEGISA), con antigüedad desde 1987 y categoría profesional de técnico superior administrativo.

En marzo de 2014 CEGISA fue declarada en concurso de acreedores y unos meses después, en septiembre del mismo año, Sherpa Capital Entidad Gestora S.G.E.C.R. S.A. presentó una oferta de compra para ciertos activos de CEGISA. Dicha compra, que se materializó en los primeros meses de 2015, implicaba la subrogación de parte de la plantilla para continuar con la actividad de tres de las unidades productivas de CEGISA, en concreto las de manganeso, sistemas de energía y, finalmente, comercializados de energía y luz. Se llevó a cabo un período de consultas con los representantes de los trabajadores que culminó en un acuerdo alcanzado el 27 de enero de 2015, en el que se identificaban los criterios –fijados en una reunión anterior, de 14 de noviembre de 2014– para determinar qué trabajadores iban a ser objeto de subrogación por parte de Sherpa. En octubre de 2015 se acordó por parte del Juzgado de lo Mercantil responsable del concurso de CEGISA la extinción colectiva de todos los contratos de los trabajadores de la empresa que no habían sido subrogados por Sherpa.

En el acuerdo de enero de 2015 se procedió a clasificar a los trabajadores en cuatro grupos: en el primer grupo, el personal objeto de subrogación directa; en el segundo, personal subrogable por puestos singulares que por su posición organizativa y de dedicación podrían ejercer sus funciones en la nueva organización; un hipotético tercer grupo se identificaría con un «pool» de trabajadores provenientes de distintas unidades productivas pero que serían todos ellos encuadrables en una unidad productiva resultante –no se identificó a ningún trabajador en la situación descrita–; finalmente, el cuarto grupo estaba formado por «pools» de trabajadores cuyo número fuera superior al de la dotación de personal necesaria para la unidad productiva resultante, por lo que había que seleccionar cuáles de ellos serían objeto de subrogación y cuáles quedarían como trabajadores de la empresa concursada. Si bien es cierto que la descripción del acuerdo en la sentencia no es en este punto del todo comprensible, sí queda claro que los trabajadores clasificados en los grupos I y II serían todos ellos subrogados por Sherpa, mientras que los clasificados en el grupo IV serían objeto de selección.

Adicionalmente, en el Acuerdo se recoge la prioridad de permanencia de los representantes legales

de los trabajadores, sin mención a los representantes sindicales. Se estableció asimismo que la prioridad de permanencia operaría con carácter previo a la aplicación de los criterios objetivos – experiencia en el desarrollo de las funciones del perfil del puesto y eficacia en el desempeño de dichas funciones, formación e idiomas que acredite el trabajador– para seleccionar a los trabajadores que serían subrogados de entre los clasificados en el grupo IV.

El Sr. F.V. fue adscrito al departamento de administración comercial, uno de los «pools» incluido en el grupo IV. Consta en los hechos probados que el trabajador desarrollaba labores informáticas y de gestión de procesos para diferentes departamentos. Consta también la existencia de un departamento denominado TIC dedicado a los temas informáticos. Dicho departamento estaba integrado por dos trabajadores, ambos clasificados en el grupo II y, en consecuencia, subrogados por Sherpa sin someterse a proceso de selección.

Debe señalarse que el Convenio colectivo de la empresa CEGISA se remite al artículo 43 del Convenio Provincial del Metal de Álava, el cual dispone que el delegado sindical tendrá preferencia para permanecer en la empresa en los casos de reestructuración de plantilla por ERE.

El actor solicita que se aplique su derecho de preferencia para ser subrogado por Sherpa. Posteriormente, y antes de que la acción judicial fuera resuelta, se vio afectado por el despido colectivo, por ser uno de los trabajadores que habían permanecido en CEGISA.

II. EL FALLO DE LA SENTENCIA

El Tribunal desestima el recurso presentado por el Sr. F.V., aunque no comparte el razonamiento del Juez de lo Social. Éste había dictaminado que la prioridad de permanencia se refería en el Acuerdo exclusivamente a los representantes legales de los trabajadores y no a los delegados sindicales, por lo que el actor no tenía derecho a la preferencia reclamada.

El Tribunal Superior de Justicia reconoce que el [artículo 10.3 LOLS](#), en relación con el [artículo 68 ET](#), y el artículo 43 del Convenio del Metal de Álava impiden la interpretación efectuada por el Juez de lo Social, en el sentido de que no se puede apartar de la prioridad de permanencia a los delegados sindicales, aunque el Acuerdo sólo mencione a los representantes legales de los trabajadores.

Siendo ello así, el Tribunal debería haber examinado el derecho de preferencia solicitado por el Sr. F.V. Sin embargo, no lo hace, bajo el único argumento de que el Sr. F.V. debería haber impugnado el Auto del Juzgado de lo Mercantil de 28 de noviembre de 2014, en el que se dictaminaba que la transmisión de la unidad de negocio únicamente implicaría sucesión *«respecto de los trabajadores asumidos por el adquirente y en los términos pactados con los representantes de los trabajadores»*. Dicho argumento aducido por el Tribunal no parece muy sólido, puesto que resulta perfectamente plausible interpretar el Auto del Juzgado de lo Mercantil de tal forma que se entiendan incluidos en el acuerdo a los representantes sindicales, máxime cuando el propio Tribunal Superior de Justicia viene de afirmar que las exigencias legales y convencionales impiden apartar de la prioridad de permanencia de los representantes sindicales.

A continuación se pasa al examen de una ulterior alegación del actor, que consideraba que se le debía haber clasificado en el departamento de TIC, en cuyo caso habría habido tres trabajadores, de los que se debería haber seleccionado a dos para la subrogación conforme a los criterios de selección establecidos. No queda claro si el actor solicita su inclusión en el departamento de TIC con la finalidad de que se aplique la prioridad de permanencia dentro de este concreto departamento –como parece desprenderse de la sentencia, por cuanto en este punto el Tribunal afirma que la prioridad sólo opera cuando en el ámbito en el que ejercen su representación los representantes de personal afectados existe puesto de trabajo funcionalmente equivalente respecto del que pudieran pretender ejercer el derecho de preferencia– o si el actor solicita su inclusión en este grupo (recordemos que los trabajadores incluidos en el grupo II eran objeto de subrogación automática) como petición subsidiaria por si se desestimaba la preferencia de permanencia, lo que sería a todas luces más lógico. En cualquier caso el Tribunal niega al actor el encuadramiento en el grupo II por no haber quedado demostrado que su gestión de procesos para

diferentes departamentos fuera de naturaleza informática.

Finalmente, el Tribunal aborda la alegación de vulneración del derecho de libertad sindical *ex artículo 28.1* de la Constitución Española (CE). Sorprende que el trabajador recurrente no argumente dicha vulneración en relación a su no equiparación con los representantes legales de los trabajadores en el Acuerdo, sino que lo hace alegando una discriminación indirecta por cuanto su desempeño de labores sindicales con la consecuente disminución de actividad productiva habría tenido como consecuencia tener menos posibilidades de encuadramiento en los grupos I o II respecto a aquellos otros trabajadores que no ejercen cargo representativo alguno. Debe ponerse de manifiesto que el Tribunal da una respuesta poco satisfactoria a la pretensión del trabajador, puesto que desestima que se haya producido vulneración de la libertad sindical en los términos planteados por el trabajador por dos razones. En primer lugar porque *«no ha quedado demostrada la vinculación de la pretendida reacción empresarial con la actividad sindical desarrollada por el demandante»*. En realidad el demandante no denuncia una reacción empresarial a su actividad sindical sino que ha sufrido un menoscabo en su situación profesional como consecuencia indirecta de su inevitable menor actividad productiva, alegación que el Tribunal no examina con el detenimiento necesario. El segundo argumento utilizado por la sentencia para desestimar la pretensión del demandante se centra en que él mismo, en tanto que representante sindical, participó activamente como asesor de la parte social en las negociaciones que condujeron al Acuerdo, sin que manifestase su oposición a ser incluido en el grupo IV. Reprocha el Tribunal al actor que desde su posición de representante de los trabajadores no se manifestara acerca de su situación personal en relación a la subrogación. Se trata de un argumento difícilmente admisible y, en todo caso, extremadamente débil ante una alegación de vulneración de un derecho fundamental.

III. LA PRIORIDAD DE PERMANENCIA DE LOS DELEGADOS SINDICALES: PERSPECTIVA LEGAL Y CONSTITUCIONAL

El caso estudiado plantea la problemática del alcance de la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores¹⁾ desde diferentes ángulos: en primer lugar, la prioridad de permanencia en supuestos distintos de los previstos legalmente; asimismo, la posición de los delegados sindicales frente a los representantes unitarios; también el alcance de la garantía de prioridad de permanencia dentro de la empresa. Todo ello teniendo presente la perspectiva constitucional respecto del contenido del derecho fundamental de libertad sindical.

Ésta última será la primera cuestión a abordar por cuanto condiciona a las demás. Para ello debe partirse de la doctrina del Tribunal Constitucional, que dejó sentado en la *Sentencia núm. 191/1996, de 26 de noviembre* (RTC 1991, 196) que *«dentro del sistema actual de protección y garantía de los derechos de los trabajadores, y en función del mismo, la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores se integra, en determinados supuestos, en el derecho de libertad sindical»* por cuanto *«el artículo 28.1, al tutelar la libertad sindical, tiene en cuenta los riesgos que asumen frente al empleador (y a los restantes posibles agentes de opresión) los representantes de los trabajadores en la defensa de los intereses y derechos colectivos»*. A juicio del Tribunal Constitucional la garantía tiene una doble dimensión, consistente en el reconocimiento a los representantes de los trabajadores de medios para evitar que resulten subjetivamente perjudicados por el ejercicio de la libertad sindical y, por otra parte, que la propia actividad sindical *«resulte entorpecida mediante lesiones a la posición individual del trabajador que la ejerce»*. Por ello afirma el Tribunal Constitucional que la garantía de la prioridad de permanencia no es un privilegio del representante, sino que es un instrumento de tutela de la representación de los trabajadores. En definitiva, en el tratamiento de cuestiones en torno a la prioridad de permanencia deberemos tener siempre presente que ésta se integra en el contenido esencial de la libertad sindical, lo que deberá traducirse en una interpretación y aplicación cuidadosa de los preceptos legales que la regulan²⁾.

Entrando ya en cuestiones de legalidad, el alcance de la prioridad de permanencia en términos de supuestos incluidos merece un breve comentario por su interés, aunque en el supuesto no se cuestione la aplicación de la garantía de prioridad en caso de subrogación, ya que ésta está

incluida en el acuerdo alcanzado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Debe recordarse que la prioridad de permanencia se configura en el artículo 68 b) [ET](#) como una garantía de los representantes legales de los trabajadores en los supuestos de suspensión o extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas. El [artículo 51.5ET](#) aclara toda posible duda respecto al alcance de la causa extintiva a la que será de aplicación la garantía al declarar que los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los despidos colectivos por causa económica, técnica, organizativa o de producción y el artículo 52.1 c) reitera la norma de prioridad respecto a las extinciones por las anteriores causas, pero de carácter individual. La garantía también afecta a los representantes en los casos de movilidad geográfica, ya se trate de desplazamientos o de traslados, tal como recoge el [artículo 40.5ET](#). En los casos de subrogación de unidades productivas, en cambio, la norma no contiene ninguna previsión respecto a la prioridad de permanencia o, por el contrario, a la prioridad de subrogación de los representantes de los trabajadores. Y ello de forma lógica, puesto que no puede afirmarse en abstracto que una u otra opción aseguren mejor los bienes jurídicos protegidos por la garantía de permanencia, a saber, la representación de los trabajadores y la protección del representante. Sin embargo, ante una empresa en concurso adquirida parcialmente como evidente paso previo a la liquidación y, en atención a la dimensión constitucional del derecho de preferencia como parte integrante del derecho de libertad sindical, debería extenderse la garantía de prioridad en supuestos como el enjuiciado por la sentencia objeto de comentario. Adicionalmente, cabe recordar que el [artículo 44.5ET](#) impide que la subrogación sea causa de extinción del mandato de los representantes de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y condiciones que con anterioridad. La no subrogación de un representante de los trabajadores que verá extinguido a continuación su contrato choca de forma evidente con la voluntad del legislador de conservar la función representativa en caso de subrogación.

Una segunda cuestión que se plantea a raíz del caso comentado se centra en la posición de los representantes sindicales frente a la garantía de prioridad de permanencia. La norma no deja lugar a dudas: el [artículo 10.3LOLS](#) deja sentado que los delegados sindicales tendrán las mismas garantías que las establecidas para los representantes legales de los trabajadores. Y, de hecho, como se ha dicho anteriormente, la sentencia comentada admite que las normas legales impiden que el Acuerdo aparte de la prioridad de permanencia a los delegados sindicales.

Finalmente, se plantea el alcance de la garantía de permanencia desde la perspectiva del grupo de trabajadores respecto del que el representante tendrá preferencia. No hay dudas respecto a que la garantía de permanencia no es absoluta, es decir, la prioridad del representante no alcanza a toda la plantilla³⁾. Sin embargo, la unanimidad desaparece al determinar los contornos de la prioridad. Si bien se acepta de forma amplia que la garantía de prioridad de permanencia puede comportar afectación a trabajadores de otros centros de trabajo, sobrepasándose el perímetro de la causa extintiva⁴⁾, los límites son menos claros desde su vertiente funcional. La opción de circunscribir la prioridad de permanencia al grupo profesional o, de forma más evidente, a la categoría profesional, a pesar de haber sido aceptada por algunas sentencias⁵⁾, no parece acorde con la dimensión constitucional de la prioridad de permanencia desde la perspectiva de la libertad sindical, puesto que establece una restricción no prevista por la ley. Otros pronunciamientos judiciales, en cambio, admiten como único requisito la «*idoneidad*» o «*capacidad laboral*» del representante de los trabajadores para ocupar otro puesto de trabajo⁶⁾, lo que algún autor ha denominado «*puestos equivalentes*»⁷⁾.


En el caso de la [Sentencia núm. 191/1998](#) (RTC 1998, 191), en relación a un perjuicio en términos económicos sufrido por el trabajador por ser representante sindical, el Tribunal Constitucional reprocha al juzgador que «*haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental*», lo que también puede predicarse de la sentencia objeto de comentario. Ésta última desestima las pretensiones del trabajador en base a argumentos demasiado pobres en relación a la trascendencia del derecho que se reclama vulnerado. Por el contrario, teniendo en cuenta que la prioridad de permanencia de los representantes se configura como contenido del derecho de libertad sindical, el Tribunal Superior

de Justicia debería haber extendido de forma efectiva la prioridad recogida en el Acuerdo para los representantes legales al demandante. Incluso si no hubiera existido tal Acuerdo, e incluso si el Tribunal desestimaba la pretensión del representante de ser incluido en el grupo II, puesto que la no subrogación conduce a la extinción contractual y que la prioridad trasciende el ámbito de la unidad productiva, el Tribunal debería haber entrado a analizar si existían puestos equivalentes entre las unidades subrogadas que permitieran aplicar la prioridad de permanencia.

IV. BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Libertad sindical. Garantías y privilegios de los representantes de los trabajadores desde la perspectiva de los derechos fundamentales* . Relaciones Laborales núm. 8 de 2004

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores* . Diario La Ley núm. 7414, junio de 2010.

PÉREZ CAPITÁN, L.: *La prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en los EREs y en las extinciones ex artículo 51.1 c)*  [ET](#). Aranzadi Social, párraf. núm. 52/2009.

VALLE MUÑOZ, F.A.: *La prioridad de permanencia del representante unitario y del representante sindical en la empresa*. Tribuna Social, núm. 102, 1999.

FOOTNOTES


1

Un estudio completo sobre la materia en VALLE MUÑOZ, F.A.: *La prioridad de permanencia del representante unitario y del representante sindical en la empresa*. Tribuna Social, núm. 102, 1999.

2

Para un estudio sobre la materia vid. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Libertad sindical. Garantías y privilegios de los representantes de los trabajadores desde la perspectiva de los derechos fundamentales* . Relaciones Laborales núm. 8 de 2004.

3

Entre otras,  [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 3449/2008, de 22 de abril](#) (JUR 2008, 178687).

4

 [STS de 30 de noviembre de 2005](#) (RJ 2006, 922).

5

Por ejemplo,  [STS de 20 de febrero de 1999](#) (RJ 1999, 776).

6

 [STS de 4 de mayo de 2004](#) (RJ 2004, 3209).

7

PÉREZ CAPITÁN, L.: *La prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en los EREs y en las extinciones ex artículo 51.1 c) ET*. Aranzadi Social, párraf. Núm. 52/2009. Vid. también FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores*. Diario La Ley núm. 7414, junio de 2010.