

UNIVERSITAT DE VALENCIA

Facultat de Dret

**Programa de doctorat en Dret, Ciències Polítiques i
Criminologia**



**EL SINDICATO EN LA MICROEMPRESA Y PEQUEÑA
EMPRESA**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Francisco Maluenda de los Santos

Director:

Catedrático Carlos Alfonso Mellado

Valencia 2016

Mis más entrañables agradecimientos para todas aquellas personas que me han ayudado y/o apoyado en la realización de esta tesis, en particular mi esposa Mónica de paciencia infinita.

INDICE

INDICE	5
ABREVIATURAS	9
RESUMEN/ABSTRACT	11
INTRODUCCIÓN Y ANALISIS METODOLÓGICO.....	13
TITULO PRIMERO.....	25
ESTADO ACTUAL DE LA SITUACIÓN: LA INFRARREPRESENTACIÓN EN LA PEQUEÑA EMPRESA Y MICROEMPRESA.....	25
1.1. CAUSAS ATRIBUIBLES A NUESTRO ORDENAMIENTO.....	26
1.2. CAUSAS DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO SINDICAL.....	35
1.3. EFECTOS.....	37
1.4. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.....	46
TITULO SEGUNDO.....	49
LA SECCIÓN SINDICAL COMO INSTRUMENTO DE SINDICALIZACIÓN DE LAS PEQUEÑAS EMPRESAS Y MICROEMPRESAS.....	49
2.1. LA SECCIÓN SINDICAL BÁSICA.....	49
2.1.1 Naturaleza y régimen jurídico de las secciones sindicales.....	49
2.1.2. El derecho a la acción sindical como instrumento de sindicalización de las pymes.....	59
2.1.2.1. Derechos atribuibles a toda sección sindical.....	60
a) El derecho de celebrar reuniones.....	60
b) Derecho a recaudar cuotas.....	67
c) Derecho a distribuir y recibir información sindical.....	68
d) Derecho a la actividad sindical ex artículo 2.2. d) LOLS.....	73
2.1.2.2. Derechos atribuibles a las secciones sindicales con representación en la empresa y a las de los sindicatos más representativos.....	79
a) Derecho a un tablón de anuncios.....	80
b) Derecho a la promoción de elecciones sindicales.....	82
2.1.3 Recopilando: La sección sindical básica, qué hay y qué debiera mejorarse para ganar representatividad en las pequeñas empresas y microempresas.....	84
2.2. EL PORTAVOZ SINDICAL	88
2.2.1. Naturaleza jurídica.....	91
2.2.2. Designación.....	92

2.2.3. Ámbito de representación.	95
2.2.4. Número de delegados.	96
2.2.5. Duración del cargo.	96
2.2.6. Competencias.	97
2.2.6.1. Derecho de información y documentación.	99
2.2.6.2. Derecho a asistir a las reuniones del comité de empresa y de los órganos internos en materia de seguridad y salud laboral.	111
2.2.6.3. Derecho de consulta previa.	113
2.2.6.4. Derecho de audiencia previa.	116
2.2.6.5. Derecho de vigilancia.	118
2.2.6.6. Derecho de cogestión.	121
2.2.6.7. Derecho a informar a sus representados.	123
2.2.6.8. Derechos en relación al contrato de trabajo.	124
2.2.6.9.. Deber de sigilo	127
2.2.7. Facilidades y garantías.	127
2.2.7.1. Garantías de actuación.	128
a) Derecho a la apertura de un expediente contradictorio.	128
b) Derecho de prioridad de permanencia	132
c) Derecho a no ser despedido ni sancionado por consecuencia o motivo del ejercicio de sus funciones.	134
d) Derecho de opción.	137
e) Derecho a no ser discriminado.	138
2.2.7.2. Facilidades de actuación.	140
a) Libertad de expresión.	140
b) Derecho a un local adecuado y a un tablón de anuncios.	141
c) Derecho a disponer de un crédito horario.	142
2.2.8. Aplicación del régimen jurídico del delegado de la LOLS al delegado interno.	148
2.2.8.1. Derechos.	149
2.2.8.2. Garantías.	156
2.2.8.3. Facilidades de actuación.	159
2.3 LA SECCIÓN SINDICAL SECTORIAL.	163
2.3.1. Constitución.	163
2.3.2. Requisitos de forma.	164
2.3.3. Organización.	165
2.3.4. Responsabilidades.	165
2.3.5. Funciones	165

2.3.5.1. Derechos que, necesariamente, debe recoger la negociación colectiva.....	166
a) El derecho a celebrar reuniones.	166
b) Derecho a recaudar las cuotas sindicales.....	167
c) Derecho a distribuir información sindical.....	167
2.3.5.2. Derechos ex artículo 2.2.d LOLS.	168
a) Promoción de conflictos colectivos.	168
b) Negociación de convenios colectivos.....	169
c) Tablón de anuncios.	170
d) Derecho a un local adecuado.	171
e) Promoción de elecciones.....	171
2.3.6. El delegado de sector.	172
TITULO TERCERO	177
EL CARGO ELECTIVO SINDICAL COMO INSTRUMENTO DE SINDICALIZACIÓN DE LAS PEQUEÑAS EMPRESAS Y MICROEMPRESAS.	177
3.1. NATURALEZA JURÍDICA.....	177
3.2. FACILIDADES DE ACTUACIÓN DEL CARGO SINDICAL.....	179
3.2.1. Derecho a disfrutar de permisos no retribuidos.	180
3.2.2. Derecho a la excedencia forzosa.	182
3.2.3. Derecho de acceso a los centros de trabajo.	185
3.3. RESUMIENDO: CUÁL DEBIERA SER EL PAPEL DEL CARGO ELECTIVO SINDICAL PARA GANAR REPRESENTATIVIDAD EN LAS PYMES.....	191
TITULO CUARTO.....	193
LAS REPRESENTACIONES ESPECIALIZADAS COMO INSTRUMENTOS DE SINDICALIZACIÓN DE LAS PEQUEÑAS EMPRESAS Y MICROEMPRESAS.	193
4.1. LA COMISIÓN <i>AD HOC</i> EX ARTÍCULO 41.4 ET.....	193
4.1.1. Fundamento y antecedentes.....	194
4.1.2. Presupuestos comunes a ambas comisiones.	199
4.1.3. Régimen jurídico de las comisiones laborales.....	205
4.1.4. Régimen jurídico de las comisiones sindicales.....	219
4.1.5. Resumiendo: Qué uso debe darse a la comisión ad hoc ex artículo 41.4 ET para ganar representatividad en las pequeñas empresas y microempresas.	225
4.2. LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES COMO MEDIO PARA GANAR REPRESENTATIVIDAD EN LA MICROEMPRESA Y PEQUEÑA EMPRESA.	226
4.2.1. Los delegados de prevención.	227

4.2.2. Órganos específicos.....	244
4.2.2.1. Un posible modelo para ganar representatividad en las microempresas y pequeñas empresas.....	246
4.2.3. Resumiendo: La representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales como recurso para ganar representatividad en las pequeñas empresas y microempresas.....	251
4.3. LOS ÓRGANOS PARITARIOS COMO APOYO PARA alcanzar la REPRESENTATIVIDAD EN LAS PEQUEÑAS EMPRESAS Y MICROEMPRESAS.....	252
4.3.1. La comisión paritaria del convenio colectivo. La subcomisión de representatividad. ..	252
4.3.2. La subcomisión de igualdad.....	259
4.3.3. La subcomisión de despidos.....	264
4.3.4. Resumiendo: ¿De qué modo pueden utilizarse los órganos paritarios para mitigar la infra representación en las pymes?	268
CONCLUSIONES.....	271
1ª.- Valoración finalista del trabajo.....	271
2ª.- La estructura productiva en España: Un predominio de la pequeña empresa y microempresa.....	276
3ª.- Infrarrepresentación de los trabajadores en las microempresas y pequeñas empresas. Causas	276
4ª.- Infrarrepresentación de los trabajadores en las microempresas y pequeñas empresas soluciones.....	277
5ª.- La sección sindical de empresa. Derechos individuales de los trabajadores	278
6ª.- La sección sindical de empresa. Derechos colectivos	280
7ª.- El portavoz interno. Derechos y facultades.....	280
8ª.- El portavoz interno. garantías y facilidades de actuación	282
9º.- La sección sindical sectorial	284
10º.- El cargo electivo sindical	285
11º.- La comisión ad hoc ex artículo 41.4 del ET	286
12ª.- La representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales.....	288
13ª.- Modelo de órgano específico en materia de prevención de riesgos laborales	289
14ª.- Órganos paritarios.....	290
15ª.- Implicaciones de la tesis.....	291
16ª.- Principales obstáculos en la investigación y posibles proyecciones de futuro de la misma.....	292
ÍNDICE DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS CONSULTADOS.....	295
BIBLIOGRAFÍA.....	299

ABREVIATURAS

AN: Audiencia Nacional

Ar: Aranzadi

CC: Código Civil

CE: Constitución española

CCOO: Comisiones Obreras

DLRT: Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo

DIRCE: Directorio Central de Empresas

ECVT: Encuesta de calidad de vida en el trabajo

ET: Estatuto de los Trabajadores

ETT: Empresa de trabajo temporal

FIA-UGT: Federación de Industria y trabajadores agrarios de UGT

FOGASA: Fondo de Garantía Salarial

FM-CCOO: Federación minero metalúrgica de CCOO

FSC-CCOO: Federación de Servicios a la ciudadanía de CCOO

INE: Instituto Nacional de Estadística

ITSS: Inspección de Trabajo y Seguridad Social

LISOS: Ley de Infracciones y Sanciones de en el orden social

LOLS: Ley orgánica de Libertad Sindical

LJS: Ley de Jurisdicción Social

LPRL: Ley de Prevención de Riesgos Laborales

LETT: Ley de Empresas de Trabajo Temporal

LETA: Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo

LRJAP-PAC: Ley de Régimen Jurídico Administraciones Públicas y Procedimiento

LSC: Ley de Sociedad de Capitales

OIT: Organización Internacional del Trabajo

PYMES: Pequeñas y medianas empresas

Pymes: Pequeñas y micro empresas

RD: Real Decreto

RDLeg: Real Decreto Legislativo
Rec.: Recurso
ROJ: Referencia Cendoj
SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional
SPE: Servicio Público de Empleo
STCT: Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TS: Sentencia del Tribunal Supremo
TGSS: Tesorería General de la Seguridad Social
ToI: Tirantonline
TRADE: Autónomo económicamente dependiente
TC: Tribunal Constitucional
TSJ: Tribunal Superior de Justicia
TS: Tribunal Supremo
UGT: Unión General de Trabajadores

RESUMEN/ABSTRACT.

La infra representación de los trabajadores en las pequeñas empresas y microempresas es una realidad que obedece a una serie de causas legales y de organización y credibilidad sindical y que, por desgracia, ocasiona graves situaciones de desamparo a ingentes cantidades de trabajadores. Se hace necesario pues, un aumento de la representatividad en estas empresas y, dado que hoy por hoy es una utopía esperar cambios legislativos en esa dirección, se debe ahondar –y ese es el fin de este trabajo– en las posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento jurídico –sobre todo, desde el prisma de la libertad sindical– para extraer todas las oportunidades que nos conduzcan a ese fin.

Para ello, se debieran tomar dos caminos: El primero el de la negociación colectiva, a través de la cual se podrían ampliar las facultades representativas de la sección sindical en la empresa y de su representante o portavoz así como también crear secciones sindicales en ámbitos que sobrepasen el centro de trabajo y/o la empresa. De igual manera, podría dotarse a las diversas comisiones con participación paritaria que contempla nuestro ordenamiento (Comisión de igualdad o Comisión paritaria del convenio colectivo, por ejemplo) de atribuciones para estar presentes en las pequeñas empresas huérfanas de representación. Como también se debiera potenciar la creación de organismos especializados en salud laboral que puedan extender su actividad a todas aquellas empresas sin representantes de un sector y territorio determinado o de comisiones representativas de los sindicatos más representativos para enfrentar las reestructuraciones empresariales.

El segundo recorrido a seguir –pero que irá inextricablemente unido al anterior– sería el de posibilitar cambios de organización y estrategias de acción en el seno de los mismos sindicatos que faciliten esa representatividad, como la misma creación de secciones sectoriales que, posteriormente, deban llevarse a la negociación colectiva; o el uso sindical del cargo electivo y del crédito horario que, a la postre, también tendría que quedar plasmado en el convenio colectivo correspondiente.

The under-representation of workers in small enterprises and micro-enterprises is a reality that is due to a number of legal grounds and credibility of Association and organization, which, unfortunately, resulting in serious situations of helplessness to vast amounts of workers. Becomes necessary as, an increase of representation in these companies and, given that today is a utopia expected changes in legislation in this direction, it must deepen - and that is the end of this work - in the possibilities offered by our legal system - above all, through the prism of the freedom of Association - to remove all the opportunities that lead us to that end. Therefore you should take two paths: the first collective bargaining, through which you could extend the powers of the representative of the trade union section in the enterprise and its representative or spokesperson as well as also create unions in areas that exceed the work center and/or the company. Similarly, it could give to the various committees with joint participation that includes our legal system (Equality Commission) or Joint Committee of the collective agreement, for example of powers to be orphans of representation in small enterprises. As it should also promote the creation of agencies specializing in occupational health that they can extend its activity all companies without representatives of a sector and specific territory or commissions representing the most representative trade unions to address the restructuring.

The second route to follow - but that it will be inextricably attached to the above - would be the enabling organizational changes and strategies for action in the bosom of the same unions that facilitate that representativeness as the creation of sectoral sections which, subsequently, should lead to collective bargaining or Union use of elected office and time credit that, to the dessert, should also be reflected in the corresponding collective bargaining agreement.

“Si la parte más importante de la población ocupada lo hace en empresas en que no se celebran elecciones sindicales, ¿cómo aseguramos que hacemos valer adecuadamente sus intereses?”

M^a Fernanda Fernández López.

INTRODUCCIÓN Y ANÁLISIS **METODOLÓGICO**

Como puede deducirse del título y extraerse del resumen, el objetivo de esta tesis doctoral, consiste en juntar y luego desarrollar las ideas hasta ahora aportadas por determinados autores y, en cuanto fuera capaz, ofrecer otras, encaminadas a paliar la infra representación de los trabajadores en la pequeña empresa y en la microempresa¹ y todo ello, a través de un examen, siempre con espíritu crítico y desde un punto de vista jurídico, de las instituciones y figuras legales que se estudian.

Y ello, porque parto de que este déficit representativo suele llevar aparejado, sobre todo por la inexistencia de un control del cumplimiento de la legislación laboral², un quebranto de las condiciones laborales de los trabajadores, lo que puede suponer una afrenta a la dignidad de la persona (art. 10 CE) a la que deben dar respuesta tanto los poderes públicos (art. 9 CE) como los agentes sociales mediante la defensa y promoción de los intereses que les son propios (art. 7 CE).

¹ En adelante usaré el término pyme en minúscula para referirme a pequeña empresa y microempresa y PYME en mayúscula para cuando hable de mediana y pequeña empresa.

² En nuestro ordenamiento jurídico, el control del cumplimiento de la legislación laboral corresponde básicamente, además de a los representantes de los trabajadores, a los Inspectores de Trabajo y de la Seguridad Social a través de sus propuestas de imposición de sanciones o de sus actuaciones de advertencia y recomendación (arts. 48 y 49 LISOS). Sería recomendable pues, que *“en la aplicación de los programas de objetivos (...) las Inspecciones Provinciales (...) dispongan la programación interna (...) en consideración, entre otros, a los factores siguientes: c) la importancia, tipo y situación del centro o lugar de trabajo, o del sector o actividad; (...) f) el volumen de empleo de las empresas o sectores afectados”* (art 31 RD 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social). De esta manera, como en las pymes escasean los representantes de los trabajadores, los inspectores deberían, para compensar, centrar más en ellas su trabajo de vigilancia si bien, como indica Cruz Villalón, suele pasar todo lo contrario debido a la estrecha conexión entre la labor de control sindical y la subsiguiente de la Inspección dado que ésta actúa no solamente de oficio, sino también a instancia de parte mediante denuncia (art 13.1 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), particularmente de los sindicatos, lo que provoca que donde éstos están asentados sea donde haya más denuncias y, por lo tanto, donde dedique su tiempo y energía la Inspección (Cruz Villalón et al., 2003, p. 44).

Para llegar a esta principal premisa, que iré deshilando al desarrollar el trabajo, me debo preguntar, previamente, si esa falta de representación que se denuncia y la individualización de la interlocución entre empleador y empleados que conlleva, es “per se” nociva para los trabajadores que la padecen o, simplemente, me baso en una idea preconcebida asentada en mi ideología y lo único que me inspira es el proselitismo sindical por sí mismo³.

Y aquí podría tomar el camino de realizar prolijos estudios estadísticos, económicos y sociales con encuestas, datos y gráficas que corroboren la insuficiencia de las condiciones laborales de aquellos trabajadores⁴ o sustentarme, simplemente, en un conocimiento histórico del mundo del trabajo desde la revolución industrial, que nos

³ Hay autores que, ante la situación de mayor debilidad económica de las pymes en relación con las grandes empresas, consideran que deben estar entre las políticas dirigidas a la protección y promoción de aquellas, las encaminadas a la disminución de sus costes laborales que, para evitar el tratamiento discriminatorio de sus trabajadores, debieran asumir, en la parte disminuida, las Administraciones Públicas. Es decir, se trataría de adoptar *“medidas de apoyo directo de los poderes públicos a los empleados de las pequeñas empresas que fueran dirigidas a compensar, a modo de medidas de acción positiva, la situación de facto de peores condiciones de trabajo por el hecho de estar contratados en pequeñas empresas”* (Cruz Villalón et al., 2003, p. 23).

⁴ Se puede, no obstante, rastrear entre las estadísticas que realiza el Ministerio de Empleo y Seguridad Social signos de mayor precariedad, o al menos cierta desigualdad, de los trabajadores de las pymes en relación con aquellos que trabajan en empresas de mayor tamaño y que vendrían a corroborar el binomio: infra representación- precariedad:

Así, según la última Encuesta de Coyuntura Laboral (año 2012), en las empresas de 1 a 10 trabajadores los contratos a tiempo parcial suponían el 28,18% del total, situación que va bajando según el tamaño de la empresa: de 11 a 50 trabajadores el 19,88%; de 51 a 250 el 21,1% – vemos un ligero repunte – y, finalmente, de 251 trabajadores en adelante el 18,68%. Sin embargo, en cuanto a la temporalidad es similar, incluso algo inferior en las más pequeñas lo que se puede explicar por su carácter más familiar, en todo tipo de empresas: 20,6%, 22,4%, 23,6 y 23,6 respectivamente.

En cuanto a los trabajadores a tiempo completo, la jornada efectiva media por trimestre de cada trabajador era de 438,4 horas en las empresas de 1 a 10 trabajadores; de 433 en las de 11 a 50; de 426 en las de 51 a 250 y de 416,9 en las de 250 trabajadores en adelante y las horas no trabajadas por causas ocasionales (no se cuentan las vacaciones y festivas) eran de 9,8, 14,2, 18,35 y 21,55 respectivamente, lo que muestra las jornadas más extensas en las pymes a lo que tenemos que añadir las ingentes cantidades de horas extraordinarias que se solían hacer antes de la crisis económica en ellas y de las que no se dejaba rastro visible debido a la prohibición del artículo 35.2 ET y de su mayor coste en cotización.

Por otro lado, según las Estadísticas del FOGASA, en el año 2013 se dieron 197.341 órdenes de pago en empresas de 0 a 24 trabajadores y a partir de aquí descende el número: 13.782 en las empresas de 25 a 49; 8.395 en las de 50 a 99; 9.310 en las de 100 a 249; 1741 en las 250 a 499; 3.645 en las de 500 a 999; 111 en las de 1000 a 2499; 345 en las de 2500 a 4999 y solo 16 en las de 5000 en adelante lo que también se puede explicar por el mayor poderío económico de las grandes empresas multinacionales.

En cuanto a las retribuciones, la Encuesta Trimestral de Coste Laboral realizada por INE nos muestra que en el sector de los servicios el coste salarial ordinario en las empresas de 1 a 49 trabajadores en el tercer trimestre del 2014 es de 1310,76€; en las de 50 a 199 de 1652,19€ y en los de más de 200 trabajadores de 1955,57 diferencia importante que se mantiene en el sector de la industria con unos costes salariales ordinarios de 1546,91€; 2010,14€ y 2343,90€ respectivamente. Pero además, en las pequeñas empresas, existe una diferenciación añadida en las retribuciones pues *“en los pequeños talleres la referencia al convenio interprovincial de sector es sólo en términos de salario base, mientras que los complementos salariales se establecen de forma individualizada, vis a vis empresario trabajador”* (Martín Artiles, citado por Cruz Villalón et al., 2003, p. 63) con el riesgo de discriminación que ello conlleva.

Finalmente, en relación a la siniestralidad laboral, el número de trabajadores accidentados con lesiones en el sector servicios –donde más abunda la pyme como ya se ha comentado– en el año 2013 fue de 312.600 con un porcentaje del 65,30%, cifra que baja considerablemente en el sector de la industria a 84.300 con un 17,56% y, sorprendentemente más aún en el sector de la construcción con 44.700 y un 9,31% de porcentaje lo que solamente se puede explicar por el gran debacle de la actividad constructora tras el pinchazo de la burbuja inmobiliaria (Fuente: INE).

mostraría las angustias de los asalariados por cuenta ajena cuando no ha habido un equilibrio de las fuerzas del trabajo y del capital por la falta de representación de aquel, además de apoyarme en una lógica de la experiencia que muestra que, sobre todo, en escenarios de crisis, el necesitado, por estar en una situación de debilidad, tiende a aceptar condiciones ínfimas impuestas por el que está en una posición de mayor solidez⁵, tanto económicas como jurídicas –el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo está difuminándose tras cada reforma laboral– y no tanto por maldad o insensibilidad, que también habrá casos, sino por la perversión de un sistema económico de agigantada, y falseada, competencia de mercado donde, precisamente, son las pequeñas empresas las sometidas por las grandes multinacionales⁶ dado su dominio cuasi absoluto de los mercados de estas últimas en razón a sus capacidades de demanda y de oferta y, sobre todo, a su influencia en el sistema político y financiero⁷.

⁵ Como indica Pérez de Guzmán (Cruz Villalón et al., 2003, p.68) “en un contexto de altas tasas de desempleo, las condiciones de trabajo pasan a un segundo término ante la importancia de trabajar. Así, la salud laboral, la jornada o las horas extras son consideradas susceptibles de ser monetarizadas, y se aceptan las malas condiciones de trabajo o la sobreexplotación para conservar el empleo” como les ocurre a los contemporáneos de Tom Joad, protagonista de “Las uvas de la ira” de John Steinbeck o de Étienne Lantier, personaje principal de “Germinal” de Émile Zola que, ante el intento de oponerse a la explotación mediante el asociacionismo obrero, son represaliados de manera inmisericorde por los patronos valiéndose de las mismas fuerzas del orden público. Por lo demás, baste recordar también cualquiera de las novelas de Charles Dickens (*Oliver Twist*, *David Copperfield*, *Grandes esperanzas* o *Tiempos difíciles*, por ejemplo) o de otros escritores como Emile Zola (*Germinal*) o John Steinbeck (*Las uvas de la ira*) para poder observar la rapacería de los capitalistas en la Inglaterra y Francia del siglo XIX (o en la Norteamérica del XX) con sus obreros hacinados en la miseria por la imposibilidad de defender sus derechos de manera conjunta.

Finalmente, si al lector no le convencen los textos literarios, puede pasear su mirada por la infinidad de estudios sobre la situación obrera realizados por toda Europa en el siglo XIX (por ejemplo los informes de la Comisión de Reformas Sociales 1883-1903 en España, o los realizados por los socialistas utópicos Robert Owen, Henri de Saint-Simón y Charles Fourier el primero en Inglaterra y los segundos en Francia, sin olvidar toda la literatura marxista de Carl Marx y Friedrich Engels o la anarquista de Pierre-Joseph Proudhon y Mijail Bakunin).

⁶ Es cierto que la tendencia al abuso, en caso de falta de representación de los trabajadores, es directamente proporcional a lo grande que sea la empresa donde al desmedido poder, se suma la impersonalidad de la toma de decisiones en una persona jurídica que adolece de sentimientos. Sin embargo, aunque en menor medida, el pequeño empresario también mantiene un estatus jurídico de primacía, acentuado en los últimos tiempos que, aguijoneado por el competitivo sistema capitalista, puede desviarlo al atropello. No olvidemos, por lo demás, que “*si hay un rasgo prácticamente común a la política de mano de obra de todas las pequeñas y medianas empresas es el de la casi total adecuación de sus empleados a las necesidades productivas*” (Castillo, 1989, citado por Cruz Villalón et al., 2003, p. 54) lo que se manifiesta según Prieto en una “*gestión autocrática*” desarrollada, principalmente, en tres terrenos:

- El primero, en la asignación de las tareas que, reiteradamente, va más allá de la movilidad funcional. Es decir, que, por lo general, no puede hablarse de puestos, sino de un conjunto de faenas y un conjunto de trabajadores que las realizan según decide día a día el empresario.
- El segundo, en las retribuciones que, aunque se pueda respetar el convenio, se conceden con gran discrecionalidad e individualmente a cada trabajador.
- Y el tercero, en el tiempo de trabajo donde, igualmente, los trabajadores son más flexibles a las necesidades de las empresas (Cruz Villalón, 2003, p. 54).

Como señalan Blanco y Otaegui (1990, p. 96), “*la forma de mantener sus empleos y sus estatus en el seno de la (pequeña) empresa les lleva a una situación de pasividad fatalista, complementada por un fuerte individualismo -se compite siendo más amigo del jefe, trabajando más horas, aceptando menos dinero «en nómina», etc.*”-

⁷ A medida que las empresas se van agrandando, vienen a gozar de ventajas en costes asociados a economías de escala; unos precios más competitivos; un mayor poder de negociación con clientes y proveedores; mejor y mayor

A partir de ahí, fundamento mi trabajo en dos ideas: La primera es la del papel fundamental que los sindicatos, como defensores y promotores de los intereses económicos y sociales de los trabajadores (art.7 CE), vienen a desempeñar en un Estado Social y Democrático de Derecho y por tanto, la necesaria protección e impulso del hecho sindical como medio idóneo de lograr el amparo de los trabajadores a través de la canalización del conflicto y el logro de la cohesión social en el seno de las empresas y la defensa de la igualdad. La segunda es la de que nuestro ordenamiento, aunque obsoleto y con carencias, es suficiente para, con esfuerzo imaginativo, darnos, él mismo, el antídoto para los problemas que crea en materia de representación de los trabajadores.

Superado esta fase de entender que la representatividad es necesaria en el seno de las pequeñas empresas y microempresas y constatado lo exigua que llega a ser, nos debemos plantear qué podría mitigar este estado de cosas y lo primero que se le ocurre a un jurista es que ¡cambie la legislación! en el sentido de permitir la representación unitaria en las microempresas de menos de seis trabajadores y eliminar trabas en las de menos de diez así como elevar el número de delegados, además de ampliar su crédito horario en las pequeñas empresas⁸. No obstante, entiendo que en el contexto actual de crisis y falta de trabajo, pedir reformas al legislador en esa línea es como pedir peras a un olmo cuando la tendencia ha sido la contraria es decir, la de limitar los

acceso al mercado de capitales y, por tanto, a tecnologías más avanzadas y, finalmente, de mayores posibilidades para su internacionalización y a disponer de personal experto en gestión (Cruz Villalón et al., 2003, p.150), por lo que no tendría que extrañarnos que, con arreglo al DIRCE de enero de 2014, el 99% de las empresas dadas de baja en España fuesen microempresas lo que nos da una clara panorámica de la precaria situación de éstas ante aquellas. Sin embargo, no solo razones exógenas impiden la consolidación de las pymes sino que, como indica Silva Casal (2009 p. 9 de 17), deben tenerse en cuenta toda una serie de factores internos dependientes de la propia empresa y relacionados con una mala gestión empresarial no achacables al abuso de las grandes empresas tales como la inexistencia de un plan estratégico y, por lo tanto, de una visión a medio y largo plazo; desconocimiento de como agregar valor y transmitirlo a los clientes; escasa gestión en la información y en las tecnologías de la información y comunicación; insuficiente inversión en intangibles: formación de los trabajadores, I+ D + i, asesoramiento; localismo por falta de miras y por desconocimiento del inglés o la falta de una cultura de trabajo asociativo cuando está demostrado que el sistema de franquicias aumenta la esperanza de vida de las PYMES y, sobre todo, por no saber aprovechar sus potenciales como son su mayor fluidez en las comunicaciones entre trabajadores y la dirección; su mayor flexibilidad, que les posibilita tomar decisiones y adaptarse a los cambios del entorno rápidamente y una mayor aproximación al cliente, al que le puede ofrecer productos y servicios más adaptados a sus exigencias (Lawler, citado por Cruz Villalón et al., 2003, p. 150).

⁸ Podría el legislador fijarse en la legislación portuguesa, por ejemplo, que no establece una dimensión mínima a partir de la cual se permita constituir comités de empresa. Como dice Reis, *“el criterio deberá atender a la razón de ser del propio instituto de la representación: hacer posible o más fácil la relación entre el conjunto de los trabajadores y el empleador”* (Cabeza et al., 2013, p. 105). Si bien, esto tendría su explicación en que no existe la figura del representante unitario fuera del comité de empresa, lo que ahora nos interesa, es resaltar que no se establecen prohibiciones encaminadas a evitar la representación de los trabajadores en las empresas pudiendo ser como máximo dos en empresas de menos de cincuenta trabajadores (art 417 Código do Trabalho).

Recordemos al respecto, que en Alemania la Ley de Constitución de la Empresa (BetrVG) indica que procederá la elección del comité en empresas o establecimientos con más de cinco trabajadores de los cuales al menos tres sean elegibles (parágrafo 1.1).

derechos de representación y negociación colectiva⁹ profundizando así, el deterioro del mundo del trabajo.

Por ello, aun sabiendo que la capacidad de negociar y presionar por la parte social es cada vez más reducida, tenemos que desviar la mirada a la maltrecha negociación colectiva y, sobre todo, a un replanteamiento de las estrategias de acción y organización de la acción sindical que posibiliten que el sindicato llegue a los trabajadores de esas empresas.

En cuanto a la negociación colectiva, se necesitará la aquiescencia de la parte empresarial para introducir en los convenios colectivos cláusulas que favorezcan la representatividad lo que supondrá, posiblemente, contrapartidas y, necesariamente, una sugestiva argumentación en fase negociadora acerca de lo beneficioso de aumentar la misma. Y en relación a los cambios organizativos y de acción en el seno de los mismos sindicatos, aunque a priori podría parecer más sencillo, por no tener que depender de la conformidad de las empresas para emprender reformas, las tendencias dentro de las organizaciones –de todas en general– dependen de muchas variables en la que no son las de menos peso las inmovilistas que ponen dificultades a los giros que se quieran impulsar. A pesar de ello, creo firmemente que será desde los mismos sindicatos donde salgan las propuestas de solución y donde, aun con reticencias, se adopten las medidas que den salida al problema de la falta de representatividad en este, dejado de la mano de Dios –en este caso del legislador– mundo de la pequeña empresa.

* * *

Es escaso lo que se ha escrito sobre el tema que se pretende abordar y lo poco que se ha dicho, ha sido para señalar la problemática e inducir a la reflexión desbrozando de manera hábil una trocha en territorios que otros deseen explorar. Y ese es el reto de este trabajo, intentar profundizar en el examen de cuestiones que han apuntado e

⁹ La ley 3/2012, de 6 de julio afectó profundamente al régimen de la negociación colectiva quitando protagonismo a las partes, de las que no confía, para favorecer, sin embargo, a una de ellas en pro de la flexibilidad y de abrir nuevos espacios a la individualización de las relaciones laborales ya que: a) se restringe la ultraactividad a un año (art 86.3 ET) con la consecuencia de que, de no haberse llegado a un acuerdo para renovarlo, el convenio colectivo desaparecerá y ocupará su lugar el superior si lo hubiere y, de no haberlo, se corre el riesgo de que sea el ET con sus normas de desarrollo, entre ellas la que establece el salario mínimo interprofesional; b) se establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa (art 84.2 ET) rompiendo la regla de la no concurrencia de convenios (art 84.1 ET) y, sobre todo, las normas de estructuración de la negociación colectiva (art 83.2 ET); c) y se facilita, hasta el extremo, el descuelgue del convenio colectivo (art 82.3 ET) al ampliar las causas que lo posibilitan y, mayormente, al posibilitar mediante un arbitraje obligatorio, en el caso de que no se haya llegado a un acuerdo, su inaplicación (art 82.3 ET).

iniciado el camino entre otros muchos profesores M^a Fernanda Fernández López, Carlos Luí Alfonso Mellado, Gemma Fabregat Monfort, Eva Garrido Pérez, Julio Vega López o la abogada laboralista Ana Mejías García desde la plataforma de las IV Jornadas Confederales de UGT sobre “Representación y Libertad Sindical. La LOLS y la sección sindical en la pequeña y mediana empresa” celebradas en la Escuela Julián Besteiro el 10 de octubre de 2012 y cuyas ponencias se recogieron en un joyel con el mismo título. Y es este librito, el que me ha aguijoneado a intentar aportar mi esfuerzo para paliar la susodicha falta de representación que se traduce, en muchas ocasiones, en situaciones de indefensión y desprotección para los trabajadores de las pequeñas empresas y microempresas como ya se ha apuntado hasta la saciedad.

También, pero de una manera indirecta, se ha tratado la cuestión en los últimos seminarios hispano-italianos de Derecho laboral, concretamente los celebrados en Almagro los días 15 y 16 de noviembre de 2005 y en Cuenca los días 28 y 29 de junio de 2007 con profesores como Lorenzo Gaeta, Rosario Gallardo, Antonio Loffredo, Joaquín Pérez, Antonio Baylos o Simona Naimoni, entre otros. En estos seminarios se trataron, sobre todo, la temática de los empresarios complejos y sus efectos para el mundo del trabajo tanto para el Derecho individual del Trabajo como para el Derecho Colectivo y es que, la superación de la empresa fordista clásica por la empresa compleja ha roto los esquemas tanto del Derecho del Trabajo clásico anclado en un sistema productivo que ya no existe, como de las propias estructuras y estrategias sindicales que han quedado obsoletas ante la fabulosa ingeniería empresarial de las últimas décadas. En estos encuentros, aparte de su visión internacional y comunitaria, se deja clara la urgencia de que, por una parte, y dado que el titular formal del contrato de trabajo por el lado empresarial, está condicionado en su actuación por vínculos externos y, además los frutos del trabajo no le aprovechan a él solo, se sumen o integren en ese polo subjetivo del contrato los empresarios reales –empresa usuaria normalmente– asumiendo, por tanto, las obligaciones que del contrato se deriven. Por otra parte, se debe buscar el reequilibrio de las representaciones sindicales en los nuevos espacios de trabajo donde ya no hay una única empresa unitaria y uniforme sino un lugar donde confluyen distintas empresas cada vez más pequeñas, con distintos trabajadores que quedan desligados entre sí y por ello, sin capacidad de reacción colectiva tal como siempre han buscado las estrategias empresariales (Gaeta et al., 2010, p. 63).

Pero además de las obras mencionadas, para acometer el presente trabajo he tenido que acudir a toda una bibliografía sobre derecho colectivo y sindical que me diera la información necesaria acerca de las secciones sindicales y de los delegados sindicales que recoge la LOLS pues, sin ella, no tendría un suelo sobre el que transitar y asentar ideas que, de lo contrario, quedarían en el aire. Preciso es reconocer, pues, la influencia que han tenido en este trabajo obras como la de Luján Alcaraz, “La acción sindical en la empresa. Marco legal y desarrollo convencional”, la colectiva dirigida por Pérez de los Cobos “Ley Orgánica de Libertad Sindical, comentada y con jurisprudencia” y, sobre todo, los manuales de Carmen Agut destacando, entre ellos, el que fue su tesis doctoral “El sindicato en la empresa (Secciones y delegados sindicales)” y los fabulosos trabajos sobre las relaciones laborales en las pequeñas empresas, tanto en España como en el Europa, encabezados por Cruz Villalón desde la Universidad de Sevilla.

Por lo demás, aparte de las fuentes legales y jurisprudenciales, tanto del Tribunal Constitucional como de los tribunales ordinarios, necesarias en todo trabajo jurídico, es inexcusable mencionar las fuentes convencionales, tan propias del Derecho del Trabajo, que han sido examinados y que, necesariamente por razones obvias, han tenido que ser acotadas prefiriendo el ámbito estatal por su plasmación de criterios generales y, por qué no decirlo, por la sencillez y prontitud de su consulta que se ha llevado a cabo en todos aquellos convenios colectivos publicados en el año 2013 en nuestro país.

* * *

En desarrollo del fin general, los objetivos específicos del trabajo se centran en procurar extraer todas las posibilidades a las diversas instituciones que pueden servir al acrecentamiento de la representatividad en las pequeñas empresas. Entre ellas, como la más relevante, la sección sindical de la empresa y, dentro de la misma, su portavoz, o delegado interno, como figura principal llamada a realizar los papeles más notables para ello. Como consecuencia, se examina tanto la sección sindical como al delegado sindical de la LOLS para que nos sirvan de referencia y punto de apoyo en lo que deba ser y hacer una y otro –en la figura del delegado interno– en la pequeña empresa sin olvidar a los representantes unitarios pues sus derechos y facultades son susceptibles, también, de ser asumidos por los portavoces a través de la negociación colectiva.

Sin embargo, al estudiar la sección sindical se verá que su encorsetamiento a la empresa o al centro de trabajo le limita en su labor representativa cuando se trata de afrontar las nuevas realidades de organización empresarial, además de que la superación de ese ámbito a otros más amplios, puede facilitar sus funciones representativas al ganar perspectiva y, sobre todo, equilibrar la carga de sobrellevarla al extenderla a un mayor número de pequeñas empresas y microempresas lo que las hace más soportable desde el lado empresarial e, incluso, beneficioso al conseguir un interlocutor solvente que tienda a uniformar las condiciones de trabajo y, por tanto, a evitar el *dumping social* y la competencia a través de los costes laborales.

También se explora la figura del cargo electivo ex artículo 9.1 de la LOLS como pieza clave de penetración en las pequeñas empresas y, por consiguiente, de exportador de medidas de representatividad a las mismas condición predicable, igualmente, de las distintas comisiones que recoge nuestro ordenamiento con composición paritaria y fines laborales como la de igualdad o la misma comisión paritaria del convenio colectivo. La primera, con el fin de lograr la igualdad de trato y de oportunidades, puede llevar la representación social de la misma a las pymes y con esto, conseguir la introducción del sindicato en ellas, la segunda, a través de una subcomisión de representatividad, podría obtener los mismos resultados si bien, en un primer momento, resolvería, hasta que se creasen las secciones sindicales, de manera más o menos adecuada, el problema de la infra representación de los trabajadores.

Finalmente, también se tratará en profundidad a la comisión representativa ex artículo 41.4 del ET como medio para que los sindicatos más representativos se introduzcan en las pymes con ocasión de las reestructuraciones empresariales que precisen de consultas con los trabajadores, como también se examinará la posibilidad que ofrece el artículo 35.4 de la LPRL de crear organismos especializados en prevención de riesgos laborales que puedan extender sus actividades a todas aquellas empresas y microempresas sin representantes de un sector y territorio determinado. Ambas, pueden ser también embajadoras de los sindicatos en las pymes.

* * *

Desde el punto de vista formal, el trabajo se estructura y expone en cuatro partes: En el título primero de la tesis se presenta al lector el estado real de la situación, en relación a la falta de representatividad, en las pequeñas empresas y microempresas que es, como

ya se dijo, el motor de esta investigación. Y así, tras un breve prólogo, se entrará a estudiar las causas de tal desafuero en los dos primeros capítulos. En el primero, podrá observar el lector la insuficiencia del Estatuto de los Trabajadores a la hora de tratar la representatividad en las pequeñas empresas al negar la representación unitaria en los centros de trabajo de menos de seis trabajadores, al poner dificultades en los de menos de diez y en impedir los comités de empresa en los de menos de cincuenta. Por su parte, la LOLS, norma superada por los acontecimientos, no lo pone tampoco fácil al regular la representación sindical en la empresa pero, al menos, deja resquicios para que los sindicatos suplan la falta de representantes legales en las pequeñas empresas y microempresas y es de esta norma sobre todo, de donde tiene que tirar el investigador para superar esa falta de representatividad. Y en nuestra ayuda, el cuarto capítulo vendrá a alumbrarnos las posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento jurídico con la Constitución a la cabeza para, potenciando el hecho sindical, mitigar la falta de representatividad en aquellas empresas.

Pero no solo a la legislación se le puede achacar el desamparo de los trabajadores en las pequeñas y microempresas. En el segundo capítulo se estudian las causas atribuibles a los mismos sindicatos que, con sus vetustas estructuras organizativas basadas en un mercado de relaciones laborales que tomaba como referente la empresa fordista clásica, y sus estrategias de acción sindical obsoletas, no están sabiendo llegar, de manera apropiada, a esos miles de trabajadores de esas empresas que han quedado, en todo momento, extramuros del resguardo sindical.

Y de esa falta de tutela sindical y de sus efectos trata el capítulo tercero de esta primera parte del trabajo. Y en él, se pretenderá mostrar la paradoja de que, no solo los trabajadores sufren la falta de representatividad en las empresas, sino que también éstas arrastran secuelas al no haber un interlocutor que canalice los descontentos y conflictos que puedan surgir en ellas, además de impedir una estrecha colaboración – cada vez más el sistema de cogestión está calando en España sobre todo donde hay importante presencia sindical– entre los trabajadores y los empresarios.

El título segundo del trabajo ingresa ya en las posibles soluciones que desde la negociación colectiva y desde las reformas estatutarias sindicales podrían aliviar nuestro problema, teniendo siempre presente que ambas están estrechamente interrelacionadas además de que muchas de las medidas internas de organización y

estrategia sindical que se puedan adoptar, tendrán que plasmarse, necesariamente, en la negociación colectiva.

La sección sindical es la primera institución que se examina. No en vano, la sección es el sindicato en la empresa además de que será a través de ella como se ejerciten los derechos de actividad sindical en la misma. Y es que, opino que estudiando toda la batería de derechos que le otorga la LOLS a la sección sindical¹⁰ y buscando la interpretación más amplia y favorecedora a la libertad sindical, se pueden lograr vías que aumenten la representatividad en las pequeñas empresas y microempresas. Y lo mismo ocurre al ilustrarse de la figura del portavoz sindical, pues será por medio de él que la sección actúe en la empresa además de que, conociendo al delegado sindical de la LOLS y, por extensión, al representante unitario del ET, se pueden extrapolar algunas de sus facultades y garantías a la negociación colectiva siempre con el mismo fin de desarrollar la libertad sindical y, a la postre, la representatividad en las pequeñas empresas.

Pero la sección sindical “básica”, la regulada por la LOLS, puede resultar insuficiente para acometer la ampliación de la representatividad de los trabajadores, por lo que se hace necesario explorar nuevas formas de estructurarse el sindicato, en virtud de su capacidad auto organizativa, que permitan situarlo por encima del centro de trabajo y/o la empresa abarcando así a colectivos que quedarían extramuros de la tutela sindical. Las secciones sindicales sectoriales, territoriales o de ubicación a través de “los delegados de sector” y de “establecimiento” serían, creo, las llamadas a suplir esa exigua presencia sindical en las pequeñas empresas ya que no se restringen a la estrechez del centro de trabajo, donde extrapolar las facultades y garantías de los delegados sindicales de la LOLS se hace extremadamente difícil por su coste para el pequeño empresario y porque, al tiempo, se solidariza su peso en una especie de mutualismo empresarial en un determinado territorio o sector.

Estudiadas las secciones sindicales y a sus representantes el portavoz y el delegado de sector, se abordará, en el título tercero del trabajo, una figura esencial para los fines que se persiguen en él, pues el cargo electivo sindical de un sindicato más

¹⁰ A la hora de exponer los derechos imputables a las secciones sindicales debe diferenciarse según se trate de una sección sindical más representativa y/o con representación unitaria en la empresa, que tendrán todos los derechos que otorga la LOLS más el derecho a la negociación colectiva estatutaria, el derecho al tablón de anuncios, el derecho a un local adecuado y el derecho a la promoción de elecciones a representantes legales en las empresas, y el resto de las secciones sindicales que a excepción de los derechos anteriores, gozarán de todos los demás que enseña la LOLS (artículos 6 y 8 de la LOLS).

representativo puede acceder, bajo determinadas condiciones y requisitos, a los centros de trabajo para llevar a cabo actividades sindicales lo que supone, un potencial caballo de Troya que engendre sindicalistas y militancia en las micro y pequeñas empresas y, con ello, suavizar la falta de representatividad en éstas.

A continuación, en el título cuarto abordo determinados órganos de representación específica que prevé nuestro ordenamiento laboral y que podrían aprovecharse para suplir la falta de representación de los trabajadores en las pymes. Así, en el capítulo primero, hago un análisis más pormenorizado de la ya tratada, con ocasión del estudio de la sección sindical, comisión *ad hoc* ex artículo 41.4 del ET que nos solventará la papeleta en las reestructuraciones empresariales; en el capítulo segundo extraigo todas las posibilidades que ofrece el artículo 35.4 de la LPRL para ganar representatividad en las pequeñas empresas y microempresas; en el tercero me centro ya en los órganos de composición paritaria con la comisión mixta del convenio como principal bastión del que se desgajarán una subcomisión de representatividad que se pondrá en funcionamiento cuando no se pueda levantar el entramado de las secciones sindicales y, en los capítulos cuarto y quinto, una de igualdad y otra de despidos. Todas ellas, gracias a que en su seno hay representantes de los trabajadores, pueden ayudarnos, indirectamente, a mitigar la infra representación en las pymes.

Obligatoriamente, tras un escueto índice de los convenios colectivos consultados, el trabajo debe finalizar con unas breves conclusiones que valoren los resultados, muestren los obstáculos hallados para su elaboración así como los vacíos que quedan en la labor investigadora y, al tiempo, extraigan, de manera resumida, las mejores ideas que hayan surgido en la investigación y a ello se dedicará la última parte de la tesis.

* * *

TITULO PRIMERO.

ESTADO ACTUAL DE LA SITUACIÓN: LA INFRARREPRESENTACIÓN EN LA PEQUEÑA EMPRESA Y MICROEMPRESA.

La escasa o nula presencia de representantes de los trabajadores en las pequeñas empresas (menos de 50 trabajadores según las define la Recomendación 96/280/CE) y en las microempresas (menos de 10 trabajadores según la misma Recomendación)¹¹ es un hecho incontestable desde los primeros tiempos de nuestra democracia que, según la opinión más extendida, tiene sus causas en nuestra legislación laboral y en la estructura y funcionamiento de los sindicatos¹².

¹¹ Además de por el número de trabajadores, las pymes, así como también las medianas empresas, se caracterizan por ser organizaciones cuya propiedad y administración se identifican y recaen en individuos o núcleos familiares; por tener una pequeña cuota de mercado de ámbito local; tener una estructura productiva intensiva en trabajo y con escasa tecnología; con una estructura organizativa simple privada de capital humano especializado en técnicas de gestión y dirección y con dificultades para acceder a las fuentes de financiación a medio y largo plazo (Durán, Salas y Santillana, citados por Cruz Villalón et al., 2003, p. 150).

La propia Comisión en la Recomendación (2003/361/CE), que sustituye a la (96/280/CE), añade otros parámetros que ayudan a delimitar las pymes: así por ejemplo, si el volumen de negocios y el balance general es igual o menor a dos millones de euros estaremos ante una microempresa, si ambos son igual o menores a los diez millones estaremos ante una pequeña empresa.

¹² Pero no solo en España existe un carencia de representación en las pequeñas empresas: En Alemania, a parte de la imposibilidad de que haya representantes en las empresas de menos de cinco trabajadores, como ya vimos, la doctrina sostiene que los motivos de esta falta de representación se debe, en primer lugar, porque se presume que las relaciones empresario-trabajadores son fluidas y sin aristas haciendo innecesario un canal de representación; en segundo lugar porque los trabajadores no ejercitan su facultad promotora como tampoco lo hace el sindicato; y por último, porque aun en el caso de que se dé la promoción electoral, hay escasez de candidatos para ocupar puestos de representación dado que es muy usual que el empresario presione a sus trabajadores para que no lo hagan pues “*al empresario no siempre le gusta que se forme el comité, sobre todo en las pequeñas empresas*” (Wassermann, citado por Cruz Villalón et al., 2006, p. 62).

Por lo demás, en Francia, salvo acuerdo de mejora, solo en empresas o centros de trabajo de más de diez trabajadores contarán con délégués du personal (art L 2312-1-2); en el Reino Unido, su ordenamiento dispone de un procedimiento obligatorio de reconocimiento empresarial de sindicatos en la empresa siempre que ésta cuente con más de veinte trabajadores hasta el punto de que si se reduce el número por debajo de este umbral, el empresario podría proceder a desconocer al sindicato previamente reconocido (Schedule 1^a apt 7 del Trade Unions Relations Act 1992). La única opción, por tanto, en estas empresas es que los empresarios acepten la presencia sindical en sus centros de trabajo; y en Italia se impide la constitución de representaciones sindicales –sustituidas por las representaciones sindicales unitarias– en unidades productivas de menos de 16 trabajadores si se trata de empresas comerciales o industriales o de seis si son agrícolas (art 35 del Statuto dei Lavoratori).

1.1. CAUSAS ATRIBUIBLES A NUESTRO ORDENAMIENTO.

En efecto, nuestra normativa laboral se ha decantado por una representación no sindical en la empresa –grande o pequeña– es decir, por la denominada representación unitaria integrada por delegados de personal y comités de empresa en lugar de la sindical constituida por delegados sindicales¹³ pues, para que éstos últimos existan con competencias significativas y con las mismas garantías que aquellos, se necesita que en el centro de trabajo, que no la empresa, –por lo que se restringe todavía más su realidad– ocupe a más de 250 trabajadores (art. 10.1y 3 de la LOLS). Pero es que además, para que haya representantes unitarios elegidos por procedimiento electoral se necesita que el centro de trabajo ocupe a más de 10 trabajadores pudiendo constituirse el comité de empresa solo si están censados como mínimo 50 empleados (art. 62.1 y 63.1 del ET)¹⁴.

¿Y qué ocurre con las microempresas? Pues que si la empresa o centro de trabajo cuenta, al menos, con 6 trabajadores, podrán elegir un delegado de personal si así lo

¹³ Sin embargo, en la práctica, es el sindicato el que desarrolla la autonomía colectiva y la participación en las empresas ya que las candidaturas suelen estar sindicalizadas y los delegados de personal o miembros del comité de empresa son, a la par que mandatarios de sus electores, representantes de sus sindicatos. Esto tiene una causa y una consecuencia. La primera es que la mayor representatividad de los sindicatos se logra a través de la audiencia electoral (arts. 6 y 7 LOLS) por lo que es asunto prioritario para los sindicatos lograr el mayor número de delegados en las elecciones sindicales lo que conlleva una elevada competencia entre ellos con altos costes económicos que, paradójicamente, no se traduce en afiliación porque *“el trabajador votante ve más cercano al órgano elegido que realmente al sindicato que actúa en su interior, y porque el poder sindical y negociador se obtiene por la vía electoral, siendo intrascendente el dato afiliativo, más en una opción de convenio de eficacia general”* (Lahera et al., 2010, p.32) La segunda es que los órganos de representación unitaria, aún sindicalizados, no son titulares ni ejercen la libertad sindical (Lahera, 2010, p. 31) lo que tiene como consecuencia una menor protección de la acción sindical en la empresa.

¹⁴ Ello provoca el llamado “efecto límite” consistente en que algunos empresarios tienen en cuenta ese margen a la hora de contratar más trabajadores que lo superen (Biagi, citado por Cruz Villalón et al., 2003, p. 111).

Es por ello, que el momento que se tiene en cuenta, a la hora de hacer el cómputo de los trabajadores, es el de la fecha de la convocatoria de la elección, es decir, cuando se presenta el preaviso electoral en la oficina pública lo que imposibilita que el empresario pueda hacer alguna maniobra encaminada a disminuir el volumen de su plantilla que evite las elecciones a representantes de los trabajadores (Cruz Villalón et al., 2003, p. 113) pero que puede agudizar nuestro problema por el motivo de que a efectos de determinar el número de representantes *“los contratos por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección. Cada doscientos días trabajados o fracción se computará como un trabajador más”* (art 72.2.b ET) pues podrían dejarse fuera todos aquellos trabajadores con contrato de duración inferior a un año que en el momento de la convocatoria no tuviesen contrato vigente, y ya sabemos de la crónica temporalidad de nuestro mercado de trabajo desde siempre acentuada en la pequeña empresa.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que aunque se trata de un mandato legal, como no están previstos mecanismos concretos para sancionar a los empresarios que no auspicien las elecciones a representantes de los trabajadores –solo se contempla la transgresión de los deberes materiales de colaboración en los procesos electorales (art 8.7 LISOS)– se puede producir un quebranto de la tutela colectiva de aquellos ya que no es lo mismo una actitud activa de fomento que un soporte pasivo de sus obligaciones.

deciden aquellos por mayoría (art. 62.1 ET)¹⁵ por lo que se complica en gran medida la elección ya que, en principio, debería haber dos votaciones: una para decidir si eligen a un delegado, y otra para la misma elección. Irremediablemente, a sensu contrario, los centros de trabajo con menos de seis trabajadores carecerán de representación unitaria¹⁶ sustentándose ello, por una parte, en la creencia de que los problemas que puedan darse en estos centros, se pueden resolver directamente por los propios actores, sin necesidad de apoyarse en una representación de intereses generales (STS de 31 de enero de 2001, RJ 2001/2138) y por otra, en la idea que impregna nuestro ordenamiento por la proyección del Derecho Comunitario, claramente expresada en el artículo 137.2 b) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, al señalar que las Directivas en materia social “evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas”¹⁷.

Empero, ya vimos que el que la empresa sea pequeña no supone que haya paridad entre las partes del contrato de trabajo pues el empresario, además de una posición fáctica de poderío acentuada por la actual crisis económica, tiene un estatus jurídico de imperio sobre el trabajador que le otorga –cada vez más tras cada reforma laboral– el ordenamiento tanto en la dimensión individual como en la colectiva de las relaciones laborales dentro de su empresa.

¹⁵ Copia, así, el legislador español al alemán que en La Ley de Comités de empresa (Betr VG) establece, como ya vimos, la posibilidad de que haya representante legales de los trabajadores cuando el centro de trabajo cuente, como mínimo, con más de cinco trabajadores de los cuales tres sean elegibles (art 1).

Por su parte el Derecho francés, como ya se dijo, solo exige que haya delegados de personal en empresas con once o más trabajadores y, si hay menos, únicamente por vía convencional se podrán crear (art L.421-1 del Code du Travail).

¹⁶ Y lo peor de todo es que en muchas de aquellas microempresas o pequeñas empresas donde se haya podido llevar a cabo un procedimiento electoral, éste se efectúa *pro forma*, es decir, que el representante elegido no llega a ejercer realmente sus funciones representativas frente al empresario por el motivo de la intensa influencia de éste en aquél a consecuencia de los fuertes lazos de parentesco, amistad o vecindad que suelen darse entre ambos “*de hecho* –como dice Cruz Villalón– *permanece un sistema de fuerte individualización de las relaciones laborales y, sobre todo, está ausente cualquier tipo de control colectivo del cumplimiento de la normativa laboral*” (Cruz Villalón et al., 2003, p. 43). Lo que nos lleva a pensar, que las estrategias de selección de los representantes de las pequeñas empresas llevadas a cabo por los sindicatos tendrían que replantearse en el sentido de, por ejemplo, impedir que estén en sus listas candidatos no afiliados o aquellos designados por los propios empresarios como condición para abrir sus puertas al sindicato ya que, no “*es infrecuente que los empresarios tengan una cierta iniciativa electoral, bien para oponerse al proceso, bien para dirigirlo al sindicato que le parezca más adecuado*” (Miguel y López, 1989, citado por Cruz Villalón et al., 2003, p. 61).

¹⁷ Basándose en la misma idea de protección de las pymes, hay quien sostiene que la constitución de órganos de representación puede promover una *lógica de conflicto* que amenace la estabilidad de las pequeñas empresas (Perulli, citado por Cruz Villalón et al., 2006, p. 161). Es decir, entiendo que, para este autor, lo mejor para la supervivencia de las microempresas es “*la paz de los cementerios*” que impida a una de las partes, siquiera, exponer el desacuerdo con lo que se evita “*la lógica de la canalización del conflicto*” además de que se olvida, maliciosamente creo, el papel de cooperación y concurso que suele tener la representación de los trabajadores en las empresas.

Por otro lado, no creo que la representación de los trabajadores pueda ser entendida como una traba que obstaculice la creación o el desarrollo de las microempresas cuando se implante de una manera sensible a su debilidad económica como se expone en este trabajo, además de que, pienso, que el impedirlo sí que podría chocar con los principios de igualdad y no discriminación recogidos tanto en el Derecho Comunitario como en el español¹⁸.

Todo lo anterior se vuelve más sombrío si nos atenemos al cuadro empresarial español que muestra la estadística de empresas inscritas en la Seguridad Social en septiembre de 2014 pues de las 1.245.245 dadas de alta en la Seguridad Social como empleadoras:

- 705.310 tenían 1 ó 2 trabajadores
- 272.268 tenían entre 3 y 5 trabajadores
- 114.486 tenían entre 6 y 9 trabajadores
- 128.842 tenían entre 10 y 49 trabajadores
- 24.339 tenían 50 ó más trabajadores, pero de ellas 20.526 tenían menos de 250 y solamente 3.183 tenían más de 250 trabajadores.

Según vemos, 977.578 empresas carecerían de representantes unitarios y, como señala Alfonso Mellado (Fernández et al., 2013, p. 52), en otras muchas –más de ciento catorce mil– la mayor parte no los tendrán tampoco al no existir acuerdo mayoritario al respecto.

Ello supone que, más de un millón de empresas –el 87% de los empleadores¹⁹– se queden sin representantes unitarios cifra que, seguro será más elevada pues, como

¹⁸ En el Derecho Comunitario mencionar la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2000/43, de 24 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico o la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Y es que, una cosa es la eliminación de trabas *administrativas* para las microempresas como la supresión de gestiones para su creación o de barreras *financieras* como sería el dotar al presupuesto de un lote de ayudas y bonificaciones encaminadas a formación o seguridad en esas empresas y otra muy distinta la anulación de medidas *jurídicas* que posibiliten un trato desfavorable y discriminatorio a los trabajadores de las pymes o supongan una clara conculcación del principio de libre competencia.

¹⁹ El Observatorio de las PYMES de la Unión Europea en su informe de 2012 señala que el 93% de todas las empresas europeas tienen menos de 10 empleados. En concreto apunta que existen 20,5 millones de empresas en el

apunta el mencionado profesor, los datos son de empresas y lo que se tiene en cuenta a efectos de cómputo, como ya vimos, es el centro de trabajo y no la empresa y puede que ésta cuente con dos centros o más, pero que en ninguno de ellos llegue a seis trabajadores y, por lo tanto, tampoco haya representantes unitarios.

Y ello, no puede arreglarlo la negociación colectiva en el sentido de crear representaciones unitarias en las empresas o centros de trabajo con plantillas inferiores a seis trabajadores debido a que, como indica Mejías García (Fernández et al., 2013, p. 74), los tribunales vienen opinando que las normas que regulan el Título II del ET, relativas a los derechos de representación colectiva y de reunión son de *ius cogens* y, por lo tanto, indisponibles por la negociación colectiva.²⁰

Y también es inútil pretender, en el caso de empresas con centros de trabajo dispersos, agrupar los trabajadores de los distintos centros con menos de seis empleados para conseguir uno o tres (según la plantilla) delegados de personal. Y ello, porque la jurisprudencia viene negando sistemáticamente tal posibilidad al entender que en “el sistema legal de representación de los trabajadores la regla general, confirmada por la

Área Económica Europea (AEE) y Suiza, las cuales proporcionan empleo a 122 millones de personas. Aproximadamente el 93% de estas empresas son micro (0-9 empleados), el 6% son pequeñas (10- 49 empleados), menos del 1% cuentan con un tamaño mediano (50-249) y únicamente el 0,2% corresponden a grandes empresas (250+). De todas estas empresas, cerca de 20 millones se encuentran radicadas dentro de la Unión Europea.

Por otro lado, con un promedio de 6 personas, las empresas europeas son relativamente pequeñas: las empresas japonesas emplean de media a 10 personas y las americanas a 19 personas. De esta manera, las PYMES proporcionan el 33% del empleo total en Japón y el 46% en EEUU, mientras que en Europa supone un 66% el empleo generado por las PYMES (<http://divulgaciondinamica.blogspot.com.es/2012/10/informe-sobre-as-pymes-europeas-en-el.html>). Y ya dentro de Europa, en España el número medio de trabajadores era, según Eurostat, de 4,7 en 2014. Esta cantidad solo es menor, entre los países grandes de la UE, en Italia (cuatro empleados) siendo que en Francia son 5,7; en Reino Unido 11 y en Alemania 11,7. (El País. Negocios. 22 de febrero de 2015).

²⁰ Por ejemplo, la STSJ de Navarra de 31 de diciembre de 2002 declaró la nulidad de todos los preavisos electorales de los centros de trabajo de la empresa Estacionamientos y Servicios SA que incluían centros con menos de seis trabajadores. (Fernández et al., 2013, p. 74).

Recordemos que el artículo 57 del Convenio colectivo estatal de Estaciones de Servicio dice que “*Los trabajadores tendrán derecho a elegir, cuando menos, un representante por estación de servicio, siempre que la plantilla de ésta sea superior a cuatro trabajadores, con los derechos reconocidos a los delegados de personal en la legislación vigente*”.

Por otra parte, hay quien opina que, incluso en las pequeñas empresas que sí se podría lograr esa representación unitaria, el esfuerzo es tal en relación con los inconvenientes que se darían, que sería mejor pensarse mucho optar por esta vía de presencia sindical en la empresa pues habría que convocar elecciones en todas aquellas empresas que no cuenten con representación, buscar candidatos que se vinculen con el sindicato además de, claro está, ganar las elecciones (Fernández et al., 2013, p. 56). A ello se le podría añadir el que esta representación desincentiva la militancia ya que los trabajadores –incluidos los mismos delegados de personal, muchos de los cuales no están afiliados a las organizaciones por las que se presentan– se benefician de ella estén o no afiliados a los sindicatos que promovieron las elecciones y presentaron las candidaturas.

Sin embargo, hay que reconocer que esta representación tiene una legitimidad democrática al ser electiva además de que posibilita la presencia de los sindicatos en las empresas y, paradójicamente, contribuye al aumento de afiliados en las empresas como deja constancia la ECVT 2010 que muestra como la tasa de afiliación media (18,9%) asciende al 30% en las empresas que cuentan con representación unitaria y desciende al 9,6% en las que no disponen de ellas (Beneyto, 2014, p. 17).

única excepción prevista en el artículo 63.2 ET para un supuesto especial, es que el centro de trabajo constituye la unidad electoral básica” (STS de 19 de marzo de 2001, ROJ: STS 2160/2001).

Como consecuencia, los trabajadores o sindicatos no pueden elegir libremente la unidad electoral es decir, la empresa en su globalidad o los específicos centros de trabajo en el sentido de que si lo hacen por aquella, no estarían sometidos a los límites del artículo 62 del ET y, por tanto, podrían elegir delegados de personal o, en su caso, comités de empresa –salvo, en este último supuesto cuando la empresa tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen pues entonces sí se podrá constituir un comité de empresa conjunto (art. 63.2 ET)– aglutinando los trabajadores de los distintos centros de trabajo²¹. Como dice Lahera

²¹ En la mencionada sentencia los sindicatos recurrentes (UGT, CCOO y CGT) indican, para apoyar su postura favorable a las elecciones, que la interpretación de los arts. 62 y 63.2 ET habría de hacerse tratando de impulsar y ensanchar el derecho de representación reconocido en el artículo 129.2 CE así como de evitar situaciones de desigualdad vedadas por su artículo 14 para supuestos iguales. Y como respaldo de lo anterior, esgrimen dos líneas argumentativas:

La primera parte de una interpretación amplia del artículo 62 ET en cuya virtud, los términos “*empresa o centro de trabajo*” se usan en este artículo de manera alternativa y no excluyente y, como consecuencia, al ser los trabajadores los titulares del derecho de representación, podrán elegir entre la empresa en su conjunto o cada uno de los centros de trabajo que la componen a la hora de convocar elecciones sindicales, lo que posibilitará que se puedan elegir delegados de personal en empresas que tengan más de diez trabajadores pero repartidos en diversos centros de trabajo que ocupen menos de seis.

La segunda línea de razonamiento entiende que a esa misma conclusión debe llegarse por la vía de la aplicación analógica de las normas ex artículo 4.1 cc al considerar que es válida, para el artículo 62, la fórmula de agrupación electoral provincial que prevé el artículo 63.2 ET para la constitución de comités de empresa. Es decir, que se podrían elegir delegados de personal en aquellas provincias donde los centros de trabajo, por sí solos, no alcancen los seis trabajadores pero, en su conjunto, superen los diez (Fj. 3).

Sin embargo, el Tribunal Supremo, partiendo, como ya hemos visto, de que el centro de trabajo constituye la unidad electoral básica, razona que en la expresión “*empresa o centro de trabajo*” que usa el artículo 62 del ET no debe entenderse la conjunción disyuntiva de una manera alternativa sino de diferenciación – distingue entre la empresa de organización simple y compleja – por lo que en estas últimas, donde no hay equivalencia entre empresa o centro de trabajo, necesariamente debe ser éste la unidad electoral a tener en cuenta.

Por lo tanto “*no es posible, en ningún caso, la celebración de elecciones para delegados de personal en empresas o centros de trabajo que cuenten con menos de seis trabajadores; los promotores de tales elecciones no pueden alterar la única unidad electoral básica establecida por la ley para éstas; y no cabe su convocatoria y celebración en un ámbito superior al centro de trabajo mediante la agrupación de varios de ellos con la finalidad de obtener, por esa vía, una representación distinta en número o calidad a la querida por la ley*” (Fj. 7).

Por lo demás, el alto tribunal tampoco admite la vía de la analogía y ello porque, según él, falta el presupuesto imprescindible para que opere la aplicación analógica de las normas, a saber: que éstas no contemplen el supuesto específico objeto de discusión (art 4.1 cc) ya que, “*la ley regula el sistema electoral mediante dos ordenaciones distintas y separadas cada una de ellas compleja y suficiente en sí misma, puesto que contiene reglas para todos los supuestos, incluidas “a sensu contrario”, las que vedan la promoción y celebración de elecciones en los centros de trabajo o empresas con menos de seis trabajadores o la concentración de centros para alcanzar un número suficiente de trabajadores que permita la elección de delegados de personal provinciales o de comités de empresa de ámbito estatal*” (Fj. 9).

Empero, para terminar la exposición de esta interesante sentencia, hay que resaltar que el mismo Tribunal Supremo deja abierta la posibilidad, aunque sin mojarse obviamente, de que pudiese mejorarse mediante la negociación colectiva el sistema previsto en el artículo 62 ET al modo como lo regula el artículo 63.3, en relación al comité intercentros, del mismo texto legal no en vano, “*la solución que propugnan los recurrentes, con indudable apoyo en*

(Lahera et al., 2010, p. 24), la cantidad total de trabajadores de la empresa pluricelular es indiferente en la configuración de la representación legal electiva y en la determinación de la unidad electoral y ello, además de impedir la concentración de trabajadores para posibilitar la elección de representantes, diverge lo que son las competencias de los representantes articuladas en torno a la empresa (art. 64 ET) y la implantación de aquellos en los centros de trabajo. Es decir, “hay un desfase entre la toma de decisiones, por empresa o grupo, y la acción de representación por centro” (Lahera et al., 2010, p. 32).²²

Es cierto que podría acudirse a la representación sindical –y de eso se tratará en este trabajo– pero se necesitaría explorar las múltiples posibilidades que ofrece la legislación social, pues si nos atenemos a lo actualmente regulado en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, la sección sindical, si bien puede estar en cualquier centro de trabajo o empresa como veremos, no podrá acceder a un representante sindical con las mismas garantías y competencias que los unitarios si aquel no cuenta, al menos, con 250 trabajadores como ya se dijo además de que aquella, tenga miembros en el comité de empresa (art. 10 LOLS)²³.

Finalmente, existen en nuestro ordenamiento otras causas que, buscando ampliar la cobertura de los sindicatos, paradójicamente, han provocado que las pequeñas empresas queden desangeladas de la presencia de representantes de los trabajadores

autorizada doctrina científica, es ciertamente atractiva en línea de principios y esta Sala no tendría inconveniente alguno en asumirla si se tratara de un debate "de lege ferenda", por ser evidentemente más favorecedora del derecho de representación de los trabajadores en la empresa, que la adoptada por la sentencia recurrida. Porque nuestra Constitución, como propia de un Estado social y democrático de derecho, propugna la participación de los trabajadores en el funcionamiento de la empresa, aunque no en el art. 37 que los recurrentes invocan sin duda por error, sino en el art. 129.2 C.E. a cuyo tenor: "los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa...". (Fj. 4).

Pero además, a la hora de valorar los efectos de una falta de representación de los trabajadores en las pequeñas empresas, como la imposibilidad de plantear conflictos colectivos o de convocar asambleas añade la sentencia que “todo lo cual demuestra lo aconsejable que sería dotar a los trabajadores de la empresa demandada de representantes unitarios; pero ello habrá de lograrse en su caso por el cauce de una negociación, no por la vía de una imposición unilateral que la ley no permite”. (Fj. 8) lo que daría pie a que por la negociación colectiva se pudiese pactar, por ejemplo, la existencia de representantes de los trabajadores en las microempresas de menos de seis trabajadores pero eso sí, con las facultades y derechos otorgados por el mismo pacto sin que pudieran atribuírseles aquellas otras que, aunque recogidos en el ET, no estuviesen contemplados por aquel. ¿Se trataría de una espita a la disponibilidad de las normas del Título II por la negociación colectiva?

²² Esta situación ha sido parcialmente solucionada, al menos, en cuanto a los grupos de empresa de dimensión comunitaria a través de la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre (DOCE de 30 de septiembre) modificada por la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo (DOUE de 16 de mayo), sobre constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores y grupos de empresa de dimensión comunitaria.

²³ La LOLS nació en un contexto de crisis económica y de férrea oposición empresarial, además de estar muy influenciada por la existencia de la representación unitaria en la empresa que, sin embargo, estaba casi totalmente sindicalizada al ser electiva y disfrutar los sindicatos de la confianza de los trabajadores lo que explica su insuficiente regulación en cuanto al desarrollo de la libertad sindical (Fernández et al., 2013, p. 40).

como, por ejemplo, la eficacia general de los convenios (art. 82.3 del ET)²⁴ –en principio medida plausible que hay que defender a toda costa, pero que conduce a cierta lasitud de los trabajadores que creen que las condiciones de trabajo “les llueven del cielo”²⁵– la participación institucional de los sindicatos²⁶ también loable pero que lleva a ver a los sindicatos como algo ajeno, distinto y alejado de la clase trabajadora, en fin, como una engranaje más de la maquinaria gubernamental que les roba la combatividad y, por último, aunque en realidad es el germen originario, la representatividad sindical²⁷ que supone, en palabras de Baylos Grau (Baylos, 2012, p. 34), que las organizaciones sindicales que están en esa singular posición jurídica, porque tienen un especial arraigo o una implantación extensa, se les otorga una serie de poderes y facultades especiales en orden a la negociación colectiva y en el diálogo tripartito con empresarios y gobierno. De esta forma “se produce un proceso de selección de interlocutores –en la negociación colectiva y en el diálogo social– que posibilita la aplicación generalizada de los acuerdos concluidos, rompiendo el estrecho círculo de la representación privada”(Baylos, 2012, p. 34) pero que, como contrapartida, entiendo que anula el interés por sindicalizarse ya que, con esta figura, el sindicato representa no solo a los que están afiliados al mismo, sino que es representativo de la generalidad de todos los que están incluidos en su ámbito funcional y territorial de actuación que se benefician, y

²⁴ El artículo 82.3 del ET dota a los convenios colectivos estatutarios de una eficacia personal general o “*erga omnes*” al señalar que “*Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia*”.

Por su parte la jurisprudencia ha dejado dicho que “*los convenios colectivos (estatutarios) obligan a todos los empresarios y trabajadores de su ámbito de aplicación aunque no pertenezcan a las asociaciones profesionales firmantes*” (STC de 8 de junio de 1989 y STS de 29 de junio de 1995). Por ello, no será legal pactar en un contrato individual de trabajo el sometimiento a un convenio colectivo distinto del aplicable (STS de 16 de junio de 1998). Y si durante la vigencia del convenio colectivo hubiesen elecciones a comités de empresa con cambios en su formación o pérdidas importantes de afiliados tanto de los sindicatos como de las asociaciones empresariales firmantes, esas alteraciones no afectarán, en ningún caso, a la eficacia personal general del convenio porque los presupuestos de legitimación representativa únicamente se exigen, según la más plausible interpretación del artículo 82.3 del ET, cuando comienzan las negociaciones (Sala et al., 2011, p. 1063 y STS de 20 de diciembre de 1996).

²⁵ De ahí que, en los ordenamientos que no existe esa eficacia personal general o *erga omnes* de lo acordado en convenio colectivo, como es el caso del derecho danés, se dan altísimas cuotas de afiliación a los sindicatos (Cruz Villalón et al., 2006, p. 293 que añade también el motivo de que en los convenios colectivos se puedan incluir “*cláusulas de seguridad sindical*” que suponen para el empleador la obligación de contratar, exclusiva o preferentemente, a los trabajadores afiliados al sindicato firmante). Y ello, con independencia del tamaño de la empresa pues tanto en las microempresas como en las de grandes dimensiones se llega a superar el 85% de los trabajadores.

²⁶ Sala Franco (Sala, 2013, p. 187), enseña que la presencia de los sindicatos y organizaciones empresariales en la vida pública puede manifestarse, bien a través de la *participación institucional* en órganos de la Administración Pública (los Consejos Económicos y Sociales y la colaboración en los órganos colegiados de dirección y control de determinadas instituciones públicas como las Entidades Gestoras de la Seguridad Social o el FOGASA), o bien a través de la *concertación social* donde hay “*un intercambio político entre los agentes sociales y el Estado*” y que suele tomar las vías de la legislación negociada, el pacto social tripartito el acuerdo o convenio marco.

²⁷ De la representatividad sindical tratan los artículos 6 y 7 de la LOLS que vienen a significar que la mayor representatividad confiere una singular posición jurídica a los sindicatos que la detentan a efectos de participación institucional como de acción sindical.

eso es bueno, de la mejora de condiciones y de empleo negociadas por las organizaciones que solo unos pocos sostienen pero que, a la postre, les deja en la estacada al no poder salvaguardarlas en cada una de las empresas por no tener quiénes les representen.

No podría dejar de mencionar, sin embargo, algunas tendencias del legislador dirigidas en sentido contrario a las hasta ahora mencionadas y, por lo tanto, encaminadas a paliar, en alguna medida, los efectos en la representatividad de los trabajadores de la descentralización productiva y el empequeñecimiento de las empresas. A saber:

- * Los representantes de los trabajadores –entiendo que tanto los unitarios como los sindicales– de la empresa usuaria, pueden asumir –previa solicitud de los trabajadores puestos a disposición por las ETTs– su representación hasta el punto de poder presentar reclamaciones a la primera, por lo tanto no a las ETTs, en nombre de aquéllos y en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral aunque ello no podrá suponer una ampliación del crédito horario (art. 17 de la Ley 14/1994 de ETT).
- * Mediante la negociación colectiva o los acuerdos a que hace referencia el artículo 83.3 del ET²⁸, se pueden crear órganos específicos de prevención de riesgos laborales que podrán, y esto es lo destacable, asumir competencias generales respecto del conjunto de los centros de trabajo incluidos en el ámbito de aplicación del convenio o acuerdo (art. 35.4 LPRL). Con ello, se abre la posibilidad de que, a través de la negociación colectiva, puedan crearse figuras como el delegado sectorial para la prevención (art. 52 del Convenio Colectivo estatal de Instalaciones Deportivas) que suplan la ausencia de formas de representación específica en las pequeñas empresas al posibilitar su presencia en las mismas y, por lo tanto, un contacto directo con sus trabajadores. De ello se tratará con más profundidad en el último título del trabajo.
- * En relación a las contratatas y subcontratatas, el artículo 42 del ET viene a disponer, como ocurre con las ETTs, que los representantes de la empresa principal asumirán la representación de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas cuando, eso sí, estos últimos no tengan representación legal (art.

²⁸ Este artículo dice que las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán “*elaborar acuerdos sobre materias concretas*”.

42.6 ET). Si por el contrario estos últimos sí que dispusieran de representantes, entonces, lo que se potencia es la colaboración de los delegados de una y otra u otras mediante reuniones periódicas que podrán llevarse a cabo en los locales de la empresa principal, los cuales podrán ser compartidos de manera continuada entre ambas representaciones (art. 42.7 y 81 del ET) así como la recepción de información, también a unos y otros, relativa a la misma subcontratación y a la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales (art. 42.3.4 y 5 ET)²⁹.

Como señala Cruz Villalón (2007, p. 15 de 26), estas medidas, tomadas aisladamente, tienen una exigua significación³⁰ pero aquilatadas en su conjunto, ganan en peso y lo que es más interesante, pueden proporcionar a los sindicatos herramientas de adaptación a las nuevas formas de organización empresarial –de las que hablaré a lo largo de este trabajo– para ir superando la falta de representación en la micro y pequeña empresa sin olvidar, en ningún momento, que todas las medidas que acabamos de ver se refieren a la representación unitaria con descuido de la sindical lo que nos lleva a preguntarnos si serían de aplicación a esta última³¹ teniendo en cuenta en su interpretación el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas –la infra representación en las empresas complejas y microempresas– bien atendiendo fundamentalmente, al espíritu y finalidad de aquellas –el reconocimiento constitucional de la libertad sindical– o bien, mediante la aplicación analógica pues las normas estudiadas no contemplan el supuesto específico de la representación sindical

²⁹ La negociación colectiva viene recogiendo estas reglas de representación de los trabajadores de empresas contratistas. Un ejemplo lo tenemos en el artículo 79.7 del Convenio General de la Industria Química.

³⁰ Para Valdés Dal-Ré (Lahera et al., 2010, p. 15) aunque en los últimos años el legislador laboral ha empezado a tomar nota de la nueva realidad organizativa de las empresas asentada en la descentralización productiva, no ha sabido, podido o querido actualizar el modelo de representación de los trabajadores al nuevo entorno organizativo, circunscribiéndose, como mucho, a reordenar los derechos de información y consulta sin alterar las bases de aquel y dejando, en consecuencia, sin cauces efectivos de representación a la cada vez más numerosa población laboral que trabaja en las nuevas organizaciones de empresa. En esta misma línea, Molero Marañón (Lahera et al., 2010, p.94), tras indicar el logro que suponen estas medidas legislativas que proporcionan a los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas sin representación –cuando se trata de ETTs no hay tal exigencia– la posibilidad de defender sus derechos a través de los representantes de las empresas usuarias o principal, señala la serie de condicionamientos que limitan la capacidad y actuación representativa pues no se modifica ésta, ni el ámbito de actuación y ni siquiera el crédito horario atribuido a los representantes de los trabajadores de la empresa principal además de que aquéllos no han elegido a éstos ni se computan para determinar el número de elegibles. En fin “*que se produce un abaratamiento de la función representativa que solamente podría ser corregida por vía de la negociación colectiva*”.

³¹ Cruz Villalón se pregunta, por ejemplo, si las secciones sindicales de las empresas auxiliares podrían exigir el uso de los locales de la empresa principal; si las secciones sindicales de las distintas empresas auxiliares y de la principal podrían reunirse de manera conjunta para coordinar sus actividades o si podrían los afiliados a un sindicato de una empresa auxiliar recaudar cuotas y distribuir información sindical circulando libremente, para ello, por todo el recinto empresarial (2007, p.16 de 26).

pero regulan otro semejante –la representación unitaria– entre los que aprecia identidad de razón (arts. 3.1 y 4.1 del Cc).

En cualquier caso, para el estudioso se tratarían de medidas orientativas a la hora de redirigir la organización del sindicato en las empresas complejas siendo su fin último su reconocimiento convencional para despejar todo tipo de dudas acerca de su posible aplicación.

1.2. CAUSAS DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO SINDICAL.

Pero además de una normativa que podemos no tener problema para considerarla necesaria aunque, paradójicamente, produzca efectos indeseables, en un caso, o simplemente sea estrecha, en otros, otro motivo de la escasa presencia sindical en la pequeña empresa³², y por ende de la falta de representatividad, es que la organización sindical española obedece, desde los inicios de nuestra democracia, a “modelos de estructura confederal resultante de agrupaciones de organizaciones territoriales inferiores, en que la empresa no ocupa un papel relevante” (Fernández et al., 2013, p. 13).

Ello supone, como señala la mencionada autora, que los sindicatos dan prevalencia en su configuración al sector y al territorio a la hora de desplegar el núcleo de la acción sindical dejando a la empresa un mero papel de desarrollo de lo acordado a nivel de sector, “con predominio –dice–de criterios de selección de la norma más favorable–ver artículo 3.3 ET– en el caso de apartarse la norma empresarial de los estándares sectoriales”. Es decir, que se ha optado por una estructura centralizada del sindicato ya que “las instancias de representación, en vez de en la periferia del sistema, se han instalado o constituido en niveles intermedios o, incluso, en la cúspide del mismo” (Rodríguez, citado por Cruz Villalón et al., 2003, p. 136).

³² “El elemento más notable que caracteriza a las relaciones laborales en las PYMES (...) es, indudablemente, el del bajo índice de sindicalización” (Biagi, citado por Gómez Abelleira, 1995, p. 238).

Las razones de ese alejamiento sindical de las pequeñas empresas³³ son, por un lado, el que se ha atendido a la hora de auto organizarse, únicamente al modelo fordista clásico de empresa centralizada, de tamaño mediano-grande³⁴, obviando, como indica Fernández (Fernández et al., 2013, p. 13), la sobreabundancia entre nosotros de pequeñas empresas y microempresas y, además arraigada al territorio sin el fantasma de la deslocalización pululando, cual espada de Damocles, sobre las cabezas de los trabajadores, al tiempo de que se obvia las complejas relaciones de interdependencia entre empresas y la, cada vez más frecuente, reunión en un mismo centro de trabajo de diferentes empresas pertenecientes, a su vez, a sectores de actividad distintos³⁵. Por otra parte, y sobre todo, porque el sindicalismo en nuestro país ha tenido siempre claro que la actuación más allá del ámbito empresarial supone una negociación solidaria donde, como dice Alfonso Mellado, “la capacidad de ciertos trabajadores acaba beneficiando a todos los del sector, además de ser un freno a la individualización de las relaciones laborales y a la competencia empresarial mediante el *dumping* social, es decir, mediante la reducción del coste del trabajo a través de negociaciones a la baja”(Fernández et al., 2013, p. 32).

Sin embargo, lo uno no quita lo otro, sino que deben ir de la mano la estructura sindical sectorial con la penetración del sindicato en las pequeñas empresas y de ello se trata en este trabajo.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el alejamiento del sindicato de las pymes obedece también a que los mismos trabajadores no ven al sindicato como un ente que pueda ayudarles en sus reivindicaciones, sino todo lo contrario, lo perciben como un

³³ En sus orígenes, el sindicalismo, debido a sus objetivos revolucionarios de alteración del sistema político-económico burgués, ciñeron sus acciones fuera de las fábricas, a las que se acercaban únicamente con fines afiliativos o de proselitismo sindical. Posteriormente, con el reconocimiento legal de la libertad sindical, no varió lo anterior, posiblemente por la inercia ya creada, y las asociaciones sindicales buscaron como interlocutor solamente al poder político o, a lo sumo, cuando tenían que negociar con las representaciones empresariales, acudían al ámbito sectorial y nunca al empresarial. El punto de inflexión se dio en Europa en torno a finales de la década de los años sesenta del siglo pasado debido, sobre todo, al desarrollo económico y a la asunción del poder político por la socialdemocracia que hizo cambiar la perspectiva a los sindicatos sobre la necesidad de estar presentes en las empresas para evitar, así, la gestión unilateral de las relaciones laborales por parte de los empresarios y/o sustituir o, al menos, compartir su labor representativa con las representaciones “asindicales” de filosofía colaborativa con los intereses empresariales (Cruz Villalón, 2007, p. 2 de 26).

³⁴ Como indica Álvarez (Cruz Villalón et al., 2006, p.153), ello se puede deber a que los sindicatos se han visto sesgados de algún modo por su preeminencia en las grandes empresas y por su necesidad de atender prioritariamente a sus bases como también habrá influido el que su percepción de la realidad se encuentre condicionada por “*su ubicación en una zona de experiencia determinada*”.

³⁵ Por lo que “*no se trata de un mero problema de dificultad de penetración sindical debido a las pequeñas dimensiones de las unidades productivas, sino de una readaptación del sindicato a las transformaciones que se están produciendo en las estructuras productivas y los cambios organizativos que los mismos traen consigo*” (Cruz Villalón, 1994, p. 20).

sujeto que puede perturbar las relaciones con el empresario lo que, unido a la “baja incidencia en el cómputo de la representatividad que ofrecen los resultados en estas empresas en relación al esfuerzo requerido para su promoción” (Cruz Villalón et al., 2004, p. 136), desincentiva, en gran medida, su presencia³⁶. Y es que, “las estrategias sindicales clásicas y sus instrumentos de negociación no parecen adecuados en un entorno de intensa influencia empresarial e individualismo obrero ajeno a la conflictividad permanente y más proclive a las formas de cooperación o codeterminación” (Rodríguez-Piñero; Brutti y Calestri, citados por Cruz Villalón, 1994, p. 20). Como botón de muestra, las normas de constitución de CCOO- Agroalimentaria exigen como mínimo 25 afiliados en el centro de trabajo o en la empresa para que se pueda constituir la sección sindical (apartado 3º).

1.3. EFECTOS.

Y, pese a todo lo anterior, la realidad es que, cada vez en mayor medida, la economía neoliberal global de las últimas décadas, ha ido redirigiendo el centro de decisiones del ámbito sectorial y territorial a la empresa. Han ayudado a ello, principalmente, dos factores:

▲ Por un lado el fenómeno, en auge, de la transnacionalidad con sus efectos nocivos de la deslocalización y el paradójico fraccionamiento de la empresa grande y unitaria, a través de cadenas de contratación y subcontratación³⁷ y, como

³⁶ Ello es así porque “*el sindicato recibe más y más su poder de la ley, y menos de su efectiva implantación entre los trabajadores*” (Montoya Melgar, citado por Gómez, 1995, p. 238). Es decir, como apunta este último autor, la irrisoria implantación de los sindicatos en las pequeñas empresas no es debido solamente al peculiar tipo de trabajador más precario presente en ellas o a las específicas relaciones con su patrono sino también “*al desinterés de los sindicatos, en general, por fomentar la afiliación de estos trabajadores (...)* En suma, “*al sindicato le interesa más la gran empresa, la gran factoría; y más aún le interesa la audiencia –el voto– que la afiliación*”. En consecuencia, ni los trabajadores de las pequeñas empresas tienen incentivos para afiliarse ni los sindicatos para lograr una fuerte implantación en ellas.

³⁷ La descentralización productiva –amparada por la libertad de empresa (art 38 CE)– consiste, según Cruz Villalón (1994, p. 9 y ss.), en “*una forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo*”. Es decir, “*vía descentralización productiva, en lugar de realizar ciertas actividades con trabajadores por cuenta ajena al servicio de la propia empresa, ésta deriva parcelas de su actividad hacia el exterior, en términos jurídicos vía la celebración de contratos diversos a los de carácter laboral*”, distinguiendo este autor entre “*la subcontratación dependiente*” donde la externalización de la producción se lleva a cabo a partir de la existencia de una gran empresa dominante que, actuando como epicentro procede a desgajar parte

consecuencia, la diversificación de las condiciones de trabajo con trabajadores de primer, segundo y hasta de tercer nivel, sino más, en retribuciones y derechos en el seno de una misma empresa cada vez más compleja³⁸. Se trata, como indica Pérez Rey (Gaeta et al., 2010, p. 51), de la disgregación meramente jurídica de la gran empresa y su redireccionamiento a una mezcla más o menos sólida de colaboraciones multiempresariales bajo las más variadas fórmulas jurídicas pero que, a lo que nos interesa, provoca que donde había un poder sindical fuerte nos encontremos con escenarios descentralizados donde se languidece, sino desaparece, su presencia pues “las formas estructurales de representaciones colectivas de los trabajadores en las empresas, tanto si se trata de representaciones unitarias como estrictamente sindicales, no suelen cuajar en las empresas de pequeñas dimensiones descentralizadas” (Castillo, citado por Cruz Villalón, 1994, p.20).

A lo anterior, ayuda, sin duda, la implantación de las nuevas tecnologías que, como es sabido, han incrementado exponencialmente la productividad de los puestos de trabajo con la indefectible consecuencia de eliminar actividades y empleos en empresas altamente productivas que, sin embargo, se empequeñecen (Cruz Villalón, 2007, p. 11 de 26).

Por lo tanto, este paradójico fenómeno de la globalización, acrecienta nuestro problema al ser factor de disgregación de la empresa unitaria en otras más pequeñas³⁹, que a su vez quedarán también fragmentadas en otras más chicas donde sea imposible o muy

de su producción a pequeñas empresa auxiliares que suelen desarrollar su actividad en exclusiva para aquella, y “*las redes empresariales locales*” donde todas y cada una de las empresas que se relacionan –de manera cooperativa y en un ámbito territorial más o menos definido– son de parejas dimensiones y potencial similar. Estas últimas también se denominan “*distritos industriales marshallianos*” que actúan como “*sistemas productivos definidos geográficamente, caracterizados por un gran número de empresas que se ocupan de diversas fases y formas en la elaboración de un producto homogéneo*” (Pyke y Sensenberger, citados por Cruz Villalón, 1994, p. 12).

³⁸ Con ello, como destaca Cruz Villalón (2007, p. 17 de 26), cobra también una importancia decisiva la estructura de la negociación colectiva, pues trabajadores que se encuentran insertos en una empresa unitaria y por lo tanto bajo el paraguas de una determinada unidad negocial, ya sea de empresa o sectorial, pasan a otro ámbito distinto a partir del momento en que la empresa opta por externalizar esa actividad, con el efecto consecuente de que se les expulsa tanto de su vinculación contractual directa como del ámbito negocial en el que se encontraban ubicados hasta entonces. Como consecuencia, nos encontramos con trabajadores de primera “la aristocracia obrera” que son aquellos que se encuentran vinculados a las grandes empresas que externalizan a otras partes de su producción y de segunda o más inferior división “el lumpen proletariado” que son aquellos empleados de las empresas auxiliares que, en definitiva, soportan las necesidades de flexibilidad y constrictión de costes que buscan las empresas grandes y no encuentran en su interior debido a la resistencia, encauzada por los sindicatos, aquí sí, fuertemente instaurados.

³⁹ Como señala Cruz Villalón (1994, p. 17), “*el efecto principal, inmediato y generalizado que provoca la expansión de las fórmulas de descentralización, es el redimensionamiento del tamaño de la empresa, en concreto el incremento de las empresas pequeñas y medianas, en algunos casos, la extensión de las empresas extremadamente reducidas*”.

dificultosa la representación de los trabajadores y no solo por su menguado número⁴⁰ sino también por la peculiar configuración de las relaciones laborales en esta tipo de organizaciones empresariales donde muchos de los contratos concertados son temporales de obra y servicio determinado, con lo que nos encontramos con plantillas enormemente inestables que rehúyen, por indiferencia⁴¹ o temor a no ser nuevamente contratados a dar el paso para crear medios de representación colectiva a lo que se debe añadir, además, la dificultad de que para ser elector se requiere un mes de antigüedad y para poder ser elegible seis meses (art 69.2 ET).

Por último también debe tenerse en cuenta que en estas fórmulas de descentralización productiva se produce la fragmentación del ciclo productivo que separa la ejecución de los trabajos en el tiempo y en el espacio y, con ello, a las empresas con sus trabajadores lo que impide la identidad colectiva y su cohesión social y, a la postre, su capacidad de representación (Lahera et al., 2010, p. 76).

Y es que, la clásica empresa fordista-taylorista en las últimas décadas ha sido tachada de rígida sobre todo por su organización vertical que, en palabras de Loffredo (Gaeta et al., 2010, p. 25) “se podía representar como una pequeña ciudad compacta y autosuficiente en la que todas las funciones se desarrollaban en su interior”. La demanda de mayor flexibilidad pasaba, además de por aumentar la colaboración interempresarial, por la descentralización, en un primer momento de las tareas menos cualificadas, a través de las contratas y subcontratas y las de distribución por medio de la concesión y la franquicia, que se apoyaba en tres razones: la mejora de la producción a través de la atribución de una parte de la actividad a una empresa especializada en la actividad externalizada⁴²; la reducción de los costes del proceso mediante la colaboración de sujetos –normalmente autónomos o empresas pequeñas– que realizan el mismo trabajo a un precio más bajo y finalmente, la reducción de los costes

⁴⁰ En modelos de acentuada descentralización, puede darse el caso de que se reduzca drásticamente el trabajo asalariado por cuenta ajena, el cual es sustituido por trabajo autónomo consolidándose el denominado “*discreto retorno del arrendamiento de servicios*” (Martín Valverde, citado por Cruz Villalón, 1994, p. 18).

⁴¹ Como recuerda Molero Marañón (Lahera et al., 2010, p.74), los trabajadores más apropiados para ser representantes en cualesquiera empresa, serían los que gozasen de un contrato indefinido o de una duración más o menos alargada en el tiempo pues de ese modo, conocerían adecuadamente la situación económica de la empresa y del empleo además de que podrían realizar su actividad colectiva de una manera más efectiva. Sin embargo, paradójicamente, sería comprensible su alejamiento de las necesidades de sus compañeros en situación más precaria y, por tanto, de su capacidad reivindicativa (p. 77).

⁴² Gracias a las innovaciones tecnológicas, se permite la elevada especialización de las empresas auxiliares ya que permite superar en algunas fases de la producción el sistema taylorista, pensado para elaborar en masa productos idénticos en base a fórmulas de escala, mediante series de fabricación corta en las que impera la capacidad de flexibilidad y de adaptación al cambio que por su maleabilidad aquellas poseen (Cruz Villalón, 1994, p. 14) en virtud, podemos añadir, a las elevadas dosis de movilidad interna, externa y polivalencia que tienen sus trabajadores.

transaccionales, principalmente, a través de una mengua del poder sindical (Gaeta et al., 2010, p. 26).⁴³

La consecuencia es que la plantilla única, centralizada y uniforme es sustituida por una diversidad de colectivos pertenecientes a distintas empresas (trabajadores propios, de la contrata y subcontrata, de ETTs, autónomos...) que dificultan la acción colectiva no sólo porque muchas de ellas devengan pequeñas empresas y microempresas, sino también porque la representación sindical o unitaria de la empresa principal no tiene poder para actuar en aquellas empresas ajenas al no ser titulares del contrato de trabajo firmado por sus representados⁴⁴ ni tampoco, como señala Gallardo (Gaeta et al., 2010, p. 230), las federaciones, pues no es excepcional que en las redes colaboren empresas de distintas ramas de actividad. En los empresarios complejos pues, además de la atomización empresarial, con las consecuencias que hemos visto, se provoca la ruptura de la solidaridad obrera –distintos derechos para quienes realizan semejante trabajo– lo que acentúa los problemas de representatividad de los trabajadores y desemboca en una individualización de las condiciones de trabajo y la inevitable desigualdad y precariedad de aquellos⁴⁵, precariedad que, a su vez, conlleva, la

⁴³ Como señala Pérez Rey (Gaeta et al., 2010, p. 51), “(...) la descentralización comienza a tener sentido cuando la dimensión de la empresa aumenta, favoreciendo la presión sindical que, a su vez, consigue incrementar los costes de transacción por encima del crecimiento empresarial de forma que se ahorran costes recurriendo a la descentralización”.

Por otro lado, desde la óptica de la administración de empresas, el fin de la externalización es la de reducir costes en unidad de producto; adecuar las inversiones llevándolas a cabo allí donde sean necesarias y flexibilizar las estructuras de la empresa para responder, de una manera más rápida, a las incertidumbres del mercado y a la rampante globalización de la economía (Rodríguez, 2001, p. 3 de 15). Por lo demás, también se mejora la calidad ya que al concentrarse la empresa en aquello que sabe hacer mejor, puede focalizar en ello su atención y sus recursos y externalizar a terceros aquello que no es su punto fuerte. El proveedor, que sí es especialista en la materia, puede llevarlas a cabo de forma más rápida y eficaz.

Sin embargo, la externalización tiene el serio inconveniente de que se vuelve muy dependiente del proveedor de outsourcing además de que sus errores repercuten en la empresa principal por lo que no debe tomarse a la ligera la decisión de externalizar –no todos los departamentos son susceptibles de ello– y, sobre todo, la de elegir proveedores solventes y fiables.

⁴⁴ Y al revés: pues aún en el caso de ser elegidos representantes en las empresas auxiliares, no podrían ejercer sus funciones de representación frente a la empresa principal sino frente a la empresa que los ha contratado siendo que, en realidad, la empresa responsable de la mayoría de las decisiones laborales que afectan a sus representados sea aquella (Lahera et al., 2010, p. 79).

⁴⁵ Gallardo (Gaeta et al., 2010, p. 237), nos expone las dos estrategias que hasta ahora se han ido desarrollando para que en las empresas red tenga cabida la representación y defensa del interés colectivo de todos los trabajadores:

Por un lado, como ya hemos visto, se ha tratado de extender la protección de los órganos de representación de la empresa principal o usuaria a todos los trabajadores ajenos que presten su trabajo en los locales de aquella así el artículo 17.1 de la LETT posibilita que las reclamaciones de los trabajadores en misión podrán plantearse ante los órganos de representación unitaria de la empresa usuaria. También, en esa misma línea, el artículo 39.3 de la LPRL extiende las competencias del Comité de Seguridad y Salud o del Delegado de Prevención a todos los trabajadores que trabajen en un mismo centro de trabajo y con independencia de que sean de la empresa principal o de empresas ajenas. Finalmente, el artículo 42.7 del ET establece que “*Los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro*

ausencia de participación, representación e integración social y política de los trabajadores afectados por ella (Benito et al., 2012, p. 212) constituyendo un endemoniado círculo vicioso del que apenas hay escapatoria⁴⁶.

Por otro lado, el legislador, a remolque de los hechos y presionado por los “mercados” ha contribuido a acentuar la relevancia de la empresa como centro neurálgico de la regulación de las condiciones de trabajo, siempre supeditadas al interés organizativo de aquella, mediante la descentralización de la negociación colectiva, dando prioridad al convenio de empresa (art. 84.2 ET)⁴⁷ así como facilitando la inaplicación de los convenios mediante negociaciones en la empresa (art. 82.3ET) y, a través, de dotarla de mayores espacios de flexibilidad empresarial donde prevalece la decisión unilateral del empleador (arts. 39,40,41,47 y 51 todos del ET).

Y es que, con la descentralización –se dice– se ha buscado acabar con los males de la estandarización de las condiciones de trabajo que conlleva la negociación sectorial ya que esta olvida, que no todas las empresas comprendidas en su ámbito son iguales, ni su situación en el mercado es la misma, ni disponen de facultades directas para terciar en aquella negociación (Goerlich, 2013, p. 47)⁴⁸. En fin, con la flexibilidad interna, se

de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley”.

La segunda técnica para superar el problema ha consistido en considerar las empresas red, en cuanto unidad productiva, como estructuras unitarias, así la Directiva 94/45/CE de 22 de septiembre sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo o un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, modificada por la Directiva 2009/38/CE de 6 de mayo de 2009. También se debe mencionar la Ley francesa de 2004-391, de 4 de mayo de 2004 –de inspiración jurisprudencial– que va más allá de los grupos de empresas al tomar como referencia la Unité Economique et Sociale (UES), que será aquella donde haya una unidad económica y una unidad laboral. Existiendo la primera cuando se da una concentración del poder de dirección y una similitud y complementariedad de actividades desarrolladas por distintas empresas. Y la segunda cuando hay una comunidad de trabajadores bajo el mismo estatuto laboral y con condiciones de trabajo similares. Si se dan esas circunstancias, la UES facultaría para crear un órgano de representación conjunto además de reconocer tal ámbito como nuevo nivel de negociación.

⁴⁶ Y es que, el que sufre la precariedad mantiene una relación alejada del mundo del trabajo ya que padece “*una suerte de exilio hacia los confines laborales, muy próximo, en ocasiones, a la propia exclusión social*” y así “*la dimensión colectiva del trabajo deja paso a un proceso progresivo de individualización de las relaciones sociales*” que, en última instancia, desarma a las clases trabajadoras y reduce el trabajo asalariado a una mera mercancía objeto del derecho patrimonial (Benito et al., 2012, p. 212).

⁴⁷ La STC 119/2014 de 16 de julio de 2014 ha establecido que se ajusta a la Constitución la aplicación prioritaria de los convenios colectivos de empresa sobre los de ámbito superior (sectoriales) que incorporó al ET la reforma laboral llevada a cabo por la ley 3/2012. En la misma línea, la STC de 22 de enero de 2015 avala, nuevamente la reforma laboral en relación a la prioridad aplicativa del convenio de empresa además de en materia de modificaciones sustanciales, despido colectivo y cláusulas de jubilación forzosa.

⁴⁸ Se olvida sin embargo que, por lo general, las empresas de pequeñas dimensiones pertenecientes a un mismo sector, suelen tener un sistema de producción muy parecido, lo que conlleva a que las condiciones de trabajo sean homogéneas y a que la negociación en dicho sector sea la más efectiva al obstaculizar que los empresarios, con el fin de lograr cotas de mercado, perjudiquen los derechos de los trabajadores en su propio beneficio a través de la disminución de los costes laborales. Por otra parte, el que los pequeños empresarios carezcan de una presencia directa en la negociación sectorial es, en gran medida, por la falta de concienciación de este colectivo por canalizar

apuesta por “fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a la circunstancias concretas que atraviesa la empresa” (Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero) como medida alternativa a la destrucción de empleo⁴⁹.

Con ambas, la empresa – sobre todo la pequeña, pues la grande suele contar con sus propios convenios – gana un protagonismo que merece siquiera actores. Y es que, la incongruencia es gigantesca y aún puede que malintencionada pues se busca bajar a la empresa para negociar donde se sabe que no habrá interlocutores para ello y donde se desvirtuará el cometido de la negociación colectiva que no es otro que “establecer un régimen global de regulación del estatuto del personal al servicio de cada concreta empresa, pretendiendo con ello recoger una regulación uniforme de condiciones de trabajo en todos los aspectos del contrato de trabajo” (Cruz Villalón, 1994, p. 21) que impediría utilizar la fuerza de trabajo como medio de competencia entre empresas.

El panorama ha quedado expuesto: Por una parte, un tejido empresarial caracterizado por el dominio de las pequeñas empresas y microempresas –en todos los sectores pero sobre todo, en el sector servicios–, acentuado por la evolución de la empresa fordista clásica a sistemas empresariales cada vez más complejos donde predominan las estructuras productivas pequeñas mediante fórmulas de terciarización y externalización de actividades que agilizan y flexibilizan la organización y producción empresarial, pero anulan la dimensión colectiva de las relaciones laborales ya que, como indica Cruz Villalón (Cruz, 2007, p. 13 de 26) nuestro modelo legal está diseñado para que los órganos de representación, tanto estatutarios como sindicales, funcionen en el seno de una empresa individual⁵⁰.

las relaciones laborales de forma común pues rehúyen a constituirse en asociaciones empresariales en la idea de que en la negociación individualizada quedarán mejor parados al estar presente el poder contractual que, inevitablemente, presionará sobre aquella (Cruz Villalón et al., 2004, p. 136). Una solución podría ser el explorar vías intermedias que evitara la asfixia de las pequeñas empresas al tener que aplicarles condiciones pensadas, en gran medida, para las grandes empresas y, al tiempo, el dumping social como serían un convenio de pymes de un determinado sector o un Acuerdo Marco, también de sector, que marcara una serie de coordenadas y principios comunes que posibiliten la adaptación del trabajo a las circunstancias particulares de la pequeña empresa pero que evite la desmembración indiscriminada de la negociación. De esta manera, se evitaría también el absurdo de tener que negociar convenios en empresas con plantillas de, por ejemplo, menos diez trabajadores.

⁴⁹ Sin embargo, esas razones obvian el perverso efecto que siempre ha tratado de remediar la negociación sectorial, a saber: el evitar que las empresas compitan por el camino de reducir los costes laborales. En definitiva, el tratar de impedir que el trabajo sea considerado una mera mercancía (Declaración de Filadelfia de 1944).

⁵⁰ Para Cruz Villalón, el empequeñecimiento de las empresas, que tradicionalmente ya se corresponden con la Europa mediterránea, se debe, sobre todo, a la implantación de las nuevas tecnologías, que permiten incrementos notables de la productividad empresarial con un menor número de empleados, y a la descentralización productiva

Por otra parte, unas estructuras sindicales obsoletas que no han sabido adaptarse a los cambios socioeconómicos del mundo empresarial y a la realidad de la globalización pues, aunque los sindicatos, debido a su libertad de auto organización, están menos encorsetados que la representación unitaria, ineluctablemente unida al centro de trabajo o a la empresa, en la práctica no han sabido salirse, como dice Cruz Villalón (Cruz, 2007, p. 12 de 26), del tradicional binomio empresa-sector y ya hemos visto que ello es manifiestamente insuficiente en la micro y pequeña empresa.⁵¹

Finalmente, una legislación laboral que apuesta por “una forma de representación en la empresa en cuya configuración resulta esencial el número de trabajadores insertos en el centro de trabajo o en la empresa propiamente dicha”(Fernández et al., 2013, p. 57) y, sobre todo, por llevar todo el protagonismo de las relaciones laborales al ámbito de la empresa donde, como dice Alfonso Mellado, “el empresario tiene mayor capacidad de influencia y presión y en donde, por ello, mayor dificultad existe para la penetración sindical y, en todo caso, para aumentar un nivel de presencia y presión suficiente”(Fernández et al., 2013, p. 35)⁵².

Y es que, si por un lado, se disgrega la actividad empresarial, por otro, se descentraliza la negociación colectiva y, por contra, se siguen manteniendo las precarias estructuras de representación en las pequeñas y microempresas, se da pie a la unilateralidad, sino arbitrariedad, empresarial dada la consabida asimetría del contrato de trabajo.

aunque menciona también los procesos de conformación de grupos de empresas, la liberación de la economía o la privatización de las empresas públicas (Cruz, 2007, p. 11 de 26).

⁵¹ A primera vista, da la sensación que Fernández (Fernández et al., 2013 p. 13) y Cruz Villalón no coinciden en el diagnóstico al señalar la primera, como ya vimos más atrás, que la falta de representatividad hay que buscarla en que la organización sindical descansa en una agrupación de organizaciones territoriales que conforman una estructura confederal obviando las empresas y el segundo, piensa que se debe a que la organización sindical se sustenta sobre el binomio empresa- sector. Sin embargo, lo que quiere resaltar la primera, creo, es que el sindicato no ha hecho el suficiente esfuerzo para llegar a las empresas explotando las secciones sindicales de empresa, al menos en las pymes, y el segundo, que no hay una organización intermedia entre la sección sindical –que surge en la gran empresa– y la federación del sindicato como sería, por ejemplo, la sección sectorial. Es decir, que el problema de la falta de representación en las pequeñas empresas hay que enfocarlo desde dos ópticas diferentes pero compatibles entre sí: la empresa y el nivel sectorial supraempresarial distinta de la estructura clásica del sindicato en sectores o ramas de producción pero vacías de contenido sindical por ser esta última una mera ordenación burocrática del sindicato.

⁵² Para este profesor, el colocar a la empresa como centro principal de las negociaciones plantea un grave problema y dos efectos indeseables: El problema es la quimérica situación en la que quedan la mayoría de las empresas que, por sus dimensiones, no cuentan con representantes de los trabajadores, como ya sabemos, que puedan negociar esos convenios. Y aún en el caso de que existieran, “¿qué funcionalidad cabe atribuir en unas relaciones laborales razonables a miles de convenios en empresas de 6, 7, 8... trabajadores?”.

En realidad, para este autor, lo que se busca es, por un lado, fomentar la competencia por el camino de reducir los costes laborales y, por otro, legalizar parte de la economía sumergida asumiendo sus prácticas hasta ese momento ilegales, el convenio de empresa.

Con ello, la negociación colectiva deja de tener el cometido, constitucionalmente previsto, de instrumento igualador entre trabajadores y patronos para desempeñar un papel como poco neutral sino al servicio exclusivo de las empresas (Fernández et al., 2013 p. 36).

Las consecuencias, acentuadas por el constante ataque y desprestigio de los sindicatos⁵³ son, una desafección y desapego sindical cada vez mayor en los trabajadores de las medianas y grandes empresas⁵⁴ y, sobre todo, y en lo que ahora nos centra el interés, una crónica infra representación en las empresas pequeñas y microempresas, que nos debiera hacer pensar si se ignora el artículo 129.2 de la CE⁵⁵, y que se traduce—debido al déficit de control efectivo del poder empresarial— en una degradación de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores que las emplean, “ya que —como apunta Fernández— por lo general, la legislación española ha ido retrocediendo en los últimos años en contenidos materiales de garantía de condiciones de trabajo, para sustituirlos por fórmulas de gestión colectiva de los intereses de los trabajadores⁵³, por lo que legalmente, —y esta es la clave de la cuestión— la falta de representantes de los trabajadores equivale a la privación a un ingente número de trabajadores de las dos tutelas, la legal y la colectiva”⁵⁶(Vega, Fernández, Alfonso, 2008, p. 61). Y así, sin ánimo exhaustivo, la autora cita varios ejemplos que corroboran su aserto como el artículo 15.4 del ET que establece la obligación del empresario de notificar a la representación legal de los trabajadores los contratos temporales cuando

⁵³ Como botón de muestra, lo siguiente: “*El despido libre es el anatema de los sindicatos, pero, como suele suceder cuando se trata de los sindicatos, es también la solución más justa e inteligente. Toda indemnización por despido es un asalto a punta de navaja en un país infectado de jueces sindicalistas que cada despido lo hallan improcedente. Los derechos del trabajador los garantiza el empresario que los paga. Sin empresarios no hay riqueza, ni puestos de trabajo, ni sindicatos, ni tan siquiera liberados sindicales (...) Robar no es nunca una solución y el sistema sindical es un atraco que debe cesar para que crear riqueza vuelva a ser estimulante y no esta Ciudad Juárez en que se ha convertido la política laboral española*” Salvador Sostres, *El mundo*, 14 de febrero de 2011 (Baylos, 2012, p. 129). Estas cruzadas de deslegitimación de los sindicatos no deben asombrar, pues desde sus orígenes el movimiento obrero ha sido objeto de ataques de todo tipo y grado y, al fin y al cabo, no son más que la expresión del conflicto social que muestra hasta qué punto el sindicalismo está enfrentándose a las políticas y medidas orientadas a socavar el Estado de Bienestar. Sin embargo, el que no sorprenda, no quita que deba responderse a ellas -pues el daño es incalculable-, principalmente, por dos vías: una, dando valor a la actividad sindical que día a día se realiza en las empresas y en las instituciones. Es decir, hacerlo bien y hacer saber lo que se hace desde el boca a oreja en las empresas hasta orquestando campañas en los medios de comunicación o interviniendo en las redes sociales (obsérvese el fenómeno “*Podemos*”) y la otra, contrarrestando, del mismo modo, las ofensivas mediáticas que se dirigen a los sindicatos lo que requerirá, cada vez en mayores dosis, niveles de transparencia y rigor en el desempeño de la acción sindical.

⁵⁴ En el barómetro del CIS de abril de 2014 los sindicatos salieron como una de las instituciones en las que los ciudadanos tienen menos confianza justo detrás de los partidos políticos (1,89 sobre diez) y del Gobierno (2,45) pues solo lograron una puntuación de 2,5 sobre diez.

⁵⁵ El artículo 129.2 de la CE expresa que “*los poderes públicos promoverán las diversas formas de participación en las empresas (...)*”. Principio programático desarrollado por el artículo 4.1.g del ET como derecho laboral básico de los trabajadores a la “*información, consulta y participación (...)*”.

⁵⁶ El mismo Tribunal Supremo en sentencia de 21 de enero de 2001, Roj STS 589/2001, indica algunas de las consecuencias de esa falta de representación en las microempresas, así, no podrán los trabajadores celebrar asambleas, puesto que estas, ex. art. 77, deben estar presididas por los delegados de personal, tampoco podrán plantear conflictos colectivos, pues el art. 154 de la LJS solo legitima a los órganos de representación de los trabajadores para promoverlos y no recibirán el asesoramiento inmediato que prevé el art. 49.2 ET. para el momento de firmar un finiquito. Pero además, según la sentencia, la empresa que no cuenta con representantes de los trabajadores puede verse privada de los importantes instrumentos de gestión previstos en los artículos 34. 2 y 3, 40.2, 41.2, 47 y 51.2 ET, puesto que todos ellos exigen consultas con los representantes de los trabajadores (Fj 8º).

no se haya hecho entrega básica de los mismos; los artículos 22 y 24 del ET que deja a la negociación colectiva o, en su defecto, al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales y los ascensos de aquel o el artículo 39.2 del mismo Estatuto, que obliga al empresario a comunicar la decisión de aplicar la movilidad funcional y sus causas a los representantes de los trabajadores. Se podrían añadir a los citados por Fernández, un sinfín más de ejemplos solo en el mismo texto legal como la fijación de la gratificación extraordinaria no navideña (art. 31) o la distribución irregular de la jornada (art. 34.2) por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores e incluso fuera del mismo como los artículos 18.1, 28.5, 33 y 34.2 de la LPRL –que también menciona la autora– sobre información, consulta y participación en materia de prevención de riesgos laborales, pero lo que interesa destacar es que en todos los casos mencionados no hay soluciones alternativas al modo de, por ejemplo, la comisión ex artículo 41 del ET para supuestos de flexibilidad interna y externa en la empresa por lo que, o se trata directamente con los trabajadores o se toma la decisión de manera unilateral por la empresa con el riesgo que ello supone.

Recordar finalmente que, con la falta de representación, además de poder sufrir los trabajadores una degradación de sus condiciones laborales, y por lo tanto de su propia vida personal y familiar, lo paradójico es que la empresa también se verá afectada, a medio y largo plazo, al prescindir de la principal vía para canalizar la conflictividad en su seno y, sobre todo, al desechar una mayor y mejor participación y, por lo tanto, implicación de los empleados en el proyecto empresarial pues, como señala el Ministerio de Trabajo danés –Dinamarca es uno de los países del mundo con mayor índice de afiliación sindical– “los interlocutores sociales juegan un papel central y muy positivo en el mercado de trabajo danés, que es definido como uno de los más estables y pacíficos mercados laborales del mundo, en el que asumen una gran responsabilidad en relación con la negociación y conclusión de acuerdos, teniendo una larga tradición de diálogo y confianza mutua, incluso cuando están inmersos en un determinado conflicto”(Cruz Villalón, 2006, p. 291).

Y es que, aunque una visión miope y cortoplacista pudiera creer lo contrario, los trabajadores tienen tanto interés como el empresario en que la empresa perdure y tenga éxito, pero para ello, es menester crear vías de participación que lleven a su

fidelización pues, en estos agitados tiempos, solamente desde la franca y transparente colaboración, y no desde el aislamiento receloso, pueden lograrse proyectos colectivos como es la explotación de una empresa mercantil⁵⁷.

1.4. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.

No queda más remedio, pues, que acudir a la representación sindical y explorarla desde todos los puntos de vista para intentar paliar esta injusta situación. Como ya ha ocurrido otras veces en la Historia, cuando desaparece la tutela del Estado, son los mismos protagonistas, organizados en asociaciones obreras, los que tienen que solventarse sus problemas. Pero a diferencia de otras infames épocas –mucho más despiadadas– hoy los trabajadores ya cuentan con las organizaciones implantadas y con experiencia en las relaciones laborales. No hay que empezar, por lo tanto, desde la nada, sino aprovechar lo que hay en su máxima medida. No hay que crear nada nuevo, sino que lo ya creado ampare a los que están desatendidos. Pero para ello, no tienen que reproducirse las pautas y estrategias que se siguen en las grandes empresas sino, al contrario, atender a la especificidad de las pymes mejorando, sobre todo, su cobertura mediante el apoyo de los cuadros y a través de la formación de los delegados que en ellas actúen lo que se traducirá, indefectiblemente, en una mayor protección de los trabajadores.

En definitiva, se trata de que los sindicatos giren la vista, cada vez más, a la afiliación para sustentarse económicamente y, a la vez, para mostrarse a la sociedad más independiente de los poderes públicos. La capacidad afiliativa –el proselitismo– tendrá

⁵⁷ Desde luego, se podría indicar que esa cooperación ya se da, en gran medida, en las pymes dado el marco de relaciones informales que existen en ellas debido a la proximidad física y habitual del empresario con los trabajadores y a que éstos, seguramente, hayan accedido a la empresa por la vía de la relación familiar o amistad con aquel, además de que también influirá, en gran medida, el precario mercado de trabajo existente, visto por aquellos como una gran amenaza a la estabilidad del empleo. Como dicen Blanco y Otaegui, “*en este contexto de segmentación y fragmentación de la fuerza de trabajo, los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas se vinculan más estrechamente a la organización de la empresa, asumiendo unas relaciones laborales delimitadas entre la identificación con el empresario y la inseguridad del entorno que rodea a la empresa. Es precisamente la conjunción de estos dos elementos lo que provoca una reacción de colaboración, de pacto, en donde las fronteras entre lo personal y lo laboral, entre lo contractual y lo ilegal se perfilan, y se perciben, difusamente*”. (Blanco y Otaegui, 1990, p. 96).

Sin duda, no es ese tipo de colaboración, supeditada y forzada, lo deseable ya que la sospecha de que el empresario la usa para su propio beneficio –no necesariamente para el de la empresa– es enorme y, de ser así, la propia viabilidad empresarial estaría complicada, como de hecho sucede, por la falta de un fiel compromiso de los trabajadores en ella.

que ser el caballo de batalla del sindicalismo del futuro si quiere seguir cumpliendo su cometido de proteger y promocionar los intereses sociales, económicos y profesionales de los trabajadores. Y debe ser en la pequeña empresa y microempresa donde se centre, principalmente, esta nueva orientación y no tanto por la propia supervivencia del sindicato y los valores que representa, que también, sino para mitigar la precaria situación de los trabajadores empleados en aquellas. Debe tenerse en cuenta que, las ayudas públicas –bien o mal gestionadas en algunos casos– y la confianza en las grandes empresas para nutrir la afiliación no bastan, a día de hoy, para mantener los aparatos y organigramas mastodónticos de los grandes sindicatos de clase. Y debe tenerse en cuenta también, que el fin del sindicato no es perdurar por perpetuarse sino, como se ha referido, la de contribuir “a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios” (art. 7 CE) es decir, amparar y reivindicar un trabajo digno en todos los ámbitos de la sociedad y, sobre todo, en los más desabrigados como es el mundo de la pequeña empresa y microempresa⁵⁸.

⁵⁸ Situación que se agrava en la microempresa pues la imposibilidad u obstaculización de tener en ellas representantes unitarios, tiene un funesto efecto añadido, a saber: la relación directa entre la existencia de instancias representativas electas y la afiliación a los sindicatos como prueba la ECVT 2010 (Encuesta de calidad de vida en el trabajo) que muestra que la tasa de afiliación media (18,9%), se eleva hasta el 30% cuando hay representantes unitarios y baja al 9,6% cuando no, lo que explica que en las empresas de menos de diez trabajadores sea sólo del (6,6%) teniendo que resaltar, además, que el 56,9% de los trabajadores no tienen ni la más remota idea de la actividad sindical frente al 46,2% en las empresas de entre once y cuarenta y nueve trabajadores, el 39,4% en las de cincuenta a doscientos cuarenta y nueve y solo el 28,8% en las de más de doscientos cincuenta. (<http://www.empleo.gob.es/estadisticas/ecvt/welcome.htm>).

Es verdad, sin embargo, que además de la ausencia de representación unitaria, otros factores ayudan a que sea mínima la afiliación en las pymes, a saber: a) la escasa concentración del empleo que evita la acción colectiva sustentada por efecto del número de trabajadores que actúan solidariamente; b) la impericia de los sindicatos de manejarse en las relaciones informales y personalizadas que se producen en las pequeñas empresas donde predominan los canales directos de negociación con un empresario cotidianamente presente; c) el fuerte desdeño cultural de éste último hacia el sindicalismo, al que asocia con la inestabilidad, y al propio asociacionismo empresarial lo que influye, en gran medida, en su animadversión hacia aquél y d) el también rechazo de los trabajadores, pero no ya por cuestiones ideológicas, sino por temor a perder el empleo habiendo una relación directa entre trabajo precario y resistencia a identificarse con un sindicato lo que, indirectamente, conlleva a posturas individualistas en el sentido de confiar aquel en su propia capacidad para defender sus intereses frente al empresario. En palabras de Pérez de Guzmán, “*el trabajador percibe la superioridad de la empresa en su confrontación con el sindicato y en este contexto afiliarse es ponerse en evidencia*” (Cruz Villalón et al., 2003, p. 59). Y es que, “*mientras que aumenta la sensación –en las pymes– de desprotección e indefensión frente a las imposiciones del empresario (...), el alejamiento de la mediación sindical se vive con una sensación de alivio, en el sentido de que evita el enfrentamiento directo con el cercano y omnipresente jefe*” (Blanco y Otaegui, 1990, 107). Así pues, ante la tesitura de conservar el empleo o mejorar las condiciones laborales, los trabajadores de las pymes optan por lo primero rehuyendo a los “*amenazantes sindicatos*” que, con sus reivindicaciones, pueden llevarse por delante a la empresa. Pero ello, no supone que estos trabajadores vean especialmente a los sindicatos con malos ojos, sino más bien, que lo que desean es que se aleje el campo de batalla todo lo posible de sus centros de trabajo, por ejemplo, mediante la presión de aquellos al Estado para que legisle leyes laborales más protectoras para los trabajadores o bien a través de los grandes acuerdos con la patronal o, mejor aún, por medio de la negociación sectorial.

Se propone, por tanto, en este trabajo, ahondar en las instituciones sindicales esenciales en las empresas para, desarrollando al máximo la libertad sindical⁵⁹, sacarles todo el provecho, a través de la negociación colectiva sobre todo, en pro de la representatividad de los trabajadores y, yendo más allá del ámbito empresarial, darles una proyección sectorial y territorial donde, por sus limitaciones, no pueda llegar el sindicato en la empresa. Al tiempo, se pretenderá acentuar el papel de figuras internas del sindicato, como el cargo sindical electivo así como de aquellos órganos de representación especializada que, por su conformación sindical, pueden también ayudarnos a mitigar la infra representación en las pymes y todo ello, también, por medio de la negociación colectiva que se nos presenta como factor clave para lograrlo.

⁵⁹ El derecho a la libertad sindical, el cual puede definirse “*como el derecho fundamental de los trabajadores a agruparse establemente para participar en la ordenación de las relaciones productivas*” (De la Puebla, De Sande, Espín, García, Muñoz, 2009 p. 15) se haya recogido en el artículo 28.1 de la CE y en los Convenios 87 y 98 de la OIT ratificados por España. Por tanto, al estar ubicado en la sección primera del capítulo II del título primero de la CE, gozará de la máxima protección constitucional al poder recabarse su tutela ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art 53.2 CE).

TITULO SEGUNDO.

LA SECCIÓN SINDICAL COMO INSTRUMENTO DE SINDICALIZACIÓN DE LAS PEQUEÑAS EMPRESAS Y MICROEMPRESAS.

Dada su posibilidad de implantación en cualquier empresa, como se verá de inmediato, será, sobre todo, a través de la sección sindical –tanto de empresa, que con Mejías denominamos sección sindical básica (Fernández et al., 2013, p.89), como sectorial– como el sindicato puede llegar a los miles de trabajadores de aquellas empresas que, como hemos visto, están cada vez más extendidas pero, a la vez, más desprotegidas.

2.1. LA SECCIÓN SINDICAL BÁSICA

2.1.1 Naturaleza y régimen jurídico de las secciones sindicales.

Con arreglo al artículo 8.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, “Los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, constituir secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los Estatutos del Sindicato”.

Cruz Villalón y Martín Valverde definen la sección sindical como aquella instancia que, formando parte de la estructura interna del sindicato, agrupa a la totalidad de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo afiliados al mismo y a la que, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos, la Ley concede una serie de facilidades y garantías para el desarrollo de la actividad sindical en tales ámbitos (Pérez de los Cobos et al., 2010, p. 470)⁶⁰.

⁶⁰Para Luján Alcaraz los elementos esenciales que integran a las secciones sindicales son cuatro, a saber: a) un elemento subjetivo: los afiliados al sindicato trabajadores de un centro de trabajo; b)un elemento organizativo: las secciones son una estructura representativa del sindicato debidamente organizada; c)un elemento finalista ya que se constituyen para desarrollar la acción sindical dentro de la empresa; y d)un elemento legal ya que, cumplidos ciertos

Se desprende de esta definición la doble **naturaleza** de las secciones sindicales, de un lado “son instancias organizativas del sindicato” y, de otro, “representaciones externas a las que la ley confiere determinadas ventajas y prerrogativas, que suponen correlativamente cargas y costes para la empresa”, concebida esta segunda vertiente “como un instrumento adicional que el legislador puede lícitamente establecer, ordenar y delimitar sin incurrir en inconstitucionalidad puesto que no está incluida en el contenido esencial de la libertad sindical” (STC 173/1992, de 29 de octubre)⁶¹.

Por el contrario, el primer aspecto –el organizativo que permite la constitución de secciones y la designación de portavoces y delegados sindicales y sus reglas de funcionamiento– “es ejercicio de la libertad interna de auto organización del sindicato y, en cuanto tal, la LOLS no lo prohíbe a ningún sindicato ni a ninguna sección sindical y no puede ser impedido ni coartado” (SSTC 61/1989, 84/1989, 173/1992 y 292/1993) “lo cual es lógico si se tiene en cuenta que la formación de la correspondiente estructura sindical en la empresa refleja la manifestación o ejercicio de la libertad interna de auto organización del sindicato, por lo que difícilmente podría cercenarse tal libertad a nivel de legalidad ordinaria, ya que seguramente este cercenamiento no sería conciliable con la libertad sindical que reconoce el artículo 28.1 de la Constitución, y consiguientemente una legalidad restrictiva al respecto no sería respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental e incumpliría, por tanto, el mandato del artículo 53.1 de la citada ley suprema” (STS de 1 de junio de 1992).

Como consecuencia, “todo sindicato con personalidad jurídica y capacidad de obrar, aunque no ostente la cualidad de más representativo⁶², ni tenga presencia en los órganos de representación unitaria –comité o delegados de personal– puede, a través de los trabajadores afiliados al mismo, constituir secciones a nivel de empresa o de centro de trabajo, prescindiendo del volumen de plantilla⁶³, cuya sección podrá ejercitar

requisitos legales, la Ley les concede una serie de garantías y facilidades para el desarrollo de la actividad sindical en las empresa (Luján, 2003, p. 104).

⁶¹ Por su parte, Agut entiende que en la sección sindical no se puede hablar de dos naturalezas, sino más bien de dos aspectos de la misma figura, a saber, su naturaleza de órgano de base del sindicato, y la funciones que por ello puede llevar a cabo (Agut, 2004, p.14) Como consecuencia, al ser la sección parte integrante del sindicato, conllevará una cualidad inherente: representa y defiende los intereses de todos los trabajadores y, claro está, de sus afiliados (Agut, 2006, p. 11).

⁶² A diferencia del Derecho francés, que únicamente faculta a los sindicatos representativos a crear secciones y delegados sindicales en los centros de trabajo (art L. 412 del Code du Travail).

⁶³ Desde luego, la exigencia de una plantilla mínima, o de un número de afiliados, para constituir la sección sindical sí que podría establecerse en los estatutos sindicales pues, en ese caso, sería una manifestación de la libertad de auto organización del sindicato. Como se verá más adelante, el artículo 15 de los Estatutos sindicales de UGT- Metal exigen como mínimo tres afiliados para que se pueda constituir la sección sindical.

los derechos a que se refiere el artículo octavo, 1.b), y el artículo segundo, 2º.2 de la LOLS (...)" (STS de 24 de noviembre de 1989, Roj STS 11321/1989)⁶⁴. Es por ello, que podrá haber en la empresa o centro de trabajo tantas secciones sindicales como sindicatos estén implantados en la unidad productiva y aún más si, tratándose de un centro de trabajo grande, algún sindicato cuente con numerosa militancia y decida estructurarse en varias secciones sindicales según grupos profesionales, por ejemplo (Ojeda, 2014, p. 221).

Se permite así, y es aquí donde quisiera poner el acento, que los sindicatos, a través de las secciones sindicales, puedan desembarcar y posibilitar después el ejercicio de determinados derechos colectivos en las pequeñas empresas y en las microempresas donde, o bien porque no se alcanzan los mínimos que marca la ley, o bien no se tiene fuerza sindical suficiente para promover elecciones sindicales, quedan sus trabajadores sin representación alguna. Como dice el Tribunal Constitucional, "El Sindicato puede estar presente en cualquier lugar donde se desarrolle trabajo y realizar allí sus funciones representativas" (STC 173/1992, de 29 de octubre).

Por lo demás, también en cuanto a su naturaleza, debe quedarnos claro que las secciones sindicales no son sindicatos sino órganos del mismo que carecen de la personalidad jurídica de éstos – sus federaciones o confederaciones una vez depositados sus estatutos - . "Ello significa que la relación entre la sección y el sindicato no se traba mediante un vínculo asociativo entre dos sujetos colectivos distintos, como ocurre en el caso de aquéllos, sino a través de una integración directa, de forma que la sección se mantiene unida al sindicato de procedencia" (STC 121/2001, de 4 de junio) que es el que le confiere autonomía funcional por medio de sus estatutos. Esto es, son los sindicatos "los que reconocen a las secciones sindicales las facultades que legalmente se les atribuyen y que coinciden, básicamente, con las que según el artículo 2.2.d) de la LOLS forman parte de la actividad sindical de la empresa, esto es, las vinculadas con la negociación colectiva, el ejercicio del derecho de huelga, el planteamiento de conflictos colectivos, la promoción del proceso electoral y la presentación de candidaturas (...)" (STC 121/2001, de 4 de junio).

⁶⁴ Inexplicablemente, a no ser que sea una errata, el artículo 71 del Convenio colectivo General de la Industria textil y de la Confección, establece el derecho de los afiliados a sindicatos con presencia en el comité de empresa a constituir secciones sindicales en las empresas o centros de trabajo con plantilla superior a 250 trabajadores confundiendo tal posibilidad con la relativa a designar delegados sindicales (art 10.1 LOLS). Obviamente, de no tratarse de un error, la disposición sería nula por vulnerar el derecho de libertad sindical.

En cuanto al **régimen jurídico** de las secciones sindicales deben señalarse los siguientes aspectos:

1º.- Según ya vimos, el artículo 8.1.a) de la LOLS dice que “Los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, constituir secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los Estatutos del Sindicato”.

Por “trabajadores” debe entenderse “tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral, como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas” (art. 1.2 LOLIS). Dejando fuera ahora a los funcionarios, que no son objeto de este trabajo⁶⁵, dice el artículo 1.1 del ET que “La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario” excluyendo a continuación de su ámbito –en el apartado 3º– toda una serie de relaciones por adolecer de los requisitos de voluntariedad, retribución y, sobre todo, de ajenidad y dependencia como las prestaciones personales obligatorias, los trabajos familiares o los realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad. Es claro, como indica Roqueta Buj (Pérez de los Cobos et al., 2010, p. 471), que resulta indiferente para la constitución de la sección sindical el tipo de contrato que tengan los trabajadores por tanto, podrán hacerlo tanto si son fijos o temporales, a tiempo parcial o a tiempo completo, en prácticas o para la formación.

2º.- En todo caso, los trabajadores que quieran constituir secciones sindicales, deben estar afiliados a un sindicato lo que supone lo siguiente:

- a) Ha de tratarse de una asociación sindical en sentido estricto no valiendo otras formas organizativas como, por ejemplo, una agrupación sindical a nivel de empresa que integrara tanto a trabajadores afiliados a un sindicato como a independientes (STSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 2004).

⁶⁵ La jurisprudencia viene negando la posibilidad de que se puedan constituir secciones “mixtas o híbridas” compuestas conjuntamente por trabajadores y funcionarios afiliados a un mismo sindicato (STS de 13 de marzo de 1991, A.8638). De la misma manera, entiendo que tampoco cabría crear una sección combinada con trabajadores de distintos sindicatos aunque sus respectivos estatutos lo contemplaran ya que se trata de *instancias organizativas del sindicato* que se tiene que regir necesariamente por sus estatutos y donde, en cualquier caso, debe haber un centro de imputación de responsabilidades (art 5 LOLS).

- b) El sindicato, por lo demás, debe tener personalidad jurídica y plena capacidad de obrar por haber depositado sus estatutos en la Oficina Pública establecida al efecto (Pérez de los Cobos et al., 2010, p. 473). De no ser así, a la organización de que se trate, solo se le podrán atribuir los derechos derivados de la libertad sindical individual de sus miembros (art. 2.1.d LOLIS) “sin alcanzar al ejercicio de la actividad en la empresa reconocidos a las organizaciones sindicales en el artículo 2.2.d LOLIS” (Luján, 2003, p. 114).
- c) Debe destacarse, por último, que el Tribunal Constitucional ha considerado que no revelar la afiliación sindical por parte del trabajador que no desea hacerlo, forma parte del derecho fundamental a la intimidad reconocido en el artículo 16.2 de la CE, de acuerdo con el cual nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (STC 292/1993 de 18 de octubre de 1993 que dice que “La revelación de la afiliación sindical es, por tanto un derecho personal y exclusivo del trabajador, que están obligados a respetar tanto el empresario como los propios órganos sindicales”). Como señala Agut (2001, p. 3 de 10), en la práctica puede implicar tener que admitir la comunicación genérica del sindicato sobre la existencia de afiliados en la empresa, sin especificación, a efectos de la constitución de la sección sindical. Es decir, que la afirmación del sindicato de que tiene afiliados en la empresa o centro de trabajo, puede constituir prueba bastante si no hay datos o hechos que la desvirtúen como, por ejemplo, su inactividad (Fernández et al., 2013, p. 43).

3º.- En cuanto al ámbito donde pueda constituirse la sección sindical –empresa o centro de trabajo– los trabajadores afiliados deberán decidirse por la empresa o por el centro de trabajo sin que sean posibles las secciones sindicales acumulables en su representación es decir, deben optar por la empresa como conjunto global de múltiples centros de trabajo o por cada centro de trabajo ya que, el artículo 8.1.a) de la LOLIS está referido de modo alternativo o inequívoco tanto para la empresa como en su caso a los centros de trabajo (Pérez de los Cobos et al., 2010,p. 475y STC 61/1989 de 3 de abril).

Por lo tanto, los trabajadores afiliados al sindicato podrán constituir o no las correspondientes secciones sindicales (STS de 8 de junio de 1996, Rec. núm. 3066/1995) y podrán hacerlo a nivel de empresa o de centro de trabajo pero no en ambos lugares a la vez (Sala, 2013, p. 62).

A mi entender, en el caso de empresas grandes o medianas pero con una gran dispersión de pequeños centros de trabajo, se debe tener en cuenta, a la hora de optar, si existe o no un marco convencional que conceda facultades significativas a los delegados internos en los centros que no alcancen los 250 trabajadores ya que, de no ser así, y la empresa llegue a reunir aquella cantidad de trabajadores, podría interesar más constituir la sección a este nivel y así disponer de delegados sindicales con los derechos que le otorga el artículo 10.3 de la LOLS⁶⁶.

4º.-En todo caso, serán los trabajadores afiliados al sindicato y no el sindicato quienes podrán constituir las secciones sindicales (STC 292/1993, de 18 de octubre). Se trata, como dice Roqueta Buj (Pérez de los Cobos et al., p. 487) de un modelo de organización ascendente y no descendente que descarta la constitución institucional por parte de la organización sindical a través de sus órganos centrales. Por el contrario, Agut (2004, p. 8), sostiene que la vinculación orgánica de la sección sindical con el sindicato, permite opinar que la constitución de aquella, es una facultad que corresponde en exclusiva al propio sindicato puesto que esa es la única solución amparable en el derecho de libertad sindical (facultad organizativa interna) y la que realmente permite hablar de presencia “sindical” en la empresa. Y es que, en palabras de esta autora “la sección sindical no puede considerarse un mero conjunto de afiliados que actúan desvinculados de la institución a la que pertenecen, sino todo lo contrario, es el vehículo que permite al sindicato el acceso al interior de la empresa y que, por tal causa, no admite un tratamiento independiente de esta organización en la que se integra” (Agut, 2004, p.18).

Al quite sale el TC que en la mencionada sentencia 292/1993, de 18 de octubre, afirma que “la creación de las secciones sindicales no es un derecho de los trabajadores en general, sino tan solo de los afiliados al sindicato, que, siendo empleados de la empresa, deciden crearla sin intervención de los órganos directivos del sindicato extraños a la unidad productora (...)”. “Lo cual, obviamente, no impide que esta

⁶⁶ Téngase en cuenta, no obstante, que aunque en un primer momento la jurisprudencia admitió esta posibilidad (SSTS de 15 de julio de 1996 y de 28 de noviembre de 1997), posteriormente, la doctrina del TS no permitió que se acumulasen los trabajadores que tenga la empresa en diversos centros de trabajo para poder designar un delegado sindical con las facultades y garantías del artículo 10.3 LOLS, al sostener que debían mantenerse los criterios y modos de participación de los trabajadores en la empresa establecidos en los artículos 62 y 63 del ET y, por consiguiente, salvo mejora convencional, para designar un delegado sindical, el centro de trabajo en el que se quiera elegir deberá tener, por sí solo, una plantilla superior a los 250 trabajadores (STS de 5 de septiembre de 2006, rec. 1643/2005). Posición esta, superada recientemente – que vuelve al criterio anterior – por la STS de 18 de julio de 2014 ROJ: STS 3933/2014 como tendremos ocasión de ver cuando se trate al portavoz sindical.

asociaciones sindicales puedan promover tal constitución y que la misma se tenga que sujetar a lo que establecen los estatutos del sindicato en el que se incardina” (STS de 8 de junio de 1996, Rec 3066/1995). Por lo tanto, entiendo que si no está previsto en los estatutos la creación de secciones sindicales, podrán los afiliados constituir las o no, opción que se mantiene si existe esa previsión pero en este caso, de no llevarlo a cabo o llevarlo irregularmente, sin los procedimientos que señalen los estatutos, podrían los afiliados díscolos ser objeto de sanción interna si así está contemplado en aquellos. ¿Y qué ocurriría si los afiliados deciden constituir la sección cuando hay una expresa prohibición de hacerlo en los estatutos del sindicato? Luján Alcaraz opina que no podrían los trabajadores llevar a cabo la constitución de la sección cuando existiera la expresa prohibición del sindicato declarada o no en los Estatutos (Luján, 2003, p. 114) y Roqueta Buj, por el contrario, entiende que los estatutos sindicales no pueden prohibir a sus afiliados la constitución de secciones sindicales o reservar esta facultad a sus órganos directivos y ello porque son los afiliados y no el sindicato, quienes tienen atribuida la libertad de constituir secciones sindicales (Pérez de los Cobos et al., p. 490). Apoya su opinión con los argumentos de Rodríguez-Piñero y Cruz Villalón que consideran que la exigencia constitucional de funcionamiento democrático del sindicato supone entender como elemento “natural” de un sindicato democrático la posibilidad de crear secciones sindicales (Rodríguez Piñero y Cruz Villalón, 1987, p. 15).

Por mi parte, entiendo que, tanto si mantenemos la doble naturaleza de la sección sindical como si opinamos, con Agut, que solo estamos ante dos aspectos de una misma naturaleza, lo cierto es que las secciones no dejan de ser “instancias organizativas del sindicato” que puede ordenar como mejor le parezca –siempre que respete los principios democráticos (art 7 CE)– su estructura interna y funcionamiento (libertad de auto organización atribuida a los entes sindicales y no a sus posibles órganos). No se entendería, por ejemplo, que un sindicato decidiese no actuar a nivel de empresa o centro de trabajo sino únicamente a nivel sectorial –bastante improbable pero posible sobre el papel– y, posteriormente, los afiliados, desobedeciendo la prohibición estatutaria, constituyesen secciones sindicales en aquellos ámbitos⁶⁷. En todo caso, la misma LOLS señala que “Los trabajadores afiliados a un sindicato podrán (...) constituir secciones sindicales de **conformidad** con lo establecido en los Estatutos

⁶⁷ Como solución salomónica, las normas para la constitución de secciones sindicales de CCOO-Agroalimentaria entienden que “*la constitución de la sección Sindical de centro de trabajo se promoverá, bien por las personas afiliadas de ese centro o por el Sindicato o Federación correspondiente al ámbito geográfico*” (apartado 3). (www.agroalimentaria.ccoo.es/.../doc85836).

del Sindicato” y para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española eso supone hacerlo con el asenso y aprobación de los mismos.

5º.-Por otra parte, se sostiene, mayoritariamente, que deberán ser al menos dos los trabajadores afiliados los que decidan constituir la sección sindical y ello por dos motivos: en primer lugar porque el artículo 8.1 LOLS habla en plural de “los trabajadores afiliados a un sindicato” y de otra parte, por la perspectiva colectiva de la libertad sindical en la que la creación de secciones sindicales se inserta (Luján, 2003, p. 116).

Sin embargo, el primer fundamento no es concluyente pues la utilización del plural no implica, por sí solo, negar el derecho a un único individuo máxime cuando lo usual es que el legislador trabaje con el plural⁶⁸. Y en cuanto al segundo argumento, hay que tener en cuenta que, como veremos más adelante, el derecho a la actividad sindical tiene una vertiente colectiva y otra individual. La primera comprende los derechos del artículo 2.2 de la LOLS, la segunda la de los artículos 8.1 y 9 de la misma ley (De la Puebla, et al., 2009, p. 23 y 24) además de que algunos de estos últimos derechos, claramente, son ejercitables por un sola persona como por ejemplo distribuir información sindical a los demás trabajadores de la empresa o recibirla del sindicato.

Desde luego, siempre habrá que estar a lo que dispongan los estatutos del sindicato (art. 8.1.a) LOLS), por lo que, si en ellos se exigieran dos o más trabajadores para constituir la sección sindical, solamente a partir de ese número mínimo de afiliados se podría iniciar el proceso de constitución de la sección como así ocurre con los Estatutos sindicales de UGT- Metal que exigen, como mínimo, tres afiliados para que se pueda constituir la sección sindical (art. 15), requisito que, entiendo, puede llegar a ser una complicación más para la plena presencia del sindicato en las pymes pues, como ya veremos más adelante, en el caso de tratarse de una sección sindical de un sindicato más representativo –la UGT lo es– tendría el derecho al uso de un tablón de anuncios, instrumento valiosísimo para propagar la información sindical (art. 8.2.a) LOLS) así como todos aquellos atribuidos por el artículo 2.2.d) de la LOLS a cualquier sección sindical –sea o no más representativo el sindicato al que pertenezca– en la empresa como el derecho a la negociación colectiva, el ejercicio del derecho de huelga, el planteamiento de conflictos colectivos o la presentación de candidaturas para las

⁶⁸ Baste recordar los derechos y deberes laborales básicos de los trabajadores que ordenan los artículos 4 y 5 del ET: *“Los trabajadores tienen como derechos –deberes– básicos ...”*

elecciones de delegados de personal, entre otros, que no se podrían ejercer, de ningún modo, en la empresa por no haberse podido constituir la sección sindical.

6º.- En cuanto a los requisitos formales para su constitución, recordemos que el artículo 8.1.a) de la LOLS dice que “Los trabajadores afiliados a un sindicato podrán (...) constituir secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los Estatutos del sindicato”⁶⁹. Por lo tanto, a éstos corresponde pergeñar los requisitos formales de constitución, así como los modos de funcionamiento –no olvidemos que tanto unos como otros deberán responder a principios democráticos, artículo 7 CE, dado que son órganos de la estructura interna del sindicato– de las secciones como también su autonomía y competencias para llevar a cabo sus funciones de representación y defensa de los trabajadores afiliados. En todo caso, aunque la LOLS nada dice⁷⁰, será preciso algún tipo de comunicación al empresario del hecho de la constitución y ello, por dos razones: En primer lugar, porque si la actividad desplegada en la empresa por la sección le pueda suponer cargas al empresario, necesariamente éste debe estar al tanto de su existencia –la STC 292/1993 ya citada dice que “la puesta en conocimiento del empresario (del acto constitutivo) solamente es necesaria en la medida en que se precise para desarrollar la acción sindical dentro de la empresa”– y , en segundo lugar, porque si en respuesta a la constitución, el empresario tomase cualquier represalia contra sus miembros, sería necesario, para plantear la acción judicial de vulneración de los derechos de libertad sindical, acreditar el conocimiento del empresario de la creación de la sección sindical⁷¹.

⁶⁹ Como botón de muestra, el artículo 17.5 de los estatutos confederales de CC.OO. disponen que “ *La constitución de las secciones sindicales se llevará a cabo, además de acatando lo dispuesto en la LOLS, convenios colectivos y demás acuerdos, cumpliendo los contenidos de los presentes Estatutos, lo dispuesto en las resoluciones de la Comisión de Garantías Confederal y desarrollos reglamentarios, así como lo preceptuado en los acuerdos congresuales de las federaciones estatales, siempre y cuando no contradigan las disposiciones que sobre esta materia recoge la mencionada LOLS*”. Y el artículo 1º del Reglamento sobre constitución de secciones sindicales de ese mismo sindicato establece que “*La constitución deberá realizarse mediante asamblea de afiliados y afiliadas. La Asamblea se realizará de acuerdo con las normas que establezcan las Federaciones de rama respectivas, y en su caso por lo dispuesto en el artículo 11 de los Estatutos Confederales*” referido a la elección de los órganos del sindicato.

⁷⁰ Sí que lo menciona el Reglamento de constitución de CC.OO al decir que “*del acuerdo de constitución y de la elección del Secretario o la Secretaria General y de los delegados y delegadas de la Sección Sindical se dará cuenta a la empresa, con la mera finalidad de que esta tenga constancia*” (art 1).

⁷¹ Pero lo que sí debe quedar claro es que “*(...)el empresario no le es posible impedir ni obstaculizar la creación de estos órganos de representación del sindicato en la empresa, cosa que depende exclusivamente del Sindicato conforme a sus estatutos (art 8 LOLS), de manera que el empleador podrá impugnar por ilegal la creación de secciones sindicales pero no está a su alcance obstar por propia autoridad la existencia de las mismas, pues la comunicación que recibe al respecto no es más que una notificación que no requiere su permiso, asentimiento, o confirmación (...)*” STSJCA de Madrid de dos de abril de 1992.

Por ello, recomienda Mejías (Fernández et al., 2013, p. 100) que el acto de constitución de la sección sindical por un lado, se comunique de cualquier manera fehaciente al empresario –Agut menciona el acta notarial, la copia de la notificación firmada por el representante de la empresa, comunicación ante testigos, etc. (Agut, 2004, p. 24)– y por otro, se inscriba en las Oficinas de Registro y depósito de los Estatutos sindicales y ello, aunque como señala Agut, apoyándose en la STS de 28-6-1990 (2004,p. 24), no sea precisa una publicidad adicional al hecho de una comunicación al empresario como tampoco la de hacérselo saber a la autoridad laboral.

7º.- Sobre la organización de la sección sindical, habremos de estar a lo dispuesto en los estatutos sindicales –libertad organizativa del sindicato– que por lo general, suelen dar un cierto margen de autonomía a sus miembros aunque estableciendo, eso sí, una estructura mínima (ver, por ejemplo, artículos 15 Estatutos FSC-CCOO, 17.d) Estatutos FIA-UGT) compuesta por el secretario general como órgano ejecutivo de la sección sindical y por la asamblea de afiliados como máximo órgano de decisión de la sección sindical.

También podemos encontrar en algunos estatutos la figura de la Comisión ejecutiva, bien como complemento de la secretaría (art 28 Estatutos FM-CCOO), o bien como alternativa (art 17.e) Estatutos FIA-UGT (Luján, 2003, p. 119).

8º.-En cuanto a las posibles responsabilidades por la actividad de la sección, deberá hacerles frente el sindicato al que pertenecen, dado que son parte orgánica de éste como ya vimos y sólo él tiene personalidad jurídica y plena capacidad de obrar (art. 4.1 de la LOLS), si los actos o acuerdos se han realizado dentro de su esfera de competencias o si, siendo actos individuales de alguno de sus miembros, se hayan realizado en el ejercicio regular de sus funciones representativas, es decir, con un apoderamiento del sindicato o por cuenta de éste o sea, cuando el afiliado sólo y meramente ha obrado en su carácter de tal, siempre que tal acto haya redundado en provecho del sindicato (arts. 5.1 y 2 LOLS)⁷².

⁷² Esta circunstancia no se exige en el *common law* inglés que llega a extender la responsabilidad del sindicato por actos de sus shops stewards no autorizados por aquel pero que, sin embargo, no prohibió expresamente (Sentencia de la House of Lords en Heaton's Transport (St. Helens) Ltd. v. TGWU). Doctrina llevada, en parte a la Trade Unions Relations Act de 1992 (Section 20) que, no obstante, posibilita la exención de la organización obrera si hay un repudio inmediato y por escrito del comité ejecutivo, presidente o secretario general del sindicato (Section 21) Repudiation by union of certain acts. (Ferrando, 2003, p. 145).

9º.- Decir finalmente, que la sección sindical una vez constituida no tiene plazo de duración alguno, perviviendo mientras existan afiliados al sindicato en la empresa— bastaría uno de ellos según hemos visto— y —si mantenemos la postura de Agut en relación a la voluntad de constitución de la sección (2004, p. 29)—, el sindicato así lo estime. Y es razonable esta última postura pues si, por ejemplo, una sección sindical llevase una línea contraria a lo acordado democráticamente por su sindicato, y tras las discrepancias solucionadas por la vía interna (art. 7 CE), aquella se mantiene pertinaz, no quedaría otro remedio que la disolución ordenada por los órganos de éste.

2.1.2. El derecho a la acción sindical como instrumento de sindicalización de las pymes.

El derecho de libertad sindical, reconocido en los artículos 7 y 28.1 de la CE y en los Convenios de la OIT números 87 y 98, tiene, como ya vimos, dos vertientes: la individual y la colectiva. El contenido de la primera comprende la libertad de fundación, la de afiliación —positiva y negativa— la de representación y el derecho a la actividad sindical (art. 2.1 LOLS). La segunda engloba la libertad de auto organización, la de federación, la de suspensión y disolución y también el derecho a la actividad sindical (art. 2.2 LOLS)⁷³. Así pues, las vertientes individual y colectiva se desdoblán, a su vez, en un aspecto organizativo o asociativo y otro funcional o lo que es lo mismo, “el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores; en suma, a desplegar los

⁷³ Para el TC, la enumeración de los derechos comprendidos en la libertad sindical que realiza el artículo 28.1 de la CE no es exhaustiva, sino meramente indicativa (STC 39/1986, de 31 de marzo). Es decir, el derecho de libertad sindical engloba no solo los derechos que expresa el artículo 28, sino también todos aquellos que les permitan realizar las funciones que de los mismos es dable esperar (STC 70/1982, de 29 de noviembre). Es por ello, que en la misma hay que considerar incluido el derecho de los sindicatos a “*a ejercer libremente sus actividades y a aprobar y poner en práctica sus programas de actuación*”. (STC 23/1983, de 25 de marzo). Y esta interpretación abierta la apoya el TC, según Durán y Sáez (Durán y Sáez, 1992, p.166), en otras dos interpretaciones previas que le sirven de base: La primera la de relacionar el artículo 28.1 con el artículo 7 del texto constitucional ya que, si el sindicato tiene atribuida la función de contribuir a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios (art. 7), la libertad sindical deberá comprender indefectiblemente aquellos medios de acción que se lo permitan (STC 39/1986, de 31 de marzo). La segunda, la de relacionarlo con el artículo 10.2 de la propia CE ya que, si, este último, exige que toda norma relativa a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE reconoce, se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España, ello supone que se haga conforme a los Convenios de la OIT que consagran como libertad sindical determinados aspectos de la actividad sindical que merecen la plena protección constitucional (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 83/1982, de 22 de diciembre y 23/1983, de 25 de marzo).

medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente le corresponde” (STC 281/2005 de 7 de noviembre).

Este contenido funcional o instrumental ha sido desarrollado por el legislador orgánico⁷⁴ distinguiendo la LOLS entre los derechos reconocidos a todas las secciones sindicales –mejor a todos los trabajadores afiliados a un sindicato– y los reconocidos a las secciones sindicales más representativas y/o con representación unitaria en la empresa.

Como señala Luján Alcaraz, los primeros se atribuyen directamente a los trabajadores afiliados al sindicato en la empresa, por lo que su ejercicio no se supedita a la previa constitución de la sección si bien, una vez constituida, será esta última quien se convierta en titular de los derechos (2003, p. 227).

2.1.2.1. Derechos atribuibles a toda sección sindical.

a) El derecho de celebrar reuniones.

Además del derecho mismo a constituir las secciones sindicales, el artículo 8.1 de la LOLS dice que “Los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo (...)b) celebrar reuniones, previa notificación al empresario (...), fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa”

⁷⁴ Debe aclararse, no obstante, que para el TC el contenido esencial de la libertad sindical, y que por lo tanto no puede ser alterado o suprimido por el legislador ordinario, estaría integrado además de por los aspectos organizativos expresamente mencionados en el artículo 28.1 de la CE y por lo tanto también la libertad interna de autoorganización del sindicato, únicamente por los derechos de actividad del derecho de huelga, de negociación colectiva y de adopción de medidas de conflicto colectivo (STC 127/1989 y 61/1989).

El resto de los derechos de actividad forman parte del denominado contenido adicional de la libertad sindical (el de promoción y participación en las elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa, los derechos reconocidos en los artículos 9 y 10 de la LOLS y los reconocidos por cualquier norma legal, reglamentaria o convencional) y al sobrepasar el núcleo esencial de la libertad sindical, pueden atribuirse a unos sindicatos y a otros no sin vulnerar el artículo 28.1 de la CE (STC 39/1986, de 31 de marzo).

Ello no obstante, tanto el contenido esencial como el adicional, son susceptibles de todos los mecanismos de protección de los derechos fundamentales y en concreto del amparo constitucional (STC 127/1989, de 13 de julio), pues no hay que confundir, como señala el mismo TC, el ámbito del contenido esencial del derecho, límite que se impone a la actividad del legislador (art 53.1 CE), con el ámbito de protección en amparo del derecho constitucional (art 53.2 CE), que incluye el efectivo goce del derecho en el marco de su regulación legal, la cual puede, respetando ese contenido esencial, regular de forma más amplia o más restrictiva los derechos que facilitan al sindicato y a sus afiliados el ejercicio de la actividad sindical en la empresa (STC 61/1989, de 3 de abril).(Durán y Sáez, 1992, p. 173).

El TC tiene dicho que, el derecho “de reunión opera (...) a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones”(STC 85/1998 de 28 de abril) y cuyos elementos configuradores son “el subjetivo –agrupación de personas–, el temporal –duración transitoria–, el finalista –licitud de la finalidad– y el real u objetivo –lugar de celebración–“ (STC 85/1988 de 28 de abril de 1988).

1º.- Como establece la LOLS, para llevar a cabo este derecho se exigen tres requisitos: la previa notificación al empresario; que la reunión se celebre fuera de las horas de trabajo y que se lleve a cabo sin perturbar la actividad normal de la empresa. Cumplidos los mismos, los trabajadores afiliados al sindicato podrán realizar reuniones en la empresa sin ningún otro condicionamiento que quisiese establecer el empresario, como, por ejemplo, fiscalizar el orden del día, y sin que tengan cabida los requisitos de los artículos 77 y ss. del ET reguladores del derecho de asamblea para la representación unitaria, pues el derecho de reunión por su estrecha conexión con la libertad de comunicación sindical, forma parte, y es cuestión pacífica, del “contenido esencial” de la libertad sindical (STC 76/2001, de 26 de marzo).

2º.- La titularidad del derecho se atribuye a los trabajadores afiliados al sindicato quedando excluidos el resto de la plantilla. Y es que, “ello no autoriza, sin embargo, a ignorar las diferencias entre las reuniones que contempla el artículo 8.1b) de la LOLS y el derecho de reunión reconocido en el artículo 4.1f) y regulado en los artículos 77 a 80, todos de la LET. Mientras que las primeras canalizan la organización interna del sindicato y viabilizan el flujo de información sindical en la empresa o centro de trabajo, y su titularidad corresponde individualmente a los trabajadores afiliados a un sindicato, aunque sea de ejercicio colectivo (STC 85/1988, de 28 de abril), en las segundas se trata de un derecho de reunión de todos los trabajadores, independientemente de su afiliación, que, por ello, sólo pueden ser convocadas por el 33% de los mismos o por los órganos de representación unitaria como órganos de representación del conjunto de los trabajadores de una empresa o centro de trabajo (art. 77.1, párrafo segundo, LET)”[(STC de 26 de marzo de 2001)].

No obstante, hay que remarcar la dificultad de llevar a la práctica este requisito pues para ello habría que poner en conocimiento del empresario la condición de afiliado de los asistentes, obligación que choca con la libertad ideológica del artículo 16 CE y, por ende, con la libertad sindical. Parece pues, y es de señalar, que al no admitirse control

empresarial de los participantes en las reuniones, no existiría obstáculo para que, convocada la reunión por y para los afiliados, puedan asistir también simpatizantes o, cualesquiera trabajadores, para participar en ellas siempre, eso sí, que las convocatorias no resulten claramente atentatorias a la norma como por ejemplo, cuando se hayan hecho públicamente y con llamamiento a todos los trabajadores de la empresa⁷⁵. No olvidemos que “la libertad sindical comprende que los sindicatos puedan promover acciones con proyección externa, dirigidas a todos los trabajadores, sean o no afiliados, y en su faceta individual incluye correlativamente el derecho del trabajadora adherirse y participar en las iniciativas convocadas por las organizaciones sindicales” (STC 168/1996, de 29 de octubre).

Sabedor de lo anterior, el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores italiano (Ley 300 de 20 de mayo de 1970) posibilita, en las unidades productivas de dieciséis o más trabajadores (art 35)⁷⁶, el derecho de asamblea fuera de las horas de trabajo o dentro del mismo pero, en este caso, con el límite de diez horas anuales retribuidas, extensible a todos los trabajadores, sean afiliados o no al sindicato o sindicatos convocantes, además de que también podrán participar en ellas dirigentes de aquellos siempre que se avise previamente al empresario de ello junto con la indicación del orden del día que habrá de versar, necesariamente, sobre cuestiones sindicales o laborales.

En todo caso, por vía convencional podría ampliarse el poder de convocatoria de la sección sindical a todos los trabajadores de la empresa⁷⁷ sin que sea imaginable una enconada resistencia empresarial pero eso sí, siempre que las reuniones se celebren fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la producción. Con ello, se conseguiría atraer la atención e implicar en los asuntos colectivos a todos los empleados, además de que sería una perfecta plataforma para impulsar el sindicalismo en la empresa y fomentar la afiliación y, como resultas, ganar en representatividad.

⁷⁵ Si bien, en un primer momento, la doctrina judicial vino a admitir el derecho de las secciones sindicales a convocar en asamblea a todos los trabajadores (SSTSJ de Cataluña números 5032/1994, de 28 de septiembre y 7814/1996, de 28 de noviembre), en la actualidad se niega tal posibilidad (SSTC 168/1996, de 29 de octubre y 76//2001, de 26 de marzo) a no ser que lo permita la negociación colectiva (STS de 10 de diciembre de 1999, rec. 1190/1999). (Collado et al., 2014, p. 142).

⁷⁶ En realidad, no solo esas medidas sino íntegramente el Título III del ET italiano referido a toda una serie de derechos y facultades atribuibles a las representaciones sindicales de empresa constituidas en el ámbito de las asociaciones sindicales, que sean signatarias de convenios colectivos aplicables en la unidad productiva, queda supeditado a que la unidad productiva cuente como mínimo con 16 trabajadores (seis si se trata de empresas agrícolas) (art 35 Ley 300 de 20 mayo de 1970).

⁷⁷ El artículo 10 del Convenio Estatal de la Industria del Calzado faculta la celebración de asambleas en los centros de trabajo, fuera de las horas de jornada laboral, con asistencia de todo el personal del centro y de sindicalistas ajenos al mismo siempre que se preavise a la empresa con un plazo mínimo de una jornada laboral.

Desde luego, de realizarse tal ampliación, ni el empresario ni las personas que ocupen cargos en los órganos de administración de la empresa, ni el personal de alta dirección podrían asistir a las reuniones salvo que exista invitación expresa de los convocantes, porque podrían condicionar su resultado, (Collado et al., 2014, p. 147) y/o no existiere prohibición alguna en los estatutos sindicales, cosa que podría darse también cuando se traten determinadas materias internas concernientes al sindicato y sin proyección externa.

3º.- En cuanto al lugar, el derecho de reunión implica el reconocimiento implícito del derecho a utilizar los locales de la empresa o centro de trabajo –“Los trabajadores afiliados (...) podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo (...)” (art. 8.1 LOLS) –. Si bien, aunque el empresario deba ceder el local si éste resulta adecuado para la celebración de la reunión (STSJ de Galicia de 28 de junio 1999), no estará obligado, si no se diese tal circunstancia, a que sea un local fuera del centro de trabajo, aunque es libre de hacerlo. (STJ Andalucía/Málaga de 29 de enero). En cualquier caso, el local deberá tener el tamaño y condiciones convenientes para el desarrollo de la reunión pero con la precisión de que “el derecho de reunión sindical no protege el derecho de reunión indefinida, sino temporal” (STS 14 de marzo 1995, nº Rec. núm. 1577/1994).

Como se verá más adelante, el que la reunión pueda realizarse en los locales de la empresa, supone una inmejorable oportunidad para que accedan a ella los representantes de las organizaciones sindicales más representativas que ostenten cargos electos a nivel provincial o superior (art. 9 LOLS) y puedan así, capitanear las reuniones dándoles una visión más amplia y profunda debido a su preparación y experiencia en asuntos de interés colectivo.

Por lo demás, como indica Limón Luque (2010, p. 7 de 14), debe señalarse que el ejercicio del derecho de huelga no podrá justificar la negativa del empresario a ceder el local para la reunión lo que si ocurriría en el supuesto de cierre patronal, pues no puede exigirse al empresario ceder el lugar de reunión en aquellos casos en que la actividad laboral se encuentra interrumpida por circunstancias excepcionales como es el cierre legal de la empresa.

Sin embargo, debe precisarse a lo dicho por este autor, que el ejercicio del mismo derecho de reunión, no puede fundamentar el cierre patronal que, a su vez, impida su

actuación ya que el artículo 12.1 b) del RDLRT solo admite el cierre patronal cuando la ocupación del centro o de cualquiera de sus dependencias es ilegal, entendiendo la STC 11/1981, de 8 de abril que solo lo serán cuando para ocupar el local se use violencia o cuando se atente contra los derechos de los no huelguistas y no cuando las ocupaciones se realicen en ejecución del derecho de reunión.

4º.- En cuanto a su ejercicio, la reunión deberá desarrollarse con arreglo a lo establecido en los estatutos sindicales o, si nada dicen, conforme a las normas internas de que se hubiere dotado la sección sindical⁷⁸ y, en ambos casos, respetando el ejercicio democrático del derecho lo que conlleva que cualquier afiliado pueda tomar la palabra y, en su caso, votar (Collado et al., 2014, p. 142). Facultad, esta última, no extensible, a mi entender, al resto de trabajadores concurrentes que no sean afiliados o a los cargos electivos venidos de fuera –o a cualquier otra persona invitada como los asesores sindicales– a no ser, que aquellas normas o por decisión expresa, en una primera votación, de los afiliados contemplen tal posibilidad. En todo caso, tras las votaciones, la adopción de los acuerdos deberá, también respetar el principio democrático de las mayorías aunque puedan establecerse, en los estatutos, normas internas o en la misma asamblea –aquí por mayoría simple–, mayorías cualificadas para determinados asuntos.

5º.- A lo que nos interesa, el derecho a celebrar reuniones sindicales podría regularse en la negociación colectiva para incentivar el hecho sindical ampliando el derecho a todos los trabajadores y, como contrapartida, dando seguridad jurídica al empresario en relación, por ejemplo, al requisito de la comunicación previa –plazo y forma–; hora de comienzo y duración de la reunión; orden del día⁷⁹; acuerdo de medidas con la dirección de la empresa para evitar perturbaciones en la actividad normal o responsabilidad de los convocantes y/o del sindicato dado que nada prevé sobre ello la LOLS.

⁷⁸ Las normas internas de las secciones sindicales de la UGT – véase, por ejemplo la sección UGT-Nissan – suelen remitirse al Reglamento de Congresos de la Unión General de Trabajadores que establece un marco muy general para el desarrollo de las reuniones pudiéndosele aplicar, no obstante, lo referente al orden del día (art 1.2); mesa del congreso (arts. 7 y ss.); de los debates en general (arts. 12 y ss.) y de las votaciones (arts. 14 y ss.).

⁷⁹ El artículo 91 del IV Convenio colectivo de empresas de Enseñanza privada sostenida total o parcialmente con fondos públicos, garantiza el derecho de reunión de los trabajadores –de todos los trabajadores no solo los afiliados a un sindicato– pero con la obligación de comunicárselo al empresario con la debida antelación e indicándole los asuntos incluidos en el orden del día y las personas no pertenecientes a la plantilla del centro de trabajo que van a asistir a la asamblea.

Así pues, como medidas de promoción del asociacionismo obrero, se podrían establecer para todas las empresas del sector, incluyendo las pequeñas empresas y las microempresas que, como consecuencia, ganarían en representatividad, además de la ya mencionada de aumentar el poder de convocatoria, las dos siguientes:

▲ Otorgar un crédito horario de, por ejemplo, media hora –que podría juntarse con la pausa del bocadillo⁸⁰– al semestre para celebrar reuniones de los afiliados a la sección sindical para los fines propios del sindicato o, en todos aquellos casos que se presenten medidas de flexibilidad interna o externa por causas empresariales (traslados, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, expedientes temporales o de reducción de jornada, descuelgues que sería en cada caso también de media hora)⁸¹

Obviamente, el empresario, dado que tiene que soportar el coste, querrá controlar que se cumplan los requisitos para su celebración y, entre ellos, el que sean únicamente los afiliados los asistentes cuando no se haya pactado en el convenio que se extienda a todos los trabajadores. Para ello, podría establecerse el procedimiento de recaudación de cuotas por nómina, con el consentimiento del trabajador como modo de verificar la afiliación, criterio aceptado por el TC (SSTC 292/1993, de 18 de octubre y 145/1999, de 22 de julio) y por el TS (STS de 16 de febrero de 2006, Rec. núm. 177/2004) que entienden que no se vulnera el derecho a la intimidad ni el derecho de libertad sindical por el uso del listado de cotizantes a efectos de que la empresa conceda horas para reuniones a los afiliados a determinados sindicatos.

⁸⁰ El tiempo de bocadillo “se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo” (art 34.4 ET) sin que por ello impida su utilización para la reunión pues “lo determinante no es tanto que se trate de jornada de trabajo como de tiempo productivo” (Collado et al., 2014, p.151).

⁸¹ El artículo 12.6 del Convenio colectivo estatal para la Industria Fotográfica supera con creces lo propuesto en este trabajo al otorgar a los trabajadores doce horas al año para la celebración de asambleas con el solo requisito de que se soliciten con cuarenta y ocho horas de antelación. Y el artículo 13.6 del mismo convenio extiende este derecho expresamente a las secciones sindicales “para la realización de reuniones con sus afiliados dentro de la empresa”. Como quiera que el primero es un derecho de todos los trabajadores para realizar asambleas en los términos del artículo 77 y ss. del ET y el segundo una concreción del derecho de reunión sindical del artículo 8.1 b LOLS, entiendo que son plenamente compatibles siempre que no perjudiquen, innecesariamente la actividad empresarial, por ejemplo realizándose una reunión a continuación de la otra.

Por su parte, el Convenio colectivo estatal de Pastas, Papel y Cartón establece el derecho de asamblea en iguales términos que el Convenio para la Industria Fotográfica aunque añadiendo que “cuando por trabajarse en turnos, por insuficiencia de los locales o por cualquier otra circunstancia no pueda reunirse simultáneamente toda la plantilla, sin perjuicio o alteración en el normal desarrollo de la producción, las diversas reuniones parciales que hayan de celebrarse, se considerarán como una sola y fechadas en el día de la primera”.

Por lo demás, en el derecho comparado podemos mencionar el artículo 461.1 b) del Código do Trabalho portugués que permite que los trabajadores puedan reunirse en el lugar de trabajo “durante la generalidad de las horas de trabajo (...) con un máximo de quince horas por año, que contarán como tiempo de trabajo efectivo, siempre que se garantice el funcionamiento de los servicios urgentes y esenciales”.

La misma sentencia del TS mencionada, permite la promoción selectiva de la acción sindical en la empresa fundamentada en la presencia electoral –secciones sindicales con representantes unitarios– por entender que la audiencia electoral en la empresa es un criterio objetivo, previsto en la LOLS (art 8.2) que habilita la mejora convencional de derechos sindicales siempre que exista razonabilidad y proporcionalidad en la selección.

De lo anterior, entiendo que, si no se pudiese llevar al convenio la ampliación del derecho a todas las secciones sindicales por existir una fuerte oposición de la parte empresarial, si, al menos, a las del art 8.2 de la LOLS –las de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación unitaria– pues así se podría salvar el escollo de la selección y, al tiempo, llegar a la pequeña empresa y microempresa, por la vía de los sindicatos más representativos, que es lo que ahora nos interesa de un modo u otro.

▲ La otra medida consistiría en permitir a la sección sindical un derecho de invitación nominal de personas ajenas a la empresa –igual que en el derecho de asamblea del artículo 77.1 ET, por lo que tendrá que comunicarse a aquella sus nombres– para que los asesores del sindicato puedan participar en las reuniones. De no ser así, sólo los cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal de los sindicatos más representativos, tendrían la oportunidad de acceder a los centros de trabajo para participar en las actividades propias del sindicato (art. 9.1c LOLS) –y por lo tanto en las reuniones sindicales– lo que es un claro elemento promocional del sindicato representativo como se verá, como ya anuncié, más adelante.

Y es que, la figura del asesor sindical es clave para que en las reuniones de la sección se traten los temas propios del sindicato y de las cuestiones laborales de la empresa desde una perspectiva más extensa y profunda además de que solo así, se dispondría de conocimientos técnicos y de experiencia que serían vitales para los intereses de los trabajadores pues, en definitiva, se trata siempre de suplir la falta de representación de éstos en las pequeñas empresas.

Recordemos, finalmente, que el derecho de las secciones sindicales a recibir asesoramiento externo forma parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical (STSJ Andalucía/Sevilla de 14 de septiembre de 2010 AS 2010, 2412), por lo que será la norma que lo contemple el que lo delimite y establezca las condiciones de

su ejercicio que en ningún caso será plenamente libre sino que tendrá que armonizarse con el interés productivo de la empresa que deberá quedar incólume. Es por ello que la referida sentencia ha entendido que el requisito de la necesaria notificación de la asistencia de un asesor a la empresa a que obliga el convenio colectivo⁸² “no puede considerarse atentatorio contra el derecho a la libertad sindical por las siguientes razones: a) no es trabajador de la empresa, por lo que debe controlarse su presencia; b) debe estar identificado para evitar el acceso a la empresa de personas que no reúnan la condición de asesor del sindicato; c) su presencia debe estar justificada por la existencia de una reunión, ya que el ejercicio de la acción sindical debe ser compatible con el correcto desarrollo del proceso productivo; y d) el derecho al acceso del asesor es titularidad de la sección sindical y no del asesor, por lo que la sección sindical debe ejercer ese derecho mediante su comunicación a la empresa”.

b) Derecho a recaudar cuotas.

También, “los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo (...) recaudar cuotas (...) fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa” (art. 8.1c LOLS).

Aunque lo más usual sea que las cuotas de afiliado se domicilien o se hagan mediante descuento en nómina⁸³ –en la pequeña empresa esta opción, que posibilita el artículo 11.2 LOLS, suele ser descartada por temor a que sea conocida la militancia por el empresario– es posible, con amparo legal, que las cuotas se recauden en mano en la misma empresa a través de un responsable elegido por los propios afiliados. De nuevo, otra oportunidad para el contacto entre los afiliados siempre que sea fuera del horario de trabajo y sin que se trastoque la producción.

Por lo demás, como señala Limón Luque (2010,p. 9), el derecho a recaudar cuotas debe entenderse en un sentido amplio que englobe a todas aquellas actividades

⁸² Se trata del Convenio Colectivo para el personal laboral del Organismo Provincial de Asistencia Económica y Fiscal de la Exma. Diputación provincial (BOP 17 de junio de 2008) que dispone en su art.73.5,c) que «*las secciones sindicales tendrán derecho al libre acceso de asesores sindicales, tanto a sus reuniones internas como a cualquier reunión o negociación a la que fueran convocados, previa notificación*».

⁸³ Como botón de muestra, podemos mencionar el artículo 78 del Convenio General de la Industria Química que además de establecer que a requerimiento de los sindicatos, las empresas descontarán en la nómina mensual de los trabajadores que lo hayan autorizado por escrito, el importe de la cuota sindical correspondiente que se ingresará en la cuenta corriente que designe el sindicato el que, la Dirección de la empresa entregará copia de la transferencia a la representación sindical. En parecidos términos arts. 42 del Convenio estatal de Empresas de Centros de Jardinería y 84 del Convenio general del sector de Derivados del Cemento.

destinadas a la financiación del sindicato como venta de lotería destinada a recaudar fondos para el sindicato, aportaciones voluntarias, venta de publicaciones sindicales o incluso entrega gratuita de productos de publicidad del sindicato como camisetas, bolígrafos, gorras “así como cualquier otro tipo de aportaciones con fines sindicales.”(Art. 75 Convenio colectivo estatal para las Empresas Organizadoras del juego del Bingo).

Decir finalmente que, aunque podría pactarse en el convenio colectivo la posibilidad de que agentes del sindicato pudiesen entrar en los centros de trabajo para el cobro de las cuotas o incluso, un crédito horario mensual para el trabajador de la empresa y miembro de la sección que se dedicase a su recaudación, el alivio de esta gestión mediante la domiciliación o descuentos en nómina para los sindicatos es tan evidente, que creo no compensaría a éstos últimos el uso de la recaudación directa, máxime cuando se pueden utilizar otros derechos, como el de reunión o el de información sindical, para que el sindicato esté presente en la empresa. Ello no es óbice, no obstante, que se ejercite para otros cometidos, de financiación o no, ya comentados como distribución de revistas o artículos de propaganda sindical por ejemplo.

c) Derecho a distribuir y recibir información sindical.

Igualmente, los trabajadores afiliados a un sindicato, tienen el derecho de información sindical en sus dos manifestaciones es decir, a distribuirla y recibirla libremente (art. 8.1 b y c LOLS).

Estos derechos, no obstante, están sujetos, de igual manera, al interés productivo de la empresa pues deberán ejercerse fuera de las horas de trabajo y sin perturbar su actividad normal (art. 8.1.b LOLS).

Cumplidos estos requisitos, nada impedirá que el proselitismo sindical alcance a trabajadores no afiliados al sindicato dado que la libre difusión de la información sindical constituye “un elemento esencial en la concreción del derecho fundamental a la libertad sindical” (STC 281/2005, de 7 de noviembre).

Más concretamente, la STC 94/1995, de 19 de junio dice que“(...) el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, puesto que la transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de

información entre el sindicato y sus afiliados, entre los delegados sindicales y los trabajadores en general, es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindical(...).”.

Es más, por lo que se refiere al derecho a recibir información sindical, Agut (2004, p. 63) opina que el empresario tiene la obligación de recepcionar la información remitida por el sindicato y, seguidamente⁸⁴, la de entregar la información recibida a los destinatarios designados por aquel que, además de los propios afiliados podría ser la misma sección sindical que, a su vez, posteriormente, podría distribuirla no solo a los componentes de la sección sino también a los demás trabajadores.

Por lo tanto, mediante esta vía indirecta, pueden utilizarse estos derechos de proselitismo sindical para divulgar la acción desarrollada por el sindicato y hacer llegar éste al resto de compañeros no afiliados y extender así, el asociacionismo obrero que ayude a mitigar la falta de representación en las pequeñas empresas.

Como “concreción del derecho fundamental a la libertad sindical”, el empresario, cumplidos los dos requisitos de ejercicio fuera del horario laboral y sin detrimento de la actividad empresarial –podríamos añadir el de que no se deriven daños a la propiedad empresarial como pintadas en fachadas o riesgos a las personas como pegatinas en la señalizaciones de emergencia–deberá soportar el ejercicio de estos derechos de información sin obstaculizarlos y sin que pueda inmiscuirse en relación a su contenido que además de ser de índole sindical –otro tipo de información no formará parte del contenido del derecho– habrá de respetar la doctrina del TC acerca de la colisión de los derechos al honor y la intimidad personal y familiar con la libertad de expresión e información⁸⁵.

⁸⁴ Esta labor de intermediario del empresario debe llevarse a cabo respetando, en todo caso, el secreto de las comunicaciones que recoge como, derecho fundamental, el artículo 18 de la CE por lo que, ni podrá retener la información sin entregársela a los destinatarios, ni acceder a su conocimiento y mucho menos censurar su contenido (Collado et al., 2014, p. 139).

⁸⁵ Convendría recordar que la diferencia entre las libertades de expresión e información estriba en que la primera protege la propagación de ideas, pensamientos y opiniones impregnadas de subjetividad, mientras que la segunda ampara la difusión de hechos de interés general y veraces, sin intercalar opiniones subjetivas (Aránzazu, Martínez, Herreros, 2008, p. 4 de 10).

Podemos registrar de esta línea jurisprudencial los siguientes puntos:

1º.- Aunque si bien los derechos fundamentales –que no son ilimitados–no quedan extramuros de la empresa⁸⁶, la relación de trabajo los modula bajo el principio de la buena fe contractual de modo que esta supone “un límite adicional al ejercicio de la libertad de expresión (...) pero sólo en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad laboral”. Como consecuencia, los obstáculos que hayan de darse habrán de ser “(...) adecuados, imprescindibles y proporcionales a la protección de la libertad de la empresa” (STC198/2004, de 15 de noviembre) Por lo que estamos ante “(...) un límite débil frente al fuerte que representa la intersección del derecho fundamental con otros principios y derechos subjetivos consagrados por la CE” (STC 241/1999, de 20 de diciembre).

2º.- De tal manera, la denuncia –si es veraz por contrastada– de hechos de relevancia pública, efectuada sin *animus nocendi* a través de medios adecuados, es decir, no de manera subrepticia y de forma proporcionada, por parte de los trabajadores o sus representantes, estará, por lo general, amparada por el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad sindical y libertad de expresión (STC 126/1990, de 5 de julio, 186/1995, de 11 de diciembre y 90/1999, de 26 de mayo). Por lo tanto, en ningún caso las libertades de expresión y comunicación pueden justificar el empleo de insultos, vejaciones o improperios que nada aportan a la crítica y atentan de manera clara a la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento se critica (STC 204/1997, de 25 de noviembre). Es decir, existe un derecho a la crítica donde las ideas o informaciones pueden, incluso, ser hirientes o molestas (STSJ País Vasco 22-1-2002 (AS 2453) pero no un derecho al insulto.

3º.- En todo caso, “las críticas proferidas en el curso de un conflicto laboral, deben valorarse desde la lógica propia del conflicto y desde la consideración de que, mientras subsista el mismo, los terceros serán plenamente conscientes de que tales críticas se integran en la situación de tensión propia de aquél” (STC 198/2004, de 15 de noviembre). Es decir, que en un clima de lucha sindical, las expresiones dolientes se

⁸⁶La STC 88/85, de 19 de julio señala que “(...) *Las organizaciones empresariales no son mundos separados y estancos del resto de la sociedad*”. Por lo que “*la libertad de empresa no legitima que los trabajadores hayan de soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas que tienen su valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional*”. “*Ello no significa, claro es, que la invocación de los derechos fundamentales y las libertades públicas pueda servir para justificar la imposición de modificaciones de la relación contractual (STC19/1985); la ruptura del marco normativo y contractual de la misma (STC 6/1998); o el incumplimiento de los deberes laborales que incumben al trabajador*”.

deberán interpretar de manera atenuada pues“(...) las críticas no son normalmente interpretadas por la opinión pública en su sentido literal, sino como descalificaciones propias del conflicto” (STC 198/2004, de 15 de noviembre).

4º.- Por último, no debe olvidarse que en el seno de la empresa existe un límite al derecho de expresión en el deber de sigilo profesional que tienen los representantes de los trabajadores entendido como “utilización prudente a la información que posee “la empresa (Alfonso et al., 2011, p. 1200).

Por su parte, los Tribunales ordinarios realizan dos operaciones a la hora de determinar si ha habido o no una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión e información sindicales: En primer lugar, se debe valorar si nos encontramos o no en el ámbito de la acción sindical, por desarrollarse en el marco de la función representativa y envolver las actuaciones un riguroso interés laboral y sindical; de ser así, se opta por dar preferencia, si es posible, al derecho de expresión sindical o de transmisión de información sindical. En segundo lugar, se tienen en cuenta los siguientes extremos: la existencia de una situación conflictiva vivida en la empresa; la proyección o no hacia el exterior de las opiniones o informaciones; y finalmente, el contenido injurioso o no de las expresiones vertidas (Aránzazu et al., 2008, p. 5 de 10).

En cuanto a las nuevas tecnologías de que pueda valerse la sección sindical para distribuir la información a los trabajadores –y en concreto el uso del correo electrónico de la empresa–, la jurisprudencia ha señalado que no es exigible a la empresa salvo que resulte de pacto o convenio colectivo (STS de 26 de noviembre de 2001, Rec. núm. 1142/2001).

Sin embargo, la STC de 7 de noviembre de 2005 ha distinguido dos situaciones:

a) Que no existan medios de información electrónicos en la empresa. En ese caso, el sindicato no tendrá derecho a exigir de la empresa que le proporcione esos medios.

b) La empresa dispone de esos medios. En ese supuesto, el empresario “debe mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical”, siempre que “su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten las reglas de uso (...) cuyo cumplimiento debe examinarse en cada caso”.

Así, las limitaciones al uso sindical del correo electrónico de la empresa son, para el TC, los siguientes:

1º.- La comunicación sindical no podrá perturbar la actividad normal de la empresa, de modo que, los envíos de información mediante correos electrónicos “sean prudentes y no masivos y no provoquen bloqueos en los servidores de las empresas” (art. 45 del Convenio estatal para los Despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales).

2º.- En caso de conflicto entre el manejo sindical del correo electrónico y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevalecerá este último.

3º.- El uso sindical del correo electrónico de la empresa no podrá ocasionar mayores costes para esta última.

Y en el supuesto de que el sindicato incurriera en excesos u ocasionara perjuicios a la empresa, ésta deberá acudir al auxilio judicial para poner fin al abuso y exigir, en su caso, las oportunas compensaciones, no pudiendo negar unilateralmente a los sindicatos su uso. (Alfonso et al., 2011, p. 1208).

Es de señalar, que la negociación colectiva sigue rigurosamente los anteriores criterios. Como ejemplo⁸⁷, cabe citar el artículo 79.1 del Convenio colectivo General de ámbito estatal para el sector de Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo que posibilita que, “en las empresas cuyos sistemas operativos lo permitan y además constituyan el medio habitual de trabajo y comunicación en la misma, las organizaciones sindicales más representativas con –por lo que habrán de reunir ambos requisitos– presencia en los órganos de representación de los trabajadores en la empresa podrán acceder, en el ejercicio y ámbito de sus funciones representativas, a la utilización del correo electrónico para transmitir información de naturaleza sindical y

⁸⁷ Otros ejemplos a destacar son el artículo 79.2 del Convenio general de la Industria Química que manda que en los centros de trabajo que tengan desarrollada una intranet u otro sistema informático similar o alternativo, las secciones sindicales de los sindicatos más representativos en el ámbito estatal que tengan reconocidos los derechos del artículo 10 de la LOLS, dispondrán de una página para la publicación de información de carácter sindical.

Además, el precepto dispone que el correo electrónico es de exclusivo uso profesional pero que los representantes de los trabajadores podrán hacer uso del mismo únicamente para comunicarse entre sí o con sus respectivas federaciones sindicales, así como con la dirección de la empresa, y si se da otro uso, se requerirá previo acuerdo con ésta.

Por su parte, el artículo 51.b del Convenio colectivo estatal de Prensa diaria permite a las secciones sindicales que tengan miembros en el comité de empresa de centros de trabajo de más de 150 trabajadores que desarrollen un sistema de intranet y, además hayan firmado el convenio colectivo, tener una página en la red para la publicación de información de carácter sindical lo que no justificará, salvo expresa autorización de la dirección de la empresa, a usar el correo electrónico de ésta.

laboral”. Pero imponiendo varios límites: a) El primero que se respete, en todo caso, la normativa de protección de datos de carácter personal; b) el segundo que no se vea afectada la actividad normal de la empresa; c) el tercero que no se perjudique el uso específico empresarial preordenado para la comunicación electrónica; d) por último que la utilización de la herramienta electrónica por el sindicato no implique la asunción de mayores costes o gravámenes para la empresa.

De todo lo expuesto, cabe señalar que el derecho de información sindical puede ser una herramienta idónea, puesta en manos de la sección sindical, para paliar la infrarrepresentatividad en las pequeñas empresas pues puede alcanzar a todos sus trabajadores, afiliados o no, y la empresa no solo no podrá obstaculizar el flujo de información sindical sino que, incluso, resultará obligada a hacer llegar a los afiliados – y/o a la sección sindical y ésta a aquellos y al resto de trabajadores como ya vimos– la información previamente enviada por el sindicato como por ejemplo, a través del correo electrónico si se cumplen los requisitos antes mencionados.

d) Derecho a la actividad sindical ex artículo 2.2. d) LOLS.

Hasta ahora, hemos visto una serie de derechos que se reconocen a los mismos trabajadores afiliados más que a las secciones sindicales. Sin embargo, a los anteriores hay que añadir la vertiente colectiva de la actividad sindical que recoge el artículo 2.2.d) de la LOLS. Y así, todo sindicato –y por lo tanto las secciones sindicales del que forman parte– en el ejercicio de su libertad sindical tiene derecho a ejercer la actividad sindical dentro y fuera de la empresa que comprenderá, en todo caso –por lo que no es una lista exhaustiva–, el derecho a la negociación colectiva, el ejercicio del derecho de huelga, el planteamiento de conflictos individuales y colectivos y la presentación de candidaturas para las elecciones a órganos de representación unitaria. Veamos someramente estas facultades de representación de la sección sindical.

1.-Dado que las secciones sindicales no tienen personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, es claro que el planteamiento de conflictos individuales lo habrá de llevar adelante el mismo sindicato –normalmente sus federaciones– a través de sus servicios jurídicos si bien, están habilitadas legalmente para promover los procesos de conflictos colectivos e impugnar los convenios colectivos (arts. 154 c y 165.1 a. LJS) Y ello, aparte de que se escenifiquen otras modalidades de conflicto como huelgas de

celo, boicots concertados a las horas extraordinarias etc. en los que la sección tendrá todo el protagonismo para canalizar el conflicto de intereses dando cobertura a sus afiliados y a los trabajadores que se sumen a las medidas.

Es evidente, que la defensa en juicio o ante los tribunales de arbitraje y mediación es una actividad que promociona el hecho sindical. El que esté implantada la sección en la empresa, siempre conllevará arrastrar afiliación al sindicato en caso de conflicto tanto si es individual –art 20 de la Ley de Jurisdicción Social– como si es colectivo, pues el hecho de que el sindicato asuma la defensa de un asunto que afecte a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual, aunque no suponga afiliación directa, sí que podrá serla de futuro si el juicio llega a buen puerto o si se valora el esfuerzo del sindicato en la defensa de sus intereses o si al final desemboca en demandas individuales.

2.- Respecto al derecho de huelga, como instrumento de último recurso de los trabajadores en defensa de sus intereses, si bien puede ser declarada, además de por los sindicatos –la sección sindical tiene legitimación para declararla (art. 3.2 del RDLRT según la STC de 8 de abril de 1981)– por los propios trabajadores del centro de trabajo en decisión adoptada por mayoría simple y en votación secreta (art. 3.2 del RDLRT), es indudable que, sin el apoyo técnico, logístico y de motivación del sindicato, no se tomaría fácilmente esta drástica decisión y, menos aún, se utilizaría correctamente para lograr los objetivos profesionales que se persiguen.

Igualmente pues, la existencia de la sección sindical en la empresa, al facilitar el ejercicio de este derecho fundamental (art. 28.2 CE) supondría un estímulo al asociacionismo y, como consecuencia una mejora de la representatividad.

3.- También, todo sindicato puede presentar candidaturas para la elección de Comités de Empresa y Delegados de Personal. Aprovechando pues esta facultad, en las pequeñas empresas y en las microempresas que tengan seis o más trabajadores, las secciones sindicales, con independencia de su representatividad o implantación, pueden presentar candidaturas y, si bien es verdad que también podrían presentarse los trabajadores que avalen su candidatura con la firma de tres de sus compañeros del mismo centro o empresa (art. 69.3 ET), igual que ocurría con el derecho de huelga, el necesario apoyo técnico y logístico del sindicato hace que sea una quimera que esto

ocurra, además de que la misma promoción de las elecciones necesitaría de un acuerdo mayoritario previo (art. 67.1 ET).

De nuevo, la implantación de la sección sindical sería un acicate para conseguir mayor representatividad en las pequeñas empresas y microempresas.

4.- Finalmente, todo sindicato podrá ejercer en la empresa, a través de su sección sindical el derecho a la negociación colectiva. Como ya se verá, el artículo 8.2 LOLS establece el derecho para las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y las que cuenten con representantes unitarios, el derecho a la negociación colectiva en los términos establecidos en su legislación específica, es decir en el Título III del ET.

Pero además de la negociación estatutaria, reservada a los mencionados protagonistas, nuestro Ordenamiento, en virtud del artículo 37 CE, permite los acuerdos extraestatutarios entre los representantes de los trabajadores y el empresario. Estos pactos, que se rigen por el artículo 37.1 de la CE y por la autonomía de la voluntad, no se atienen a los rigurosos requisitos de legitimación y procedimiento del Título III: ausencia de un deber de negociar y libertad de procedimiento negociador así como de contenido posible respetando, eso sí, las normas imperativas y el criterio jurisprudencial que considera nulas aquellas cláusulas que no puedan aplicarse de manera individualizada a los trabajadores sino que, por su propia naturaleza, sea absolutamente ineludible su aplicación a todos los trabajadores de la empresa, aún aquellos no representados por las partes contratantes (Alfonso et al., 2011,p. 1200 y SSTs de 30 de mayo de 1991, de 1 de junio de 2007 y de 25 de febrero de 2009).

Como consecuencia, el régimen jurídico de estos convenios se caracteriza por dos notas como resumidamente dice la STS de 9 de febrero de 1994(Ar/784) al señalar que, los mismos “están sometidos a las reglas sobre contratación (...) y extiende sus efectos a las partes negociadoras y a los directamente representados por ellas”. Detengámonos unos momentos en estos dos aspectos para poder calibrar hasta dónde puede llegar la negociación de las secciones sindicales a través de estos pactos.

Eficacia jurídica contractual. A diferencia de los convenios estatutarios que tienen eficacia normativa, los pactos o acuerdos extraestatutarios “carecen de virtualidad para crear derecho objetivo” estableciendo “simples derechos subjetivos amparados en el

derecho común” (Alfonso et al., 2011, p. 1085). Ello tiene las siguientes consecuencias que interesa resaltar:

1ª) Para que el convenio colectivo se aplique a los trabajadores, será preciso una incorporación expresa o tácita de sus cláusulas a cada contrato individual de trabajo. Es decir, no hay aplicación automática como ocurre en los convenios estatutarios (STS de 1 de julio de 1991, Ar/5863).

2ª) A diferencia de los convenios estatutarios, serán jurídicamente válidas las condiciones menos favorables o por debajo del convenio extraestatutario para los trabajadores establecidas en sus contratos de trabajo de lo cual, solo podrán derivarse responsabilidades contractuales para el empresario negociador del convenio pero nunca responsabilidades sancionadoras administrativas. Es decir, el convenio no será una norma imperativa para los contratos individuales de trabajo aunque así se pactase.⁸⁸

Esa postura, no obstante, no la siguen, a mi entender con acierto, algunos autores como Valdés Dal- Ré o Alfonso Mellado que hablan de la “eficacia real” de los convenios extraestatutarios en base al artículo 37.1 de la CE que, como sabemos, asegura la fuerza vinculante de los convenios⁸⁹. Por lo tanto, según esta otra visión, el contrato individual no podrá establecer condiciones contrarias al convenio colectivo extraestatutario y de pretender ello el empresario, será necesario que lleve adelante el procedimiento de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo establecido en el artículo 41 del ET.

3ª) Al no exigirse su publicación en ningún Boletín Oficial, cuando se invoque en juicio alguna de sus cláusulas, deberán probarse por quien pretenda su aplicación pues no tienen obligación los Tribunales de conocerlo y aplicarlo al caso concreto. Y de su infracción no podrán derivarse recurso alguno de casación o de suplicación por infracción de ley (STS de 2 de noviembre de 2002, Ar/9183).

⁸⁸ El artículo 5 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobada por RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto establece que “*Son infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos...*”

⁸⁹ Valdés, *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid ACARL 1988, pág. 49 y ss. y Alfonso et al. *Los convenios colectivos extraestatutarios. El sistema de negociación colectiva en España*, Navarra, 2013, Thomson Aranzadi, pág. 945 y 946...

4ª) Finalmente, aquellos términos del convenio incorporados a los contratos, tendrán la naturaleza de condiciones contractuales más beneficiosas o “derechos adquiridos” que no podrán ser derogadas por normas posteriores es decir, por un convenio colectivo estatutario posterior y si, solamente, a través de pactos individuales— dado que son disponibles por los trabajadores—, por la pérdida de vigencia del mismo convenio o por la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 del ET que tras la Ley 3/2012, de 6 de julio puede igualmente modificar el texto del mismo convenio extraestatutario⁹⁰. También podrán ser compensables o absorbibles (Alfonso et al., 2011, p. 1085).

Eficacia personal limitada. También, a diferencia de los convenios estatutarios que tienen eficacia personal general (STS de 20 de diciembre de 1996, (Tol 236637)), los extraestatutarios limitan su eficacia a los trabajadores y empresarios representados por las partes contratantes aunque cuando se trate de convenios extraestatutarios de empresa y, quienes negocien sean los representantes unitarios o unos delegados elegidos por la asamblea de trabajadores, el convenio extraestatutario sería de eficacia personal general por coincidir de hecho los representados por los sujetos negociadores y los trabajadores existentes en el ámbito de aplicación del convenio (Alfonso et al., 2011, p. 1091 y STCT de 27 de diciembre de 1983, Ar/11358).

Desde esta perspectiva, señala Mejías (Vega et al., 2008, p. 111) que “el sindicato puede, a través de las secciones sindicales de las empresas y de los centros de trabajo huérfanos de representación unitaria, negociar acuerdos, pactos y convenios colectivos que afecten sólo a los trabajadores afiliados al sindicato y, en su caso, a los que decidan solicitar la adhesión al pacto o al acuerdo” siempre eso sí, que se prevea en ellos la posibilidad de adhesiones voluntarias individuales o colectivas de los trabajadores no representados por las partes contratantes firmantes (STS de 8 junio de 1999 (Tol 46219) y STC de 8 de junio de 1989).

Lo que interesa ahora resaltar es que, con ello, se incentiva la afiliación al presenciar los trabajadores la labor de la sección sindical y, sobre todo, se conquistan espacios de representatividad debido al natural interés de aquellos a beneficiarse de lo pactado con la empresa por la sección sindical mediante las posibles adhesiones. Un ejemplo sería

⁹⁰ La STC de 22 de enero de 2015 confirma la constitucionalidad de la reforma laboral de 2012 en relación a la posibilidad de derogar un convenio extraestatutario por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 del ET pareciendo olvidar, así, la “*fuera vinculante*” de los convenios colectivos de que habla el artículo 37 de la CE, fundamento último de aquellos.

el pacto sobre incentivos o retribuciones de las horas extraordinarias de primordial interés para todo trabajador que se vería atraído a la adhesión para no quedarse fuera de las condiciones que se vienen utilizando en la empresa o centro de trabajo.

Y es que, hay que dejar claro que la jurisprudencia ha entendido que no hay discriminación por razones sindicales cuando no se aplica lo dispuesto en un convenio colectivo extraestatutario a los trabajadores no afiliados al sindicato firmante y ello porque “los efectos limitados(...)son consustanciales a la propia naturaleza de tal clase de pactos, cuya celebración encuentra su fundamento en el artículo 37.1 de la CE y son consecuencia del ejercicio de la actividad sindical, lo cual comprende, en todo caso, el derecho a la negociación colectiva(...)” (STC de 8 de junio de 1989).

Como tampoco considera que haya práctica antisindical en la adhesión de trabajadores no afiliados al sindicato firmante “al prever en el propio pacto la posibilidad de adhesión al mismo en forma individual o colectiva” (STS de 10 de junio de 1998 (Tol 46363)). Llegando a decir el TC que “tales cláusulas de adhesión son las que legitiman la posibilidad de negociar convenios colectivos extraestatutarios” (STC de 8 de junio de 1989).

Decir finalmente, que aquellos miembros de la sección sindical que formen parte de la comisión negociadora del convenio, “tendrán derecho a la concesión de los permisos retribuidos que sean necesarios para el adecuado ejercicio de su labor como negociadores(...)” (art.9.2 LOLS) por lo que, sea el portavoz, por lo común, u otro u otros componentes que le acompañen, disfrutarán de un crédito horario para dedicárselo a la negociación del convenio lo que supone un estímulo o apoyo a la labor sindical de los representantes de los trabajadores.⁹¹

⁹¹ En esta línea, el artículo 83 del Convenio General del Sector del Cemento dispone que “A los delegados sindicales que participen en las comisiones negociadoras de convenios colectivos, manteniendo su vinculación como trabajadores en activo de alguna empresa, les serán concedidos permisos retribuidos por las mismas a fin de facilitarles su labor como negociadores y durante el transcurso de la antedicha negociación, siempre que la empresa esté afectada directamente por el convenio colectivo de que se trate”.

2.1.2.2. Derechos atribuibles a las secciones sindicales con representación en la empresa y a las de los sindicatos más representativos.

Estas secciones sindicales⁹² tienen un plus de facultades, aumentables por la negociación colectiva, que facilitan su actividad sindical como son el derecho a negociar con la empresa convenios colectivos estatutarios aunque “en los términos establecidos en su legislación específica” (art. 8.2.b LOLS) es decir, siempre que, según establece el artículo 87.1 ET, tales representaciones sindicales en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité o entre los delegados de personal por lo que se trata de empresas con representación unitaria donde se palia la falta de la representatividad⁹³ o el derecho a un local⁹⁴, o a tener delegados sindicales cuando la empresa cuente con más de 250 trabajadores por lo que quedan todas ellas fuera de nuestro estudio.

Sin embargo, sí que nos interesa exponer los derechos al tablón de anuncios y la promoción de las elecciones sindicales donde no se sujetan al requisito de un mínimo de plantilla⁹⁵ y, por lo tanto, a diferencia de las anteriores, son facultades a desarrollar en las pequeñas empresas y microempresas.

⁹² Dice el artículo 6.1 de la LOLS que “*La mayor representatividad reconocida a determinados sindicatos les confiere una singular posición jurídica a efectos, tanto de participación institucional como de acción sindical*”, habiendo reconocido el Tribunal Constitucional que “*(...) la promoción de un cierto modelo sindical en el que se potencie la existencia de sindicatos fuertes, en contraposición de un sistema de atomización, puede ser una finalidad legítima desde el punto de vista del artículo 7 de la CE, por garantizar una más incisiva acción de los sindicatos para el cumplimiento de sus fines*” (SSTC de 10 de noviembre de 1982, de 21 de noviembre de 1988 o de 14 de mayo de 1992).

⁹³ Por lo tanto, las microempresas de menos de seis trabajadores, por mandato legal, “*no constituyen unidades de negociación colectiva para el Estatuto de los Trabajadores*” Martínez Girón, citado por Gómez Abelleira, 1995, p. 228).

⁹⁴ En cuanto al derecho a un local, entiendo, no obstante, que si estamos ante una empresa disgregada en decenas de centros de trabajo de menos de diez trabajadores cada una pero que en su conjunto sumen más de 250, y la sección sindical de que se trate, pertenece a uno de los sindicatos más representativos, podrá exigir un local adecuado para que puedan desarrollar sus actividades sindicales (art 8.2.c) ET) que, además, debiera ser de “*exclusivo uso de las secciones sindicales*” (art 58.II) del Convenio estatal de Prensa diaria que, sin embargo, añade que “*cuando no existan condiciones en el centro de trabajo para ello, el local se deberá compartir con el comité de empresa, o en su caso, con los delegados de personal*”.

En cualquier caso, podría ser un referente para la negociación colectiva el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores italiano (Ley 300 de 20 de mayo de 1970) que, aunque solo exige un local permanente para la representación sindical cuando la unidad de producción cuente con un mínimo de doscientos trabajadores, posibilita que, en los centros con menos trabajadores, los representantes sindicales puedan solicitar un lugar adecuado para sus reuniones cuando tengan lugar.

⁹⁵ Sorprende por tanto, que el Convenio colectivo estatal del sector de las Industrias Lácteas y sus Derivados limite este derecho a los centros de trabajo que posean una plantilla superior a cien trabajadores aunque, eso sí, lo extiende a todas las secciones sindicales (art 58).

a) Derecho a un tablón de anuncios.

Las secciones sindicales de los sindicatos más representativos⁹⁶ –a nivel estatal o de Comunidad autónoma– y las de los que tengan representación unitaria, tendrán derecho a que la empresa ponga a su disposición un tablón de anuncios que deberá situarse dentro del centro de trabajo –por lo que no podrá el empresario colocarlo fuera de las dependencias de aquel⁹⁷ –y, además, en un lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores–por lo que no podrá emplazarse en lugares donde esté restringido el tránsito o donde no sea lugar de paso ordinario de los trabajadores sean afiliados o no. Como señala Agut (2004, p. 69), igualmente habrá de situarse en un lugar de fácil visibilidad donde se pueda leer sin dificultad la lectura de los comunicados que se expongan (art. 8.2.a LOLS) sin que puedan admitirse, por lo tanto, lugares sin luminosidad o que no puedan verse sin dificultad por su altura o emplazamiento. Por lo demás, si bien se acepta que el tablón pueda ser compartido por distintas secciones de diferentes sindicatos aunque, eso sí, con las debidas separaciones (STS de 19 de diciembre de 1996, Rec. núm. 806/1996) para evitar confusiones respecto al sujeto del que procede la información, sobre todo en relación a la determinación de responsabilidades derivadas del contenido que se expone, cuando se trata de compartirlo con la representación unitaria ex artículo 81 ET, la doctrina mayoritaria no admite tal posibilidad pues en verdad estamos hablando de la misma facilidad pero reconocida a dos instituciones diferentes, representantes unitarios y sindicales, que aparecen regulados en normas distintas y como se trata de un derecho distinto –recordemos que detrás del artículo 8.2 LOLS está la libertad sindical– obliga a su tratamiento diferenciado (Agut 2004, p. 68. que añade el argumento de la necesidad de delimitar al emisor de la información para evitar así la posible identificación de la sección sindical con el comité y el posible detrimento de aquella)⁹⁸.

⁹⁶ La ley permite que la negociación colectiva “*sin perjuicio de lo que se establezca mediante convenio colectivo*” – dice el artículo 8.2 de la LOLS– extienda este derecho a otras secciones sindicales. Por ejemplo, ya hemos visto que el artículo 58. 2 del Convenio colectivo estatal del sector de las Industrias Lácteas y sus Derivados exige para ello que el centro de trabajo posea un mínimo de cien trabajadores. Sin embargo, el artículo 56.II. del Convenio colectivo estatal para el sector de Agencias de viajes no requiere de ningún requisito adicional al indicar que “*en los centros de trabajo existirán tableros de anuncios, en los que las secciones sindicales –sin especificar cuáles– legalmente implantadas podrán difundir aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados/as al sindicato*”

⁹⁷ El artículo 66 del Convenio colectivo estatal de Elaboradores de Productos Cocinados para su venta a domicilio es claro al respecto al disponer que, “*Los indicados tableros en ningún caso podrán estar en dependencias de acceso al público*”.

⁹⁸ Ojeda (2014, p. 210), entiende que la conveniencia de identificar al promotor de la inserción podría resolverse con la necesidad de que los documentos colgados en el tablón vayan firmados por el representante unitario o sindical de

Sin embargo, sería comprensible, que en aquellas pequeñas empresas o microempresas con representantes legales, no fuese exigible un tablón para cada representación pues, como señala Alfonso, no debe perderse nunca de vista las posibilidades reales de cada empresa (Fernández et al., 2013, p. 47). Lo que sí es totalmente inadmisibles, es que pueda utilizarlo el empresario para difundir sus comunicados pues ello conllevaría confusiones a los trabajadores acerca de un medio que es de exclusiva utilización por parte de los trabajadores.

En cuanto al contenido que pueda ser llevado al tablón, por lo general, serán todos aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general (art. 8.2.a LOLS)⁹⁹ con respeto, al igual que vimos con el derecho de información, pues no es más que una concreción del mismo, al derecho al honor y a la intimidad personal y familiar pero sin que pueda haber un control previo del mismo por parte del empresario como parece disponer, con razonables dudas de legalidad, el artículo 12.2 del Convenio colectivo estatal de Artes gráficas, Manipulados de papel, Manipulados de cartón, Editoriales e Industrias Textiles¹⁰⁰ ya que la empresa no tiene potestad alguna para “elegir la información que los sindicatos faciliten, pues ello palmariamente constituiría una injerencia de la empresa en el derecho de los trabajadores a obtener información sindical”(STSJ de la Comunidad Valenciana, de 3 de abril de 1991) y menos aún prohibir, impedir o retirar la información plasmada en el tablón (STSJ de Galicia de 30 de octubre de 1991, A 5.406 que consideró ilícito el comportamiento empresarial de retirar una lista publicada por el comité de empresa con los cuarenta esquiroleros que se negaron a secundar una huelga).

La sección sindical tiene pues en su mano, un instrumento idóneo de comunicación para difundir los avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general, como llamamientos a la afiliación o a convocatorias obreras así

que se trate o, al menos, con el sello del comité o de la sección sindical de la que proceda. Como también sería interesante proteger el tablón mediante acristalamiento y llave para evitar invasiones de terceros.

⁹⁹ Ello no quiere decir que cualquier aviso pueda colgarse en el tablón, sino que tiene que tener relación con asuntos de interés laboral, sindical o social para los trabajadores. Como botón de muestra el artículo 78 del Convenio colectivo estatal para las Empresas Organizadoras del Juego del Bingo establece la obligación de que en ellos figure el calendario laboral, las vacaciones de los trabajadores y trabajadoras, calendario oficial de fiestas, plantilla-escalafón de personal y justificante de pago del Impuesto del Rendimiento de las personas físicas además de toda la información que estimen de interés las secciones sindicales, comités de empresa o delegados/as de personal.

¹⁰⁰ Dice este precepto que “*Los sindicatos legalmente constituidos podrán insertar comunicaciones en los tabloneros de anuncios que pudieran interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores del centro, dando conocimiento previo de las mismas a la dirección de la empresa*”. Y en la misma línea, el artículo 58 del Convenio estatal del sector de las Industrias Químicas que exige que se le envíen copias de los anuncios a la dirección de la empresa.

como todo tipo de informaciones de índole sindical o laboral (calendario laboral, cuadro de licencias, etc.)

Además, la negociación colectiva podría disponer de nuevos medios de comunicación para estas secciones sindicales (art. 8.2 ab initio LOLS) más acordes con los avances tecnológicos como paneles audiovisuales en aquellas empresas que sus características lo permitan o utilización de la megafonía cuando se disponga, para avisos o llamamientos, tabloneros electrónicos¹⁰¹ o infobuzones en los términos anteriormente estudiados etc. Asimismo, como la comunicación debe ser bidireccional, sería interesante que la negociación colectiva permitiese vías para que los afiliados se pudiesen comunicar con su sección como por ejemplo, creando un buzón sindical donde los trabajadores puedan dejar sus sugerencias o críticas a la labor del sindicato o sobre las situación laboral de la empresa consiguiendo así una mayor implicación de los trabajadores con los temas comunes que les puedan interesar.

En todo caso, dado el extraordinario avance en la tecnología de la información en los últimos tiempos: Facebook, twitter, whatssap, etc. cada vez está más extendida la comunicación tecnológica directa de las secciones sindicales con los afiliados que la prefieren, sobre todo los más jóvenes, a la tradicional comunicación por paneles que casi ya nadie mira (ver www.ugt.ford).

b) Derecho a la promoción de elecciones sindicales.

Las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y las que cuenten con un mínimo de un 10% de representantes en la empresa –también los trabajadores del centro por acuerdo mayoritario– pueden promover elecciones a delegados de personal y para ello, podrán acceder a los registros públicos que contengan datos relativos a la inscripción de empresas y altas de trabajadores es decir, los datos de la TGSS que es la encargada de éstos actos de inscripción de empresas (art 67.1 ET).

¹⁰¹ El artículo 79.2 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de Entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo dispone que *“Las empresas cuyos sistemas operativos lo permitan y constituyan el medio habitual de trabajo y comunicación en la misma, pondrán a disposición de la representación legal de los trabajadores un **tablón virtual** como vía de información de dichos representantes con los trabajadores incluidos en su ámbito de representación y sobre las materias propias de su estricta competencia. En el ámbito de la empresa se concretará la operativa utilizable, velando siempre, porque no se vean afectados los procesos ordinarios de comunicación y de trabajo existentes en la empresa”*

Hay que recalcar que el derecho de los sindicatos más representativos a la promoción de elecciones alcanza a cualquier empresa, incluidas las microempresas (STC 36/2004, de 8 de marzo). Y es necesaria esta aclaración porque hasta la citada sentencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había negado esta facultad cuando se trataba de empresas de más de 5 y menos de 11 trabajadores, argumentando que en este tipo de centros de trabajo el preaviso electoral requiere de una decisión mayoritaria previa de los trabajadores, sin que sea posible la promoción sindical directa.

Y es que, para nuestro TC la única manera de armonizar los artículos 62.1 y 67.1, ambos del ET, de manera que no se restrinja este último, es reconociendo legitimación a los sindicatos más representativos para promover elecciones también en los centros de menos de once trabajadores, siendo únicamente necesario para ello que cuenten con el respaldo de la mayoría de los trabajadores. En definitiva, el TC viene a indicar, según la exégesis de Méndez (2006, p. 9 de 10), que la decisión mayoritaria que requiere el artículo 62.1 ET no está sujeta a exigencia específica alguna, pudiendo adoptarse tanto expresa como tácitamente y operando no como presupuesto de admisibilidad de las elecciones sino como mera condición de eficacia de las mismas. Por lo tanto, debe aceptarse tanto la que se produce con anterioridad a la promoción como la que acontece con posterioridad pudiendo considerarse una manifestación tácita de la voluntad la mayoritaria participación en las elecciones convocadas por el sindicato de que se trate.

Poseen así los sindicatos, una poderosa vía para ganar representatividad en las empresas de menos de once trabajadores funcionando la sección sindical de trampolín para lograr la representación legal con todos los beneficios y garantías que conlleva, máxime cuando se trataría de una representación sindicalizada que contaría con el apoyo técnico y de infraestructura de la organización sindical. Y es que, la experiencia nos dice que sin el soporte sindical, no se promueven elecciones amén de la complicación del doble requisito de una previa decisión mayoritaria para adoptar las elecciones y la elección en sí misma mitigada para los sindicatos más representativos como acaba de verse.

2.1.3 Recopilando: La sección sindical básica, qué hay y qué debiera mejorarse para ganar representatividad en las pequeñas empresas y microempresas.

1º.- Sobre todo en las microempresas de menos de seis trabajadores donde no puede haber representantes unitarios como ya se vio, pero también en aquellas de hasta diez por las dificultades que entraña la elección de representantes así como en cualesquiera pequeñas empresas donde tampoco los haya, es de vital trascendencia que se constituyan secciones sindicales que palien la falta de representatividad de los trabajadores teniendo ello cobertura legal pues, recordemos que, “el sindicato puede estar presente en cualquier lugar donde se desarrolle trabajo y realizar allí sus funciones representativas”(STC 273/1992, de 29 de octubre).

Nos queda claro, entonces, que el sindicato, a través de la sección sindical, puede y debería estar en toda empresa o centro de trabajo y ello, sin esperar a que haya más de un afiliado ya que éste, una vez constituida aquella, podría ejercer en toda su extensión el derecho de libertad sindical en la pyme (arts. 2.2 d) y 8.2 a) LOLS. Entiendo, por lo tanto, que los estatutos sindicales o reglamentos internos de organización de los sindicatos no debieran poner cortapisa alguna a su creación ni en el número de afiliados ni en cualesquiera requisitos formales que no fueran estrictamente imprescindibles para garantizar la correcta constitución y posterior funcionamiento democrático de la sección sindical. Así, por ejemplo, en ningún caso debiera exigirse a los trabajadores antigüedad en el sindicato o en la empresa para que puedan tomar la iniciativa de constituir la sección sindical, como tampoco cabría condicionarlo a que se tratase de trabajadores fijos rechazando a los temporales.

Pero, además, debe expresarse claramente en los estatutos sindicales la obligatoriedad de crear la sección sindical, sin que el afiliado o afiliados puedan negarse a ello rehusando a los derechos que aquella les otorgaría. No se debe, por tanto, dejar la decisión de constituir la sección o no a los afiliados como tampoco que sean ellos los que decidan, o no, su extinción debiendo producirse esto último, solamente, cuando se produzcan determinados hechos o circunstancias objetivadas en los estatutos como, por ejemplo, llevar una línea contraria a lo acordado democráticamente por el sindicato.

2º.- Pero el que se constituyan las secciones sindicales no es, únicamente, por el mero hecho de organizarse los afiliados sino, sobre todo, para que éstos puedan

desplegar toda la batería de derechos de que están provistas aquellas. Estos derechos, que nacen de la libertad sindical, pueden ser, como ya vimos, de carácter organizativo, que permiten la creación y organización de la sección, o de tipo funcional que posibilitan que el sindicato ejerza la actividad sindical en la empresa: derecho a celebrar reuniones; derecho a recaudar cuotas; derecho a distribuir y recibir información sindical; derecho a la negociación colectiva; ejercicio del derecho de huelga; derecho a plantear conflictos individuales y colectivos; derecho a promover elecciones y a presentar candidaturas para las elecciones a representantes unitarios y derecho a un tablón de anuncios, entre otros.

a) Pues bien, en cuanto al derecho de reunión, previsto, en principio, solo para los afiliados al sindicato, puede extenderse, de hecho, como ya tuvimos oportunidad de ver, a todos los trabajadores de la empresa por la razón de que la afiliación del trabajador, al formar parte de su libertad ideológica (art. 16 CE), no tiene por qué ser revelada al empresario no debiéndose olvidar, en ningún caso, que “la libertad sindical comprende que los sindicatos puedan promover acciones con proyección externa, dirigidas a todos los trabajadores, sean o no afiliados, y en su faceta individual incluye correlativamente el derecho del trabajador a adherirse y participar en las iniciativas convocadas por las organizaciones sindicales” (STC 168/1996, de 29 de octubre).

Sin embargo, para evitar cualquier equívoco, no estaría de más que la negociación colectiva permitiese que a las reuniones convocadas por las secciones sindicales pudiesen asistir todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo sin distinción alguna por su pertenencia o no al sindicato.

También se podría acordar para todos los trabajadores del centro de trabajo un pequeño crédito horario anual para concurrir a las asambleas ofreciendo, en compensación, al empresario una mayor y mejor información sobre la reunión como la fecha y hora de la convocatoria, orden del día, duración de la asamblea etc.

Por último, se podría también convenir que a las reuniones pudiesen asistir personas ajenas a la empresa como, por ejemplo, asesores del sindicato por expresa invitación nominal de los convocantes pero debiendo informar previamente de ello al empresario.

b) Aunque el derecho a recaudar cuotas, por interés práctico para el sindicato y los mismos trabajadores, se lleve a cabo mediante su domiciliación o se acuerde con el

empresario los correspondiente descuentos en nómina, podría acordarse en la negociación colectiva que todas aquellas actividades destinadas a la financiación del sindicato, o incluso de propaganda del mismo –por lo tanto no destinadas exclusivamente a los afiliados–pudiesen hacerse libremente en la empresa por algún miembro de la sección –normalmente el portavoz– siempre que sea fuera de las horas de trabajo y sin afectar a la marcha normal de la empresa.

c) En cuanto al derecho de información –en sus dos vertientes–, se puede dejar constar en la negociación colectiva la obligación del empresario de recepcionar la información remitida por el sindicato y, a continuación, la de entregar esa información a los mismos afiliados o, mejor aún, a la sección sindical que, a su vez, podrá extenderla no solo a los afiliados sino a todos los trabajadores de la empresa con las posibilidades de proselitismo que ello conlleva.

Por lo demás, en relación a este derecho se podría negociar que, en el caso de que la empresa o centro de trabajo cuente con correo interno, se permita el uso sindical del mismo, sobre todo, en el sentido de que la empresa admita y distribuya entre los empleados la información sindical remitida por el sindicato.

Finalmente, disponer, a través de la negociación colectiva, que en las pequeñas empresas y microempresas sin representación alguna se instalen en el exterior de las entradas al recinto –con lo que no sería necesaria la entrada a la empresa– un buzón sindical donde los agentes sindicales puedan depositar información laboral y sindical para los trabajadores.

d) La sección sindical, en aquellas empresas sin representantes unitarios de los trabajadores, debiera hacer un mayor uso de los pactos extraestatutarios con el fin de crear condiciones más beneficiosas de origen contractual –pero colectivas– para los afiliados –y para los que decidan adherirse a lo pactado– que no podrían ser derogados por convenios colectivos estatutarios posteriores sino únicamente por pactos individuales con cada trabajador, por la pérdida de vigencia del mismo pacto extraestatutario o tras la reforma laboral de 2012, por la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo ex artículo 41 ET como ya vimos.

Y es que, es enorme la importancia de crear derechos colectivos que quiebren el individualismo propio de las pymes donde los aumentos, comisiones y primas,

usualmente, las distribuye el empresario a su libre albedrío creando, con ello, diferencias, a veces, injustificadas con los consiguientes celos y la segura competencia desmesurada por agradar al jefe en todos los aspectos de la relación laboral lo que forzosamente llevará a una falta de dignidad y autonomía personal en el ámbito del trabajo.

Y ello, aunque se puedan ahora derogar, como hemos visto, las condiciones colectivas extraestatutarias mediante la modificación sustancial de condiciones de trabajo pues, al menos, se necesitará que exista una causa técnica, organizativa, económica o de producción, aun siendo febles¹⁰², y, sobre todo, porque, previamente deberá haber un período de consultas con los trabajadores.

Es más, tras la modificación del artículo 82.3 del ET, por la misma reforma del 2012, que establece la posibilidad de la inaplicación del convenio colectivo estatutario aun sin acuerdo con la representación legal de los trabajadores, observamos que los regímenes no son tan dispares¹⁰³.

e) También debiera negociarse, ya sea en el convenio colectivo estatutario, extraestatutario o en acuerdos de empresa, la posibilidad de que toda sección sindical, aunque no tenga representación unitaria –pensando en las microempresas– o no sea de un sindicato más representativo, pueda tener su tablón de anuncios donde pueda informar a los trabajadores de sus derechos, exponer reivindicaciones o recibir reclamaciones en buzones anexos sin olvidar las nuevas tecnologías de la comunicación como el correo electrónico o un tablón virtual de los que ya se ha hablado.

f) Para finalizar, no mencionaré ninguna mejora convencional u orgánica de los sindicatos sino la ineludible decisión de que en aquellas empresas o centros de trabajo de más de cinco trabajadores las secciones sindicales de los sindicatos más representativos no puedan dejar de promover elecciones a representantes unitarios además de que, junto a cualquier sindicato que hubiere en la misma, se presenten

¹⁰² Para el ET (art 41.1), en el caso de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, se considera que hay causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando existan razones de competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo. O sea, cuando se esgrima cualquier razón empresarial.

¹⁰³ Sin embargo, debe matizarse que el régimen jurídico de la inaplicación del convenio es, como no podría ser de otra manera, más severo que el de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo empezando por las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que la justifiquen que no son tan débiles como en las modificaciones sustanciales, y acabando con un afán de buscar un acuerdo antes de llegar a la solución impuesta por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (art 82.3 ET).

candidaturas pues una representación legal sindicalizada es la mejor garantía de que los trabajadores estarán amparados de posibles arbitrariedades del empresario y es la manera más rápida y segura de obtener toda una serie de facultades, derechos y garantías que veremos en el capítulo siguiente y que tanto facilitarán la actividad sindical en la empresa.

2.2. EL PORTAVOZ SINDICAL

Cuando en una empresa o centro de trabajo¹⁰⁴ que ocupe a más de 250 trabajadores¹⁰⁵ se constituya una sección sindical que pertenezca a un sindicato con presencia en el

¹⁰⁴Debe tenerse en cuenta, como ya vimos, que, según el TS, el cómputo de la plantilla, salvo que lo mejore el convenio colectivo, ha de venir referido al centro de trabajo y no a la empresa. Es decir, que en una empresa que tenga varios centros de trabajo que en su conjunto sumen más de 250 trabajadores no podrán designarse delegados sindicales con los derechos que le otorga la LOLS a no ser que alguno de ellos cuente con esa cantidad de trabajadores (STS de 5 septiembre de 2006, rec.1643/2005 y de 15 de marzo de 2004, rec.116/2003). Pues “*es claro que la posibilidad de acudir a la empresa o al centro de trabajo no es algo que quede al arbitrio del sindicato sino que ello está en función de los órganos de representación de los trabajadores para ejercer su derecho de participación en la empresa; artículos 4.1 g y 61 del Estatuto de los Trabajadores, es decir que hay que atenerse a lo dispuesto en el artículo 63 de este Texto legal, en su consecuencia en el caso de autos los trabajadores participan en la empresa mediante Comités de Empresa en centro de trabajo, pues estos tienen más de 50 trabajadores cada uno, de acuerdo con el mencionado artículo 63 y por ello la exigencia de 250 trabajadores del artículo 10.1 de la ley de Libertad Sindical ha de referirse a cada centro de trabajo y no al conjunto de la Empresa*” (STS de 10 de noviembre de 1998, rec.2123/1998).

Por lo tanto, al vincular el artículo 10.1 de la LOLS a los criterios y modos de participación de los trabajadores en la empresa (arts. 62 y 63 ET) que, según el TS (Sentencia de 19 de marzo de 2001, ROJ: 2160/2001), establecen como unidad electoral básica el centro de trabajo, impiden que puedan sumarse, los trabajadores de toda la empresa para alcanzar el número de 250 y, con ello, poder así, la sección sindical designar el delegado regulado en el artículo 10.3 LOLS). Criterio que me cuesta aceptar porque, a diferencia de la representación unitaria que, según la mencionada sentencia, debe tener como referencia el centro de trabajo, si lo hubiere, antes que a la empresa, la sección sindical puede constituirse, según ya vimos, a nivel de centro de trabajo o de empresa y si lo hace sobre esta última, debería poder sumar todos los trabajadores de la misma que, de llegar a más de 250, le posibilitaría designar un delegado sindical con los derechos del artículo 10.3 LOLS siempre y cuando, eso sí, tuviese el sindicato en cuestión presencia en todos y cada uno de los comités de empresa constituidos en los centros de trabajo –por lo que no puede prescindirse de su existencia– o en el comité intercentros del artículo 63 ET, única manera de salvaguardar el artículo 10.1 de la LOLS.

¹⁰⁵ Naturalmente, la negociación colectiva puede mejorar la disposición legal y bajar el número de trabajadores que deba haber en el centro de trabajo para que pueda la sección sindical tener un delegado sindical con todas las garantías y facultades del artículo 10 de la LOLS. Un ejemplo de ello, es el artículo 74.1 del Convenio general de la Industria Química que permite que “*en las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 150 trabajadores, cualquiera que sea la clase de su contrato, las secciones sindicales que puedan constituirse por los trabajadores afiliados a los sindicatos con presencia en los comités de empresa, estarán representados, a todos los efectos, por los delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo*”. Sin embargo, estos delegados cuya plantilla exceda de 150 trabajadores y no supere los 250, aunque tendrán todos los derechos inherentes a su condición, “*solo dispondrán de las horas sindicales que les resulten cedidas como consecuencia del uso y administración de la bolsa anual establecida en el artículo 77*” que contempla la posibilidad de acumular las horas sindicales.

comité de empresa, estará representada, a todos los efectos –es decir frente al empresario, los representantes unitarios, la Administración Pública o los Tribunales (Sala, 2013, p. 165)– por delegados sindicales elegidos por y entre sus miembros (art 10.1 LOLS) que gozarán de una batería de derechos y prerrogativas que establece el mismo artículo en su apartado tercero y, por ello, por ser de origen legal, formarían parte del contenido adicional de la libertad sindical.

De no darse estos dos requisitos–y es evidente que no se dan en las pequeñas empresas y en las microempresas objeto de este estudio–, ello no quiere decir que los afiliados a la sección sindical, a través de su libertad de auto organización –integrará, por tanto, el contenido esencial de la libertad sindical– no puedan elegir entre ellos a sus representantes para que coordinen la misma, defiendan sus intereses, y traten con la empresa además de servir de puente con el mismo sindicato.

Y es que, como dice la STC 201/1999, de 8 de noviembre “ninguna organización amparada por el art 7 CE, a ninguna sección sindical en lo que ahora importa, se le puede impedir la designación de representantes internos “pues si no, sería impensable que pudiese llevar a cabo la actividad sindical en la empresa que se le precisa y que ya hemos visto como, por ejemplo, la negociación colectiva o huelga que no podrían ejercerse de forma colectiva por el conjunto de los afiliados de la sección sindical.

Ahora bien, en este último caso, los delegados únicamente dispondrán de la protección genérica frente a posibles comportamientos discriminatorios antisindicales, pero

Por eso, es mucho más favorable para la representatividad el Convenio colectivo estatal para las Empresas organizadoras del Juego del Bingo que en su artículo 77 establece que *“En las empresas con más de veinte trabajadores y trabajadoras que cuenten con un 50% de afiliados o afiliadas, la sección sindical representará los intereses sindicales de sus afiliados y afiliadas ante la dirección de la empresa contando con un delegado/a sindical, que gozará de los derechos y garantías fijados para los delegados/as de personal y miembros del comité de empresa, salvo en lo que se refiere a reservas de horas”*.

También es más propicio a la representación de los trabajadores el Convenio colectivo estatal para el sector de Entidades de Seguros, reaseguros, mutuas de accidentes de trabajo que en su art 76.3. II solo exige que la empresa o centro de trabajo cuente con 125 trabajadores sin añadir ningún otro requisito y atribuyéndole al delegado sindical cuya sindicato cuente con presencia en el comité de empresa todos *“los derechos y garantías previstos en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical”* y por lo tanto también el crédito horario.

En el derecho comparado mencionar el artículo 463.1.a) del Código do Trabalho portugués que posibilita la designación de un delegado sindical con todas las garantías que reconoce el mismo texto cuando en la empresa haya menos de cincuenta afiliados al sindicato

En cualquier caso, se podrá aplicar analógicamente lo dispuesto en el artículo 72 del ET a la hora de contabilizar el número de trabajadores (STS 3607/2010, de 26 de abril, rec. 1777/2009) y así, se deberán tener en cuenta:

- a) A quienes presten servicios en trabajos fijos discontinuos y los trabajadores vinculados por contrato de duración determinada superior a un año que se computarán como trabajadores fijos de plantilla.
- b) A quienes tengan contratos temporales inferiores a un año en cuyo caso, deberán computarse los días que hayan trabajado en el período del año anterior a la convocatoria de las elecciones de modo que cada 200 días trabajados o fracción se computará como un trabajador más.

carecerán de las garantías y facilidades que establece la LOLS en su artículo 10.3 que sólo podrán obtenerse a través de la negociación colectiva o acuerdo con el empresario de que se trate¹⁰⁶ como ocurre –aunque en rigor no se trate de portavoces sindicales– en el Convenio colectivo estatal de Estaciones de Servicio que en su artículo 57 establece que “los trabajadores tendrán derecho a elegir, cuando menos, un representante por estación de servicio, siempre que la plantilla de ésta sea superior a cuatro trabajadores, con los derechos reconocidos a los delegados de personal en la legislación vigente”. Por lo tanto, todos aquellos derechos, garantías y facilidades que examinaremos en este apartado inclusive las 15 horas de crédito horario mensual cuando se trate de microempresas y pequeñas empresas (art 68.e).1º ET) y el derecho a ser oído por la empresa previamente en el caso de despidos y sanciones de los afiliados a su sindicato (art 10.3.3º LOLS) dado su carácter de delegado sindical.

En este capítulo, quisiera reflexionar sobre el papel que el delegado interno puede desempeñar para acrecentar la representatividad de los trabajadores en las pequeñas empresas y microempresas y para ello, lo abordaré desde el estudio del delegado sindical de la LOLS con el fin de que nos sirva de referencia y anclaje para fijar la figura y sin olvidar que, como indica Agut (2006, p. 21), aquella ley, “no desconoce los delegados sindicales sin beneficios, sino que se limita a regular un determinado régimen de aplicación sólo a los que sí lo poseen (...) por lo que, “ambos, privilegiados y no privilegiados, deben partir del cumplimiento de los mismos requerimientos iniciales”. Es decir, como la misma autora indica, lo único que diferencia a unos delegados de otros es el llevar o no en la mochila determinados derechos adicionales lo que no es óbice, para que ambos compartan idéntica naturaleza como representantes de la sección sindical, lo que les obliga a observar las mismas exigencias.

¹⁰⁶ La STC 173/1992, de 29 de octubre dice que “En efecto, el hecho de que determinadas Secciones no puedan contar, por imperativo legal, con un delegado de los previstos en el artículo 10 de la LOLS no impide en modo alguno el ejercicio de los derechos de los artículos 8 y 9 de la LOLS por sus respectivos titulares (...) En rigor pues, la falta de delegado sindical en determinadas secciones sólo comporta la imposibilidad de acceder a los derechos previstos en el artículo 10.3 de la LOLS”. Y la STC 84/1989, de 10 de mayo señala que “la facultad de elegir portavoz o representante del sindicato en la empresa o centro de trabajo, carente de garantías, emana y es ejercicio de la libertad interna de auto organización del sindicato que, en cuanto tal, no puede impedida ni coartada”.

2.2.1. Naturaleza jurídica.

En cuanto a la naturaleza jurídica del delegado sindical, que trae su origen de los *délégués syndicaux* del Derecho francés (Luján, 2003, p. 139), debemos tener en cuenta, con este autor, lo siguiente:

a) Los delegados sindicales ostentan, en relación a la sección sindical, una representación de voluntades, de naturaleza privada y no una representación de intereses propia del Derecho público.

b) Sin embargo, dado que la sección no tiene personalidad jurídica que le posibilite concluir negocio jurídico alguno, debe descartarse la figura del mandato (arts.1709 y ss. del Cc) y por aquella misma razón, debe excluirse que el delegado sea un órgano de la sección y también del sindicato aunque en este caso porque el delegado “en rigor no actúa en representación del sindicato, sino representando los intereses de los afiliados constituidos en sección sindical”(Luján, 2003, p. 141). Y es que, no debemos olvidar que al delegado lo nombra la sección no el sindicato que no podrá existir sin que previamente se haya constituido aquella la cual decidirá, o no – pues no son de obligatorio establecimiento– si lo designa.¹⁰⁷

De lo anterior, entiende este autor que la caracterización que mejor se aviene a la figura del delegado sindical es la de ser “un mero representante del grupo humano que forma la sección sindical, en cuyo interés actúa (...) y que en su caso, aparece como responsable de la sección frente a la empresa” (Luján, 2003, p. 141). En este sentido la STC 292/1993, de 18 de octubre indica que “(...) los delegados sindicales, (...) son representantes o mandatarios de las secciones sindicales” y la STS de 10 de octubre de 2005(Rec. núm. 28/2004) indica que el delegado sindical “(...) no precisaría apoderamiento notarial para representar a la sección, puesto que ya tiene atribuida legalmente su atribución”.

¹⁰⁷ Sin embargo, la negociación colectiva estatal suele recoger la idea de que los delegados sindicales “*representan y defienden los intereses del sindicato a quien representan y de los afiliados del mismo en la empresa, sirviendo de instrumento de comunicación entre su central sindical o sindicato y la dirección de las respectivas empresas*” (art 59.1 del Convenio colectivo estatal del sector de las Industrias Lácteas y sus Derivados; artículo 74.2 del Convenio general de la Industria Química y artículo 56 del Convenio colectivo estatal para el sector de Agencias de Viajes). En esta línea es interesante señalar que en el Derecho británico el “shop steward” no es solo que represente al sindicato en las empresas que haya sido reconocido, sino que puede incluso representar a varios sindicatos a la vez (Royal Commission on Trade unions and Employers’ Associations, dirigida por Lord Donovan al Parlamento inglés en 1968).

2.2.2. Designación.

Por lo que se refiere al nombramiento del delegado sindical, el primer requisito que debe darse, como ya vimos, es que esté ya constituida la sección sindical que lo haya de albergar en su seno. A continuación, la LOLS solo exige que sea “por y entre (los) afiliados en la empresa o centro de trabajo” (art. 10.1) por lo que no podrá ser nombrado directamente por el sindicato (STS 28 febrero de 1996, Rec. núm. 1548/1995)¹⁰⁸ y si así se hiciese, podría no ser tenido en cuenta por el empresario dado que no estaría obligado a reconocerlo como en el caso de que en la elección hubieran intervenido trabajadores no afiliados al sindicato o afiliados a otro distinto¹⁰⁹ o no pertenecientes a la empresa o centro de trabajo en cuestión.

Agut (2006, p. 21) apunta al respecto, que tal exigencia legal podría suponer una intromisión al régimen organizativo interno del sindicato si no fuera porque la presencia de delegados sindicales en la empresa es un derecho accesorio de la libertad sindical configurado por la LOLS, por lo que el sindicato puede decidir acogerse o no al mismo, pero si finalmente lo hace, se obliga al cumplimiento de lo que la Ley ha dispuesto para su ejercicio.

Sin embargo, esa argumentación, si bien valdría para el delegado de la LOLS, entiendo que no es predicable respecto al delegado interno o portavoz del sindicato cuyo nombramiento, como veremos inmediatamente, es “ejercicio de la libertad interna de auto organización del sindicato (...) a través del procedimiento electoral que venga establecido en los Estatutos del sindicato” (STC 292/1993, de 18 de octubre) lo que supone que pueda ser la misma organización sindical la que, directamente, lo nombre

¹⁰⁸ Sin embargo, hay autores que consideran que la exigencia de que los delegados sindicales deban ser elegidos por los afiliados que haya en la empresa o centro de trabajo no debe entenderse en sentido literal pudiendo ser designados por el propio sindicato conforme a lo que establezcan sus estatutos, aportando determinada doctrina judicial en ese sentido (STSJ Madrid de 10 de abril de 1992, rec. 4919/1991; STSJ Galicia de 16 de diciembre de 1992, rec. 4450/1992) y exponiendo el ejemplo de una única sección sindical para una empresa intercentros repartidos por todo el país donde reunir a todos los afiliados para la elección sea hartamente difícil (Collado, Romero, Tarancón, Trillo, 2014, p. 46).

¹⁰⁹ Esta situación, sin embargo, es consentida por el Derecho británico y trae su razón de ser en que, como ya vimos, el shop steward puede representar a varios sindicatos lo que posibilita el que sea designado por todos los trabajadores del centro de trabajo con independencia de a qué sindicato estén afiliados o, incluso de si están o no afiliados. “*No es pues usual su designación por el sindicato, aunque sí su posterior ratificación expresa por el órgano sindical competente a fin de adquirir el estatus de oficial*” (Ferrando, 2003, p 124) es decir, de cargo electivo del sindicato, elegido según sus estatutos por el mismo sindicato y representando a éste, a la vez que a sus afiliados, en la empresa.

siempre, eso sí, que se atenga a criterios democráticos como sería, por ejemplo, si está establecido el procedimiento de designación en los estatutos sindicales.

A partir de aquí, no existe ningún otro formalismo para la elección, por lo que serán, en su caso, los estatutos del sindicato los que podrían establecer el procedimiento en virtud de su libertad de auto organización¹¹⁰ debiendo respetarse, en todo caso, “su estructura interna y funcionamiento(...)democráticos” (art 7 CE),asegurando la STC 292/1993, de 18 de octubre ya mencionada que “su designación (de los delegados sindicales) y nombramiento (...) con independencia de que la empresa esté o no obligada a reconocerle los derechos y garantías del artículo 10 de la LOLS (...), es ejercicio de la libertad interna de auto organización del sindicato (...) a través del procedimiento electoral que venga establecido en los Estatutos del sindicato”. Y en cuanto al mismo delegado sindical que deba ser designado, tampoco existe exigencia alguna pudiendo recaer, por tanto en cualquier trabajador de la empresa que esté afiliado al sindicato y con independencia del tipo de contrato laboral que tenga.¹¹¹

Sin embargo, Luján (2003, p. 144) excepciona a los trabajadores menores de 18 años por analogía con el artículo 69.2ET que sí exige este requisito de edad para ser representante unitario y ello porque el menor de 18 años no tiene plena capacidad de obrar¹¹² y los delegados tienen atribuidas competencias que la suponen. Y añade que

¹¹⁰ Dice el artículo 56 del Convenio colectivo estatal para el sector de las Agencias de Viaje que “*El delegado/a sindical deberá ser trabajador/a en activo de las respectivas empresas, y designando/a de acuerdo con los estatutos de la central o sindicato a quien represente*”.

Lo normal es que los estatutos no digan nada y sean los reglamentos de funcionamiento interno de cada sección los que establezcan el procedimiento de designación. Como ejemplo, el artículo 9 del Reglamento de funcionamiento de la sección sindical de Soma-Fia-UGT en el grupo de empresas HC energía, indica que se llevará a cabo por la comisión ejecutiva atendiendo a las especiales circunstancias organizativas que están ocurriendo en el grupo empresarial y el artículo 5 de las normas de funcionamiento de la sección sindical de UGT en NISSAN dice que serán nombrados por la comisión ejecutiva y refrendados por el pleno sindical y la asamblea general.

¹¹¹ No encuentro razonable, por lo tanto, la limitación que hace el artículo 55.3 del Convenio estatal para la Industria del Calzado de que el delegado sindical deba tener la condición de fijo en plantilla del centro en cuestión.

¹¹² No debemos olvidar, sin embargo que, según el art 319 del Cc, “*se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento*”. Por lo que entiendo que al ser el mayor de 16 años trabajador conllevaría el ser independiente económicamente de sus padres aunque vivan bajo el mismo techo salvo que se destruya la presunción con una revocación expresa de éstos y, como consecuencia, estaría aquel emancipado y tendría la plena capacidad de obrar ya que “*la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio*”.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad” (art 323 Cc). Sin duda, las actividades del portavoz sindical menor de 18 años, en ningún caso, le pueden llevar a *tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor* lo que lo asimila al mayor de edad para ejercer sus funciones representativas.

en Derecho francés, los délégués syndicaux deben tener 18 años y una antigüedad de un año en la empresa (art. L.412-14 Code du Travail) como también ocurre en la Ley de Constitución de la Empresa alemana aunque se exige solo un mes de antigüedad en la empresa además de que si en el centro de trabajo hubiese, al menos, cinco trabajadores menores de dieciocho años –o menores de veinticinco con contrato para la formación– se elegirá una delegación juvenil cuya estructura orgánica será igual a la del comité de empresa con el cual colaborará en sus funciones de representar a los trabajadores frente al empresario (párrafo 60 y ss.). Como señala Alzaga (2001, p. 72), con ello el legislador alemán ha querido potenciar la implicación de los jóvenes en los asuntos que afectan al colectivo de los trabajadores preparándolos para un cometido más responsable cuando en el futuro alcancen los puestos de representantes de los trabajadores en el comité de empresa.

Por lo demás, y aunque nada diga la LOLS, será más que conveniente comunicar la designación al empresario de manera fehaciente¹¹³ –de igual manera que se hacía con la sección sindical– para que “alcancen efectividad los derechos y garantías que (le) correspondan” (STC 292/1993, de 18 de octubre) y para que aquél, pueda reaccionar frente a una designación no ajustada a Derecho, bien impugnando el nombramiento por el procedimiento de conflicto colectivo, bien desconociendo tal condición cuando el delegado sindical quisiera hacerla valer (STS de 25 de mayo de 1998) pudiendo en este caso, por su parte, reclamar el delegado ante los tribunales el reconocimiento por el empresario de su condición representativa. En fin, que “(...) es preciso que su nombramiento sea conocido por el empresario (...)” (STC 292/1993) pero no su aceptación, pues la notificación lo es solo a efectos recepticios así como tampoco se exige ninguna publicidad adicional, traslado a la Autoridad Laboral o acto de registro alguno (Agut, 2006, p. 23).

¹¹³ Dice así el artículo 74 del Convenio General de la Industria Química que “ (...) el sindicato legalmente constituido, comunicará por escrito a la Dirección de la empresa la persona o personas que ejercerán las funciones propias de delegado sindical” y el artículo 56 del Convenio colectivo estatal para el sector de las Agencias de viaje que “El sindicato que alegue poseer derecho de hallarse representado mediante titularidad personal en cualquier empresa, deberá acreditarlo ante la misma de modo fehaciente, reconociendo ésta, acto seguido, al citado delegado/a su condición de representante del sindicato a todos los efectos”.

Por su parte, el artículo 55.3. IV párrafo exige que cuando la sección sindical cambie a su representante por cualquier causa, el sindicato correspondiente vendrá obligado a comunicar el cambio a la empresa.

2.2.3. **Ámbito de representación.**

En cuanto al ámbito de la representación atribuida al delegado sindical, lo lógico es que coincida, siempre y en todo caso, con el de la sección sindical que lo elige (Luján, 2003, p. 147) ya sea de la empresa, del centro de trabajo o, más allá del delegado con garantías de la LOLS, de franja o de territorio como ya se verá más adelante¹¹⁴.

Sin embargo, aunque esta parece la postura más razonable, y no en vano fue la mantenida por el Tribunal Supremo en un primer momento (STS de 20 de noviembre de 1997, Rec. núm. 1092/1997), el alto tribunal ha mantenido, hasta fecha muy reciente, una doctrina distinta al sostener que la existencia de los delegados sindicales, en el caso de que una empresa cuente con varios centros de trabajo donde alguno de ellos tenga 250 o más trabajadores, solo será posible en estos últimos cuando haya un comité de empresa y esté presente el sindicato correspondiente (SSTS de 10 de noviembre de 1998, Ar/9545, de 5 de septiembre de 2006, Ar/66435 o de 14 de febrero de 2007, Ar/4155).

Esta última posición ha sido superada por la STS de 18 de julio de 2014 (ROJ: STS 3933/2014) que entiende que “la opción que se ofrece en el artículo 10.1 de la LOLS entre nombrar los delegados sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical” pues “ a diferencia de lo que ocurre con el comité de empresa –que, pese a llamarse así, es, en realidad, en nuestro sistema un comité de centro de trabajo de cincuenta o más trabajadores: artículo 63.1 ET– la sección sindical de empresa sí hace honor a su nombre”. Ello tiene como importante consecuencia, que si la empresa está diseminada por el territorio nacional en distintos centros de trabajo todos ellos de menos de doscientos cincuenta empleados pero que en su conjunto superen esa cantidad, las secciones sindicales con presencia en alguno de los comités de empresa de cualquiera de los centros de trabajo de la compañía podrán designar delegados sindicales de la LOLS con arreglo a la tabla del apartado dos del artículo 10 de aquella ley orgánica y sin olvidar que “si se ha optado por el nivel de empresa, la aplicación de la escala del artículo 68 ET para determinar el número de horas sindicales a que tendrá derecho

¹¹⁴ No es el criterio seguido por el Convenio Colectivo estatal de la Industria del Calzado que en su artículo 55.3 dispone que *“En el supuesto de la existencia de varios centros en una misma provincia y de una misma empresa, se nombrará un solo representante por las secciones sindicales de cada uno de los sindicatos”*.

cada Delegado Sindical debe hacerse interpretando que el número de trabajadores a que se refiere cada uno de los niveles de esa escala es el de la empresa en su conjunto y no el de cada uno de sus centros de trabajo” (STS de 18 de julio de 2014. ROJ: STS 3933/2014).

2.2.4. Número de delegados.

Respecto al número de delegados, aparte de los que determina el artículo 10.2 de la LOLS, a falta de acuerdo con la empresa o en la negociación colectiva¹¹⁵, la sección sindical podrá nombrar cuantos delegados internos considere oportuno ateniéndose únicamente a lo dispuesto en los Estatutos del sindicato en cuestión¹¹⁶ dado que estamos, como ya se dijo, ante el derecho de auto organización del sindicato y, por ende, dentro del contenido esencial de la libertad sindical.

2.2.5. Duración del cargo.

La duración del cargo de delegado sindical, a diferencia del representante unitario cuyo mandato será de cuatro años (art. 67.3 ET) no está sujeta a plazo alguno, salvo, claro es, que dispongan lo contrario los Estatutos sindicales (STSJ del País Vasco de 31 de octubre de 2000). Por lo tanto, su representación tiene vocación de permanencia y mientras no desaparezca la sección sindical que lo nombró o cese por propia voluntad o

¹¹⁵ Ya hemos visto como el artículo 55.3.I del Convenio estatal de la Industria del Calzado parece restringir el número de delegados internos al limitarlo a uno solo por sección “*en el supuesto de la existencia de varios centros en una misma provincia y de una misma empresa (...)*”.

¹¹⁶ La LOLS establece en el artículo 10.2 el número de delegados sindicales a elegir en cada sección sindical en función del número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo de acuerdo con la siguiente escala y siempre a falta de acuerdos específicos al respecto:

- De 250 a 750 trabajadores: 1
- De 751 a 2.000 trabajadores: 2
- De 2001 a 5000 trabajadores: 3
- De 5001 en adelante: 4

Debe tenerse en cuenta que esta escala solo cobrará efectividad en el supuesto de que el sindicato a que pertenezca la sección sindical hubiese obtenido el 10% de los votos en las elecciones al comité de empresa. De no ser así, las secciones sindicales estarán representadas por un solo delegado sindical (art 10.2 LOLS).

por voluntad de quienes lo designaron, continuará realizando sus funciones (Agut, 2006, p. 30 y STS 11-4-2001, RA 4911).

También en el caso de variaciones significativas de plantilla pues, aunque la LOLS guarda silencio, la jurisprudencia y la doctrina judicial vienen entendiendo que, en el caso de aumento de la plantilla, el empresario estará obligado a reconocer “de modo automático y por disposición legal imperativa” los delegados sindicales que correspondan (STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de septiembre de 1998, Ar/3623) y que en el caso de disminución del número de trabajadores, el empresario podrá dejar de reconocerlos¹¹⁷ (STS de 11 de abril de 2001) pero en este caso será necesario que se produzca una “disminución esencial “en el número de trabajadores(STJ de Canarias/Las Palmas de 13 de julio de 2007) y ello sin necesidad de acudir a ninguna instancia judicial (STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de septiembre de 1998) (Pérez de los Cobos et al., 2010,p. 582)¹¹⁸.

2.2.6. Competencias.

Por lo que se refiere a las competencias de los delegados sindicales, Luján (2003, p. 204), señala que es una inexactitud hablar de las competencias o funciones de los delegados sindicales como algo distinto de las funciones propias de la sección sindical con independencia de que puedan ser atribuidas algunas de ellas a otros miembros de la sección (comisión ejecutiva o secretario, por ejemplo).

Ello no es impedimento para que la LOLS asuma un criterio de reparto funcional basado en la diversa naturaleza de la sección y el delegado. A la primera, en cuanto estructura básica del sindicato en la empresa, le corresponderían cometidos relacionados con los aspectos organizativos y reivindicativos del sindicato (proselitismo, recaudación de cuotas, gestión de la conflictividad, negociación colectiva); al segundo, en cuanto

¹¹⁷ Nos referimos, obviamente, a los delegados sindicales de la LOLS, pues el delegado interno solo cesará, como vimos, cuando desaparezca la sección sindical, o cuando renuncie o lo destituya la misma sección.

¹¹⁸ El artículo 39. b) del Convenio colectivo marco para los Establecimientos Financieros de Crédito dispone que *“En el caso de disminución significativa de la plantilla, se producirá la automática reducción de representantes de los trabajadores, para ajustar sus miembros al volumen de personal, salvo que dicha reducción implique la total desaparición de representantes de los trabajadores. Se entenderá por disminución significativa de la plantilla, cuando ésta se produzca en un 10% respecto de la media de empleados en activo en un período de tres meses anteriores”*.

representante de los afiliados que conforman la sección, le atañerían las funciones propias de participación en el ámbito en el que ejerce su condición representativa (Luján, 2003, p. 207).

Por otra parte, como ha dejado dicho el TC, las competencias o derechos reconocidos al delegado sindical “externo” en el artículo 10.3 de la LOLS “(...) forman parte de lo que nuestra jurisprudencia ha venido denominando el contenido adicional de la libertad sindical (...). Tales facultades y garantías, en consecuencia, tienen origen legal, por lo que la determinación de su configuración y límites corresponde al legislador o, en su caso, a la negociación colectiva, como permite expresamente *el art 10.2 de la LOLS*” (STC 229/2002 de 9 de diciembre). Doctrina, sin duda, aplicable al delegado interno o portavoz sindical aunque limitada, obviamente, a la negociación colectiva. Así pues, respecto a este último, si bien el nombramiento es una cuestión de auto organización interna del sindicato y por lo tanto, se trata del derecho esencial de la libertad sindical, como ya vimos, las facultades y garantías que puedan negociarse en los convenios colectivos para ellos forman parte del contenido adicional de aquella libertad igual que en el caso del delegado sindical de la LOLS.

Dice esta ley en su artículo 10.3 que los delegados sindicales, “en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa¹¹⁹, tendrán los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo”. Por lo tanto, estas competencias tienen el carácter de mínimos de derecho necesario susceptibles de mejora, pero no de restricción (Agut, 2006, p. 5) dato importante que nos permitirá explorar no solo ampliaciones procedentes de los delegados externos sino también nuevas facultades o

¹¹⁹En el caso de que formaran parte del comité de empresa, tendrían las competencias del artículo 64 del ET y otras dispersas por el mismo texto legal o por otros que se exponen en este trabajo, pero que no son exactamente coincidentes con los que expresa el artículo 10.3 de la LOLS que, por ejemplo, en materia de consulta los amplía dado que si se trata de representante unitario el empresario solo está obligado a informarle de “*todas las sanciones impuestas por faltas muy graves*” (art 64.1 7ª ET) y si se tratara de delegado sindical, tendría que ser oído “*con carácter previo*” a la imposición de cualquier sanción, sea grave o no, a los afiliados al sindicato correspondiente (art 10.3.3º LOLS). Lo anterior llevaría al absurdo de que un delegado sindical que forme parte del comité de empresa estaría en una situación peor que uno que no lo fuera. Por eso, Luján (2003, p.208) sostiene que los derechos referidos en el artículo 10.3 de la LOLS lo son de todos los delegados sindicales con independencia de que formen parte del comité de empresa o no y de que algunos de ellos (por ejemplo el de asistir a las reuniones del comité de empresa) únicamente sean efectivos respecto de los delegados sindicales que no formen parte de aquel órgano. Por lo demás, hay que dejar claro que lo que no será admisible es que porque se pertenezca al comité de empresa se produzca una duplicación de conceptos como, por ejemplo, del crédito horario.

competencias derivadas de los representantes unitarios para aquellos y, por lo tanto, dado sus orígenes convencionales, para los portavoces en suma¹²⁰. –

2.2.6.1. Derecho de información y documentación.

Los delegados sindicales tienen derecho a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa. Es lo que se denomina derecho de información pasiva.

Se trata de un derecho instrumental al servicio de la genérica función de representante de la sección ante el empresario cuya razón de ser está en la optimización de las actividades representativas y de defensa de los afiliados (Luján, 2003, p. 209) o en el adecuado desarrollo de las acciones primordiales de reivindicación y negociación colectiva e incluso en la defensa de la productividad del artículo 38 CE, pues “disuade de posiciones erróneas” (Ojeda, 2014, p. 189) por parte del empresario. En cualquier caso, se entiende por información, la transmisión de datos por el empresario a los representantes de los trabajadores, con el fin de que éstos tengan conocimiento cabal de una cuestión y puedan, en consecuencia, proceder a su examen (art. 64.1.II párrafo ET). Es decir, que debe ser más generosa e idónea que la que reciben los trabajadores ordinariamente, por lo que no puede ser evacuada por el empresario con la publicación general en un tablón (STSJ Madrid, de 24 de septiembre de 1990, Ar/5881).

Como señala Agut(2006, p. 72), aunque la ley no lo aclare, es razonable entender que la obligación de entregar esa información y/o documentación corre a cargo del empresario y no del comité de empresa que antes la haya obtenido de éste y ello, porque estamos ante derechos de los representantes de los trabajadores que suponen correlativas cargas de la empresa y por tanto, a ella exigibles¹²¹ Además, solo cumplirá, según esta autora, si la información se le remite individualmente a cada uno de los delegados sindicales de manera personalizada ya que no cabe asimilarlos, en este

¹²⁰ Es por ello que en este trabajo se estudiarán todos los derechos, facultades y garantías que la ley atribuye a los representantes unitarios, y no únicamente los que dispone el artículo 10.3 LOLS, pues todos ellos son susceptibles de extenderse, por la negociación colectiva, a los portavoces internos.

¹²¹ En la misma línea la STS de 29 de marzo de 2011 (Rec.145/2010) que habla de un derecho de información autónomo de los delegados sindicales que no puede entenderse cumplido por parte de la empleadora por el hecho de haber entregado la documentación al comité de empresa con miembros vinculados al sindicato al que pertenece el delegado sindical.

sentido, a los miembros del comité de empresa que tendrán quienes les represente y a través del cual pueden recibir la información y documentación de que se trate. Es decir, que habrá de realizarse en los mismos términos en que se hace la entrega a los delegados de personal en las empresas de menos de cincuenta trabajadores.

Por lo mismo, entiendo, que tampoco sería correcto que el empresario entregase la documentación a la sección sindical a la que perteneciese el delegado ya que, aunque el fin que persigue la ley es que le llegue a ella y, en última instancia, al sindicato, está por medio el deber de sigilo profesional al que está obligado el delegado y al que se le podría responsabilizar por su incumplimiento como se verá más adelante, por lo que la documentación debe estar controlada por él en todo momento.

Por lo demás, en cuanto al contenido de la información y/o documentación, deberá ser la misma que se le entregue al comité de empresa con independencia de si afecta o no a los afiliados de la sección de que se trate¹²² y además, en las mismas condiciones y al mismo tiempo que a los representantes unitarios (Agut, 2006, p. 73). No olvidemos, al respecto, que el artículo 64.6 1º párrafo del ET exige que la información se facilite “en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe”. En todo caso, de faltar la empresa a su obligación de entregar la información de manera y con el contenido correcto, la vía apropiada para reclamarla será el procedimiento sobre tutela de los derechos fundamentales (STS de 18 de enero de 2012, Rec. núm. 139/2011) además de que las informaciones morosas, defectuosas, embrolladas o falaces podrían suponer una infracción grave sancionables por la autoridad laboral (art 7.7 LISOS).

La concreta información “a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo”¹²³ a la que tiene derecho a acceder el delegado sindical puede ordenarse, ateniéndose a los tiempos de entrega, del siguiente modo:

¹²² La STC 213/2002 de 11 de noviembre reconoce a los delegados sindicales el derecho a acceder a la misma documentación e información que la empresa ha de poner a disposición del comité por lo que les corresponde conocer, entre otros extremos de “*las estadísticas sobre el índice de absentismo y sus causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen (art 10.3. 1º de la LOLS en relación con el artículo 64 del ET)*”.

¹²³ La negociación colectiva de ámbito estatal suele hacer una remisión genérica a lo que disponga la legislación vigente en orden a los derechos de información a los representantes de los trabajadores y, a continuación, muchos

❖ Anualmente:

Sobre la aplicación del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades debiéndose aportar, necesariamente, datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales así como las medidas que se hubieran adoptado para fomentar dicha igualdad y la aplicación, en su caso, del Plan de igualdad (art. 64.3 del ET).

Se trata de que los representantes de los trabajadores puedan vigilar (art. 64.7.a3º del ET como veremos) el cumplimiento de lo ordenado en el artículo 45.1 de la LO 3/2007 de 22 de marzo que exige que toda empresa respete la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral además de, con esta finalidad, negociar y, en su caso, acordar con la empresa medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre sexos¹²⁴.

❖ Trimestralmente (art 64.2 ET):

1.- Sobre la evolución general del sector económico a que pertenece la empresa “a fin de evitar la aparición o existencia de empresas que, dedicándose a la misma actividad, no cumplan con las disposiciones en materia de contratación y/o Seguridad Social, poniendo, con ello, en peligro la continuidad de las empresas

convenios llevan a cabo concreciones de ese derecho nada originales de los que se pueden mencionar, como los más frecuentes, los siguientes:

- Derecho a ser informados, regular y periódicamente, sobre el seguimiento y marcha del sector, sobre la evolución de los negocios y la situación de la producción y ventas de la empresa, o sobre su programa de inversión o producción.
- Derecho a ser informados de cualquier cambio de titularidad de la empresa, proceso de reconversión o fusión.
- Sobre reestructuraciones de plantilla, regulaciones de empleo o traslados de trabajadores cuando revista carácter colectivo o del mismo centro de trabajo.
- Derecho a ser informados en caso de implantación o revisión de sistemas de organización y control de trabajo, tiempos, sistemas de primas o incentivos y valoración de puestos de trabajo.
- Acerca de ingresos y ceses de personal así como de los ascensos.
- Sobre los planes de formación profesional y sobre la calidad y efectividad de la docencia de los centros de formación y capacitación de la empresa.
- Sobre la política de empleo y la evolución probable del mismo.
- Derecho a ser informados, con carácter previo, del cuadro de vacaciones y del calendario laboral.
- Derecho a ser informados a las estadísticas del índice de absentismo y sus causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias así como los índices de siniestralidad.
- Sobre medidas disciplinarias y despidos.

¹²⁴ Recordemos que una empresa está obligada legalmente a elaborar un Plan de Igualdad si tiene una plantilla superior a 250 trabajadores, lo que no es el caso de las pequeñas empresa y microempresas que, sin embargo, si lo estarán si su convenio colectivo así lo establece o si, en el marco de un procedimiento sancionador, la Inspección de Trabajo ha resuelto conmutar la sanción a la empresa a cambio de elaborar un plan (art 45 LO 3/2007).

que se ajustan a las normas de aplicación” (art. 21.a del Convenio estatal de Entrega Domiciliaria).

2.- Sobre la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo, así como sobre la producción y ventas, incluido el programa de producción.

Con ello, los delegados no tienen que esperar a la entrega de las cuentas anuales, además de que tendrán información de primera mano acerca de la obligación empresarial, que impone la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental, de adoptar y ejecutar medidas de prevención, de evitación y reparación de daños ecológicos y a sufragar su coste, cualquiera que sea su cuantía, cuando resulte responsable de los mismos.

3.- Sobre las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial y de los supuestos de subcontratación.

Recordemos que son horas complementarias aquellas cuya posibilidad de realización haya sido acordada como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial –por lo que no podrán establecerse por la negociación colectiva– (STS de 15 de octubre de 2007) y sigan el régimen jurídico establecido en el artículo 12.5 del ET y, en su caso, en los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior (art. 12.5 del ET). En cualquier caso, la relevancia de las horas complementarias es escasa desde que la reforma laboral del 2012 permitió que los trabajadores a tiempo parcial pudiesen hacer horas extraordinarias (art. 12.4.c del ET introducido por la DF 9ª del RDL 3/2012, de 10 de febrero).

4.- De las estadísticas sobre el índice de absentismo y las causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen.

Es de vital importancia esta competencia para los posibles delegados internos en las pequeñas empresas donde, por no tener la plantilla exigida, no hay cabida para un Comité de Seguridad y Salud y ni aún para un delegado de personal que pudiese ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales¹²⁵.

❖ Mensualmente:

Acerca del número de horas extraordinarias realizadas en ese tiempo¹²⁶ (art. 35.5 ET y Disposición Adicional Tercera del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo) así como la puesta a disposición a los representantes de los trabajadores –como alternativa a la exposición pública en los centros de trabajo– de un ejemplar de la relación nominal de trabajadores y del boletín de cotización o copia autorizada de los mismos (art. 90 de la Orden de 22 de febrero de 1996 por la que se desarrolla el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social aprobado por RD 1637/95, de 6 de octubre).

❖ Con la periodicidad que proceda:

1.- Sobre todas las sanciones impuestas a los trabajadores por faltas muy graves (art. 64.4.c ET).

Esta información, cuando se trate de trabajadores no afiliados a su sindicato, puede darla la empresa al delegado sindical, como al resto de representantes unitarios, con posterioridad a la imposición de la sanción, además de que el incumplimiento no provoca la improcedencia de la sanción que corresponda (STS de 3 de abril de 1990, ROJ STS 3058/1990).

¹²⁵ El artículo 39.2. c) de la LPRL establece que el Comité de Seguridad y Salud, en el ejercicio de sus facultades, estará facultado para “conocer y analizar los daños producidos en la salud o en la integridad física de los trabajadores, al objeto de valorar sus causas y proponer las medidas preventivas oportunas”. Añadiendo el artículo 36.1.d) del mismo texto normativo que “En las empresas (...) que no cuenten con un Comité de Seguridad y Salud por no alcanzar el número mínimo de trabajadores establecido al efecto, las competencias atribuidas a aquél en la presente ley serán ejercidas por los delegados de prevención”. Finalmente, el artículo 35, también de la LPRL, nos afirma que “En las empresas de hasta 30 trabajadores el Delegado de Prevención será el Delegado de Personal”.

¹²⁶ Con ello, los representantes de los trabajadores podrán controlar la prohibición del artículo 35.2 del ET de realizar un trabajador más de ochenta horas extraordinarias al año salvo aquellas que sean para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

2.- Sobre los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa así como los documentos relativos a la terminación de la relación laboral (art. 64.4 b ET).

La información debe extenderse, como señala Sala Franco (2013, p. 138) al nombre del contratado; duración del contrato, carácter del mismo; fecha de inicio y terminación (STSJ de Madrid de 21 de abril de 1994, Ar/1825) y a los salarios individuales o por categorías profesionales, si esta materia está regulada en convenio colectivo (STSJ del País Vasco de 15 de abril de 1992, Rec. núm. 2129/1991).

3.- Sobre el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa adopte la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que éstos (art. 64.4 a ET).

Recordemos que la LSC incluye dentro de las cuentas anuales¹²⁷ además del balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria, el estado de cambios en el patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo (art. 254.1 LSC).

Pero además de las cuentas anuales, los socios podrán obtener a partir de la convocatoria de la Junta General, de manera inmediata y gratuita, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados (art. 253.1 LSC). No debe olvidarse tampoco el informe del auditor de cuentas así como toda la documentación que deba ser sometida a la aprobación de la Junta General (art. 272.2 LSC).

¹²⁷ Recuérdese que dentro de las cuentas anuales, *el balance* es, como señala Broseta (Broseta y Martínez, 2012. p. 474), el elemento contable fundamental de la sociedad del que ha de desprenderse con claridad y exactitud la situación patrimonial de la misma en el momento de su cierre que, normalmente, será el 31 de diciembre del año natural anterior, a menos que los estatutos establezcan otra fecha distinta (art 35. 1 del C. de c.). *La cuenta de pérdidas y ganancias* es el elemento contable que recoge, dividido por partidas, los beneficios o pérdidas de cada ejercicio social, mostrando el resultado contable del mismo (art 35.2 del C. de c.). *“La memoria completará, ampliará y comentará la información contenida en los otros documentos que integran las cuentas anuales”* (art 35.5 del C. de c.). *El estado de cambios en el patrimonio neto* comprende el resultado del ejercicio y las variaciones por los cambios en criterios contables, correcciones de errores y otros ajustes y variaciones de valor (art 35.3 del C. de c.). *“El estado de flujos de efectivo podrá de manifiesto, debidamente ordenados y agrupados por categorías o tipos de actividades, los cobros y los pagos realizados por la empresa, con el fin de informar acerca de los movimientos de efectivo producidos en el ejercicio”* (art 35.4 C. de c.). *“El informe de gestión habrá de contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta”* (art 262. 1 de la LSC). Finalmente, toda sociedad dominante de un grupo de sociedades está obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados (arts. 44.1 y 42.1 del C. de c.) salvo, como dice Broseta (Broseta y Martínez, 2012. p. 479), los grupos de escasas dimensiones o cuando la sociedad dominante sea, a su vez, sociedad dominada (art 43 C. de c.).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el terreno que nos estamos moviendo de la pequeña empresa, lo más probable es que la información que ésta deba entregar al portavoz sindical se reduzca al balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados ya que, lo más seguro sea que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos, una de estas dos circunstancias: a) que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros y/o b) que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros (art. 257.1 LSC).

Como consecuencia, no será necesario tampoco entregar el estado de flujos de efectivo (art. 257.3 LSC), el informe de gestión (art. 262.3 LSC) ni las cuentas consolidadas (art. 43 del C de c).

4.- Recibir la copia básica de los contratos de trabajo que deban formalizarse por escrito con arreglo al artículo 8.3 del ET y la notificación de sus prórrogas así como las denuncias correspondientes a los mismos en los diez días siguientes a que se produzcan (art. 64.4 in fine ET).

Debemos tener presente que el contenido de la copia básica y la obligación de comunicarla a los representantes de los trabajadores no vulnera el derecho a la intimidad y a la privacidad de éstos ya que, este derecho constitucional protege solamente los ámbitos personal y familiar no alcanzando el social y profesional (STC 142/1993, de 22 de abril)¹²⁸ por lo tanto, deberá abarcar todos los datos que puedan ser objeto de control por parte de la Inspección de Trabajo (STC de 5 de abril de 1990) aunque, eso sí, el empresario no estará obligado a proporcionar datos distintos de los que figuran en el contrato de trabajo original (STS de 24 de marzo de 1998, Rec. núm. 2714/1997) o aquellos que sean puramente personales como el número del DNI, el domicilio, el estado civil o cualquier otro que pudiera afectar a la intimidad personal del trabajador (Ojeda, 2014, p. 191)¹²⁹ debiendo descartarse que “el conocimiento de la retribución percibida permita reconstruir la vida íntima de los trabajadores” (STC 142/1993, de 22 de abril).

¹²⁸ Dice esta sentencia que “Las retribuciones que el trabajador obtiene de su trabajo no pueden 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”.

¹²⁹ Al respecto debe tenerse en cuenta la Ley Orgánica 1/1982, de cinco de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Necesario es indicar que, aunque no haya representación unitaria o delegado sindical en la empresa, el sindicato puede recabar información sobre las copias básicas de los contratos a través de las Comisiones de Seguimiento de la Contratación en el seno de las Comisiones ejecutivas Provinciales del Servicio Público de Empleo Estatal ya que estas últimas están facultadas para “realizar el seguimiento y análisis de la contratación laboral en la provincia (...)” debiendo para ello poner “a disposición de las Comisiones de Seguimiento todas las copias básicas remitidas a dicha oficina”.(art. 2.1.b) del RD 355/1991, de 15 de marzo) (Collado et al., 2014, p. 169).

5.- Notificación de los contratos por tiempo determinado cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos (art. 15.4. ET y art. 10 del RD 2720/1998) y de los contratos de relación laboral especial de alta dirección (art. 8.4 ET).

Como ya se dijo, el empresario debe entregar a los representantes de los trabajadores una copia básica de todos los contratos que deban celebrarse por escrito (art. 8.3 ET que exceptúa de esta regla a los contratos de relación laboral especial de alta dirección que solo deberán ser notificados). Así pues, junto a éstos, deberán notificarse a los delegados sindicales los contratos por tiempo determinado sobre los que no pesa la obligación de entregar copia básica, es decir, los que no tengan que celebrarse necesariamente por escrito¹³⁰ que son, a sensu contrario, los contratos por tiempo determinado – menos los de obra o servicio determinado que siempre deberán celebrarse por escrito – cuya duración sea igual o inferior a cuatro semanas y siempre que no haya una disposición legal que exija la forma escrita (art, 8.2 del ET) como ocurre con el contrato de interinidad (RD 2720/1998, de 18 de diciembre).

6.- La empresa usuaria deberá informar a los representantes de los trabajadores sobre cada contrato de puesta a disposición y el motivo de la utilización, así como entregarles una copia básica del contrato de trabajo o de la orden de servicio, en su caso, que les haya facilitado, previamente, la ETT (art. 9 de la LETT). También, deberán tener acceso a los contratos celebrados entre las empresas y los trabajadores autónomos económicamente dependientes (art. 12 LETA).

Y es que, los representantes de los trabajadores tienen que controlar que los contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y su empresa

¹³⁰ Aunque la obligación de forma escrita no constituye una exigencia “ad solemnitatem”, su falta lleva a la presunción “iuris tantum” de que el mismo es indefinido y a jornada completa, salvo que se pruebe lo contrario (Moliner, Pedrajas, Sala, 2012, p. 43 y STS de 15 de julio de 2009, Rec. 3797/2008).

se realicen por los mismos motivos y bajo las mismas condiciones y requisitos que ésta podría celebrar un contrato de trabajo de duración determinada (art. 6 LETT). Igualmente, deberán poder verificar que cuando se realiza un contrato con un TRADE (trabajador autónomo económicamente dependiente) no se esté ocultando, en realidad, un contrato por cuenta ajena.

7.- Sobre la parte de los libros de la empresa referentes al salario a comisión (art. 29.2 ET) y en relación al abono del salario o el pago delegado de las prestaciones de Seguridad Social mediante talón u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito (art. 29.4 ET).

Dado que el trabajador tiene derecho a la comisión si el negocio en el que medió se realiza y se paga (art. 29.2 ET y STS de 3 de abril de 1997) o cuando no se perfecciona por “culpa probada” del empresario (STS de 13 de febrero de 1986, Roj STS 10864/1986), es lógico que tanto el trabajador como sus representantes legales y/o sindicales puedan pedir, en cualquier momento, comunicaciones de la parte de los libros referentes a tales devengos (art. 29.2.II párrafo ET).

8.- Sobre medidas de flexibilidad interna que vayan más allá del *ius variandi* del empresario: movilidad funcional fuera del grupo profesional (art. 39.2 ET)¹³¹; traslados individuales (art. 40.1.2º párrafo ET) y modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual (art. 41.3 ET) así como la recepción de la documentación necesaria para acreditar las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen la decisión empresarial en los períodos de consulta en los casos de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión y reducción de jornada y despido todos ellos de carácter colectivo (arts. 40.2, 41.4, 47.1.2. y 3., y 51.2 del ET y arts. 2.3 y 18 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre) como también la documentación que exige el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal en los supuestos de modificaciones, suspensiones o extinciones de carácter colectivo cuando la empresa está incurso en un concurso.

No se nos vaya nunca del horizonte que “la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas, corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de

¹³¹ El artículo 12.13 del Convenio colectivo estatal para la Industria Fotográfica establece que los representantes unitarios tendrán facultades para comprobar los supuestos de cambios de trabajo de categoría superior e inferior.

los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal”. (arts. 40.2, 41.4, 47.1 y 51.2 del ET).

9.- En relación a medidas de flexibilidad externa como los supuestos de despido colectivo que afecte a más del 50% de la plantilla se deberá dar cuenta a los representantes de los trabajadores de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyan el tráfico normal de la misma (art. 51.3 ET); entrega de la copia de preaviso en los despidos objetivos por causas empresariales que no superen los umbrales del artículo 53.1. c) del ET¹³² y comunicación del inicio del procedimiento de suspensión y extinción de contratos por fuerza mayor así como la misma decisión de suspensión y/o extinción (arts. 47.3 y 51.7 del ET).

De no entregarse a los representantes de los trabajadores, en el caso de despido objetivo “ex artículo 52.c del ET”, la copia de la carta en que se comunica la extinción contractual al trabajador, aquél deberá ser calificado de improcedente (STS de 18 de abril de 2007, Rec 1577/1994) lo que ocurrirá, igualmente, si la empresa solo procede a comunicarles verbalmente el despido (STS de 7 de marzo de 2011, Rec. núm. 2965/2010).

10.- En relación a los cambios de empresario (arts. 42 a 44 ET), si la empresa concierta un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes de los trabajadores sobre los extremos que indica el artículo 42.4 del ET¹³³. Información que deberá ser reflejada en un libro registro, puesto a disposición de aquellos, cuando las empresas principal, contratista y subcontratista compartan de manera continuada un mismo centro de trabajo; igualmente, la empresa contratista o subcontratista deberá dar similar

¹³² El artículo 51.1.1º párrafo del ET dice que “*A efectos de lo dispuesto en la presente Ley, se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a :*

- a) *Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.*
- b) *El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.*
- c) *Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores”.*

¹³³ Los extremos sobre los que deberán ser informados los representantes de los trabajadores son los siguientes:

- 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 de la contrata.
- d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.
- e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales (art 42.4 del ET).

información –varía, obviamente la identificación de la empresa que en este caso será la de la principal– a los representantes de sus trabajadores antes del inicio de la ejecución de la contrata (art. 42.5 ET); finalmente, en la transmisión de empresa, el cedente y el cesionario deberán informar a los representantes de sus trabajadores afectados con arreglo al contenido que indica el artículo 44.6 del ET¹³⁴.

La información que la empresa principal y contratista deben poner a disposición de los representantes de sus trabajadores tiene, como uno de los objetivos primordiales, evitar que se produzca una cesión ilegal de trabajadores pues es doctrina del Tribunal Supremo que, para que haya una verdadera contrata de obras o servicios, no es suficiente con la existencia de un empresario real y no ficticio, sino que es necesario, además, que la verdadera empresa no se circunscriba “a suministrar la mano de obra sin poner a continuación los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial” pues en ese caso, estaríamos ante “una cesión ilegal de trabajadores” (STS de 14 de septiembre de 2001, Rec. núm. 2142/2000) prohibida por el artículo 43 del ET¹³⁵. Y por lo que respecta a la transmisión de empresa, la información dada a los representantes de los trabajadores será esencial para asegurar la subrogación contractual que, no olvidemos, no podrá evitarse mediante pacto entre el empresario cedente y cesionario (STS de 16 de febrero de 1987, ROJ.STS 13682/1997). Ahora bien, el incumplimiento de la obligación de comunicar no afectará a la validez de la transmisión que solo generará una sanción administrativa por infracción laboral (STS de 25 de abril de 1988, Ar/3021).

11.- En materia de seguridad y salud laboral, información sobre las condiciones de trabajo que sean necesarias para que los delegados de prevención ejerzan sus funciones y que necesariamente deberán entregarse también a los delegados

¹³⁴ Los extremos sobre los que deberán ser informados los representantes de los trabajadores son los siguientes:

- a) Fecha prevista de la transmisión
- b) Motivos de la transmisión.
- c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores de la transmisión.
- d) Medidas previstas respecto de los trabajadores (art 44.6 ET).

¹³⁵ Para el artículo 43 del ET se entiende que hay cesión ilegal de trabajadores cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limita a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o cuando la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios e instrumentos necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

sindicales por mandato del artículo 10.3.1º de la LOLS y en particular las que señalan los artículos 18 y 23 de la LPRL¹³⁶.

Con ello, se posibilita acrecentar la información, consulta y participación de los trabajadores que busca la Ley de Prevención de Riesgos Laborales¹³⁷, clave para dar cumplimiento al deber de protección que establece y necesaria para canalizarla de manera colectiva y no aisladamente a cada trabajador individual.

12.- Finalmente, en materia de Seguridad Social, el empresario tiene la obligación de informar a sus empleados en los centros de trabajo y dentro del mes siguiente a aquél a que corresponda el ingreso de las cuotas, de los datos figurados en la relación nominal de trabajadores y en el boletín de cotización los cuales deberán exponerse salvo que el empresario opte por poner de manifiesto dicha documentación a los representantes de los trabajadores.

Al respecto debe tenerse en cuenta dos cosas:

La empresa no podrá ocultar en los boletines de cotización los datos de los trabajadores que lo soliciten dado que la exhibición de dichos boletines no requiere

¹³⁶ Los delegados de prevención deberán tener acceso a la siguiente información:

- a) Sobre los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, tanto aquellos que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función (art 18.1.a LPRL).
- b) Las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los riesgos señalados en el apartado anterior (art 18.1. b LPRL).
- c) Las medidas de emergencia sobre primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuaciones de sus trabajadores (arts. 18.1 c y 20 LPRL).
- d) El plan de prevención de riesgos laborales (art 23.1 a LPRL).
- e) La evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo, incluido el resultado de los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores (art 23.1 b LPRL).
- f) La planificación de la actividad preventiva, incluidas las medidas de protección y de prevención a adoptar y, en su caso material de protección que deba utilizarse (art 23.1 c LPRL).
- g) Práctica de los controles del estado de la salud de los trabajadores y conclusiones obtenidas de los mismos pero teniendo en cuenta que la información médica de carácter personal es de acceso restringido al personal médico y a la autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores no pudiéndose facilitarse ni al empresario, a los delegados o a otras personal sin consentimiento expreso del trabajador (arts. 23.1 d y 22.4 de la LPRL).
- h) Relación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan causado al trabajador una incapacidad laboral superior a un día de trabajo (art 23.1 e LPRL).
- i) Los daños producidos en la salud de los trabajadores una vez que el empresario hubiese tenido conocimiento de ellos (art 36.2 c LPRL).
- j) Las informaciones obtenidas por el empresario procedentes de la personas u órganos encargados de las actividades de protección y prevención de la empresa, así como de los organismos competentes para la seguridad y la salud de los trabajadores (art 36.2. d LPRL).

¹³⁷ Su exposición de motivos afirma que constituyen elementos básicos del nuevo enfoque que la ley plantea “*la información y la formación de los trabajadores dirigidas a un mejor conocimiento tanto del alcance real de los riesgos derivados del trabajo como de la forma de prevenirlos y evitarlos, de manera adaptada a las peculiaridades de cada centro de trabajo, a las características de las personas que en él desarrollan su prestación laboral y a la actividad concreta que realizan*”.

consentimiento alguno de aquellos por lo que, ni hay vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, ni se conculca la Ley de Protección de Datos.

La empresa está obligada a exhibir los boletines de cotización, pero nada le obliga a entregarlos a los representantes de los trabajadores que se verán satisfechos con la mera puesta en conocimiento de tales documentos (Collado et al., 2014, p. 180).

2.2.6.2. Derecho a asistir a las reuniones del comité de empresa y de los órganos internos en materia de seguridad y salud laboral.

Este derecho de asistencia, sin embargo, lo será con voz pero sin voto (art. 10.3 2º LOLS y 38.2 3º párrafo LPRL) y, en todo caso, les estará vedado a los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa acudir siquiera a las reuniones de los comités intercentros (STS de 6 de octubre de 2001, Rec. núm. 4358/2000) por exceder de su ámbito de referencia a no ser que se acuerde lo contrario (Agut, 1997, p. 808)¹³⁸ como ocurre, por ejemplo en el Convenio colectivo estatal para la Industria Azucarera que en su artículo 52.4 permite que los delegados sindicales participen en las reuniones de los comités intercentros con las mismas facultades que el resto de sus miembros. Además, existe una corriente doctrinal, avalada por la jurisprudencia, que entiende que tampoco cabe extenderlo a otras reuniones más o menos informales que puedan realizar los representantes unitarios y, peor aún, a las celebradas con el empresario o cuando el comité actúa como comisión negociadora del convenio¹³⁹ (Luján, 2003, p. 213; Agut, 1997, p.805). Sin embargo, considero que habría que estar alerta sobre posibles fraudes de ley cuando, pretendiendo la inasistencia del sindicato en las reuniones, se les dé cariz informal a lo que son rigurosas sesiones del comité de empresa. Y en cuanto a las reuniones con el empresario, siempre habrá que salvaguardar el derecho de consulta a que tienen derecho los delegados sindicales (art

¹³⁸ La STCT de 21 de diciembre de 1988 señalaba al respecto que “(...) el comité de empresa y el comité intercentros tienen naturaleza, composición y atribuciones distintas, con un origen y una forma de constituirse bien diferentes, hasta el punto que el último citado sólo por convenio colectivo puede formarse y funcionar, con las atribuciones que de manera exclusiva le conceda el convenio en que se acuerde su creación. Por ello, no se sabe la razón por la que deba atribuirse a esos delegados una prerrogativa que ni la Ley ni el convenio colectivo aplicable se les reconoce”.

¹³⁹ Por ejemplo, la STSJ de Castilla y León de 5 de septiembre de 1991 negó la posibilidad de que los delegados sindicales pudiesen participar en reuniones de la comisión negociadora del convenio colectivo de empresa y en la misma línea las STSJ de Madrid 20 de diciembre de 1994 o la STSJ de Cataluña de 17 de noviembre de 1995.

10.3 3º LOLS) como veremos más adelante. Ténganse en cuenta que, el artículo 64.1 2º párrafo del ET dice que “(...) *Por consulta se entiende el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo*” “cosa harto difícil si se evita que el delegado sindical esté presente en dichas reuniones. Finalmente, el negarle al delegado sindical la presencia en la comisión negociadora, se mitiga por la necesaria asistencia en estas comisiones de todo sindicato con miembros en el comité de empresa¹⁴⁰ y, por tanto, con derecho a delegado sindical. Quiero decir con ello, que la asistencia del sindicato está asegurada en todo caso aunque a su delegado sindical no se le haya permitido la concurrencia máxime cuando, como ya se vio, “la intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados del personal” (art. 87.1 2º párrafo del ET).

Y es que, como señala Luján Alcaraz (Luján, 2003, p. 213), la presencia de los delegados sindicales en estas reuniones viene a cumplir un doble cometido. En primer lugar, la de facilitar el mejor desempeño de sus funciones representativas dada la estrecha vinculación de este derecho con el de información y, de otra parte, la de hacer oír en ellas las posturas del sindicato al que representan. Es decir, que con ello el mismo comité se beneficiaría de la información aportada por la sección sindical a través del delegado y, por tanto, por el sindicato que siempre tendrá una visión más general y global de la problemática que se trate¹⁴¹.

¹⁴⁰ La jurisprudencia distingue entre las comisiones negociadoras o decisorias que tienen potestad de regular o modificar condiciones de trabajo y de las que no podrá ser excluido ningún sindicato con representación en la empresa, y las comisiones de trabajo con meros fines administrativos o de interpretación del convenio de las que sí que podrían ser excluidos los sindicatos no firmantes del convenio (SSTS de 18 de septiembre de 2007, Rec.82/2005 y de 14 de mayo de 2012, Rec.169/2011).

¹⁴¹ El Convenio colectivo estatal de Industrias Cárnicas, en su artículo 82 extiende la posibilidad de asistencia de los delegados sindicales a las comisiones paritarias de interpretación aunque en este último caso, cuando sean llamados para ello y el Convenio colectivo estatal para la Industria Fotográfica en el artículo 13.11 la amplía a la comisión paritaria sectorial de formación continua u organismo oficial equivalente que lo sustituya incluyendo en el permiso el día anterior a las reuniones.

2.2.6.3. Derecho de consulta previa.

Los delegados sindicales, que regula la LOLS, tienen un derecho de consulta previa a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular (art 10.3.3º LOLS). Es lo que se denomina derecho de información activa.

Las medidas deben ser de carácter colectivo para que tengan que ser oídos los delegados sindicales que, por lo demás, como dice el propio texto legal, podrán referirse a los afiliados a su sindicato como al resto de empleados de la empresa.

La generalidad del artículo 10.3.3º puede concretarse, no obstante, en las siguientes medidas de las que se espera, bien consulta del comité de empresa y, por extensión de aquel precepto, de los delegados sindicales, bien la previa consulta y acuerdo con la representación unitaria o sindical, aunque, como ya se ha reiterado en este trabajo, en los casos de flexibilidad interna y despidos colectivos “la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal (arts.40.2, 41.4, 47.1, 51.2 y 82.3 del ET):

1.- Sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como cuando se prevean cambios al respecto (art. 64.5 ET). Por ejemplo en los casos de despido colectivo del artículo 51 del ET¹⁴² o, al contrario, cuando se pretenda realizar contrataciones debido a la buena marcha de la compañía.

2.- Sobre todas las cuestiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos (art, 64.5 ET). Por ejemplo en los supuestos de expedientes de reducción de jornada del artículo 47.2 del

¹⁴² En el Convenio colectivo estatal de Pastas, Papel y Cartón, el derecho de consulta se adelanta incluso en caso de expedientes de regulación de empleo por causas económicas o tecnológicas –no cuando concurren causas organizativas o de producción– a una fase previa en donde la empresa deberá negociar preceptivamente con los representantes de los trabajadores y sindicatos en un plazo no superior a veinte días naturales y donde éstos podrán estar asesorados por sus técnicos a la hora de estudiar conjuntamente con la empresa la situación económica de la misma. Transcurrido el plazo de los veinte días, la empresa quedará facultada para la presentación del ERE ante la autoridad laboral correspondiente (art 12.12).

ET o modificaciones sustanciales en materia de horario¹⁴³ y distribución del tiempo de trabajo o de régimen de turnos del artículo 41.1 b y c del ET. También, cuando con motivo de la transmisión de la empresa, se prevean adoptar medidas laborales que afecten a los trabajadores (art. 44.9 ET) o en materia de clasificación profesional (art 22.1 ET); ascensos (art, 24.1 ET); modelo de recibo de salarios (art. 29.1 ET); gratificaciones extraordinarias (art. 31 ET); o distribución irregular de jornada (art. 34.2 ET).

3.- Sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo (art. 64.5 ET). Sería el supuesto, por ejemplo de un expediente de suspensión de contratos del artículo 47.1 del ET o en el caso de la inaplicación del convenio del artículo 82.3 del mismo texto legal.

4.- En materia de seguridad en el trabajo, el empresario deberá consultar con los representantes de los trabajadores, y a falta de éstos con los mismos trabajadores, sobre todos los extremos que ordena el artículo 33 de la LPRL como la implantación de nuevas tecnologías; la organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos profesionales de la empresa; la designación de los trabajadores encargados de las medidas de emergencia o el proyecto y la organización de la formación en materia preventiva (arts. 33.2 y 36.1. c. LPRL).

5.- Finalmente, como cajón de sastre y parangón del mismo artículo 10.3.3º de la LOLS el artículo 64. 1 del ET añade el derecho a ser consultados sobre todas aquellas cuestiones que puedan atañer a los trabajadores, así como a la situación de la empresa y a la marcha del empleo en la misma.

En todo caso, la consulta a los delegados sindicales deberá realizarse¹⁴⁴, salvo que esté recogida expresamente otra cosa, en un momento y con un contenido apropiados,

¹⁴³ El mismo Convenio colectivo estatal de Pastas, Papel y Cartón en su artículo 12.16 establece la competencia, “*sin perjuicio de los derechos y facultades concedidos por las leyes*” de los representantes legales de los trabajadores de negociar con la empresa las modificaciones de horarios y, en caso de desacuerdo “*de los trabajadores interesados*” será competencia de aquellos la de acudir a la jurisdicción laboral competente. Pero lo destacable es que “*la empresa no podrá poner en práctica la modificación hasta que no resuelva dicha autoridad*”.

¹⁴⁴ La Directiva 2002/14/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002 de información y consulta a los trabajadores en la Unión Europea establece que “*La información se facilitará en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, de tal modo que, en particular, permita a los representantes de los trabajadores proceder a un examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta.*

La consulta se efectuará:

a) en un momento, de una manera y con un contenido apropiados;

b) al nivel pertinente de dirección y de representación, en función del tema tratado;

en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario y contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones debatidas. Todo ello para que la consulta permita que el criterio del comité, en cualquier caso, pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar sus decisiones (art. 64.6.2º párrafo del ET). Y para cerciorarse de que así sea, tanto este como los representantes de los trabajadores, tendrán que proceder con espíritu de cooperación en el cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, considerando tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores (art. 64.1 3º párrafo ET). Es decir, se tiene que asegurar que los canales de comunicación entre la empresa y los representantes de los trabajadores fluyan con normalidad en los dos sentidos, desechando su obstaculización amparada en el mero cumplimiento formal de entrega de la documentación de que se trate.

¿Y en cuanto al informe al que hace referencia el artículo 64 en relación a determinadas materias?¹⁴⁵ ¿Tendrán derecho los delegados sindicales que no estén en el comité de empresa a emitirlo?

En principio la respuesta debería ser rotundamente negativa pues el artículo 10.3.3º de la LOLS, no permite llegar hasta ahí: Es evidente que el derecho a ser oídos por la empresa con antelación a medidas de carácter colectivo no significa necesariamente que deba exteriorizarse a través de un informe. Ello no quiere decir que se haga uso de la práctica saludable de exponer el criterio de la sección sindical, también, por medio de un informe, sobre todo en los casos de flexibilidad interna por motivos empresariales o en los despidos colectivos donde hemos visto que la sección sindical puede, si así lo

c) con arreglo a las informaciones proporcionadas por el empresario, de conformidad con la letra f del artículo 2 y al dictamen que los representantes de los trabajadores tienen derecho a formular;

d) de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores reunirse con el empresario y obtener una respuesta justificada a su eventual dictamen;

e) con el fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario mencionadas en la letra c) del apartado 2.” (art 4. 3 y 4).

¹⁴⁵ El artículo 64.5 in fine ET dice que “*El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes cuestiones:*

a) Las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella.

b) Las reducciones de jornada.

c) El traslado, total o parcial, de las instalaciones.

d) Los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo.

e) Los planes de formación profesional en la empresa.

f) La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo”

decide y tiene mayoría del comité de empresa, tomar las riendas de la negociación y en este caso, entiendo que sin ningún problema el informe emitido por la sección sindical podría sustituir al del comité –a ella le ha sido cursada la documentación– sin conculcar el procedimiento y con independencia de que éste presente también el suyo.

En cualquier caso, el informe deberá elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitadas y remitidas las informaciones correspondientes (art 64.6 in fine ET).

2.2.6.4. Derecho de audiencia previa.

El derecho de los delegados sindicales a ser oídos por la empresa previamente lo es para cuando ésta adopte medidas de carácter colectivo, como ya se vio, o, cuando siendo de carácter individual, se trate de sanciones o despidos de los afiliados a su sindicato (art. 10.3.3º LOLS).

Este derecho a ser oídos previamente, en un plazo razonable (STS de 12 de julio de 2006, Rec. núm. 2276/2005), no se limita como en el caso de los representantes unitarios a las sanciones más graves, que además podrán ser informados incluso a posteriori (STS de 12 de julio de 1988, Roj.5453/1988) y cuyo incumplimiento no afectará a la validez de la sanción, sino a toda sanción cualquiera que sea su grado pero eso sí, solo si se trata de miembros de su sección sindical y por lo tanto, no de cualquier trabajador aunque esté afiliado a otro sindicato.

Como dice la STC 30/1992, de 18 de marzo, el cometido de la norma contemplada en el artículo 10.3.3º de la LOLS es “instrumentar una protección del trabajador afiliado, en la medida en que la intervención previa del órgano sindical permita a éste ejercitar un control, aunque sólo sea de audiencia sobre la decisión empresarial y desarrollar oportunamente una defensa eficaz de sus afiliados”. Con ello, se daría también cumplimiento, en caso de despido disciplinario, al artículo 55.1 párrafo 4 del ET que dice que “Si el trabajador estuviere afiliado a un sindicato y al empresario le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato”.

En cuanto a la forma y el momento, deberá ser informado el delegado sindical de tal manera que pueda ejercer sus funciones de control debidamente, por lo que no sobraría la comunicación escrita y el establecimiento de un plazo lo suficientemente extenso para que aquel pueda fundar y emitir su informe de descargo¹⁴⁶ y durante el cual, el empresario suspenda la ejecución de la sanción. Por lo demás, la audiencia a los delegados no cabe remplazarla por la comunicación al comité de empresa (STSJ Castilla y León/Valladolid, de 11 de enero de 2006, Rec. núm. 2275/2005) o al mismo secretario general de la sección sindical (STSJ Rioja de 5 de mayo de 2008, Rec 34/2008).

Para ello, el empresario deberá conocer la afiliación del trabajador aunque sea en el momento mismo de entrega del escrito de sanción porque así se lo comunica aquel lo que conllevaría, entiendo, la suspensión de la medida y la apertura de un plazo razonable al delegado sindical para que pueda realizar sus funciones de defensa. No en vano, la mencionada STC 30/1992 señala que, la obligación empresarial de audiencia previa a los delegados sindicales“(…) sólo puede surgir cuando el trabajador, al menos, ha puesto en conocimiento del empresario su condición de afiliado a un sindicato”.

Lo normal, es que se conozca la afiliación mediante la comunicación del descuento de la cuota sindical pero de no ser así, no hay que olvidar que la afiliación sindical pertenece a la esfera de la intimidad personal del trabajador y de su libertad ideológica por lo que “(…) La revelación de la afiliación sindical es, por tanto, un derecho personal exclusivo del trabajador que están obligados a respetar tanto el empresario como los propios órganos sindicales” (STC 292/1993, de 18 de octubre). Estamos, por tanto, en un derecho del sindicato¹⁴⁷ cuyo ejercicio lo condiciona el afiliado a cuyo favor se establece por mor de su libertad ideológica.

Decir, finalmente, que de incumplirse por el empresario el trámite de audiencia del delegado sindical conociendo la condición de afiliado del trabajador, si se tratase de

¹⁴⁶ La STS de 16 de octubre de 2001, Rec.3024/2000 nos dice que “(…) *la finalidad del trámite previo de audiencia (...) no se compagina (...) con la fijación empresarial de un breve plazo – en el caso enjuiciado era de un día – durante el que no es presumible que por parte de los delegados sindicales se pueda razonablemente articular una efectiva defensa preventiva de los intereses del trabajador*”. Señalando, al mismo tiempo, que de “*la prescripción corta*” de las faltas imputadas al trabajador afiliado (art 60.2 ET) debe descontarse el tiempo empleado en la evacuación del trámite de audiencia previa al delegado sindical lo que supone una mera suspensión del tiempo y nunca una interrupción.

¹⁴⁷ La STC 30/1992, de 18 de marzo dice que “(…) *no puede sino concluirse que sólo los delegados sindicales son titulares del derecho consagrado en tal disposición, ya que, a quien corresponde prestar audiencia es al sindicato y no al trabajador (...) por lo que nos encontramos ante un derecho de la exclusiva titularidad y disponibilidad del sindicato concerniente*”.

una sanción, conllevaría la nulidad de la misma (art. 115.1.d y 2. de la LJS) además de una posible infracción administrativa (art. 7.7 de la LISOS) pero de tratarse de un despido, este sería calificado de improcedente por defecto de forma (arts55.4 del ET y 108.1 LJS).

2.2.6.5. Derecho de vigilancia.

Este derecho y todos los que siguen en la exposición, los tendrán los delegados sindicales cuando formen parte del comité de empresa con independencia de que muchos de ellos puedan inferirse por la vía aperturista del artículo 10.3.3º de la LOLS. Sin embargo, creo conveniente estudiarlos porque, al fin y al cabo, tanto éstos como los del artículo 10.3 de la LOLS son susceptibles de extrapolarlos, a través de la negociación colectiva, a los delegados internos o portavoces sindicales que, como sabemos, carecen de unos y otros.

Por lo que toca al derecho de vigilancia, podemos desarrollarlo del siguiente modo:

1.- Vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de la empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes (art. 64.7.a) 1º. ET).

Es una obviedad, que ha de estar en vigor tanto la normativa como los contratos, decisiones o costumbres¹⁴⁸ que deban ser salvaguardados por los delegados sindicales como también lo es, que no hay acciones legales ante el empresario a no ser, aunque ya no serían legales sino convencionales, que se establezcan por la negociación colectiva.

Lo que sí podrán hacer los representantes de los trabajadores –es decir, miembros del comité de empresa, delegados de personal y delegados sindicales cuando formen parte de aquél– será apereibir al empresario de los incumplimientos y, de persistir en ello,

¹⁴⁸ Un ejemplo que suele recoger la negociación colectiva estatal de labor de vigilancia de los representantes de los trabajadores es la de controlar la calidad de la docencia y la efectividad de la misma en los centros de formación y capacitación que, en su caso, tuviera la empresa (art 42.1.e del Convenio colectivo nacional de empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos y art 12.2 del Convenio colectivo estatal de Pastas, Papel y Cartón).

llevar el asunto ante los distintos organismos competentes (SPE, TGSS...) pero sobre todo, ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y los órganos jurisdiccionales del Orden Social (arts. 52.1. LISOS y 20.1 y 154.a) y 155 de LJS).

El mismo artículo 65 reconoce al comité de empresa legitimación procesal para ejercer, colegiadamente, es decir por decisión mayoritaria (STC 59/1983, de 6 de julio), acciones administrativas o judiciales en el ámbito de sus competencias. Lo que no supone, no obstante, que la tengan para ejercitar acciones judiciales individuales pues el artículo 20 de la LJS solo se lo permite a los sindicatos para ese tipo de demandas¹⁴⁹.

2.- Vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa (art. 64.7.a).2º ET).

Da la sensación que el legislador quisiera dar más relevancia a la vigilancia en esta materia al añadir a la misma el “control” lo que podría explicarse con lo que indica el artículo 34.1 de la LPRL al decir que los trabajadores –a través de sus representantes¹⁵⁰– tienen derecho a participar en la empresa en las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos laborales y el artículo 36.1 d) del mismo texto al atribuir a los delegados de prevención la labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales. Por lo demás, la inspección y control se extenderá no solo a la normativa sino a las mismas condiciones de seguridad y salud que se den en la realización del trabajo diario lo que nos muestra claramente de que se trata de funciones complementarias de las realizadas por la representación especializada llevada a cabo por los delegados de prevención.

El precepto ordena expresamente que estas competencias se lleven a cabo con las particularidades previstas en el artículo 19 del ET remisión dirigida, además de a la capacidad de apereibir a sus propios compañeros que incumplen las medidas de seguridad e higiene y de comprobar que se les ha dado en esa materia formación teórica y práctica suficiente, al cometido que tienen los delegados cuando aprecien que, por el incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene, se pueda dar un accidente distinguiendo la ley tres supuestos:

¹⁴⁹ Dice el artículo 20.1 de la LJS que *“Los sindicatos podrán actuar en un proceso, en nombre e interés de los trabajadores y de los funcionarios y personal estatutario afiliados a ellos que así lo autoricen, para la defensa de sus derechos individuales, recayendo en dichos afiliados los efectos de aquella actuación”*.

¹⁵⁰ El mismo artículo 34.2 de la LPRL señala que a los comités de empresa, los delegados de personal y los representantes sindicales les corresponde la defensa de los intereses de los trabajadores en materia de prevención de riesgos en el trabajo.

- a) Que los delegados estimen una probabilidad seria y grave de accidente: En ese caso, requerirán al empresario por escrito para que adopte las medidas oportunas que hagan desaparecer el estado de riesgo y si en un plazo de cuatro días la petición no fuera atendida, se dirigirán a la autoridad competente para que exhorte al empresario a adoptar las medidas de seguridad apropiadas o a suspender las actividades. Incluso le puede llegar a ordenar que paralice, inmediatamente la actividad si estima que hay un riesgo grave de accidente (art. 19.5 ET).
- b) Que los delegados consideren que el riesgo de accidente fuera inminente: Entonces, la paralización de las actividades podrá ser acordada por los representantes de los trabajadores, por mayoría de sus miembros. Tal acuerdo podrá ser adoptado por decisión mayoritaria de los delegados de prevención cuando no resulte posible reunir con la urgencia requerida al órgano de representación del personal. Este acuerdo, en todo caso, deberá comunicarse de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual, en 24 horas, anulará o ratificará la paralización acordada (art 19.5 2 párrafo del ET).
- c) Cuando los trabajadores estén o puedan estar expuestos a un riesgo grave e inminente con ocasión de su trabajo, y el empresario no adoptare o no permita la adopción por ellos mismos de las medidas necesarias para garantizar su seguridad y salud, los representantes de los trabajadores podrán, por mayoría de sus miembros, paralizar la actividad debiendo comunicarse de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral la cual, en 24 horas, anulará o ratificará la detención acordada (art. 21.3 LPRL).

3.- Vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

Al respecto debe tener en cuenta el principio de no discriminación que ordena, en desarrollo del artículo 14 de la CE y en relación con el artículo 4.2.c) ET), el artículo 17.1 del ET al señalar que “Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo(...) a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo (...)”. Es por ello, que el TS en

sentencia de 13 de octubre de 2011(Rec. núm. 210/2010) ha admitido el derecho de acceso a información sobre gratificaciones extraordinarias o premios otorgados por una empresa como el Banco de España extendiendo la vigilancia de las gratificaciones “a su reconocimiento, en cuanto al número de beneficiarios, su distribución por grupos y la pertenencia de los mismos a uno u otro sexo”.

Empero, deber recordarse que no toda diferencia jurídica es discriminatoria, sino solo las que no estén justificadas ni sean razonables de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptables (STC 49/1982, de 14 de julio), por lo que la negociación colectiva podrá implantar medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones así como en relación a la clasificación profesional, promoción y formación. Y para ello, se pueden establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación y de acceso al grupo o puesto de trabajo de que se trate de modo que, en igualdad de condiciones de capacidad y aptitud, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate (art. 17.4 ET).

2.2.6.6. Derecho de cogestión.

Este derecho, lo tienen los representantes de los trabajadores en las siguientes materias:

1.- A participar, como se determine por convenio colectivo, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares como economatos laborales, comedores, guarderías o cualquier otra que pudiera crearse siempre, eso sí, que no tenga ánimo de lucro (art. 64.7. b) ET) o que ya posean una regulación propia como las comisiones de control de fondos de pensiones.

Un ejemplo de colaboración lo tenemos en el artículo 12.12 del Convenio colectivo estatal para la Industria de la Fotografía que permite la participación conjunta del comité de empresa o delegados de personal con la dirección de la empresa en el desarrollo de actividades sociales, culturales y recreativas con posibilidad, incluso, de poder tener

conocimiento del estado de las cuentas de los fondos económicos destinados a esas actividades.

2.- Colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, así como la sostenibilidad ambiental de la empresa si así está pactado en los convenios colectivos (art. 64.7.c) ET).

Un supuesto concreto de preservación de la productividad, por lo demás exigible a todo trabajador artículo 5 e) ET, lo encontramos en el artículo 34.8.2 párrafo ET que busca potenciar la compatibilidad de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores con la mejora de la productividad de las empresas a través de la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros medios de organización del tiempo del trabajo o también del lugar como por ejemplo, recurriendo al trabajo a distancia (art. 13 ET).

Es claro que, “en todos los supuestos de implantación de sistemas de productividad o modificación sustancial de los existentes”, debiera ser preciso – “será preceptivo” dice el artículo 12.6 del Convenio colectivo estatal de Pastas, Papel y Cartón – “el informe del Comité de empresa o delegados de personal” o de la sección sindical de empresa correspondiente.

En cuanto a la sostenibilidad ambiental de la empresa, estrechamente ligada a la salubridad e higiene en la misma, la colaboración solo será exigible si está pactada en el convenio colectivo lo que invita a preguntarnos sobre el carácter de derecho-deber de la cogestión pues si es cierto que en principio interesa a los trabajadores, no creo posible su imposición a no ser que esté plasmada en alguna norma como pudiera ser un convenio colectivo.

3.- Colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación (art. 64.7.d) ET).

Con ello, si están bien planteadas, la empresa no solo dará pie a una mayor productividad al repercutir en el bienestar de sus trabajadores y, por tanto, en su compromiso corporativo, sino también su imagen hacia el exterior al mostrar una mayor responsabilidad social a la ciudadanía y, por ende, a sus potenciales clientes.

Pero el papel de los representantes de los trabajadores no se detiene en acordar con el empresario las posibles medidas de conciliación sino además en “su puesta en marcha” lo que supone, por un lado, informar a los trabajadores, con lo que conectamos con el siguiente apartado, y por otro, en remover los obstáculos y poner los medios para que se lleven a efecto como por ejemplo potenciar la flexibilidad horaria y la distribución irregular – o la reducción – de la jornada a instancia del trabajador, acordar la flexibilidad en el disfrute de las vacaciones o la creación y ampliación de permisos y excedencias – tanto retribuidas como no – por cuestiones familiares y personales, la instauración del teletrabajo y de las videoconferencias, el establecimiento de guarderías o, incluso, el apoyo legal, financiero o psicológico a empleados y familiares entre otras.

2.2.6.7. Derecho a informar a sus representados.

Que lo será en todos los temas y cuestiones que les conciernen en cuanto, directa o indirectamente, tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales (art.64.7.e) ET).

En relación a este derecho, es preciso recordar todo lo dicho anteriormente sobre el deber de sigilo a que está obligado el delegado sindical (art. 65.2 ET); el derecho de reserva (art. 65.4 ET) y acerca de la libertad de expresión en confrontación con el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.

Por lo demás, nada se dice sobre el plazo o la periodicidad para informar a los trabajadores por lo que el cumplimiento irregular o el mismo incumplimiento de este derecho-deber del representante, únicamente podrá ser fiscalizado por aquellos llegando, incluso, a poder utilizar el poder de revocación del artículo 67.3 del ET si se trata de delegado de personal o miembros del comité de empresa o mediante el cese del portavoz a través de los procedimientos que establezcan los estatutos sindicales al respecto.

En cuanto al contenido, la información vertida debe ser aquella que, de algún modo, les concierna a los trabajadores o puede tener repercusiones en las relaciones laborales aunque en ningún modo supeditada a los intereses empresariales, pues el empleador

no puede exigir a los representantes que informen a los trabajadores sobre asuntos que a él le interesen (STC 134/1994, de nueve de mayo).

2.2.6.8. Derechos en relación al contrato de trabajo.

Pueden señalarse, a modo de ejemplo, los siguientes:

- ✓ Derecho a recibir una copia básica de todos los contratos que deban celebrarse por escrito, a excepción de los contratos de relación laboral especial de alta dirección en los que solo existe el deber del empresario de notificación (art. 8.4) ET)¹⁵¹.
- ✓ Derecho a que se les notifique los contratos de duración determinada cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos¹⁵²(art. 15.4 ET).
- ✓ Derecho a asistir a los registros que realice la empresa en la persona del trabajador o en sus taquillas o efectos particulares (art. 18 ET).
- ✓ Derecho, cuando el convenio colectivo nada diga, a acordar con la empresa el sistema de clasificación profesional por medio de grupos profesionales (art. 22 ET).
- ✓ Derecho, cuando el convenio colectivo guarde silencio, a acordar el sistema colectivo de ascensos dentro del sistema de clasificación profesional (art 24.1 ET).
- ✓ Derecho a percibir en nombre del trabajador los anticipos que se le entreguen aquel cuando cuente con su autorización (art. 29.1 2º párrafo ET).

¹⁵¹ El artículo 54 del Convenio estatal de la Industria del Calzado obliga a las empresas a poner en conocimiento del sindicato en ellas implantado “por conducto del comité de empresa, delegado/delegada de personal o secciones sindicales” de todos los contratos de trabajo antes de su firma y siempre será necesario el “visado del comité o delegados/delegadas de personal en los documentos que dan por finalizada la relación laboral”.

¹⁵² El artículo 8.2 del ET dice que “Deberán constar por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal y, en todo caso, los de prácticas y para la formación y el aprendizaje, los contratos a tiempo parcial, fijos discontinuos y de relevo, los contratos de trabajo a domicilio, los contratos para la realización de una obra o servicio determinado, los de los trabajadores que trabajen a distancia y los contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero. Igualmente constarán por escrito los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas (...)”. Por lo tanto, tendrán que ser notificados a los representantes de los trabajadores, por no necesitar forma escrita, los contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos cuya duración sea inferior a cuatro semanas. En cuanto al contrato de interinidad, el artículo 6.1 del RD 2720/1998 exige la forma escrita en todo caso.

- ✓ Derecho, cuando el convenio colectivo no se pronuncie, a acordar con la empresa el modelo de recibo de salarios (art. 29.1 3º párrafo ET).
- ✓ Derecho a solicitar de la empresa, en cualquier momento, comunicaciones de la parte de los libros referentes a los devengos de los negocios que hubiese intervenido el trabajador (art. 29.2 ET).
- ✓ Derecho a ser informado cuando la empresa realice el pago del salario o el pago delegado de las prestaciones de la Seguridad Social mediante talón u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito (art. 29.4 ET).
- ✓ Derecho a fijar con la empresa la fecha de la gratificación extraordinaria no coincidente con la Navidad si convenio colectivo no lo ha hecho (art. 31 ET).
- ✓ Finalmente, cuando la negociación colectiva nada diga, derecho a acordar con la empresa la distribución irregular de la jornada a lo largo del año así como la de trabajo diario (art. 34.2 y 3 ET).

2.2.6.9. Deber de sigilo.

En todos los derechos de los representantes de los trabajadores que hemos visto hasta ahora y que supongan manejar conocimiento o noticias dadas por la empresa, debe darse un mínimo común denominador que juega como la otra cara de la moneda, a saber: el deber de sigilo. En efecto, tanto cuando se tenga acceso a la información y documentación que la empresa ponga a disposición de los delegados sindicales, como cuando asistan a las reuniones con la empresa, por ejemplo en materia de seguridad e higiene o, en las consultas previas a las medidas de carácter colectivo que se adopten en la misma, entre otras, aquellos estarán obligados a guardar sigilo profesional en aquellas materias que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado (arts. 10.3.1º LOLS y 65.2 ET). Sobre este deber de confidencialidad debe precisarse lo siguiente:

1.- La valoración del carácter reservado no puede detenerse en la mera apreciación subjetiva, sino que debe ir más allá, al tener que mostrar un legítimo y

objetivo interés de la empresa. Ello quiere decir, que la obligación de sigilo no puede depender de la mera voluntad del empresario sino que será preciso que desde un punto de vista objetivo la materia tenga efectivamente carácter confidencial (STC 213/2002, de 11 de noviembre). Y es que, esta obligación supone un límite a los derechos de expresión y de transmisión de información de los representantes a sus representados (arts. 64.7 e) y 68.d) del ET y 8.1.b) de la LOLS) que, por lo tanto, deberá tener siempre un interpretación restrictiva por afectar a derechos fundamentales (art. 20.1.a) y 20.1. b) de la CE)¹⁵³. Lo contrario, impediría el desenvolvimiento de la labor de representación a sus representados y de información a su sindicato de noticias de interés laboral y sindical (STC 213/2002, de 11 de noviembre).

2.- Además, la empresa ha tenido que mostrarla expresamente como reservada sin que quepan elucubraciones de lo que deba ser o no secreto y ello no es óbice a que cualquier documento o información entregado por la empresa a los representantes sindicales, no pueda ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquella ni para fines distintos de los que motivaron su entrega (art. 65.3.1º. párrafo ET) y a que, excepcionalmente, la empresa no esté obligada a comunicar específicas informaciones relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera –siempre según criterios objetivos– obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica aunque nunca se podrá argüir esta excepción cuando los datos tengan relación con el volumen de empleo en la empresa (art. 65.4 ET)¹⁵⁴.

¹⁵³ El artículo 20.1 letras a y d de la CE dice que “*Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. (...) d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (...)*” Al respecto de la libertad de expresión el TC ha dejado dicho que *el enjuiciamiento de los comportamientos debe someterse a los cánones propios de los derechos de información (art. 20.1. d) CE) y de libertad de expresión (art.20.1.a) CE), es decir, de un lado, al requisito de la transmisión de información “veraz” (...) y, de otro, a la exigencia de que la expresión de opiniones no se haya realizado a través de apelativos formalmente injuriosos e innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se lleva a cabo (STC 198/2004, de 15 de noviembre). Además cuando la libertad de información y expresión sea una manifestación de la representación sindical en el seno de una relación de trabajo, su ejercicio estará también sujeto” al límite adicional de la buena fe o de la especial confianza recíproca entre el trabajador y el empresario inherente al vínculo contractual que les une” (STC 213/2002).*

¹⁵⁴ La Directiva 2002/14/CE, antes mencionada en su consideración general nº 26 dice que “*El empresario debe tener la posibilidad de no informar ni consultar cuando ello pueda ocasionar un perjuicio grave a la empresa o centro de trabajo o cuando deba cumplir de inmediato una orden dictada por un órgano de control o de supervisión*”. Y en esta línea, el artículo 412º, nº3 del Código de Trabajo portugués indica que el empresario no está obligado a informar ni a consultar si ello fuera “*susceptible de perjudicar o afectar gravemente el funcionamiento de la empresa*”. Y para evitar la arbitrariedad, el mismo código establece la necesidad de fundamentación escrita atendiendo a razones objetivas en caso de negar la información o de exigir la confidencialidad de los representantes de los trabajadores (art 413º, nº 1).

En todo caso, si existieren dudas sobre el carácter indisponible o no de la información, o de admitir o no la excepcionalidad a su entrega, los representantes sindicales podrán impugnar las decisiones de la empresa a través del proceso de conflictos colectivos del artículo 153.3 de la LJS (art. 65.5 1º párrafo ET).

Este deber de sigilo persistirá incluso tras la expiración del nombramiento del delegado sindical y con independencia de que continúe en la empresa o haya cesado en la misma (art. 65.3.2º. párrafo ET)¹⁵⁵, siendo en el proceso de conflicto colectivo en el que deba dirimirse el incumplimiento del deber de sigilo (art 65.5 2º párrafo ET).

2.2.7. Facilidades y garantías.

Junto a los anteriores derechos, los representantes sindicales –y también los unitarios– gozan de una serie de facilidades y garantías que traen su origen en el Convenio núm. 35 de la OIT relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en las empresas¹⁵⁶. Desde el lado empresarial, ello supone, como indica Luján (2003, p.219), un doble mandato: a) por un lado un conjunto de deberes que limitan la libertad empresarial y que tienen como cometido proteger el ejercicio de las funciones representativas (garantías), y b) por otro lado, una serie de obligaciones de contenido prestaciones encaminadas a allanar el desarrollo de las mismas funciones representativas (prerrogativas o facilidades). Ambas, según la doctrina del TC forman parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical (STC 132/2000, de 16 de mayo) y ambas, por ese motivo, son susceptibles de mejora por la negociación colectiva pero no de restricción.

¹⁵⁵ El artículo 12.4 del Convenio Colectivo estatal para la Industria Fotográfica establece que “*Los miembros del Comité de Empresa, y este en su conjunto, observarán sigilo profesional en todo lo referente a los artículos 12.1 y 12.2 – relativos a los derechos de información -, aún después de dejar de pertenecer al Comité de Empresa (...)*”.

¹⁵⁶ Según su artículo 1º, los representantes de los trabajadores en las empresa tendrán derecho “*a gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical*”, y con arreglo al artículo 2º, tendrán también derecho a “*disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones*”.

De los artículos 68 del ET y 10.3 de la LOLS se puede entender que los delegados sindicales, formen parte o no del comité de empresa¹⁵⁷, tendrán las mismas garantías – y las mismas facilidades– que las establecidas legalmente–y entiendo que las establecidas convencionalmente (STCT de 4 de junio de 1986 y STS de 15 de enero de 1995¹⁵⁸) – que los miembros de los comités de empresa.

2.2.7.1. Garantías de actuación.

Pueden señalarse las siguientes¹⁵⁹:

a) Derecho a la apertura de un expediente contradictorio.

En el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, a un representante de los trabajadores, deberá aperturarse un expediente contradictorio en el que tienen que ser oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal (art. 68.a ET)¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Si formaren parte del comité de empresa, es opinión mayoritaria que no cabe la duplicidad como ya vimos en relación a los derechos, por lo que si en un mismo trabajador recae el puesto de delegado sindical y de miembro del comité de empresa, únicamente podrá gozar de las facilidades, derechos y garantías que a una y otra figura se reconocen en las leyes como si dispusiera de un solo título (STSJ Andalucía de 28-10-2003).

¹⁵⁸ Por el contrario, la SAN de 26 de abril de 1990 se ha manifestado en contra al sostener una interpretación literal del artículo 10.3 LOLS que tan solo equipara las garantías “establecidas legalmente” (Pérez de los Cobos et al., 2010, p. 587).

¹⁵⁹ La Recomendación de la OIT número 143 expone como tales las siguientes (6.2): “a) definición detallada y precisa de los motivos que pueden justificar la terminación de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores; b) exigencia de consulta, dictamen o acuerdo de un organismo independiente, público o privado, o de un organismo paritario antes de que el despido de un representante sea efectivo; c) procedimiento especial de recurso accesible a los representantes de los trabajadores que consideren que se ha puesto fin injustamente a su relación de trabajo o que sus condiciones de empleo han sido modificadas desfavorablemente, o que han sido objeto de trato injusto; d) por lo que se refiere a la terminación injustificada de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores, el establecimiento de una reparación eficaz que comprenda, a menos que ello sea contrario a los principios fundamentales de derecho del país interesado, la reintegración de dichos representantes en su puesto, con el pago de los salarios no cobrados y el mantenimiento de sus derechos adquiridos; e) imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado; f) reconocer la prioridad que ha de darse a los representantes de los trabajadores respecto de su continuidad en el empleo en caso de reducción del personal”.

¹⁶⁰ Es interesante señalar que en el Derecho alemán el despido disciplinario –cuando hay incumplimiento grave y culpable del trabajador– que afecte a un representante de los trabajadores, precisa de la conformidad, y no solo de la audiencia, del comité de empresa y de no darse, el empresario deberá instarlo a la autoridad judicial para que se lleve a cabo el cual solo lo aceptará si entiende que el despido está justificado de manera clara (parágrafo 103 de la Ley de la Constitución de la Empresa).

A través de esta garantía formal¹⁶¹, el delegado sindical puede ejercer mejor su defensa, al asegurarse ser oído, ante el poder disciplinario del empresario y ello, con independencia de la naturaleza de los hechos a sancionar y de su vinculación o no con el ejercicio de funciones representativas (Luján, 2003, p. 261; Sala, 2013, p. 144 y STS de 18 de febrero de 1997, Rec. núm. 1868/1996).

Ahora bien, en el caso de que el delegado sindical no forme parte del comité de empresa, no obstante, quienes deberán ser oídos, además del expedientado, serán los restantes miembros de la representación –sus compañeros delegados sindicales del sindicato a que pertenezca, si los hubiese en el centro de trabajo¹⁶²– al menos en caso de despido (art. 55.1 ET) y no el resto de miembros del comité. Y si, al tiempo, fuera miembro del comité de empresa, como no se acepta la duplicidad de derechos como ya vimos, se tendría que dar preferencia, según Agut (2006, p. 53) a este órgano sobre la sección sindical ya que el artículo 10.3 de la LOLS habla de las mismas garantías que las establecidas para los miembros del comité de empresa “en el supuesto de que no formen parte “de dicho órgano. Sin embargo, entiendo que, por ser figura de naturaleza híbrida, debieran ser oídos tanto el comité de empresa como la sección sindical pues piénsese, por ejemplo, que la sanción tuviera relación con la labor de representante de la sección sindical (distribuir información del sindicato, recaudar cuotas etc.) donde la audiencia al comité sería inapropiada. O al contrario, que tuviese que ver con acciones del comité de empresa como, por ejemplo, la interposición de una acción administrativa o judicial donde la recepción del órgano unitario sería más provechosa que la de la sección sindical. En todo caso, la duplicidad no se traduciría en coste alguno para el empresario si entendemos que no es una carga, sino todo lo contrario, el escuchar a quiénes tengan algo que decir sobre cualquier asunto¹⁶³.

¹⁶¹ Para el Tribunal Supremo el expediente contradictorio “*significa que debe hacerse saber a quién se pretende sancionar con claridad los hechos y las faltas que se le imputan, dándole audiencia y otorgando la posibilidad de desvirtuarlos en el mismo expediente*” (STS de 30 de septiembre de 1982, Ar 5318).

¹⁶² Agut (2006, p.52) sostiene que la naturaleza del delegado sindical comporta su vinculación a una única sección sindical, por lo que la audiencia corresponde sólo a los restantes delegados sindicales del mismo sindicato y no a otros de diferentes sindicatos que pudiese haber en el mismo centro de trabajo. Igualmente, dado que el criterio de la LOLS para la atribución de derechos a los delegados sindicales es el centro de trabajo, quedarían excluidos aquellos que aun siendo del mismo sindicato y empresa, estuvieran prestando servicios en otros centros de trabajo.

¹⁶³ Sáez (1992, p. 330), apoyándose en la STS de 21 de julio de 1987 (Roj STS 5328/1987), sostiene que, en todo caso, al trámite de audiencia al comité de empresa ha de sumarse la de los restantes delegados sindicales y de no haberlos a la sección sindical correspondiente.

Un ejemplo de la postura defendida, lo encontramos en el Convenio general de la Industria Química que en su artículo 76 a la hora de tratar el expediente contradictorio exige que el pliego de cargos se notifique además de al representante que vaya a ser investigado, a los restantes miembros de la representación de los trabajadores y al delegado sindical del sindicato al que perteneciera los cuales deberán ser oídos, pudiendo aportar cuantas alegaciones

En cuanto a las reglas que rijan el expediente debe estarse, en primer lugar, a lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable (STS de 28 de septiembre de 1983) pero en todo caso deberán darse los principios de audiencia y contradicción (STS de 20 de enero de 1991, Ar 1880), por lo tanto, el representante deberá tener conocimiento de la apertura del expediente, cargos que se le imputan y posibilidad de exponer su defensa tanto por sí mismo como a través del comité de empresa y/o delegados sindicales de la sección sindical a la que pertenezca y todo ello, ante el silencio de la norma, en un plazo razonable habiendo entendido el Tribunal Supremo que lo es el de tres días hábiles o cinco inhábiles para la formulación del pliego de descargos por parte del interesado¹⁶⁴ (STS de 9 de abril de 1990, Roj STS 3209/1990) y de quince naturales para todo el expediente (STS de 3 de diciembre de 1983). Lo que no será necesario, es la presencia de instructor o de secretario en el expediente (STS de 30 de octubre de 1980, Ar/7102) ni, por tanto, reviste carácter esencial un trámite de recusaciones de las personas que intervienen en el expediente. Tampoco es ineludible que se abra período de prueba (STS de 22 enero de 1991, Roj STS 244/1991), aunque si se aportan pruebas por el interesado deben ser, en todo caso, practicadas¹⁶⁵ o, al menos, debe haber acuerdo sobre ellas para que el expediente resulte bien instruido (STS de 13 de noviembre de 1984).

El expediente, cuya iniciación interrumpe los plazos de prescripción (STS de 27 de octubre de 1986, Ar/5909), debe ser aportado al juicio por el empresario demandado tanto en los procesos por despido disciplinario (art. 106.2 LJS) como en los procesos de impugnación de sanciones (art. 114.2 LJS) siendo su valor probatorio el de la prueba documental a apreciar por los Tribunales de acuerdo con sus circunstancias y en relación con el resto de los elementos de convicción obrantes en el proceso (Sala, 2013, p. 147 y STS de 19 de mayo de 1986, Ar/2575), si bien, varía la consecuencia de su omisión o irregularidad pues en el primer caso, el despido sería improcedente (art. 108.1 LJS) salvo que el mismo tenga como móvil motivos antisindicales o discriminatorios que sería nulo (art. 108.2 LJS) y en el segundo, la sanción sería directamente nula (art. 115.1 d y 115.2 de la LJS).

y pruebas estimen pertinentes, en la fase de investigación por el instructor nombrado por la dirección de la empresa que, finalmente, les tendrá que comunicar los resultados de la misma.

¹⁶⁴ Tampoco existe plazo para que el resto de representantes emitan su informe que, en todo caso, no es preceptivo y menos aún vinculante para el empresario (STS de 16 de octubre de 1991, Roj STS 5434/1991).

¹⁶⁵ La STS de 18 de julio de 1989 nos dice que entre *“los requisitos esenciales que condicionan (la validez del expediente) que se practique, de ser posible, la prueba que (el expedientado) proponga”* (Luján, 2003, p.262).

Si hemos entendido bien al legislador, la nulidad se produce solo, además de cuando hay discriminación o violación de derechos fundamentales, cuando no se ha dado la previa audiencia de los restantes integrantes de la representación a que el trabajador perteneciera pero sí que se ha llevado a cabo el expediente contradictorio. Pero si se ha evitado éste en su totalidad –paradójico–y estamos ante un despido disciplinario –que es la sanción más grave que puede imponerse–la consecuencia es la improcedencia del mismo, es decir una consecuencia de menor intensidad a un hecho más trascendente. No obstante, la antinomia podría sortearse, aunque no muy airosamente, al caer en el hecho de que, a diferencia de los demás trabajadores, el delegado sindical puede elegir la reincorporación a la empresa cuando el despido es declarado improcedente (arts. 55.4 ET y 110.2 LJS) lo que a la postre, supone que el resultado llega a ser el mismo que la nulidad con un añadido: la opción del representante de abandonar la empresa con la indemnización correspondiente.

El expediente podrá terminar con sobreseimiento o mediante la imposición al delegado de la sanción que corresponda que no tendrá que ser comunicada a la representación de que se trate (Luján, 2003, p. 263 y STSJ Galicia de 25 junio de 1998, Rec. núm. 2454/1998), salvo, claro está, que se imponga sanción por falta muy grave que deberá ser comunicada al comité de empresa (art. 64.4 c) ET).

Decir finalmente, que la garantía se extiende desde que el delegado es designado por la sección sindical y, al tiempo, se le comunica a la empresa la misma pues su desconocimiento le exonera de llevarlo a cabo¹⁶⁶ y dura mientras la mantenga, incluso en los casos de movilidad geográfica (Luján, 2003, p. 264 y STSJ Castilla la Mancha de 27 de mayo de 1999) y hasta el año siguiente a la expiración de su cargo por coherencia con el artículo 68.c) del ET).

¹⁶⁶ Si se tratara de delegado sindical perteneciente al comité de empresa, el Tribunal Supremo tiene dicho que no cabe alegar por la empresa ignorancia de la condición de delegado porque según el artículo 75 del ET, una copia del acta de la elección debe remitirse al empresario (STS de 2 de octubre de 1986, Roj 12116/1986). Es más, incluso se retrotraería al período electoral por el mero hecho de ser candidato (STS de 18 de febrero de 1997, Roj 1868/1996 y STC 38/1981, de 23 de noviembre y STC 44/2001, de 12 de febrero) postura esta última, descartada por las STS de 14 de octubre de 1986, Roj 13300/1986 cuando no formara parte del órgano unitario.

b) Derecho de prioridad de permanencia

Esta prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo se dará respecto de los demás trabajadores y en los supuestos de suspensión o extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 68. b) y 51.5 ET) así como en caso de fuerza mayor (art. 51.7 ET) o de movilidad geográfica a iniciativa del empresario (40.5 ET).

Entiendo que a los casos de suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción¹⁶⁷, habría que sumarle los de reducción de jornada por los mismos motivos (art. 47.2 ET) pues en ambas situaciones la elección por parte del empresario del trabajador afectado puede suponer restricciones a su representación máxime cuando la reducción de jornada de entre un 10 y un 70 por ciento puede computarse no solamente sobre la base de una jornada diaria que permitiría al delegado estar presente cada día en el centro de trabajo, sino también semanal, mensual o anual (art. 47.2 ET) que la asimilaría a una suspensión. Igualmente, por el mismo motivo, debe extenderse a los casos de fuerza mayor además de que el artículo 51.5 ET contempla la garantía en “los supuestos a que se refiere este artículo” y por tanto, a los de fuerza mayor (art. 51.7 ET).

En relación a las extinciones, la prioridad de permanencia actuará tanto en los despidos colectivos como en los individuales por no superar los umbrales del artículo 51.1 del ET¹⁶⁸ pues así lo indica el artículo 52.c) y en la movilidad geográfica, tanto a los traslados –individuales como colectivos– como a los desplazamientos (art. 40.5 ET).

¹⁶⁷ Con arreglo al artículo 51.1 del ET “*Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres (dos trimestres en caso de suspensión art 47.1 ET) consecutivos, el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.*

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.

¹⁶⁸ Para el ET habrá despido colectivo cuando “*la extinción afecte al menos a*

- a. *Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.*
- b. *El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.*
- c. *Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores”.*(art 51.1 ET)

Sobre esta garantía la jurisprudencia se ha venido pronunciando de la siguiente manera:

- * La garantía de preferencia se limita a los supuestos indicados y no a otros como, por ejemplo cuando la extinción del contrato se debe a la expiración del tiempo convenido o a la realización de la obra o servicio (STS 17 de febrero de 1990, Roj STS 17225/1990).
- * La garantía no puede actuar cuando desaparecen todos los puestos de trabajo, pues entonces no hay una alternativa de selección (STS de 30 de noviembre de 2005, Rec. núm. 1439/2004).
- * Tampoco cabe entenderla respecto de la totalidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, sino tan solo de los que estén afectados por las suspensiones o extinciones dentro de los grupos profesionales a que pertenezcan los representantes (STSJ de Madrid de 30 de enero de 1990). Si bien, ello no quita que la prioridad de permanencia puede ir más allá del específico centro de trabajo en el que se halla el representante y se aplique por correlación a toda la empresa aunque esa medida suponga el sacrificio de trabajadores de otros centros inicialmente no incluidos en la medida empresarial pues ello va implícito en la efectividad de la garantía (STS de 30 de noviembre de 2005, Rec. núm. 1439/2004).¹⁶⁹
- * La prioridad se extiende al año inmediatamente siguiente al de la expiración del mandato siempre eso sí que la pérdida sea por mero transcurso del tiempo pero no cuando devienen otras causas como la revocación, o la dimisión (STSJ de Cataluña de 4 de enero de 2000).
- * El derecho de preferencia no regirá, en todo caso, en los traslados o desplazamientos que no supongan cambio de residencia (STSJ de Cantabria de 10 de noviembre de 1992, Tol 232561) a no ser, claro está, que ello suponga una

¹⁶⁹ Entiendo que si el fundamento de esta garantía es “*impedir la extinción de las relaciones representativas que se desarrollan en la empresa por la desconexión del representante del centro de trabajo donde presta servicios*” (Sáez, 1992, p. 313), el ámbito subjetivo de la misma debe ser, en todo caso, la del colegio electoral del que surge elegido el representante si se trata de delegados que sean miembros del comité o el de la esfera de actuación de la sección sindical en otro caso jugando como parámetros móviles el grupo profesional y el centro de trabajo del delegado sindical.

conducta antisindical, pero, entonces estaríamos hablando de la garantía general a no ser discriminado debido a su cargo representativo.

- * En ningún caso, cabrá la renuncia de la garantía por parte del representante en beneficio de otros trabajadores, pues no se trata de un privilegio sino de un patrimonio del propio órgano de representación para cumplir sus cometidos de los que no puede hacer dejación (STC 191/1996, de 26 de diciembre).
- * Tampoco es aceptable extrapolar la prioridad a los supuestos de transmisiones de empresas cuando el nuevo empresario se subroga en la posición del anterior en relación a una parte del negocio y plantilla ya que, al tratarse de un privilegio, debe interpretarse restrictivamente sin que pueda alcanzar a supuestos no contemplados por el artículo 68 (STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 1997, AS 3929), si bien, como apunta Ojeda (2014, p. 218), subsiste la prohibición de discriminar por motivos sindicales (art. 12 LOLS).
- * La decisión de la empresa de no respetar la prioridad de permanencia del delegado sindical conllevará la nulidad de la medida por transgresión del derecho de libertad sindical (STSJ Castilla y León/Burgos de 8 de marzo de 1996).

c) Derecho a no ser despedido ni sancionado por consecuencia o motivo del ejercicio de sus funciones.

Aunque solamente mientras dure el tiempo de su representación así como el año siguiente a la expiración de su mandato, salvo que ésta se produzca por revocación o dimisión (art. 68.c) primer inciso ET).

Esta protección no es más que una especificación de la regla general de indemnidad sindical que establece el artículo 12 de la LOLS que deja nulos y sin efecto cualquier tipo de represalia por motivo del desempeño de actividades sindicales¹⁷⁰. Por lo tanto,

¹⁷⁰ La STS de 14 de marzo de 1988, Rec.1796/1988 considera actividad sindical a efectos de tutela frente actos discriminatorios, la actividad de representación. Por lo demás, a la nulidad se podría llegar por otros derroteros como son el artículo 17.1 y 55.5 del ET o el artículo 108 de la LJS que dice que “*será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*”, habiendo establecido el Tribunal Constitucional para todos estos supuestos una presunción iuris tantum de actividad discriminatoria que obliga al empresario a probar la existencia de razones que la excluyan (Sáez, 1992, p. 302 y STC de 23 de noviembre de 1981).

Es por ello, que esta garantía se debe extender a todo afiliado, y no solo al representante, al que se pretenda despedir por motivo de sus actividades sindicales siempre, eso sí, que las hubiese llevado a cabo fuera de las horas de trabajo “*o dentro de ella si así lo ha previsto un pacto con el empresario o lo ha autorizado el mismo*” (Section 152 (2))

podría haberse obviado pues, como indica Tomás Sala (Alfonso et al., 2012, p. 600), el ejercicio de las funciones sindicales no se establece en ningún caso como causa de despido o de sanción disciplinaria¹⁷¹. Claro es, que si el representante, aun en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, incumple sus obligaciones contractuales¹⁷², no estará resguardado por la garantía, por eso el artículo 68.c) ET dice que ello “sin perjuicio (...) de lo establecido en el artículo 54” referido al despido disciplinario pero que debemos entender extensible, si queremos ser consecuentes, a todo tipo de sanción y no solo al despido. En suma, que el delegado no podrá ser despedido o sancionado si lo que impulsa la decisión empresarial es su condición o actuación legítima como representante (Alfonso et al., 2012, p. 601). Lo que la ley impide, en definitiva, es un despido o sanción disciplinaria por motivos discriminatorios, es decir, por ser el sancionado un representantes de los trabajadores (Sala, 2013, p.143)¹⁷³.

La salvaguarda durará todo el tiempo que persista la representación y durante el año siguiente a la expiración de su mandato lo que parece ilógico, al menos, más allá de la prescripción larga de los seis meses del artículo 60.2 del ET a no ser, que el sentido de

Trade Unions Relations Act de 1992)y, en todo caso, sin perturbar el normal funcionamiento de la actividad empresarial.

¹⁷¹ Es por ello, que son muchos los convenios estatales que establecen como garantías de los representantes de los trabajadores “*el no poder ser despedido o sancionado durante el ejercicio de sus funciones, ni dentro del año siguiente a su cese, salvo que éste se produzca por revocación o dimisión, y siempre que el despido o la sanción se basen en la actuación del trabajador en el ejercicio legal de su representación.*”

Y si el despido o cualquier otra sanción por supuestas faltas graves o muy graves, obedeciera a otras causas, deberá tramitarse un expediente contradictorio, en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal, y el delegado del sindicato al que pertenezcan, en el supuesto de que se hallara reconocido como tal en la empresa” (art. 76 Convenio general de la Industria Química y artículo 12.17 del Convenio colectivo estatal de Pastas, Papel y Cartón.).

¹⁷² Y es que, la condición de delegado no puede utilizarse para buscar la impunidad frente al poder disciplinario de la empresa (STS de 20 de febrero de 1990, Rec.500/1987). Ahora bien, tampoco “*la condición de representante de los trabajadores (...) puede convertirse en un elemento agravante de los incumplimientos contractuales frente a la empresa* (STS de 14 de mayo de 1990, Roj 3722/1990).

¹⁷³ Como señalan Durán y Sáez (2006, p. 13 de 23), ese status jurídico resulta sensiblemente inferior al régimen protector que la ley dispensa a la trabajadora embarazada, a los trabajadores que ejerciten los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral y a las trabajadoras víctimas de violencia de género – a las que hay que sumar las víctimas de terrorismo – por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral (art 55.5.b) ET) ya que, en ningún caso, podrá despedírseles precedentemente por motivo del ejercicio de los derechos tutelados cosa que sí podrá ocurrir con el representante de los trabajadores con ocasión del desarrollo de su actividad representativa. Sin embargo, no creo que haya una mayor salvaguarda de aquellos colectivos en relación al representante pues en cualquiera de los casos, lo que se protege es el ejercicio ajustado a la ley de los derechos que se tutelan sea el de suspensión de la relación laboral por motivo del embarazo, de ausencia del trabajo por lactancia, la movilidad geográfica en la víctima de violencia de género, o la libertad de distribuir información sindical del delegado a los trabajadores. (Piénsese, por ejemplo, en la embarazada que, haciendo caso omiso a los resultados de la evaluación de riesgos que revelan un riesgo para la seguridad o salud que pueda repercutir en el feto se niegue, tras verificarse que no se puede adaptar su puesto de trabajo, a desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado (art 26 LPRL) o en el padre o madre que, en caso de nacimiento de hijos prematuros, se ausente más de una hora para el cuidado de su hijo sin haberlo acordado con el empresario (art 37.4 bis ET).

ese año de alargamiento se busque, como indica Luján (2003, p. 269), en el derecho de opción en los casos de despido improcedente que regula el artículo 56.4 como veremos más adelante. En todo caso, ese año de gracia no contempla los supuestos de revocación o dimisión del representante, lo que no encuentra justificación alguna, pues lo que se protege son las acciones legítimas del delegado con independencia de cómo cesa en su mandato¹⁷⁴ máxime cuando se trata del delegado sindical que comúnmente finaliza su representación por destitución (Luján, 2003, p. 270) si bien, la STC 229/2002, de 9 de diciembre ya ha dejado claro que la revocación y la destitución son procedimientos extintivos del mandato radicalmente distintos¹⁷⁵. De todas las maneras, esa frontera temporal de un año es fácilmente rebasable pues, como ya se apuntó, aunque dejara de actuar la prescripción larga después de los seis meses, cualquier discriminación, por motivo de la actuación legítima del delegado, posterior a ese plazo, sería igualmente ilícita.

Por lo demás, la prohibición de discriminación empresarial en materia de sanciones y despidos alcanza también a los candidatos a elecciones antes de su elección (STC de 23 de noviembre de 1981) e, incluso, a los suplentes de los representantes elegidos pues “resultó elegido para una representación que, en cualquier momento, podría hacerse efectiva” (STS de 13 de mayo de 1988, Ar /4980) pero únicamente, respecto a estos últimos, durante el proceso electoral (STS de 14 de febrero de 1997, Ar/1348). Todavía más, la STS de 2 de junio de 1986, Ar/3434, extendió la garantía al trabajador que “de hecho y a ciencia y paciencia de la empresa actuó como delegado” (Sala, 2103, p. 144). En mayor medida la protección alcanzará al representante elegido en elecciones sindicales cuyos resultados no han sido registrados (STSJ de Murcia de 9 de octubre de 1996, Rec. núm. núm.966/1996) siempre, eso sí, que las elecciones no hayan sido fraudulentas (STSJ de Castilla- La Mancha de 6 de junio de 2003, Rec. núm. núm.1783/2002) o no se haya probado su designación (STS de 19 de abril de 1983) o se hubiesen realizado cumpliendo todas las previsiones legales como la remisión de actas, la convocatoria previa de elecciones, o la proclamación de candidatos (STS de 25 de abril de 1983).

¹⁷⁴ La STS de 14 de marzo de 1990, Roj 17621/1990 considera discriminatorio el despido de los representantes revocados de su cargo.

¹⁷⁵ El TC viene a decir que, salvo que los estatutos del sindicato expresamente contemplen un plazo de duración del mandato, la destitución es el medio usual de poner fin a la representación, y por ello, la destitución del delegado sindical no puede asimilarse a la revocación del representante unitario cuando lo que se proponga es negar la garantía frente a despidos o sanciones durante el año siguiente a la expiración del mandato al primero.

d) Derecho de opción.

El representante puede optar, en todo caso, entre la indemnización o la readmisión en el caso de despido improcedente declarado judicialmente (art. 56.4 ET y 110.2 LJS).

Esta garantía, de corte preventivo (Luján, 2003, p. 271), cumple “en la práctica un objetivo instrumental respecto a la inmunidad relativa” (STS de 15 de mayo de 1990, Roj STS 3757/1990), al imposibilitar que el delegado pueda ser expulsado de la empresa y, por tanto, apartado de su representación por motivo de un incumplimiento no acreditado por aquella que desembocará en la improcedencia. Se trata, por tanto, de dar cobertura a la inmunidad del artículo 68.c) del ET para los casos que no quede probado que el despido tuviese un móvil discriminatorio, que ya sabemos conduciría a la nulidad de la decisión y, en consecuencia, a la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir (art. 113 LJS), pero sí que la causa alegada por la empresa es injustificada¹⁷⁶.

Debido a la conexión funcional que la jurisprudencia ha observado entre los artículos 56.4 y 68.c), no ha dudado en extender temporalmente el derecho de opción tanto hacia delante protegiendo al delegado hasta el año siguiente a la terminación del mandato (STS de 20 de marzo de 1997, Rec. núm. 4206/1996) como hacia atrás, amparando a los candidatos (STS de 22 de diciembre de 1989, Roj 11360/1989) pero no a los suplentes (STS de 22 de febrero de 1990, Rec. núm. 725/1988).

Por lo demás, la jurisprudencia ha venido estableciendo, en relación a este derecho de opción la siguiente doctrina (Sala, 2013, p. 147):

- * Será, en todo caso, nula la renuncia anticipada por parte del delegado de esta facultad de opción en los despidos improcedentes (STS de 26 de julio de 1988, Ar/6235).

¹⁷⁶ Dice el artículo 282.1 de la LJS que “*La sentencia será ejecutada en sus propios términos cuando: a) el trabajador despedido fuera delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical y, declarada la improcedencia del despido, optare por la readmisión; b) declare la nulidad del despido*”.

Y si el empresario no readmite al delegado o lo hace en condiciones distintas a las que regían antes de producirse el despido el juez de lo social ordenará: a) que el trabajador continúe percibiendo su salario con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en la sentencia, con los incrementos que por vía de convenio colectivo o mediante norma estatal se produzca hasta la fecha de la readmisión en debida forma”; b) que el trabajador continúe en alta y con cotización en la Seguridad Social y c) que continúe desarrollando las funciones y actividades propias de su representación (art 284 LJS).

- * La atribución de la opción al delegado actuará siempre que el despido haya sido declarado improcedente, con independencia de la causa que haya llevado a esta calificación judicial de la extinción del contrato de trabajo (STS de 23 de mayo de 1995, Ar/5897).
- * Para poder ejercer esa facultad de opción, sin embargo, el trabajador ha de ostentar la condición de representante en el momento del despido (STS de 20 de junio de 2000, Ar 7172) salvo las extensiones temporales a los candidatos y a los delegados despedidos en el año siguiente a la finalización de su mandato¹⁷⁷ como ya vimos.
- * No tiene relevancia alguna el tipo de contrato de trabajo que tenga el delegado para que pueda ejercer este derecho y ello, aunque el convenio colectivo generalice esta facultad a todos los trabajadores fijos despedidos improcedentemente (STS de 14 de octubre de 1997, Ar/7303).

e) Derecho a no ser discriminado.

El representante o delegado no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional por motivo del desempeño de su representación (art. 68. c) in fine ET).

Esta garantía de “indemnidad retributiva”¹⁷⁸, viene a suponer que el delegado sindical debe percibir la misma remuneración que si estuviera en activo o prestando trabajo efectivo, pues de otra manera, el cargo representativo supondría un menoscabo o incluso un castigo y, por consiguiente, se estaría conculcando el derecho de libertad sindical (Luján, 2003, p. 273) al ahuyentar a los trabajadores de esa responsabilidad o ser “desalentador del ejercicio del derecho a la actividad sindical”(STC 70/2000 de 13 de marzo). Se trata, pues, de asegurar la paridad de trato en materia retributiva entre representantes y representados (STC 95/1996, de 29 de mayo) que se extiende no solo frente al resto de compañeros, sino también en relación con otros representantes de los trabajadores afiliados a otros sindicatos (STC 74/1998 de 31 de marzo).

¹⁷⁷ No obstante, la garantía se perderá irremisiblemente cuando el cese del mandato representativo se haya producido por dimisión o revocación (STS 26 de diciembre de 1990, Ar/9838).

¹⁷⁸“(…) dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el artículo 28.1 CE se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica de la empresa. Se trata de una **“garantía de indemnidad”** que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores” (STC 92/2005, de 18 de abril).

Para asegurar lo anterior, se le debe garantizar al delegado que, por el hecho de realizar sus actividades representativas, no perderá oportunidades de promoción y desarrollo profesional de ahí, como apunta Agut (2006, p. 61), que tenga que ser llamado junto con sus compañeros, que comparten condiciones similares profesionales en la empresa, a las mismas acciones de formación y de promoción que puedan llevarse a cabo en su seno.

Igualmente, se le tiene que asegurar un trato igual a los restantes trabajadores de la empresa en todos aquellos supuestos que, debido a su ejercicio o abstención, pueda suponer un menoscabo económico que, de igual manera, “constituya un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales” (STC 326/2005 de 12 de diciembre) sin que ello, no obstante, implique, por sí solo, la absoluta inmunidad del delegado en relación a decisiones organizativas del empresario que puedan ser razonables y justificadas (Sala, 2013, p. 148 y STC 293/1993 de 18 de octubre) que nada tienen que ver, o están suscitadas, con el desempeño de un puesto representativo de los trabajadores en la empresa.¹⁷⁹

Por tanto, y teniendo siempre en cuenta lo anterior, el delegado sindical no podrá ser discriminado en la clasificación profesional (art. 22 ET); en la promoción y formación profesional en el trabajo (art. 23 ET); en los ascensos (art. 24 ET); en la promoción económica (art. 25.1 ET); en el salario y garantías salariales (art. 26 y ss. ET); en las horas extraordinarias (art. 35 ET); en el trabajo nocturno y a turnos cuando tengan una retribución específica (art. 36 ET); en las vacaciones anuales retributivas (art. 38 ET); en la movilidad funcional y la no realización de trabajos de superior o inferior categoría (art. 39 ET) en la movilidad geográfica (art. 40 ET); en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41 ET); en el acceso a las excedencias (art. 46 ET); en las suspensiones del contrato con reserva del puesto de trabajo y por paternidad (arts. 48 y 48 bis ET) y, por lo general, en cualesquiera actuación del empresario que suponga un perjuicio injustificado para el representante en su situación profesional (STS de 19 de mayo de 2009, Tol 1547580) y que aunque formalmente puedan aparecer

¹⁷⁹ La negociación colectiva estatal suele recoger aspectos de esta garantía, un ejemplo de ello es el artículo 40 del Convenio Colectivo de Empresas de Centros de Jardinería que dice que “*Los delegados y delegadas de personal, los miembros de los comités y los delegados y delegadas sindicales cuyas retribuciones estén fijadas, en todo o en parte, por incentivos, primas, etc., percibirán desde el momento de su elección y durante la utilización de las horas de garantía, el importe correspondiente al promedio de incentivos o primas obtenido durante los días efectivamente trabajados en el mes en cuestión*”.

amparadas en el ejercicio del *ius variandi* o de las facultades de dirección excepcionales que la ley le concede al empresario, materialmente puedan estar influidas por el desarrollo de la actividad sindical (Sáez, 1992, p. 312).

Hay que tener en cuenta, por lo demás, que esta garantía de indemnidad durará lo que el mandato del delegado y un año más salvo en los casos de dimisión o revocación (STC 30/2000, de 31 de enero) y que las reglas específicas de distribución de la carga de la prueba, obligan a la empresa a aportar prueba bastante de la presencia de motivación ajena a la condición de representante (Alfonso et al., 2012, p. 602) es decir, que deberá acreditar de manera fehaciente y convincente que la medida adoptada está fundada en reales razones objetivas que la justifiquen y que un diferente tratamiento de un delegado en relación a sus compañeros, no tiene su origen en una discriminación sindical (González, 1998, p. 171). Y de no ser así, la consecuencia será la nulidad del acto empresarial discriminatorio (art. 12 LOLS).

2.2.7.2. Facilidades de actuación.

Expuestas las garantías, toca ahora tratar las prerrogativas o facilidades de actuación de las que son titulares los delegados sindicales:

a) Libertad de expresión.

Los representantes de los trabajadores tienen derecho a expresar sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo incluso publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo y comunicándolo a la empresa, las publicaciones de interés laboral o social (art. 68.d) ET).

Esta facilidad –que proviene directamente del artículo 20.1 a) de la CE el cual reconoce y protege el derecho “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones” y está estrechamente relacionado con los derechos de distribución de información sindical reconocido a todos los miembros de la sección sindical en la empresa (art. 8.1 b) LOLS) y de información de los representantes a los representados (art. 64.7. e) ET), por lo que nos remitimos a lo ya expuesto en su momento en cuanto a

sus límites¹⁸⁰ y al deber de sigilo profesional– tiene un marcado carácter instrumental¹⁸¹ en orden al desarrollo de las funciones representativas y de fomento de la acción sindical que puede ir más allá del ámbito de la propia empresa como por ejemplo en los medios de comunicación social aunque eso sí, solo en relación a materias concernientes a la órbita de su actuación es decir, sindical o laboral y no a otros asuntos ajenos a esa esfera como por ejemplo vecinales, de consumidores etc.

Por lo demás, la publicación y su distribución (revistas, octavillas, panfletos...) deberá hacerse sin perturbar el normal funcionamiento de la actividad empresarial y en todo caso, comunicándose al empresario, aunque no necesariamente a priori, bastando ponerle sobre aviso una vez consumada la publicación y su reparto por la empresa y/o entre los trabajadores –afiliados o no– lo que congenia con la imposibilidad de cualquier injerencia o de censura previa en el ejercicio de un derecho fundamental (art. 20.2 CE).

Es de resaltar que el artículo 68 d) del ET es más exigente en sus requisitos a la hora de poder distribuir la información laboral que el artículo 8.1.b) de la LOLS pues aquel obliga no solo a que la distribución de las publicaciones se realice sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo sino además, como hemos visto, a que se comunique al empresario cosa que no ocurre en la LOLS que no obliga a esa notificación y tan solo lo condiciona a que se realice fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa. Por ello, debe entenderse que el delegado sindical, en cuanto miembro de la sección sindical, no tendrá que dar parte alguna al empresario al realizar proselitismo en la empresa a pesar de que, a la vez, fuese miembro del comité de empresa los cuales, sí que estarían obligados a tal aviso.

b) Derecho a un local adecuado y a un tablón de anuncios.

El local tiene el fin de que los delegados puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, siempre que la empresa o centro de trabajo, por sus

¹⁸⁰ Que recordemos son, esencialmente, el respeto al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art 18.1 CE; la información veraz que exige el artículo 20.1 d CE y la observancia del principio de la buena fe contractual (art 5 a ET).

¹⁸¹ Lo que no es óbice para que el Tribunal Constitucional lo considere parte integrante del derecho de libertad sindical en su vertiente de actividad (Agut, 2006, p.63) al señalar que “ (...) *La transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el sindicato y sus afiliados, entre los delegados sindicales y los trabajadores es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical, propicia el desarrollo de la democracia y el pluralismo sindicales y, en definitiva, constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical*” (STC 94/1995 de 19 de junio).

características, lo permitan. Igualmente, los representantes, tendrán derecho a uno o varios tablones de anuncios en los que poder colgar sus comunicados (art. 81 ET).

Este precepto, necesariamente, debe ponerse en relación con el artículo 8.2 a) y c) de la LOLS que, recordemos, obliga al empresario a poner a disposición de las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa un tablón de anuncios y un local adecuado si en este último caso, la empresa o centro de trabajo cuenta con más de 250 trabajadores. Por lo tanto, los delegados sindicales de la LOLS podrán disfrutar del tablón y del local –sin duplicidad– tanto por ser miembros de la sección sindical como por serlo del comité de empresa pues en ambos casos se reúnen los requisitos para ello. Por lo demás, me remito a lo ya expuesto sobre el contenido de estos derechos cuando se trató la sección sindical sobre el cual, en caso de discrepancia, se resolverá por la autoridad laboral previo informe de la Inspección de Trabajo (art. 81 ET in fine). La resolución de la autoridad laboral podrá ser objeto del correspondiente recurso ordinario (vía administrativa) y, con posterioridad, del oportuno proceso ante la Jurisdicción social (art 151 LJS).

c) Derecho a disponer de un crédito horario.

El crédito lo será para el ejercicio de sus funciones de representación (arts. 68 e) ET o, como dice el artículo 37.3 e) del mismo texto legal, para realizar funciones sindicales o de representación del personal.

Puede observarse en el crédito horario una vertiente instrumental cuyo fin es facilitar la labor representativa del delegado y otra garantista en el solo caso del representante sindical al dotarle de “una protección específica en atención a la compleja posición jurídica que los mismos asumen frente a los empresarios” (STC 40/1985, de 13 de marzo). Es decir, y vaya por delante, que en el caso de que se lesione el derecho al delegado sindical, no si se trata del crédito horario del representante unitario (STC 95/1996, de 29 de mayo), se estará conculcando –por formar parte de su contenido adicional– el derecho fundamental de libertad sindical cuya tutela, como sabemos, se deberá canalizar a través de la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, quedando expedita, en su caso, la vía al recurso de amparo.

Es, sobre todo, respecto a este derecho donde con más relevancia puede surgir la problemática del cómputo dual, cuestión no resuelta pacíficamente por la doctrina al opinar, por un lado, algunos autores que la evitación de tal posibilidad parece haber sido precisamente el objeto de la redacción del artículo 10.3 LOLS al decir que “Los delegados sindicales, en el supuesto de que **no formen parte** del comité de empresa, tendrán **las mismas garantías** que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa (...)”¹⁸²(Agut, 1997, p. 750 y Luján, 2003, p. 280). Sin embargo, es este último autor el que resalta una posible crítica a esta postura al señalar que el delegado sindical que forma parte del comité de empresa, dobla sus cometidos al ser miembro del organismo unitario que representa a todos los trabajadores y de la sección sindical a la que debe representar junto a todos sus afiliados, lo que permitiría una interpretación finalista de aquel artículo más que la literal que permitiese esa acumulación¹⁸³. En todo caso, el problema es más teórico que real pues las secciones sindicales lo tienen fácil para sortearlo—y así lo vienen haciendo— designando a personas distintas para los cargos de miembro del comité de empresa y de delegado sindical lo que a la larga y paradójicamente, puede ser una carga mayor para el empresario (Luján, 2003, p. 282).

Distinta de la duplicidad, es la acumulación de horas en un mismo delegado que podrá darse, cuando así lo contemple la negociación colectiva¹⁸⁴, entre los distintos miembros

¹⁸² Es la línea que sigue la Audiencia Nacional en la sentencia de 14-12-2015 al indicar que ambos créditos no son acumulables y que el crédito horario mensual de las cuarenta horas sindicales “*tan solo opera a favor de los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa*”. Y esto es así, concluye la AN, porque, “*los que reúnen esa doble condición de representantes unitarios y delegados sindicales ya tienen las garantías reconocidas como miembros del comité de empresa, lo que excluye expresamente la posibilidad de acumulación*”.

¹⁸³ En la misma línea Sáez (1992, p. 328), sostiene que si la cuantía del crédito horario se establece en proporción al volumen de la empresa y, consecuentemente, en relación al aumento de las funciones sindicales del representante o en la mayor capacidad económica de la empresa, las mismas razones justificarían la duplicidad del crédito.

¹⁸⁴ En la negociación sectorial estatal esta medida se recoge en la mayoría de los convenios colectivos con una regulación muy similar que podría resumirse en los siguientes puntos:

- a) La acumulación se debe dar en un espacio de tiempo, normalmente por períodos anuales (art 77 Convenio General para la Industria Química), pero también cabe hacerlo de mes a mes (art 47.3 Convenio colectivo estatal de Prensa diaria).
- b) En ocasiones, se ponen límites cuantitativos a las horas como por ejemplo 80 horas mensuales (art 44 Convenio estatal para Despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales) o a la plantilla como el artículo 12 del Convenio Estatal de Artes Gráficas, Manipulados de papel, Manipulados de cartón, Editoriales e Industrias textiles que posibilita la acumulación solamente en los centros de trabajo con plantilla superior a 100 trabajadores fijos.
- c) Lo usual, es que la acumulación se pueda dar entre miembros de la representación unitaria o sindical si son del mismo sindicato () aunque “*si un delegado de personal o miembro del comité de empresa, es al mismo tiempo delegado sindical, podrá acumular las horas sindicales que le corresponderían por cada uno de los mencionados cargos*” (art 44 Convenio estatal para Despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales)
- d) En todo caso, se exigen siempre requisitos de forma como la notificación a la empresa de la decisión de acumular; la previa cesión firmada por los titulares individuales de tales derechos (art 77 Convenio General para la Industria Química); la indicación de quiénes sean los cedentes y cesionarios o la expresión del número de

del comité de empresa o de los delegados de personal (art. 68. e) *in fine* ET) aunque no hay inconveniente en que también pueda efectuarse entre los delegados sindicales siempre que sean de la misma sección sindical (STC de 13 de marzo del 2000) y del mismo centro de trabajo (Agut, 2006, p. 68) y todos, hasta el punto de, sin rebasar el máximo legal, quedar relevados del trabajo. Lo que no cabe, es la reunión de horas de un delegado sindical con las de un representante unitario en el caso de que aquél no forme parte del comité de empresa y ello, aunque sean del mismo sindicato pues, como argumenta Sala Franco (Pérez de los Cobos et al., 2010, p.586), estamos ante dos representaciones de distinta naturaleza donde una de ellas representa al conjunto de los trabajadores (unitaria) y otra a los afiliados al sindicato (sindical).¹⁸⁵

Todo lo indicado hasta ahora sobre la duplicidad y acumulación parte, no lo perdamos de vista, de que las horas se conceden a los delegados a título individual. Es por ello, que en el caso de que un representante sea sustituido por otro, éste último tendrá derecho a utilizar su crédito horario en su integridad sin que se le pueda descontar las ya consumidas por quien le precedió (Sala, 2013, p. 156 y STCT de 17 de julio de 1983).

Al tratarse de un permiso retribuido¹⁸⁶(art. 37.3 e) ET), el delegado deberá preavisar a la empresa y, posteriormente, justificarle la utilización correcta del crédito horario ya que, las horas sindicales son, en todo caso, para el desarrollo de funciones de

horas cedidas y período por el que se efectúa la cesión (art 41 Convenio Estatal de Empresas de Centros de Jardinería). En algún convenio también se exige que se exprese en la notificación a la empresa, la causa que motiva la cesión (artículo 12 del Convenio Estatal de Artes Gráficas, Manipulados de papel, Manipulados de cartón, Editoriales e Industrias textiles).

e) Finalmente, en algún convenio se prohíbe acumular las horas de los representantes que se encuentren en situación de incapacidad temporal, suspensiones temporales u otra causa por la que no se encuentren en la empresa (art 34 del Convenio estatal para las Industrias de Hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho).

¹⁸⁵ En la misma línea la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 30 de marzo de 1992 (RA 1456) dice que “(...) esa acumulación, como es lógico, debe ser entendida en el sentido de que se acumulan las horas de un miembro del comité a otro miembro de comité, pero no de un miembro del comité a un delegado sindical, por tratarse de representación de los trabajadores que tienen una naturaleza jurídica diferente (...)” (Agut, 2006, p.67).

Desde luego, la negociación colectiva puede mejorar esta restricción doctrinal y así, el artículo 74.9 del Convenio general de la Industria Química dispone que “El delegado sindical, a los efectos de la acumulación de horas sindicales, será considerado como un miembro del Comité de Empresa”. Aunque “(...) sólo tendrá derecho a acumular dichas horas en aquellos miembros del Comité de Empresa que pertenezcan a su misma central sindical”.

¹⁸⁶ La STC 326/2005 de 12 de diciembre habla de un “principio de indemnidad retributiva” por lo que debe percibirse no solo el salario base sino también, como indica Sala Franco, todos los complementos que normalmente viniese percibiendo el delegado, promediando las retribuciones si se trata de complementos variables (Alfonso et al., 2012, p. 605) aunque “el derecho a percibir las retribuciones básicas y complementarias ordinarias propias de su puesto de trabajo en aplicación de la garantía de indemnidad retributiva, no puede extenderse a los complementos puramente subjetivos o personales que puedan percibir los trabajadores que ocupen el mismo puesto de trabajo y tampoco la retribución que se abone por la realización de horas extraordinarias o de jornadas excepcionales” (STSJ de Castilla y León de 13 de noviembre de 2013). En el mismo sentido STS de 9 de octubre de 2001, Rec.1855/2000.

representación sindical, es decir, dirigidas a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los afiliados (art. 7 CE), englobando entre ellas “actividades muy variadas de estudio, informe, comunicación y relación social” (STS de 13 de junio de 1990, Ar/5068) así como la asistencia “a reuniones, cursos de formación, seminarios, congresos y conferencias” (STS de 14 de abril de 1987, RA 2762) o, en general “cualquier actividad que repercuta directa o indirectamente en los intereses de los trabajadores” (STSJ de Asturias, de 6 de mayo de 1994, Ar/1887)¹⁸⁷.

Sin embargo, en cuanto al preaviso –que deberá darse con la antelación suficiente para que la empresa pueda organizar su actividad– podrá ser excluido en aquellas situaciones que exista alguna razón que lo hubiera impedido (STS de 8 de julio de 1982, Ar/4576) como, por ejemplo, una urgencia¹⁸⁸ y ello porque para el Tribunal Supremo es improcedente cualquier control o vigilancia a priori que suponga una exigencia de autorización del empresario (STS de 5 de diciembre de 1989, Roj 7089/1989), que podría entenderse como una injerencia en la capacidad de actuación del delegado sindical (STS de 14 de marzo de 1988, Ar/1919)¹⁸⁹. Y en relación a la justificación, que podrá hacerse de cualquier forma admisible en derecho (Vega, 2008, p. 94), no se precisa una prueba detallada de las concretas actividades realizadas en las horas utilizadas (STS de 19 de septiembre de 1990, Roj STS 6329/1990). Es más, según el mismo Tribunal, existe una presunción *iuris tantum* de que el representante que se ausenta lo hace por motivos de su representación, siendo el empresario quien

¹⁸⁷ En la negociación colectiva suele aceptarse que los delegados utilicen su crédito horario para cursos de formación organizados por sus sindicatos u otros organismos: artículo 53.e) del Convenio colectivo estatal para la Industria azucarera; artículo 48 del Convenio colectivo estatal de Prensa diaria.

Por lo demás, esta fórmula amplia, comprensiva de toda actividad que, directa o indirectamente, pueda repercutir en provecho de los trabajadores no es predicable en todos los ordenamientos de nuestro entorno. Así en el derecho británico la Trade Unions Relations Act de 1992 establece los únicos supuestos, mejorables mediante acuerdo, en que el shop steward podrá disfrutar de permisos: a) para desarrollar actividades o funciones relacionadas con la negociación colectiva en materias que puedan ser objeto de convenio colectivo; b) para recibir información y ser consultados por el empresario en materia de despidos colectivos y sucesión de empresas y c) para formación en materia sindical (Section 168 (1) y (2)). A estos casos habría que añadir dos materias más: cuando un trabajador pide que le acompañe el representante en un procedimiento sancionatorio (Employment Relations Act 1999, Section 10 (6) y cuando, siendo representante en materia de seguridad, deba acometer cuestiones de seguridad o formarse para ello (Safety Representatives and Safety Committees Regulations 1977, Reg 3 (1)).

¹⁸⁸ La STS de 12 de febrero de 1990, Ar/896, indica que la libertad del representante “no excluye normalmente la exigencia del preaviso” lo que implica tácitamente, en palabras de Alfonso Mellado (Vega, 2008, p. 93), que de manera excepcional pueda no darse.

¹⁸⁹ Como señala Alfonso (Vega, 2008, p. 92), es rechazable cualquier tentativa, por muy sutil que sea, de someter el uso del crédito horario a un régimen de autorización por parte de la empresa como, por ejemplo, el simple hecho de forzar al representante a firmar una solicitud de permiso (STS de 14 de marzo de 1987, Ar/1919) o de pretender que el delegado tenga que esperar una respuesta a su comunicación de uso del crédito (STS de 2 de noviembre de 1989, Ar/7987).

debe probar lo contrario (STS de 14 de junio de 1991, Ar/1413)¹⁹⁰. Y para ello, podrá darse el control empresarial pero solo cuando la conducta torticera del representante sea manifiesta y habitual, no aceptándose que sea una vigilancia exhaustiva y singular que atente a la libertad personal del representante y, por ende al derecho a la libertad sindical reconocido en el artículo 28.1 de la CE. Este criterio restrictivo del control empresarial, se completa con la doctrina jurisprudencial de que el titular natural del derecho de representación del personal, es el colectivo obrero, que es el llamado a ejercer el control sobre sus representantes y sobre el uso o abuso que éstos hagan de sus licencias retribuidas, y en este último caso, sancionarlo con la revocación (SSTS de 21 de enero de 1991, Roj STS 220/1991; de 14 de junio de 1990, Roj STS 4613/1990 y de 2 de noviembre de 1989, Roj STS 5988/1989).¹⁹¹

En cuanto a la cantidad de horas de que podrá disponer el delegado sindical, habrá que estar, salvo mejora convencional¹⁹², a la escala del artículo 68 e) del ET que, en nuestro caso, empezará con treinta horas cuando el centro de trabajo cuente como mínimo con doscientos cincuenta y un trabajadores, pasando por treinta y cinco cuando haya como poco quinientos uno y, finalmente cuarenta si sobrepasa la cifra de setecientos un trabajador. En todo caso, el crédito se reconoce a cada representante con independencia de la duración de su jornada¹⁹³, pero durante ésta (STS 18 de marzo de 1986, Roj STS 1377/1986)¹⁹⁴ y con carácter mensual por lo que no podrán utilizarse, salvo pacto en contrario, en meses posteriores las horas no consumidas (Alfonso et al.,

¹⁹⁰ Por su parte, la STS 66/1991 (Roj: STS 16419/1991) de 21 de enero, dispone que *“la presunción de que las horas sindicales para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente, conduce a interpretar de modo restrictivo la facultada disciplinaria del empresario, que sólo podrá alcanzar el despido en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el artículo 68.e) a los representantes de los trabajadores sea manifiesto y habitual, es decir una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen un cuerpo coherente con los representados”*.

¹⁹¹ Por su parte, la negociación colectiva suele expresar vagos desiderátums sobre el uso del crédito horario. Así, el artículo 55.8. IX párrafo del Convenio estatal de la Industria del Calzado advierte que los delegados sindicales deberán ceñir sus tareas a la realización de las funciones sindicales que les sean propias. En igual sentido el artículo 56 del Convenio colectivo estatal para el sector de las Agencias de viaje.

¹⁹² Un caso interesante de mejora lo ofrece el artículo 55.3. II del Convenio estatal de la Industria del Calzado al otorgar a los delegados de las secciones sindicales que cuenten, al menos, con veinte afiliados y no sean, a la vez, representantes unitarios, un crédito horario de veinte horas retribuidas a cargo de la empresa, con la única condición de que su utilización cause el menor perjuicio a la producción.

¹⁹³ Un trabajador a tiempo parcial disfrutará, por tanto, del crédito completo pues el devengo de crédito de horas no es *“por mes efectivamente trabajado, sino por mes naturalmente transcurrido”* (Sáez, 1992, p. 283).

¹⁹⁴ Lo que supone que las funciones de representación fuera de la jornada de trabajo no podrán justificar una retribución adicional o la reducción de jornadas laborales posteriores (Alfonso et al., 2012, p. 604). Sin embargo, la STS de 14 de junio de 1990, Roj STS 4613/1990, sostiene que no es necesario que el tiempo *“que se invierta para actividades sindicales coincida con el tiempo de trabajo, ni tampoco que éstas se desarrollen necesariamente en la empresa o centro de trabajo”*. Y así, para los casos de representantes adscritos al turno de noche, sería aceptable la reducción compensatoria de su jornada (STS de 21 mayo de 1990Roj STS 3875/1990) como también se hacen turnos rotatorios (STS de 20 de mayo de 1992, Rec 1634/1991).

2012, p. 604) pero teniendo siempre en cuenta que el no agotamiento de las horas en un mes no significa renuncia de las horas para los meses siguientes (Sala, 2013, p. 156 y STCT de 17 de julio de 1983, Ar/6272). De cualquier manera, al crédito horario solo se tiene derecho durante los once meses de actividad laboral, sin que se pueda extender al período de vacaciones (STS de 23 de marzo de 2015, Rec. núm. 49/2914).

No debemos olvidar, por otra parte, que cuando los delegados sindicales participen en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos, al igual que en el derecho británico en relación a todo tipo de permisos del shop steward¹⁹⁵, tienen derecho a la concesión de horas sindicales en la cantidad suficiente para el adecuado ejercicio de su labor como negociadores (art. 9.2 LOLS)¹⁹⁶, lo que supone una ampliación de su número que bien podría extenderse por la negociación colectiva a toda actividad representativa utilizada por requerimiento o interés de la empresa como por ejemplo modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, EREs, despidos colectivos etc. con compensación, incluso del tiempo dedicado a ellas fuera de las horas de trabajo¹⁹⁷.

En cualquier caso, la doctrina judicial viene sosteniendo que el concepto de negociación colectiva que usa el artículo 9.2 de la LOLS, ha de entenderse en sentido amplio comprensivo no solo de los períodos en que se reúne la comisión negociadora sino también aquellos previos de preparación de la negociación y de las propuestas de la bancada social, intermedios de contestación a las presentadas por la empresa y, entiendo, finales de, por ejemplo, sometimiento de lo negociado a la asamblea de

¹⁹⁵ La Trade Unions Relations Act de 1992 no acota con un determinado número de horas los permisos de los representantes, sino que éstos tomarán el tiempo « *que sea razonable en cada caso, teniendo en cuenta cualquier previsión que al respecto efectúe el Código de Conducta emitido por el ACAS*» (Advisory, Conciliation and Arbitration Service) [Section 168 (3)].

¹⁹⁶ La STS de dos de octubre de 1989, Ar/7090 lo extiende, por analogía, a los representantes unitarios por lo que, ese tiempo no deberá imputarse al crédito de horas del artículo 68.e) del ET siempre, eso sí, que la empresa esté afectada por la negociación. En el mismo sentido la STS 1792/2006, de 23 de diciembre, rec.831/2005 que lo justifica “*porque tal crédito –el del artículo 68.e) ET– tiene por finalidad posibilitar otras actividades diferentes, como podrían ser las relativas a las reuniones del propio comité, o a relaciones con los propios representados, o cualquier otra que redunde en exclusivo beneficio de los trabajadores, mientras que la negociación colectiva está orientada en provecho, tanto de los trabajadores como de las empresas*”.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el sindicato tiene plena libertad para nombrar a sus representantes en la comisión negociadora del convenio sin que el designado tenga que ser, necesariamente, representante de los trabajadores en su empresa o centro de trabajo pues “*no existe una forma especial de designación, y en cuanto a quienes pueden ser designados para formar parte de la comisión negociadora, por parte del sindicato, no hay más límite que la capacidad civil del designado, sin que sea necesario ostentar la condición de ser miembro del comité de empresa o delegado de personal*” (STS de 25 de mayo de 2010, Rec.203/2009).

¹⁹⁷ En este sentido, es ejemplificativo el Convenio General de la Industria Química que en su artículo 73.2 establece que “*Los representantes sindicales que participen en las Comisiones Negociadoras y Comisiones Mixtas o Paritarias del Convenio Colectivo manteniendo su vinculación como trabajador en activo en alguna empresa, tendrán derecho a la concesión de los permisos retribuidos que sean necesarios para el adecuado ejercicio de su labor como negociadores, siempre que la empresa esté afectada por la negociación*”.

trabajadores si fuere el caso (STSJ de Asturias, de 27 de septiembre de 2002, Rec. núm. 3016/2000 y STSJ de Cataluña, de 27 de febrero de 2007, Rec. núm. 8399/2006) y que, de cualquier manera, todo ese período debe tener la consideración, a todos los efectos, de tiempo efectivo de trabajo con inclusión de todos los conceptos salariales a los que el trabajador tuviere derecho a percibir, de la misma manera que se retribuye el crédito horario, pues si no, se haría “recaer en la economía de los trabajadores la negociación de un convenio que debe suponerse beneficia a ambos contratantes” (STSJ de Cataluña, de 3 de diciembre de 2004, Rec. núm. 6629/2004). Y entonces, la empresa, al restringir la capacidad negociadora de los trabajadores, estaría vulnerando el derecho de libertad sindical ya que “puede repercutir en la disponibilidad a la negociación por parte de los llamados para ello, si para hacerlo han de sufrir descuentos salariales por una dedicación no desproporcionada, o que, como indican los recurrentes una prolongación de jornadas de deliberación, provocadas o no, puedan repercutir en la misma consecuencia de disminución de los salarios de los trabajadores que negocian” (STSJ de Cataluña, de 27 de febrero de 2007, Rec. núm. 8399/2006).

Decir, finalmente, que el uso del crédito horario por parte de los delegados deja un vacío en los puestos de trabajo que, indefectiblemente, sobrecargará al resto de compañeros con el posible riesgo de crear un rechazo al ejercicio de las funciones representativas. Es por ello, que el empresario, además de proceder a la movilidad funcional del representante, siempre que no tenga fines discriminatorios, deberá sustituirlo por otro trabajador que realice sus funciones pues de no hacerlo de manera sistemática, su actitud podría entenderse como un atentado al derecho de libertad sindical (Sala, 2013, p. 160 y STSJ de Canarias, de 19 de febrero de 1993, Ar/543).

2.2.8. Aplicación del régimen jurídico del delegado de la LOLS al delegado interno.

Expuesto el régimen jurídico del delegado sindical que regula la LOLS – y del representante unitario – corresponde ahora completarlo con una serie de anotaciones acerca de la posibilidad de extrapolar, vía convencional, las competencias de aquellos y éstos a los delegados internos o portavoces sindicales que puedan nombrarse en las

pequeñas empresas y microempresas por las secciones sindicales y aprovechar, así, a la extensión de la representatividad en aquellas¹⁹⁸.

Para ello, mantendré la misma distinción seguida hasta ahora en el estudio de tales competencias es decir, la que diferencia entre derechos, garantías y facilidades y dentro de cada una de ellas, añadiendo el factor coste o gravamen que pueda suponer su implantación para el pequeño empresario pues, no olvidemos, que ese será el principal inconveniente en empresas donde, en muchos casos, mantenerlas a flote es un milagro en equilibrio. Al tiempo, nos servirá como resumen de lo dicho hasta ahora.

2.2.8.1. Derechos.

En relación a los derechos, entiendo que no debiera haber ningún problema para dotar, a través de la negociación colectiva, a los portavoces sindicales de los mismos de los que se benefician tanto los representantes unitarios como los delegados sindicales de la LOLS ya que, por regla general, no agravan la carga económica para las empresas. En cualquier caso, no todos los derechos pueden trasladarse al portavoz sindical ni tampoco todos serían relevantes para el fin de asegurar o aumentar la representatividad.

Sí que lo sería, empero, **el derecho a recibir la misma información y documentación** que la empresa debiera poner a disposición de la representación unitaria si existiere (art. 10.3.1º LOLS) pues, como vimos, se trata de un derecho instrumental necesario a la hora de posibilitar la representación y defensa de los afiliados en particular y de los trabajadores en general que únicamente conlleva una obligación de entrega por parte de la empresa que no le acarrea, en principio, perjuicio económico alguno y si, por el contrario, ganar siempre en transparencia y confianza de sus trabajadores.

¹⁹⁸ Vaya por delante que ya hay algún convenio que equipara en competencias y derechos –salvo el crédito horario– a los portavoces sindicales con los representantes legales de los trabajadores en la empresa. Un ejemplo lo tenemos en el artículo 13.8 del Convenio colectivo estatal de Pastas, Papel y Cartón a cuyo tenor: *“el responsable de la central sindical en la empresa tendrá los mismos derechos y garantías sindicales establecidos en el presente convenio colectivo para los miembros del comité de empresa o delegados de personal mientras ostente el cargo de responsable, salvo las horas retribuidas establecidas para aquellos por la legislación vigente en cada momento. No obstante, las empresas se comprometen durante la vigencia de este convenio colectivo a dar a los responsables de las centrales sindicales todas las facilidades posibles para el desempeño de su función sindical”*.

Y es que, nadie puede dudar de la trascendencia de que los representantes recaben información sobre el número de horas extraordinarias, los contratos de trabajo que se realicen en la empresa con entrega de las copias básicas, contrataciones y sucesión de empresas y demás recogidas en la legislación y que ya hemos visto, u otras que podrían añadirse por la negociación colectiva (art. 10.3 LOLS) como, por ejemplo, todo lo referente a ayudas públicas, beneficios fiscales o de Seguridad Social que pueda recibir la empresa, medidas de comercio justo que pueda adoptar etc.

Entre las primeras, podrían señalarse por su significación, el derecho a recibir el delegado interno información anual sobre la aplicación del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades (art. 64.3 ET), que comportaría, para la pequeña empresa, buscar la cooperación de los trabajadores no sólo en el cumplimiento de la legislación de igualdad, sino, sobre todo, en crear una situación ejemplar de aprovechamiento de los recursos humanos en la empresa, pues la paridad no solo es éticamente deseable, sino también rentable en lo económico.

Igualmente, tener a los trabajadores informados a través de sus representantes sobre la evolución del sector, la situación económica de la empresa o las previsiones de contratación (art.64.2 ET) así como de sus cuentas anuales (art.64.4.a ET) supone ponerlos al lado de la empresa a la hora de—permítaseme esta metáfora marinera—remar juntos en los embravecidos mares de los mercados. Y es que, siempre será mejor que los que ponen el trabajo sepan adónde van y cómo lo hacen, que tenerlos en la ignorancia o darles informaciones sesgadas que puedan soliviantar su confianza cosa que ocurre cuando, al no haber esa obligación de entregar información por no existir representantes, no se lleva a cabo.

Lo mismo se puede decir en relación a la información sobre los índices de absentismo y sus causas, así como la relativa a los accidentes de trabajo y los índices de siniestralidad (art.64.2 ET) o a la prevención de riesgos laborales (arts.18 y 23 LPRL) pues ya vimos la importancia de que los portavoces de las secciones sindicales, dada la relevancia del asunto y la inexistencia de delegados de prevención en las micro y pequeñas empresas, o de quien haga sus funciones, la reciban ya que, si hay materia o temática que merezca mayor cooperación entre la empresa y los trabajadores es, sin duda, la seguridad y salud en el trabajo.

Muy conveniente, por otro lado, es la recepción de toda la información relativa a las medidas de flexibilidad interna que se lleven a cabo en la empresa como la movilidad funcional fuera del grupo profesional (art.39.2 ET), los traslados individuales(art.40.1 ET) y la modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo también de carácter individual (art. 41.3 ET).

De no ser así, nadie podrá corroborar que la movilidad funcional además de efectuarse de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y respetando, en todo caso, la dignidad del trabajador (art. 39.1 ET), tenga como causas motivadoras razones técnicas u organizativas que la justifiquen (art. 39.2 ET). O que en los traslados individuales o en las modificaciones sustanciales de carácter individual, concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que las fundamenten (arts.40.1 y 41.1 ET) y ello, por mucho que se consideren tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial (arts.40.1 y 41.1 ET), lo que supone que se podrán llevar a cabo cuando lo que se pretenda sea, meramente, mejorar la posición competitiva de la empresa o la productividad (Blasco et al., 2012, p. 115).

En fin, y para no alargarlo más, no cabe duda del provecho de que se le comunique al delegado interno la venta de bienes de la empresa en el supuesto de los despidos colectivos que afecten a más de 50% de la plantilla (art. 51.3 ET) para alertar así de posibles insolvencias punibles, por ejemplo. O la recepción de la copia de preaviso en los despidos objetivos individuales por causas empresariales (art. 53.1.c ET) para que el representante pueda, además de comprobar la existencia de las causas y de que no se trata de una extinción colectiva, asegurarse de que el trabajador disfrute la licencia de seis horas semanales para buscar nuevo empleo (art. 53.2 ET)

Unido al derecho de información pasiva, será igualmente determinante **el derecho de consulta previa** –“ser oídos”– a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados en particular.

Por lo tanto, toda decisión que afecte a los trabajadores como conjunto debiera ser tratada con los portavoces sindicales si así lo dispone la negociación colectiva, lo que supondría, por ejemplo tener voz los trabajadores a la hora de fijar la clasificación profesional y dentro de ésta los ascensos si el convenio colectivo nada dice (arts.22.1 y

24.1 ET) o, si se da la misma situación, el modelo de recibo de salarios (art. 29.1 ET), la fijación de la gratificación extraordinaria no navideña (art. 31 ET) o la distribución irregular de la jornada a lo largo del año (art. 34.2 ET).

Pero, sobre todo, sería en los casos de flexibilidad interna y despidos colectivos¹⁹⁹ donde adquiriría mayor alcance esta extensión del derecho a los delegados internos dada la trascendencia de las medidas y de la fórmula que acoge la ley para los casos en que no haya representación de los trabajadores.

En efecto, el artículo 41.4²⁰⁰ del ET despliega una suerte de procedimiento para cuando se plantee en la empresa una modificación sustancial de carácter colectivo, que se

¹⁹⁹ Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el artículo 51 del ET excluye la posibilidad del despido colectivo en las empresas de menos de seis trabajadores debiendo utilizarse las vías de los artículos 52 c) y 53 del ET. Misma situación se dará en las empresas con seis a nueve trabajadores a no ser que la extinción afecte a toda la plantilla y haya una cesación total de la actividad (art.51.1. IV párrafo).

Por lo demás, si el empresario es persona física – lo que será usual en la microempresa – su muerte, jubilación o incapacidad no conllevará tampoco el procedimiento del artículo 51, previsto para la extinción de la personalidad jurídica, y, sobre todo, hay que destacar que el trabajador solo tendrá derecho a una indemnización de un mes de salario (art.49.1.g ET) en lugar de los veinte por año del artículo 53.1 ET.

Resaltar, en cuanto al derecho comparado, que en el derecho alemán la adopción del despido colectivo solo se tiene que comunicar al comité de empresa, el cual podrá emitir un informe, cuando la empresa cuente con veinte o más trabajadores quedando las pequeñas empresas de menos de veinte empleados y las microempresas huérfanas de un procedimiento donde se justifiquen las causas de esta drástica medida así como la discusión de otras menos extremas o, como admite la legislación alemana, se acuerde con el empresario cuáles deban ser los criterios que deban darse para seleccionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo así como la fijación de las indemnizaciones (párrafos 17 y ss. de la Ley de protección del despido).

Ocurre lo mismo en el derecho británico donde la Trade Unions and Labour Relations Act de 1992 solo considera que hay despido colectivo cuando afecte a 20 o más empleados en un período de 90 días, rebajando el umbral el derecho italiano que en el artículo 24 de la Ley de 23 de julio de 1991 (nº 223) ordena que solo se aplique la normativa del despido colectivo a las empresas de más de 15 trabajadores que en un período de 120 días pretendieran realizar un mínimo de cinco despidos en una misma unidad productiva, territorio o provincia que sean reconducibles a la misma reducción o transformación de actividad.

Criterio más favorable, sin duda, adopta el derecho portugués ya que solo con que afecte a dos trabajadores si se trata de microempresa o pequeña empresa o a cinco si estamos ante una mediana o gran empresa se considerará despido colectivo siempre que la extinción se base en el cierre de una o varias secciones o estructura equivalente o en la reducción de personal determinada por motivos de mercado, estructurales o tecnológicos (art 359 Código do Trabalho).

Y es que, la Directiva 98/59, del Consejo de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre despidos colectivos establece en su artículo 1.1 a).ii que *“se entenderá por despidos colectivos los efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros: ii) para un período de noventa días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados”*.

²⁰⁰ Este precepto *“sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva”* establece que cuando la empresa decida llevar a cabo una modificación sustancial de carácter colectivo tendrá que realizar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días que *“versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados”*. Y en el caso de que no haya representantes legales, los trabajadores *“podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y*

extiende a los traslados colectivos, a los expedientes de suspensión y reducción de jornada, a los despidos colectivos y a la inaplicación de los convenios, cuya peculiaridad más llamativa es la regulación de una comisión *ad hoc* que se encargue de negociar estas medidas con la empresa cuando no exista representación legal de los trabajadores y de la cual, por lo que ahora nos interesa, destacan dos aspectos:

1º.-Para la elección de los miembros de la comisión únicamente se pide que se proceda democráticamente, pero nada más añade la norma por lo que, como apunta Mejías (Fernández et al., 2013, p. 84), peca de poco garantista al prescindir de, por ejemplo, una convocatoria previa de asamblea con la correspondiente publicidad, un quórum de asistencia y de elección, la necesidad de que sea mediante sufragio personal, libre, secreto y directo²⁰¹ etc. Ello supone, un elevado riesgo de posible manipulación empresarial que puede estar interesada en que sean elegidos los más dóciles o permisivos a sus pretensiones con los consiguientes perjuicios para sus compañeros y ellos mismos.

2º.- Los miembros de la comisión no están investidos de una serie de facultades que les permitan tener unos antecedentes y una visión de conjunto de la marcha de la empresa, es decir, que aparecen bisoños en un escenario desconocido porque tampoco se les puede presumir formación ni experiencia en esas lides pero, sobre todo, no gozan de unas concretas garantías y facilidades que les permitan salir indemnes si se muestran inmanejables en las negociaciones quedando solo amparados por el general y vago derecho a no ser discriminado por sus actividades negociadoras. De ello, hablaremos más detenidamente en el capítulo primero del título cuarto de este trabajo.

Se entenderá ahora mejor la importancia de que los portavoces sindicales tengan atribuido este derecho de consulta previa, al menos, en los casos de flexibilidad interna y despidos colectivos ex artículo 41.4 del ET cuya posibilidad admite, entiendo, el mismo precepto al especificar que la regulación que expone lo será “sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva”.Derecho parcialmente dispositivo, entonces, que puede enmendar el

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

²⁰¹ La misma autora indica que cuando la ley ha querido ser garantista ha establecido una regulación más pormenorizada como, por ejemplo, el artículo 67.3 del ET que exige toda una serie de requisitos formales a la hora de llevar a cabo la revocación de un delegado o miembro del comité de empresa: asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio, como mínimo, de los electores; sufragio personal, libre, directo y secreto y decisión por mayoría absoluta para que llegue a buen puerto la revocación.

convenio colectivo de una manera general y definitiva atribuyendo, cuando no haya representantes de los trabajadores, esas competencias de consulta y negociación a los portavoces sindicales o, para estos casos concretos, dando prioridad a la comisión sindicalizada que se preocupa de regular el mismo precepto.

Si se manifiestan los derechos de información, activa y pasiva, el portavoz sindical, por una parte, tendrá que ostentar el **derecho de informar al resto de los trabajadores**(art. 64.7.e ET) para que aquellos desarrollen todo su recorrido y, por otra, tendrá más probabilidades de **vigilar diligentemente el cumplimiento del Ordenamiento Jurídico Laboral** que se aplique en la empresa (art. 64.7.a ET), derecho que cobra una relevancia, si cabe mayor, a todos los demás pues, a su través, el portavoz y con él los trabajadores, podrán asegurarse de que el resto de sus derechos vayan a ser respetados sobre todo, en relación a las condiciones de seguridad y salud en la empresa.

Interesante, como poco, sería que el portavoz sindical tuviera el **derecho de audiencia previa** en caso de sanciones y despidos de los trabajadores afiliados a su sindicato (art. 10.3 LOLS)²⁰² y el de ser comunicado de todas las sanciones impuestas a todos los trabajadores, sean o no afiliados, aunque en este caso, solo por faltas muy graves y sin necesidad de que sea con antelación a la sanción (art. 64.4. c ET) como ya vimos.

De esta manera, el delegado interno podría preparar la defensa del afiliado y acometer la sanción con más garantías de éxito, además de que en un tema tan gravoso como las sanciones se aportarían más elementos de juicio que pudieran evitar decisiones

²⁰² Como señala Rodríguez-Ramos (Cruz Villalón et al., 2003, p.267), la confianza y familiaridad que suele darse en las relaciones de trabajo en las pymes, debe tenerse en cuenta a la hora de valorar la conducta del trabajador y su eventual consideración como incumplimiento grave y culpable que pueda dar a una sanción o despido en el caso de, por ejemplo, la indisciplina o desobediencia grave (art.54.2. b ET) o las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas en la empresa o a los familiares que convivan con ellos (art.54.2.c ET). Por otro lado y en inverso sentido, la confidencialidad y confianza que se da en estas empresas permite un mayor rigor en el examen de la presencia de transgresión de la buena fe o abuso de confianza en el desempeño del trabajo (art.54.2. d ET).

Más allá de la mera interpretación, defiende esta autora que habrían de darse cambios en la legislación que sean sensibles a las especiales circunstancias de estas empresas como, por ejemplo, en relación a la cuantía de la indemnización por despido improcedente que debiera ser inferior en razón a su menor capacidad económica o en cuanto a la obligada readmisión en caso de ser declarado el despido nulo por las dificultades futuras de convivencia en unas empresas con un reducido número de trabajadores que tienen estrechos vínculos personales.

Sin embargo, este trato diferenciado en la ley entiendo que supondría un agravio comparativo para los trabajadores de las pymes que difícilmente superaría el principio de igualdad de trato, pues aquel ha sufrido una decisión injusta que debe ser reparada. Y es que, la preservación de las pymes se debe lograr por otras vías, por ejemplo, a través de ayudas financieras y administrativas de las Administraciones sin que tenga que soportarlo los trabajadores y en cuanto a las complicaciones de convivencia futura, se deben solventar con actitudes asertivas y de manejo de grupos de trabajo que posibiliten soluciones de encuentro en lugar de la salida fácil, pero injusta, de negar la readmisión del trabajador despedido de manera nula.

injustificadas. Desde luego, no podría hacerlo, o al menos con igual intensidad con respecto al resto de trabajadores de la plantilla, pues solo se le daría comunicación que puede ser a posteriori como se dijo, pero opino que el dar un estatus más beneficioso a los afiliados –que por otra parte podría extenderse a otros derechos, facilidades o garantías como, por ejemplo, el de libertad de expresión o el de apertura de un expediente contradictorio– incita al alistamiento a los sindicatos y, con ello, a moderar la individualización de las relaciones laborales.

Por otra parte, creo que en el caso específico de despido disciplinario²⁰³, incluso no sería necesario que así lo contemple la negociación colectiva pues el precepto no lo limita a los delegados de la LOLS.²⁰⁴

El cuanto al **derecho de cogestión**, será recomendable su existencia no solo para los trabajadores sino también para la misma empresa que vería aumentada, con la implicación de aquellos, la productividad a través, por ejemplo, de estudiar conjuntamente medidas de flexibilidad dirigidas a disminuir el absentismo laboral.

Finalmente, como colofón, sería necesario que el portavoz sindical, en las empresas sin representantes unitarios, posea una serie de facultades relacionadas con el día a día en la empresa sin las cuales se dificulta en gran manera las relaciones laborales. Se trata

²⁰³ Recordemos que el artículo 55.1 párrafo 4 del ET dice que “*Si el trabajador estuviere afiliado a un sindicato y al empresario le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato*”.

²⁰⁴ No obstante, y aunque algunas sentencias han mantenido esta postura (STSJ de Cantabria, de 18 de noviembre de 1997 y STSJ de Castilla la Mancha, de 10 de octubre de 1995) lo cierto es que el criterio mayoritario de la jurisprudencia es que el trámite de audiencia se ha de llevar a cabo solamente en relación a los delegados sindicales de la LOLS (STS de 25 de junio de 1990, Roj STS 4908/1990) (Collado et al., 2011, p. 186).

En Alemania, sin embargo, no tienen esta tesitura- por innecesaria aunque deban ser oídos los miembros del comité de empresa- en cuanto a la microempresas pues, sorprendentemente, a sus trabajadores no se les aplica la Ley contra protección del despido (KSchG), siendo posible la extinción de sus contratos sin justificación alguna (solamente en las empresas de seis a diez trabajadores se les aplicará a aquellos que hubiesen sido contratados antes del 31 de diciembre de 2003) (párrafo 23.1). Al revés, en Portugal, aunque si se exige en las microempresas un proceso disciplinario y una justa causa para el despido como en el resto de las empresas, lo que se excluye es cualquier participación, obligada en estas últimas, de los representantes de los trabajadores en el procedimiento de despido cuando la empresa cuente con menos de diez trabajadores (art 358 Código do Trabalho).

Es más interesante la solución dada por el Derecho francés que posibilita la designación de un asesor (conseiller du salarié) en aquellas empresas desprovistas de representación de los trabajadores para que asista a éstos en caso de despido. Desde luego, podrá ser elegido entre los mismos trabajadores aunque no necesariamente, por lo que se deja la puerta abierta a que lo sea un agente sindical con la única condición de que esté inscrito en una lista autorizada por la autoridad administrativa. En el caso de estar ante empresas de menos de once trabajadores y ser el asesor un empleado, dispondrá de un crédito horario de quince horas como máximo para desempeñar sus funciones que, en todo caso, serán compensadas al empresario por el Estado. En ningún caso, el conseiller du salarié, podrá ser represaliado con la ruptura del contrato de trabajo (art L 1232-7-14 Code du Travail).

Por su parte, en el Derecho italiano lo que se priva al trabajador de una pequeña empresa – menos de 16 trabajadores si se trata de empresa comercial o industrial o 6 si es agrícola - es el derecho a reincorporarse en caso de despido injustificado declarado por el juez –no si es discriminatorio– siendo sustituido por una indemnización. (art 18 Statuto dei Lavoratori).

de todos aquellos derechos –dispersos por el ET– que están íntimamente relacionados con el **contenido del contrato de trabajo** y, sobre todo, con la retribución del trabajador que, en la mayoría de las ocasiones se ejercitan a falta de pacto en la negociación colectiva: Piénsese, por ejemplo, lo importante del derecho, cuando el convenio colectivo aplicable nada diga, a acordar con la empresa el sistema de clasificación profesional (art. 22 ET), el de ascensos (art. 24.1 ET) o el modelo de recibo de salarios (art. 29.1 3º párrafo ET).

2.2.8.2. Garantías.

En relación a las garantías, como ocurre con los derechos, en principio no suponen un coste añadido para el empresario aunque si algunas restricciones a su libertad empresarial pero que son, en todo caso, imprescindibles para resguardar aquellos.

El derecho a la apertura de un **expediente contradictorio** en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, que podría extenderse, por la misma negociación colectiva, a las faltas leves, sería lógico que lo ostentara el portavoz sindical dada las múltiples posibilidades de que su actuación, como representante de sus compañeros del sindicato –y por extensión de todos los trabajadores del centro de trabajo–, pueda aparecer como antijurídica: parémonos a pensar, por ejemplo, en los casos de expresión de opiniones con motivo del ejercicio de sus funciones. Por otra parte, ya sabemos que esta garantía se extiende a cualquier actuación del portavoz o a cualquier motivo de sanción y no solo a las relacionadas con sus actividades de representación (STS de 18 de febrero de 1997, Rec. núm. 1868/1996).

Como en las microempresas –o en aquellas pequeñas empresas que no haya representación unitaria– no habrá compañeros delegados, si bien en estas últimas podría, en cuanto al número de portavoces, copiarse los que fija el artículo 62 ET²⁰⁵, sería interesante hacer intervenir en el expediente a algún agente del sindicato ajeno a

²⁰⁵ El párrafo segundo del artículo 62.1 del ET dice que “*Los trabajadores elegirán, mediante sufragio libre, personal, secreto y directo a los delegados de personal en la cuantía siguiente: hasta 30 trabajadores, uno; de 31 a 49, tres*”.

la empresa²⁰⁶ o, al menos, a sus compañeros afiliados en número de dos o tres, por ejemplo.

Cuando en la empresa o centro de trabajo se decida algún expediente de regulación de empleo ya sea temporal –reducción o suspensión de jornada–o definitivo de extinción así como en los casos de movilidad geográfica, debe protegerse al portavoz sindical respecto de los demás trabajadores en el sentido de que sea el último que se vea afectado para, además de poder continuar sus labores de representación, llevar a cabo un seguimiento y control de las mismas medidas adoptadas.

Interesa destacar, que la **prioridad de permanencia** debe serlo tanto en relación a los miembros de su sección sindical como al resto de trabajadores sin que ello pueda entenderse atentatorio a la libertad sindical, en este caso negativa, ya que es un estímulo al hecho sindical fundamentado en la labor representativa del delegado interno y no tanto en la misma afiliación. Es decir, posiblemente menoscabaría la libertad sindical el dar, en la negociación colectiva, preferencia en el mantenimiento del empleo al afiliado a un sindicato frente al que no lo está (art. 12 de la LOLS)²⁰⁷, pero aquí se trata de salvaguardar la misma función de representación que, no olvidemos, cuando se trate de medidas de carácter colectivo, se extiende a todos los trabajadores y no solo a los afiliados (art. 10.3.3º LOLS).

El derecho a **no ser despedido ni sancionado por consecuencia del ejercicio de sus funciones representativas**, en realidad no sería necesario que fuera recogido en la negociación colectiva pues ya brinda esa protección el artículo 12 de la LOLS al considerar nulos y sin efecto las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el trabajo por motivo de llevar a cabo actividades sindicales. Y ya vimos que incluso más allá del año de expiración del mandato, si se logra probar la conexión de la sanción con la actividad sindical y sin que

²⁰⁶ En este trabajo de investigación se hablará de, al menos, dos de estos posibles agentes sindicales: uno el portavoz sindical de la sección sindical de sector y otro el cargo electivo sindical ex artículo 9.1 de la LOLS. Y es que, ambos aun siendo ajenos a la empresa tienen o tendrían por mandato convencional derecho a entrar en las empresas y realizar su actividad sindical.

²⁰⁷ Este artículo dice que “*Serán nulos y sin efecto (...) las cláusulas de los convenios colectivos (...) que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de actividades sindicales*”.

importe que haya sido cesado por su sección sindical –que es lo que, de hecho, sucede– o haya dimitido²⁰⁸.

Ya hemos visto que si el portavoz es despedido por consecuencia de su cometido sindical, el despido es nulo y la empresa tiene que readmitirlo abonando los salarios de tramitación. No obstante, si detrás de la decisión extintiva de la empresa existiere otro motivo que, sin embargo, no ha podido ser acreditado o no es antijurídico, el resultado de su impugnación sería la improcedencia que, a la postre, acarrearía el desembarazo de aquel y además un eficaz aviso a navegantes lo que, sin duda, atentaría a la libertad sindical al descabezar la sección sindical y amedrentar al resto de sus miembros. Por ello, es necesario que el **derecho de opción** del artículo 56.4 del ET lo ostente el portavoz sindical para quitarse de encima una espada paralizante de Damocles y además, alargado en el tiempo al año siguiente de finalizar su mandato para evitar posibles represalias por su actuación sindical.

Creo, por lo demás, que este derecho podría ser extendido a todos los afiliados al sindicato sin que por ello se viese afectada la libertad sindical negativa del resto de los trabajadores por el motivo de que a estos últimos, con esta garantía no se les compele indirectamente a pertenecer al sindicato ya que su razón de ser es evitar que sin causa justificada se pueda desbaratar la sección sindical mediante despidos. Es decir, es una medida de defensa dirigida a evitar posibles represalias más que una gracia basada en un privilegio.

Como quiera que el portavoz sindical, en su labor diaria, tendrá que realizar actividades de representación –con independencia de que posea o no un crédito horario– que le lleven tiempo y esfuerzo, es posible que el empresario entienda que ello no es compatible con la promoción económica y profesional en la empresa quedando aquél marginado con relación a sus compañeros. Por ello, se hace necesaria, también, la tenencia de **la garantía que recoge el artículo 68.c) in fine del ET** que no es más que una concreción de la general de indemnidad que recoge el artículo 12 de la LOLS máxime cuando el delegado interno, por lo general, realizará sus funciones sindicales en horarios diferentes a los de la jornada de trabajo.

²⁰⁸ Llama la atención, no obstante, que en el Derecho alemán solamente los miembros del comité de empresa, y no los representantes sindicales, no puedan ser despedidos por causas relacionadas con sus funciones representativas (Cruz Villalón et al., 2006, p. 72).

2.2.8.3. Facilidades de actuación.

Finalmente, en relación a las facilidades de actuación, no debería quedar fuera del status jurídico del portavoz el derecho a expresar sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación es decir, las laborales y sindicales pudiendo, incluso, publicar y distribuir entre sus compañeros –afiliados o no– información de esa índole fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa (arts.8.1 LOLS y 68.d) ET).

Recordemos, sin embargo, que este derecho lo poseerán todos los miembros de la sección sindical –y por lo tanto también el portavoz– sin necesidad de que lo contemple el convenio colectivo por expreso mandato del artículo 8.1 b LOLS.

Pero, será el **derecho a un crédito horario** (art. 68. e) ET), la prerrogativa más destacada que pueda ostentar el portavoz sindical, ya que ello le supondría disponer de un tiempo dentro de su jornada laboral para realizar sus actividades sindicales y de representación. Sin embargo, es la más penosa para la empresa por la carga que le supone pagar un trabajo que no se ha realizado a lo que puede sumarse el que tenga que abonar a otro trabajador para que, al final, se lleve a cabo.

Por lo tanto, si se lleva esta medida a la negociación colectiva, tendría que mitigarse en gran medida su ejercicio, sobre todo en cuanto a la cantidad de horas de las que puede disfrutar el portavoz sindical, para que pudiera ser asumible para el pequeño empresario como, por ejemplo, estableciendo la necesidad de que siempre y en todo caso, se le tenga que preavisar y, además con un plazo generoso llegando, incluso, aunque ello supusiese violentar su naturaleza, a exigirse en algunos casos tasados y probados objetivamente (por ejemplo, cuando un porcentaje elevado de la plantilla esté de baja) necesitar de la autorización empresarial.

Por otra parte, podría establecerse que las horas sindicales solo puedan ser de uso estricto en la empresa o centro de trabajo y relacionados siempre con ésta como negociaciones de medidas empresariales, resolución de problemas que afecten a la colectividad de los trabajadores, asuntos de seguridad e higiene en el trabajo etc. Es decir, que, al final, el uso de esas horas repercuta, en última instancia, en la empresa y

sus trabajadores bien porque le resta conflictividad a las relaciones laborales, bien porque le soluciona problemas de recursos humanos²⁰⁹.

En fin, en cuanto a la cantidad de horas, podría ser más humilde que la que expone el ET en su artículo 68.e) como por ejemplo, establecer cinco al mes²¹⁰ para las microempresas y diez para las pequeñas empresas que, en el caso de haber dos o más secciones sindicales de distintos sindicatos, debieran repartirse proporcionalmente al número de afiliados y, pudiendo, incluso, crearse una bolsa de horas de las que el portavoz hiciese uso para fines más puramente sindicales (proselitismo, formación sindical, asesoramiento en el sindicato etc.) que tendrían que ser devueltas a la empresa de la manera que se acuerde entre ambas partes²¹¹.

Otra posibilidad, de la que se tratará con más detenimiento más adelante, es que los portavoces sindicales de un determinado sector y territorio puedan acumular las horas sindicales en un delegado representante de la sección sindical de ese ámbito quedando, así, este “**delegado de sector**” liberado, y al que se le atribuiría potestades de representación de todos los afiliados del sector y territorio de que se trate: Piénsese lo que supondría que cientos de portavoces de pequeñas empresas y microempresas cedieran sus cuatro o cinco horas mensuales otorgadas por el convenio colectivo – entiendo que si se establece tal posibilidad en los estatutos sindicales o en la misma negociación colectiva no podría negarse el portavoz a tal cesión aunque el crédito lo ostente a título individual– a varios compañeros que dispusiesen de todo su tiempo para labores de representación, formación y sindicales.

²⁰⁹ En esta línea de ser lo menos pernicioso posible el artículo 55.3.II del Convenio estatal de la Industria del Calzado dispone que: “*Los delegados/delegadas de las secciones sindicales que no sean miembros de los comités de empresas tendrán derecho a veinte horas retribuidas, a cargo de la empresa, al mes, para ejercicio de sus funciones, siempre que la sección sindical correspondiente comprenda al menos 20 afiliados/as, procurando que su utilización cause el menor perjuicio a la producción*”.

²¹⁰ El artículo 46 del Convenio colectivo estatal de Naturopatía es muchísimo más generoso, aunque como contrapartida recorta el crédito horario de las medianas y grandes empresas, al disponer que “*(...) las personas que formen parte de las representaciones unitaria y/o **sindical** del personal de la empresa dispondrán de un crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación de acuerdo con la siguiente escala:*

- *De 1 a 10 trabajadores: 15 horas.*
- *De 11 a 100 trabajadores: 20 horas.*
- *De 100 trabajadores o más: 25 horas”.*

²¹¹ El Convenio colectivo estatal para las Empresas organizadoras del Juego del Bingo dispone para los representantes de los trabajadores de “*hasta ocho días de permiso no retribuidas al año para el ejercicio de actividades sindicales al margen de la empresa previa notificación al empresario con un mínimo de setenta y dos horas y posterior justificación*” (art 76).

En el derecho británico esta fórmula del permiso no retribuido es extensible a todo afiliado siempre que la licencia lo sea para realizar actividades de su sindicato, y que éste haya sido reconocido por el empresario (Section 170 del Trade Unions Relations Act de 1992).

Desde luego, por el lado empresarial surgirían problemas como, por ejemplo, su mera aceptación ya que, obviamente, no se pueden imponer los estatutos sindicales a los empresarios lo que podría ser solucionado llevándolo a la negociación colectiva²¹² pero no de cualquier manera –que seguramente no sería aceptado–, sino con medidas justas y equilibradas que lo hagan asumible a los pequeños empresarios que les ha tocado liberar a su trabajador para misiones de representación a nivel sectorial y/o territorial. Esa aceptación supondría, por otra parte, el que las empresas dejaren entrar a los centros de trabajo a los portavoces liberados para que pudiesen realizar sus actividades de representación.

Se trataría, por lo tanto, de crear una especie de mutualidad de las pequeñas y micro empresas –a las que se les podrían unir las restantes– para sostener una representación sectorial o territorial que, si se plantea correcta y equitativamente evitaría la competencia desleal de los empresarios más reacios a la implantación sindical en su empresa con respecto a los que, por convencimiento o mayor presión, tienen que soportarla.

Las soluciones pueden pasar por sobrellevar de manera alícuota el coste del delegado de sector que podría ser proporcional al número de trabajadores de la empresa o a sus dimensiones o un sistema de turnos, aunque este se hace más inviable por la dificultad de hacer las rotaciones de los portavoces que, por otro lado, no tendrían tiempo ni siquiera de tomar posesión del cargo de representante. Quizá, un sistema mixto de rotaciones de duración similar a un representante unitario con carga alícuota de su salario entre todos los empresarios implicados y en relación a la dimensión de sus empresas y/o capacidad económica o volumen de negocio sería una solución plausible a todos los efectos, como también el de designación por parte de los integrantes de la misma sección sectorial con el mismo pago alícuota que se ha mencionado.

Otra opción, compatible con la anterior, es que los sindicatos apuesten por un uso solidario de las horas sindicales en el sentido, como indica Alfonso Mellado (Vega et al., 2008, p. 117) de trasvasar las de los representantes de las grandes empresas a las micro y pequeñas empresas. Se trataría de que en aquellas empresas con

²¹² Ya existen experiencias de este tipo aunque referidas a la representación unitaria en la negociación colectiva como es el artículo 54.12 del Convenio Colectivo Estatal de la Industria del Calzado que admite que *“en aquellas empresas menores de 16 en plantilla en las que, por sus escasas dimensiones o por relevancia del puesto que desarrolle el delegado/delegada, éste tuviere dificultad en hacer uso del crédito de horas que le concede la ley, podrá pactar con su empresa la cesión de parte de su crédito horario la delegado/delegada comarcal sin que, en ningún momento, la cesión supere el 50% de las horas que por tal concepto le corresponden”*.

representación más que suficiente –incluidas las Administraciones Públicas– cediesen sus delegados que, tras integrarse en la sección sindical sectorial o de territorio, hicieren un uso de su crédito horario en labores de representación en las empresas sin representantes.²¹³

Tampoco bastaría, en este caso, los cambios estructurales en el sindicato sino que sería necesario llevarlo a la negociación colectiva²¹⁴ para así posibilitar la entrada de estos **“delegados solidarios”** en las pequeñas empresas, sin lo cual no acabarían de llevar a cabo sus funciones representativas.

Problema que también se suscitara cuando las microempresas operan dentro de las instalaciones de una empresa cliente de mayores dimensiones pues, aunque pareciere bastar, en estos casos, las reformas de organización sindical en esa línea con el apoyo del artículo 42.6 y 7 del ET, si se quiere una labor representativa completa en el sentido de actuar frente a las mismas empresa contratistas y subcontratistas y, en su caso, realizar las reclamaciones que procedan, se deberá contemplar en la negociación colectiva²¹⁵ que también podría permitir la creación de un **delegado de instalación o de fábrica**²¹⁶ que representara a todas ellas y que podría obtenerse de la misma empresa principal o de la sección sectorial o territorial que se hubiese creado.

Pero adentrémonos ya en el estudio de éstas para poder extraer así, todas sus posibilidades en orden a ganar representatividad donde no existe o es escasa o nula.

²¹³ Los beneficios que reportarían estos trasvases –que por otra parte no tendrían por qué reducirse al mismo sector o territorio (Vega et al., 2008, 118)– no se limitan a ganar representatividad donde no la hay sino que supondría ganar perspectiva y amplitud de miras a los sindicalistas al observar de manera directa los problemas de otras empresas ajenas a la suya y, por tanto, circunscritas en ámbitos más amplios pues no olvidemos que ,como dice Alfonso Mellado (Vega et al., 2008, 118), “(...)el territorio, el sector y la empresa se relacionan y se influyen recíprocamente”.

²¹⁴ Una aproximación a lo que aquí se indica, aunque sin que esa solidaridad vaya más allá del grupo de empresas, es lo que dispone el artículo 63 in fine del Convenio colectivo estatal de las Empresas de Seguridad a cuyo tenor: “Las empresas o grupos de empresas concederán un crédito horario anual de 1782 horas a las centrales sindicales por cada 60 delegados de personal o miembros de comité de empresa que hayan sido obtenidos por cada una de aquellas a nivel nacional, en la empresa o grupo.

No obstante lo antes expuesto, tal crédito anual se establecerá proporcionalmente en aquellas empresas o grupo de empresas en que existan un mínimo de 8 y menos de 60 miembros de comités de empresa o delegados de personal de una misma central sindical. De 60 en adelante, se asignará un crédito de 25 horas anuales por cada delegado de personal o miembro del comité de empresa elegido.

Este crédito le será adjudicado al trabajador o trabajadores que designe la central sindical beneficiaria”.

²¹⁵ El artículo 42.6.II párrafo del ET indica que “Lo dispuesto en el párrafo anterior –relativo a la posibilidad de que los trabajadores sin representantes puedan consultar a los de la empresa principal cuando compartan instalaciones– no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que dependa”.

²¹⁶ Podría servirnos de ejemplo el *délégué de site* del Derecho francés que podrá designarse, cuando la naturaleza y relevancia de los problemas comunes lo aconsejen, por acuerdo entre la empresa y los trabajadores y a instancia de la autoridad administrativa en aquellas empresas de menos de once trabajadores pero que coincidan con otras empresas en un mismo espacio que en conjunto ocupen, al menos, a cincuenta trabajadores de manera duradera. (art L 2312-5).

2.3 LA SECCIÓN SINDICAL SECTORIAL

Ya hemos visto que una de las opciones más satisfactorias del uso del crédito horario era aunar las horas de los distintos portavoces sindicales de un determinado territorio y sector y ofrecérselas a un delegado representante de la sección que hemos denominado, con Fernández (Vega et al., 2008. P 67), **sección sindical de sector** y que comprendería a todos los trabajadores afiliados al sindicato que trabajen en las micro y pequeñas empresas sin representación unitaria de un determinado ámbito sectorial y territorial, configurándose así como una instancia intermedia entre el sindicato y las secciones sindicales de empresa o centro de trabajo (Vega et al., 2008, p. 67) que puede aspirar a representar a todos los trabajadores del sector y territorio y no sólo a los afiliados, como se ha podido desprender del estudio de las secciones sindicales y sus portavoces máxime cuando, y este punto es clave, se acuerde en la negociación colectiva que el **delegado de sector** tenga capacidad de visitar todos y cada uno de los centros de trabajo comprendidos en su ámbito aunque no hubiese sección sindical constituida.

2.3.1. Constitución.

El primer problema con que nos encontramos, sin embargo, es con la propia creación de la sección sindical pues el artículo 8.1 de la LOLS dice que “los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, **en el ámbito de la empresa o centro de trabajo**, constituir secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los estatutos del sindicato”.

Es cierto que, como instancias organizativas del sindicato, pueden éstos crear estas secciones en razón a su libertad de autoorganización (art. 2.2.a LOLS), pero si queremos a la sección completa en su doble naturaleza es decir, también como representaciones externas a las que la ley les confiere determinadas ventajas y prerrogativas, que suponen correlativamente cargas y costes para la empresa, no habrá más salida que acordar su existencia en la negociación colectiva.

Lo que sí está claro, entiendo, es que, a diferencia de las secciones sindicales de empresa, donde son los afiliados quienes deciden constituir la sección “sin intervención de los órganos directivos del sindicato extraños a la unidad productora” (STS de 8 de junio de 1996, Rec. núm. 3066/1995), si la sección sectorial no está prevista en los estatutos del sindicato, no podrán los afiliados constituir las sin la anuencia de aquel, más todavía si sus estatutos lo prohíben. Y, al contrario, aunque no quisiesen, no podrían dejar de pertenecer a esa sección sectorial al haber expresado su voluntad de formar parte del organigrama del sindicato cuando se creó la sección sindical de empresa. Es decir, la sección sindical sectorial, que se fundamenta en la libertad de autoorganización del sindicato, trae su legitimidad, y en realidad su propia existencia, de la creación previa de las secciones sindicales de empresa o centro de trabajo constituidas por los afiliados que en ellas trabajen.

2.3.2. Requisitos de forma.

Los estatutos sindicales deberán disponer los requisitos formales para su constitución y las reglas de funcionamiento ateniéndose siempre a principios democráticos (art. 7 CE). Y entiendo que, en cualquier caso y aunque no se contemple en la negociación colectiva, será preciso comunicar, de forma fehaciente, su creación a todos y cada uno de los pequeños empresarios que puedan verse afectados por su existencia, pues no debemos perder de vista que el fin último de estas secciones sindicales es llevar la representatividad a las empresas donde no la haya debido a su pequeño tamaño – referencia tenida en cuenta por la legislación para posibilitarla– y ello se podrá hacer a través de delegados de sector que por un lado podrán penetraren todas las empresas del mismo a realizar actividades sindicales y, por otra, tendrán que costear su salario.

Desde luego, aunque sería conveniente, como en la sección sindical de empresa, inscribir su constitución en las oficinas del Registro y Depósito de los Estatutos Sindicales, no sería necesario –como tampoco lo era en aquella– una publicidad adicional al hecho de la comunicación al empresario como tampoco hacérselo saber a la autoridad laboral.

2.3.3. Organización.

La organización de la sección sindical sectorial, que recoja los estatutos, debiera partir de la Asamblea de afiliados, órgano de máxima decisión que, a su vez, eligiese una comisión ejecutiva y a su secretario general y que podrá estar compuesta por todos los afiliados del sector y territorio de que se trate o por una de comisionados –los portavoces de cada sección de empresa o de centro de trabajo– cuando por determinadas circunstancias, por ejemplo por la imposibilidad de reunir a todos los trabajadores simultáneamente –piénsese en el sector del pequeño comercio y sus márgenes horarios– sea lo más conveniente.

En cualquier caso, el órgano clave de esta sección, por las facultades de que deba estar dotado, será el o **los portavoces sindicales de sector**, los cuales sería interesante que formaran parte de la comisión ejecutiva, que serán elegidos por la asamblea de una terna compuesta por todos los portavoces incluidos en su sector y territorio.

2.3.4. Responsabilidades.

Sobre las posibles responsabilidades por la actividad de la sección, habrá que estar a las normas generales (art. 5.1 y 2 de la LOLS) y en cuanto a su duración, mientras existan afiliados en su ámbito entiendo que no debiera extinguirse ni aún por voluntad de sus miembros a no ser que los estatutos fijasen unos mínimos de trabajadores y/o empresas para poder funcionar.

2.3.5. Funciones.

Como ya se dijo, la creación de las secciones sindicales sectoriales tienen por fin último que el sindicato pueda ejercer mejor aquellas actividades dirigidas a la defensa,

protección y promoción de los intereses de los trabajadores de las pequeñas empresas y microempresas.

Por ello, deben desplegar toda una serie de acciones que les permitan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponde y que podemos estudiar, atendiendo a la necesidad o no de que deban reflejarse en la negociación colectiva y de que se trate o no de sindicatos más representativos, de la siguiente manera:

2.3.5.1. Derechos que, necesariamente, debe recoger la negociación colectiva.

a) El derecho a celebrar reuniones.

Este derecho, como los siguientes de este apartado, para que pueda ser desempeñado válidamente por la sección sindical sectorial, debe contemplarlo el convenio colectivo de referencia ya que el artículo 8.1 de la LOLS que lo acoge se refiere “al ámbito de la empresa o centro de trabajo” y es claro que la sección sectorial lo desborda.

Derecho, en cualquier caso, decisivo, no tanto para poder celebrar reuniones en el seno de la empresa o centro de trabajo, cosa harto difícil por las dimensiones de los locales de una microempresa que deba dar cabida a todos los trabajadores que puede tener el sector, sino por el posible crédito horario para asistir a las mismas en la sede del sindicato, por ejemplo.

Y es que, si no es por este posible permiso, carga para el empresario, no estaríamos hablando del derecho de reunión sindical que necesita previa notificación al empresario sino del más general derecho de reunión del artículo 21 de la Constitución que no necesita autorización previa alguna dado que no habría de llevarse a cabo en sus instalaciones.

No podemos obviar, sin embargo, que el derecho a un crédito horario para reuniones de la sección sindical sectorial es más bien impracticable debido a que si las reuniones han de realizarse en las sedes de los sindicatos, ello conllevaría sumar al tiempo de la

reunión, el de los desplazamientos, lo que sería insoportable para el pequeño empresario.

Por ello, sería más realista que ese crédito horario para reuniones sectoriales lo gozasen solo los portavoces de cada centro de trabajo que, por otra parte, podrían haber sido cedidos por el que tuvieran sus compañeros miembros de la sección sindical básica para reuniones en el centro de trabajo. Con ello, se solventaría también la cuestión antes vista de las asambleas de afiliados.

De ese modo, como requisito solo sería necesario la previa notificación al empresario y no cabe mencionar el que se haga fuera de la horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa (art. 8.1.b LOLS), como tampoco, obviamente, se debieran cumplir todos los requisitos del artículo 77 y ss. del ET como ya no era necesario en la sección sindical básica.

b) Derecho a recaudar las cuotas sindicales.

Otro derecho que podría desarrollar la sección sindical sectorial a través de sus portavoces, es el de recaudar cuotas en su significado más amplio de poder distribuir también artículos de propaganda sindical, venta de loterías etc. Y ello, pese a que la mera recaudación sea más conveniente para los sindicatos reconducirla a las domiciliaciones bancarias o descuentos en nómina y que la misma sección sindical de empresa –ésta por disposición legal– pudiera también hacerlo, sobre todo, porque es otra oportunidad más de contactar con los trabajadores. No olvidemos, no obstante, que la recaudación de cuotas siempre habrá de ser fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa (art. 8.1.c LOLS).

c) Derecho a distribuir información sindical.

Con los mismos requisitos de que se realice fuera de las horas de trabajo y sin menoscabar la actividad normal de la empresa, este derecho es uno de los más importantes que pueda desempeñar la sección sindical de sector dada la visión más extensa y profunda que siempre tendrá en comparación con la sección de empresa que no tendría por qué hacer dejación del mismo.

No es necesario recordar, que la otra vertiente del derecho –el de recibir información– ya la poseen los trabajadores por estar afiliados al sindicato en la empresa.

2.3.5.2. Derechos ex artículo 2.2.d LOLS.

Todos los derechos anteriores, entiendo, tienen que recogerse en la negociación colectiva para que la sección sindical sectorial pueda ejercitarlos ya que, como se dijo, el artículo 8.1 LOLS habla de los “trabajadores afiliados a un sindicato (...) en el ámbito de la empresa o centro de trabajo” no extensible, por tanto, a otros más amplios. Sin embargo, lo que conocemos como vertiente colectiva de la actividad sindical que contempla el artículo 2.2.d de la LOLS podrá llevarla a cabo sin necesidad de que así lo exprese el convenio colectivo pues este artículo establece el derecho de todo sindicato al ejercicio de la actividad sindical “en la empresa o fuera de ella” comprendiendo, como mínimo, el derecho a la negociación colectiva, el ejercicio del derecho de huelga, el planteamiento de conflictos individuales y colectivos y la presentación de candidaturas para la elección de comités de empresa y delegados de personal.

A estos derechos, que ya hemos visto que no son una lista cerrada, habría que añadir, en el caso de que se trate de sindicatos más representativos, el derecho a un tablón de anuncios y el derecho a la negociación colectiva estatutaria(art. 8.2 LOLS).

a) Promoción de conflictos colectivos.

Cuando se trate de conflictos de empresa, o de ámbito inferior, los órganos de representación sindical de los trabajadores estarán legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos (art. 154.c LJS).

Es claro que la ley está pensando en las secciones sindicales de empresa o de centro de trabajo, pero considero que no habría problema de que, indistintamente, cualquiera de las secciones sindicales –ésta última o la sectorial– pudiesen ejercitar esta facultad.

Y es que, bien por esta vía, o por la de la letra a de este mismo artículo 154 de la LJS – los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto– se llegaría, sin dificultad, a esta solución.

El mismo argumento nos sirve en relación a la impugnación de los convenios colectivos (art. 165.1 LJS). Y en cuanto a los conflictos de intereses y el derecho a la huelga, nadie mejor que la sección sindical de sector para coordinar las medidas en un determinado territorio y para dar cobertura a los trabajadores que las secunden, ya que la sección sindical de empresa siempre se vería limitada por sus escasos medios y por lo reducido de su perspectiva.

b) Negociación de convenios colectivos.

También, las secciones sindicales sectoriales pueden negociar convenios colectivos extraestatutarios (art. 37 CE) homogeneizando condiciones laborales a todo un sector y territorio con el fin de evitar el dumping social, aunque aquí nos encontraríamos con el problema de quién sea el interlocutor del lado empresarial pues ya sabemos de la eficacia personal limitada de estos convenios.

Sin embargo, si se trata de sindicatos que tengan la consideración de más representativos –a nivel estatal o de comunidad autónoma– las secciones sindicales sectoriales estarán legitimadas para negociar convenios colectivos estatutarios (art. 87.2 ET) cuando, también, encuentren interlocutor en la bancada empresarial: alguna asociación empresarial que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10% de los empresarios y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 15% de los trabajadores afectados (art. 87.3.c ET).

No obstante, en aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, estarán legitimados, también, las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10% o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, o las de Comunidad Autónoma que cuenten con un mínimo del 15% de las empresas o trabajadores (art. 87.3 ET).

De darse tal interlocución, sería interesante observar los resultados de una negociación colectiva que, superando el espacio de la empresa –a nadie se le escapa que es una quimera negociar convenios colectivos en una microempresa de cinco o seis trabajadores – pero sin llegar al ámbito provincial – ámbito sectorial por excelencia que ha sido vaciado enormemente con la últimas reformas laborales²¹⁷ y que engloba empresas de todo tipo (microempresas, pequeñas y medianas sobre todo)– logre reunir en su ámbito a todas las microempresas y pequeñas empresas de un sector que podrían así, igualar sus condiciones laborales ajustadas a sus dimensiones, sin verse afectadas por la competencia desleal de empresarios que no respetan o no logran cumplir las condiciones de los convenios provinciales.

c) Tablón de anuncios.

También, las secciones sindicales sectoriales de estos sindicatos más representativos, tendrán derecho a disponer de un tablón de anuncios dentro del centro de trabajo y en un lugar donde se garantice su acceso a los trabajadores (art. 8.2.a LOLS).

Este derecho lo puede ejercer, como ya vimos, la sección sindical de empresa allí donde esté instaurada y, además, indistintamente con la sección sectorial aunque ello no puede significar que se deba disponer de un tablón para cada sección uno para la de empresa o centro de trabajo y otro para la sectorial y ni siquiera que deba contar con divisiones específicas para cada una pues se trata siempre de secciones del mismo sindicato.

Lo que no está tan claro es si ese derecho a disponer de un tablón de anuncios que tendría la sección sectorial abarcaría a todas las empresas de su sector y territorio aunque en algunas no esté constituida una sección sindical de empresa, por ejemplo porque los estatutos del sindicato en cuestión establecen como requisito para su

²¹⁷ Además de facilitar la inaplicación de los convenios colectivos (art.82.3 ET), la Ley 3/2012 introdujo la prevalencia de los convenios colectivos de empresa en el artículo 84.2 del ET al disponer que “*La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias*” –las más relevantes– que enumera en siete apartados siendo el último una puerta abierta a cualesquiera que se dispongan en los acuerdos y convenios colectivos interprofesionales o sectoriales de ámbito estatal o autonómico que menciona el artículo 83.2 del ET que, por otra parte, no podrán disponer de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa (art.84.2 in fine ET). Téngase en cuenta que las SSTC de 16.07.14 y de 22.01.15, avalan la prioridad aplicativa del convenio de empresa que introdujo la mencionada ley 3/2012.

constitución el que haya un mínimo de afiliados en el centro de trabajo o, incluso, no haya afiliados en la misma.

Es cierto, que el primer apartado del artículo ocho de la LOLS habla, claramente, de los trabajadores afiliados a un sindicato en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, pero también es cierto que en el apartado segundo ya no se especifica y sí que se aclara que la finalidad del tablón de anuncios es la de “la de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los **trabajadores en general**”.

Y si esta interpretación parece muy forzada, siempre se podría llevar a la negociación colectiva estatutaria sectorial y exigirse, así, su implantación por vía convencional a todas las empresas del sector y territorio con lo que ello supondría de poder llevar la voz del sindicato a todos los trabajadores comprendidos en su ámbito.

d) Derecho a un local adecuado.

Más difícil veo el que se pueda exigir un local adecuado para la sección sindical sectorial, sobre todo, por dos razones:

1ª.- Porque aquí el artículo 8.2.c de la LOLS es contundente al condicionarlo a que estemos en una empresa o centro de trabajo con más de 250 trabajadores. Por lo tanto, no cabe asimilarlo a la suma de empresas de un sector y territorio.

2ª.- Porque es casi imposible que una microempresa pueda disponer de locales para una sección de tal envergadura además de que sería abusivo exigirle tal esfuerzo.

e) Promoción de elecciones.

Finalmente, en cuanto a la promoción de elecciones, puede llevarse la gestión por la sección sindical sectorial, más cercana a las empresas que las federaciones de los sindicatos y con más infraestructura que las secciones de centro de trabajo, que sí tendrán que asumir el trabajo de presentar candidaturas por razones obvias.

2.3.6. El delegado de sector.

El que se constituyan secciones sindicales sectoriales tiene, como uno de sus principales fines, el que los delegados de sector designados, con independencia de que exista una sección sindical en la empresa o centro de trabajo, puedan penetrar en su seno y realizar su acción sindical sin ningún problema siempre que lo hagan fuera de la jornada de trabajo y sin trastornar la actividad normal de la misma.

Por lo tanto, la primera y más importante **facilidad de actuación** de que deba dotar la negociación colectiva a los delegados de sector es la libertad de movimiento y entrada en todas las pequeñas empresas y microempresas de su demarcación o, al menos, en aquellas donde hubiera afiliados para poder desempeñar, así, el resto de derechos, garantías y facilidades que otorgase el convenio colectivo a los portavoces sindicales de empresa o de centro de trabajo aunque con las siguientes matizaciones:

1ª. En ningún caso se podrían dar duplicidades, por lo que si hubiese un portavoz y ejerciese cualquier derecho que suponga una carga, por mínima que sea, para la empresa, no podrá repetir el delegado de sector. Estoy pensando, por ejemplo, en los derechos de información activa y pasiva pues, entregada una información y documentación a uno, no se puede exigir al empresario que la entregue también al otro máxime cuando ambos pertenecen al mismo sindicato. O, sí es oído uno de manera previa a la adopción de medidas de carácter colectivo o cuando se sancione a un afiliado, no tiene porqué ser oído por la empresa también el otro²¹⁸.

2ª. En relación a las garantías, el delegado de sector, las ostentará, en todo caso, como portavoz sindical de empresa si lo ha recogido la negociación colectiva²¹⁹ como vengo proponiendo en este trabajo, por lo que no sería necesario volver a remarcarlo en el convenio colectivo. Y es que, el derecho de apertura de un expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves; la prioridad de permanencia con ocasión de despidos colectivos, movilidades geográficas o expediente

²¹⁸ Mejorando con mucho esta postura, el Convenio colectivo estatal de Estaciones de Servicio hace compatible las horas a que pudiera tener derecho un delegado de personal –al que asimila al delegado sindical en estaciones de servicio de, al menos cuatro trabajadores– con las cuarenta horas mensuales que se le atribuyen al **delegado provincial**, figura creada por el artículo 57 de este convenio que representa a las centrales sindicales que lo firman en el ámbito de la provincia.

²¹⁹ Este mismo Convenio, lo hace todo más sencillo al reconocer al delegado provincial todas las garantías del artículo 68 del ET.

de regulación de suspensión o de reducción de jornada; el derecho a no ser despedido por consecuencia del ejercicio de sus funciones representativas y el no ser discriminado en su promoción económica y profesional, son cauciones que el delegado de sector solo podrá ejercer frente a su patrono y no en relación a los demás empresarios del sector con los que se vea obligado a relacionarse por razón de sus actividades representativas los cuales, al no poder desplegar sus poderes de dirección y sancionadores al no ser trabajador de su plantilla que deba cumplir las obligaciones del artículo 5 del ET, deberían tener reconocido por la misma negociación colectiva un derecho de expulsión –respecto al cual el delegado podrá recurrir ante los tribunales– del centro de trabajo cuando se diesen determinadas comportamientos que pudieran poner en peligro la seguridad de las personas o la propiedad, se alterase el sistema productivo o se violentase las reglas de la buena fe, por ejemplo, no respetando el deber de sigilo por la información obtenida.

3ª. En cuanto a las facilidades de actuación, nada tendría que recordar la negociación colectiva en relación al delegado de sector sobre el derecho a expresar sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pues es inherente a su labor de representante aunque sí, la de poder publicar y distribuir información sindical en el caso de que no hubiese sección sindical de empresa ya que la labor de proselitismo es una de las más destacadas a llevar a cabo por los delegados sean portavoces o de sector.

4ª. Finalmente, será el crédito horario, junto con el derecho a acceder a los centros de trabajo, la facilidad de mayor calado que pueda tener el delegado de sector y, como ésta, la que dota de sentido a la sección sindical sectorial que nacería, ya lo vimos, para que el sindicato pueda estar presente en las microempresas y pequeñas empresas donde no haya representación. Ya se apuntó, que podría ser una cesión de las horas sindicales que el convenio colectivo dispusiese para los portavoces sindicales de aquellas empresas de menos de once trabajadores donde, o no se pueden celebrar elecciones a representantes unitarios, o la misma se obstaculiza con la necesidad de una doble votación (art. 62.1 ET). Y así, si se concediesen, por ejemplo, cinco horas mensuales a los portavoces o incluso menos, se podrían sumar y ceder a uno o varios

delegados de sector que quedarían “liberados” para ejercer a tiempo completo sus funciones representativas en todas las empresas del sector y territorio en cuestión²²⁰.

El coste de ese crédito horario, como también ya se adelantó, se repartiría de manera proporcional –según el volumen de negocio o en relación al número de trabajadores– entre todas las microempresas incluidas en su ámbito²²¹. Se trataría pues, de mutualizar la carga del crédito entre todas ellas para hacerla tolerable y, por lo tanto, factible cosa que puede no ocurrir en el Convenio colectivo estatal de Estaciones de servicio que indica que “el coste económico de las horas sindicales del delegado provincial deberá hacerlo efectivo la empresa afectada por el nombramiento”(art. 54.11),lo que solo se podría entender si comprendemos en el sector en que se daría esta figura del delegado provincial, constituido por grandes empresas oligopolistas que, sin ningún problema, podrían permitirselo.

La **designación** del delegado de sector podría realizarse, bien mediante elección directa de todos los afiliados trabajadores en microempresas y pequeñas empresas²²² del sector y territorio, bien mediante la vía indirecta de que sean los portavoces sindicales de cada una de aquellas empresas, quienes, entre ellos, eligiesen los puestos de delegados de sector. Opción ésta que, además de simplificar el proceso eliminando el obstáculo de tener que reunir, al tiempo, a cientos de trabajadores de infinidad de empresas, aunque podrían utilizarse las nuevas tecnologías para votar en la distancia, posibilita el mejor conocimiento de los candidatos, que difícilmente han podido hacer campaña, sin perder legitimidad democrática pues los portavoces sindicales han sido elegidos, a su vez, por los afiliados al sindicato de su empresa o centro de trabajo.

²²⁰ Recordemos que algo parecido, aunque referido solamente a los representantes unitarios, hace el Convenio estatal de la Industria del Calzado al disponer en su artículo 54.11 que “*en aquellas empresas menores de 16 en plantilla en las que, por sus escasas dimensiones o por la relevancia del puesto que desarrolle el delegado/delegada, éste tuviere dificultad en hacer uso del crédito de horas que le concede la ley, podrá pactar con su empresa la cesión de parte de su crédito horario al delegado/delegada comarcal sin que, en ningún momento, la cesión supere el 50% de las horas que por tal concepto le corresponden*”.

²²¹ Ya apunté más arriba que esta especie de mutualismo podría extenderse por la negociación colectiva a las grandes empresas que, o bien participan, en relación a su volumen de negocio y al número de la plantilla en cubrir el coste del crédito horario, o bien colaboran cediendo *delegados solidarios* a la sección sectorial.

²²² Se habrá observado que durante todo el trabajo se habla indistintamente de microempresas y de pequeñas empresas como posibles destinatarias de las distintas propuestas de mejora de la representatividad de los trabajadores. Ello es debido a que sus problemas de infrarrepresentatividad son parejos si bien, en las primeras es todavía más sangrante porque la legislación no permite la representación unitaria en ellas siendo la vía de la representación sindical la única posible para paliarla. En las segundas, no obstante, además de potenciar la representación sindical –objeto de este trabajo– se podría explorar también la ruta de la representación unitaria intentando mejorarla, por ejemplo, aumentando el número de delegados o, al menos, asentarla estableciendo mecanismos para que llegase a todas las empresas.

Por lo demás, al igual que ocurría con el portavoz, el nombramiento del delegado de sector debiera ser puesto en conocimiento de manera fehaciente de todos y cada uno de los empresarios incluidos en el ámbito de la sección sindical sectorial, para que aquel pudiere ejercer su cometido sindical sin problema alguno que pudieran oponer éstos alegando desconocimiento de su nombramiento.

En relación al **número de delegados**, entiendo que la escala del artículo 10.2 de la LOLS es insuficiente debido, sobre todo, a que a los trabajadores representados no se encuentran en unas mismas instalaciones de una empresa sino dispersos en un territorio y en distintas empresas que pueden estar alejadas por grandes distancias y a veces no bien comunicadas entre sí, con lo que la dificultad de realizar la actividad representativa aumenta considerablemente. Así pues, otras referencias serían más útiles como la del artículo 83 primer inciso del Convenio General del sector de Derivados del Cemento que posibilita la existencia de un delegado sindical en los términos previstos en el artículo 10 de la LOLS cuando la empresa en cuestión cuente con una plantilla superior a 100 trabajadores.

Finalmente, en cuanto a la **duración del mandato**, coincidirá, si se opta por la designación indirecta, con la del cargo de portavoz sindical. Por lo tanto, el delegado de sector cesará, como ya se vio en su momento, cuando desaparezca su sección sindical o por abandono del mismo delegado, o por su revocación a manos de quienes lo designaron.

TITULO TERCERO

EL CARGO ELECTIVO SINDICAL COMO INSTRUMENTO DE SINDICALIZACIÓN DE LAS PEQUEÑAS EMPRESAS Y MICROEMPRESAS.

El cargo sindical puede ser, junto al portavoz sindical y el delegado de sector, la tercera vía que nos ayude a conseguir representatividad en las pymes dadas las facultades que le otorga el artículo 9.1 de la LOLS, sobre todo la de poder acceder a los centros de trabajo para ejercer la acción sindical.

3.1. NATURALEZA JURÍDICA.

Los sindicatos, como organizaciones que *“contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales”* (art. 7 CE) de los trabajadores, necesitan proveerse de *“órganos de representación, gobierno y administración (...) así como el régimen de provisión electiva de sus cargos que habrán de ajustarse a principios democráticos”* (art. 4.2.c LOLS).

Y una vez elegidos, podrán ejercer *“la actividad sindical en la empresa o fuera de ella”* (art. 2.2.d LOLS) para lo que la misma ley, en su artículo 9.1²²³, les otorga una serie de derechos que puedan ser utilizados como herramientas para que el sindicato penetre y se establezca en las pequeñas empresas y microempresas.

Pero para ello, se han de dar dos requisitos:

²²³ Según el artículo 9.1 de la LOLS *“Quienes ostenten cargos sindicales electivos a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales más representativas, tendrán derecho:*

- a) Al disfrute de los permisos no retribuidos necesarios para el desarrollo de las funciones sindicales propias de su cargo, pudiéndose establecer, por acuerdo, limitaciones al disfrute de los mismos en función de las necesidades del proceso productivo.*
- b) A la excedencia forzosa, o a la situación equivalente en el ámbito de la función pública, con derecho a reserva del puesto de trabajo y al cómputo de antigüedad mientras dure el ejercicio de su cargo representativo debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo dentro del mes siguiente a la fecha del cese.*
- c) A la asistencia y el acceso a los centros de trabajo, para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores, previa comunicación al empresario, y sin que el ejercicio de ese derecho pueda interrumpir el desarrollo normal del proceso productivo”.*

1º. El representante del sindicato debe ostentar un cargo electivo a nivel provincial, autonómico o estatal.

No vale pues, que lo sea a nivel comarcal²²⁴ y menos aún de empresa²²⁵ como tampoco que lo sea en un nivel superior al estatal aunque García Murcia y Castro Argüelles (Pérez de los Cobos et al., 2010, p. 529), entienden que no habría problema para la aplicación analógica del artículo 9 de la LOLS a los cargos de organizaciones sindicales supranacionales dada la “identidad de razón”(art. 4.1 del C.C) entre ambos supuestos y porque la ausencia de mención explícita es fácilmente entendible por la singularidad del supuesto.

En todo caso, debe ser un “cargo electivo”, esto es, que habiendo sido elegido democráticamente por un sistema de mayorías, desempeñe funciones directivas y representativas en el sindicato (Pérez de los Cobos et al., 2010, p. 530) con lo que quedarían excluidos los que únicamente realizasen funciones administrativas²²⁶ y los que hubieren sido nombrados a dedo por quienes si hubiesen sido elegidos por una asamblea o congreso de afiliados o delegados.

Aclarado lo anterior, me surge la duda de si los empleados de los sindicatos elegidos como cargos debieran ser incluidos en el concepto de cargo electivo sindical.

García Murcia y Castro Argüelles (Pérez de los Cobos et al., 2010, p. 530), sostienen que para que entren en juego las reglas del artículo 9 de la LOLS, es preciso que el cargo electivo sea, al tiempo, trabajador de una empresa quedando fuera lo que denominan “funcionarios sindicales”. Y aunque no den razones del porqué, considero que ello puede tener su fundamento en que los derechos que otorga el artículo 9.1 en sus letras a) y b) solo pueden ejercerse frente a un empresario determinado que soporte las correlativas cargas.

²²⁴ El artículo 75 del Convenio Colectivo estatal para las Empresas Organizadoras del Juego del Bingo establece que *“los trabajadores y trabajadoras que sean elegidos para desempeñar cargos sindicales de ámbito sectorial (comarcal, provincial,...), podrán solicitar excedencia sindical por el tiempo necesario, siendo obligatoria para la empresa su concesión y la reserva de su puesto de trabajo, en los términos establecidos en la LOLS”*. Y el artículo 55.7 del Convenio estatal de la Industria del Calzado lo extiende todavía más al incluir, aunque eso sí, como en el Convenio del Juego del Bingo, solo en relación a la excedencia, a los cargos locales.

²²⁵ No puede ser, entonces, cargo sindical ni el delegado sindical del artículo 10 de la LOLS, ni el portavoz o delegado interno. Por la misma razón tampoco los representantes unitarios aunque hubiesen sido elegidos en candidaturas sindicales (Pérez de los Cobos et al., 2010, p. 530).

²²⁶ La STSJ de Cataluña de 1 de abril de 1998 (Ar. 2047) no reconoce el derecho de acceso al secretario de finanzas del sindicato.

Sin embargo, si nos atenemos al derecho de la letra c), crucial para aumentar la representatividad en las pequeñas empresas, observamos que no es necesario pertenecer a una empresa para ejercerlo. Es más, el no formar parte de la misma es lo que da sentido a esta facilidad de actuación ya que de trabajar en ella por no haber pedido la excedencia forzosa, es claro que podría entrar y salir libremente durante la jornada laboral. Lo que quiero decir, en definitiva, es que lo determinante es que el representante sea un cargo sindical elegido democráticamente con independencia de que trabaje en una de las empresas de su ámbito (sector, territorio) o no, como sería el caso de un empleado del sindicato que ha podido formar parte de una ejecutiva elegida conforme a los reglamentos o estatutos sindicales, cosa que es muy usual en la práctica.

2º. El cargo electivo sindical debe serlo de una organización sindical más representativa²²⁷.

Por lo tanto, solo el cargo sindical de esas organizaciones y no de otras, como por ejemplo, de las “suficientemente representativas” del artículo 7.2 de la LOLS puede disfrutar de los derechos que le brinda la ley aunque ello no es óbice para que la negociación colectiva pueda ampliarlo a otros sindicatos siempre bajo criterios objetivos que impidan conculcar el principio de igualdad y no discriminación en materia sindical²²⁸. Tal es el caso, por ejemplo, del Convenio Colectivo estatal del Sector de Agencias de Viaje que lo extiende al cargo sindical de todo sindicato aunque solamente con relación al derecho a la excedencia forzosa (art. 56. 11º).

3.2. FACILIDADES DE ACTUACIÓN DEL CARGO SINDICAL.

Cumplidos los dos requisitos anteriores, los cargos sindicales tendrán los siguientes derechos:

²²⁷ Recordemos que esta categoría de sindicatos la recogen los artículos 6.2 y 7.1 de la LOLS de los que ya hemos tratado.

²²⁸ La STC 98/1985, de 29 de julio ha dejado dicho que *“el legislador, en atención a finalidades que sólo a él compete establecer, haya decidido potenciar la actividad sindical mediante la extensión de un sistema de mayor representatividad, es una decisión política no controlable judicialmente, salvo si vulnera la obligada igualdad de trato de los sindicatos, que sólo admite aquellas diferencias que estén justificadas, o si impide el ejercicio de los derechos sindicales de los trabajadores y de sus organizaciones”*.

3.2.1. Derecho a disfrutar de permisos no retribuidos.

El primer derecho que reconoce el artículo 9.1 de la LOLS es el de poder gozar de los permisos no retribuidos necesarios para el desarrollo de las funciones sindicales propias de su cargo, pudiéndose establecer, por acuerdo, limitaciones al disfrute de los mismos en función de las necesidades del proceso productivo (art.9.1.a) LOLS).

1.- Se trata de permisos no retribuidos y, por tanto, diferentes a los contemplados en los artículos 37.3.e y 68.e del ET dedicados al crédito horario, y referidos a los representantes de los trabajadores en la empresa ya sean unitarios o sindicales aunque compatibles, “puesto que tanto uno como otro derecho tienen finalidades diferentes, el permiso no retribuido, para el desarrollo de las tareas propias del cargo electivo sindical, y el crédito horario, para el ejercicio de las funciones representativas de los trabajadores del centro de trabajo o empresa al que se extiende el ámbito de la representación” (STSJ de La Rioja, de 3 de abril de 2009, Rec. núm. 142/2009).

2.- Aunque no estén retribuidos, los permisos deben tener una justificación o fin pues solo se podrán disfrutar para el desarrollo de las funciones propias del cargo sindical, que serían aquellas que siendo de índole sindical (organización, estrategia, formación..), son distintas de las actividades de representación en la empresa²²⁹.

Igualmente, aunque la ley no lo diga, las exigencias de buena fe del trabajador y de la buena marcha de la actividad empresarial exigirán que, además de justificarse el uso de los permisos, se dé con suficiente antelación el necesario preaviso al empresario para que pueda planificarse la organización del trabajo.

3.- Se puede pactar entre el sindicato y la empresa limitaciones al disfrute de los permisos, como por ejemplo, estableciendo un tope de horas de disfrute semanal o mensual o solo para determinadas actividades sindicales o salvo en determinadas temporadas altas de producción pero siempre, eso sí, con un motivo empresarial que justifique las restricciones no valiendo cualquier obstáculo que no se base en el interés del proceso productivo. Como no precisa el precepto, entiendo que el acuerdo puede

²²⁹ La STS de 25 de octubre de 1999, Roj: STS 6613/1999, dice que “El derecho de los cargos electivos de los sindicatos al disfrute de permisos no retribuidos (...) exige, de acuerdo con el artículo 9.1.a) de la LOLS, (...) la correspondencia de la actividad para cuyo desarrollo se pide permiso con la función sindical propia del cargo”.

ser convenido, además de por la empresa y el sindicato, por el mismo cargo electivo con aquella (STS de 25 de octubre de 1999, Rec. núm. 1363/1999).

De no pactarse nada al respecto, no habría, en principio, limitaciones al uso del permiso en cuanto a la cantidad de ocasiones que se ejerza y al tiempo que se emplee en cada una de ellas aunque en este caso, parece lógico que lo sea por el tiempo indispensable para realizar las correspondientes tareas.

En el mismo caso de no haber nada pactado, si fuesen varios los trabajadores que pudieran beneficiarse de estos permisos, debería admitirse algún límite al disfrute simultáneo (Pérez de los Cobos et al., 2010, p. 533).

4.- Una última cuestión sobre estos permisos, de la que tratan García Murcia y Castro Argüelles (Pérez de los Cobos et al., 2010, p. 533), es si es posible aplicarles la regla del artículo 37.3.d del ET conforme al cual, cuando el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del 20 % de las horas laborables en un período de tres meses, la empresa podrá pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia forzosa.

Con buen criterio, estos autores niegan que la anterior regla acople en el supuesto del cargo sindical por dos motivos:

a) El primero, es que los fines del permiso no retribuido del artículo 9.1 de la LOLS nada tienen que ver con un deber inexcusable de carácter público y personal por más que los sindicatos cumplan objetivos de interés general.

Y es que, por deber inexcusable de carácter público y personal la jurisprudencia viene entendiendo toda aquella obligación exigida por las normas en beneficio de la comunidad que deba cumplirse personalmente como el ejercicio del derecho al voto; una citación de la Inspección de Hacienda; la actuación como testigos o como jurados en cualquier proceso o la renovación del DNI o del pasaporte, siempre que coincidan inexorablemente con el horario de trabajo (Sala et al., 2011, p. 645 y STSJ de Cataluña de uno de diciembre de 1992, Ar/63269).

b) A lo anterior, añaden, que la excedencia por motivos sindicales ya cuenta con el cauce específico de los artículos 9.1.b de la LOLS y 46.4 del ET, como veremos a

continuación, por lo que no tendría sentido articular otra vía donde ya hay una regulación determinada.

Sin embargo, esta segunda argumentación aparece feble si observamos que en estos últimos preceptos aludidos, la decisión de pasar a la excedencia es siempre y en todo caso, del trabajador por lo que la empresa nada podría hacer por muchos motivos empresariales que esgrimiera si aquel no optara por la suspensión del contrato. Es decir, no tienen la misma finalidad una y otra excedencia: la primera proteger la actividad empresarial, la segunda la actividad sindical, por lo que, al no ser la especificidad lo que las distinga sino su diferente naturaleza no puede argumentarse que ya existe una vía más apropiada sino que simplemente, el legislador al querer dar un mayor amparo a la libertad sindical²³⁰ no ha permitido la excedencia forzosa a instancia del empresario sino únicamente a la del trabajador.

3.2.2. Derecho a la excedencia forzosa.

Otro de los derechos al que pueden acceder los cargos electivos de las organizaciones sindicales más representativas es la excedencia forzosa de la que ya se ha hecho mención (art. 9.1.b LOLS).

Como bien apuntan García Murcia y Castro Argüelles (Pérez de los Cobos et al., 2010, p. 35), se trata de una facultad complementaria a la contemplada en la letra anterior del mismo precepto ya que, de no ser suficientes los permisos para realizar la labor sindical, el trabajador podría optar por disponer de toda la jornada para ello mediante la suspensión de su contrato de trabajo.

1.- En este caso, no está prevista ninguna limitación con base a las necesidades del proceso productivo, por lo que estamos ante un derecho cuyo ejercicio es de mayor contundencia que el de disfrute de permisos que no impedirá, no obstante, que el empresario esté facultado para exigir la acreditación necesaria que la justifique ya que, “la excedencia forzosa es una modalidad de protección de los derechos de los

²³⁰ Los derechos que otorga el artículo 9 de la LOLS al cargo sindical no forman parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical (STC 263/1994, de 3 de octubre) aunque ello no es óbice para que su eventual vulneración pueda ser objeto de protección por los medios jurisdiccionales de tutela de los derechos fundamentales (STC 61/1989, de 3 de abril).

trabajadores con cargo sindical que descansa sobre obligaciones que se imponen al empresario. En consecuencia, la imposición de obligaciones solo puede justificarse en atención a valores de trascendencia acorde con la propia importancia de la restricción introducida en los poderes de dirección del empresario” (STC 263/1994, de 3 de octubre).

Sin embargo, el que deba justificarse no significa que precise de autorización de la empresa, bastando que el trabajador notifique al empresario el pase a la situación de excedencia (STSJ de la Comunidad Valenciana, de 5 de octubre de 1999, Rec. núm. 3411/1998).

2.- El paso a la excedencia forzosa supone, como ya sabemos, la suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1.k. ET) y, consiguientemente, la interrupción de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45.2 ET) aunque se conserva el puesto de trabajo y el cómputo de antigüedad mientras dure el ejercicio del cargo representativo si a su finalización, el trabajador se reincorpora dentro del mes siguiente a la fecha del cese que, aunque normalmente será al finalizar un plazo determinado, también podría darse por la renuncia o revocación o por haberse sujetado a condición resolutoria según dispongan los estatutos sindicales.

En cualquier caso, el que el tiempo de excedencia compute en la antigüedad del trabajador no supone que contabilice para el abono de la indemnización pues “una cosa es el derecho al cómputo de la antigüedad en la excedencia forzosa, y otra la determinación del tiempo de servicios en la empresa a efectos del artículo 56.1,a) del Estatuto” (SSTS de 30 de junio de 1997, Rec. núm. 2698/96 y de 26 de septiembre de 2001, Rec. núm. 4414/2000).

Por ello, sería conveniente que a la hora de acordar la excedencia, y más aún si se establecen otras limitaciones, se pacte que el tiempo de excedencia compute también para calcular la indemnización por despido improcedente del cargo electivo (Collado et al., 2014, p. 135).

Al respecto hay que mencionar que la jurisprudencia ha rechazado la reincorporación antes de cesar en el cargo por aplicación de la teoría de los actos propios y de la exigencia de la buena fe contractual (STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2001,

Rec. núm. 62371998) que no impide, sin embargo, el pacto en contrario (Pérez de los Cobos et al., 2010, p. 538).

En cuanto a los trabajadores afectados por el término de la excedencia del cargo sindical, el Convenio Colectivo estatal para el Sector de Agencias de Viaje, si las empresas tienen una plantilla inferior a 50 trabajadores, les facilita cubrir la primera vacante que de su grupo profesional se produzca en la plantilla, salvo pacto individual en contrario (art. 56.11º) lo que supone, a mi entender, una inadmisibles renuncia de derechos prohibida por el artículo 3.1.c) del ET.

3.- Decir finalmente que, como ya se dijo, solamente pueden acogerse a la excedencia forzosa por razones sindicales quienes ostenten cargos sindicales en las organizaciones sindicales más representativas, lo que no supone, para nuestro TC, que ello atente al principio de igualdad de trato del artículo 14 de la CE o a la libertad sindical del artículo 28 del mismo texto, entre otras razones, porque no se impide a los demás sindicatos de “la posibilidad real de desarrollar una acción sindical eficaz” mediante las reglas del artículo 46.4 del ET (STC 263/1994, de 3 de octubre). Reglas que, en relación con las del artículo 48.3 del mismo texto legal, limitan, no obstante, los efectos pues el cargo sindical, cuando no lo sea de un sindicato más representativo, tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo: “deberá reincorporarse en un plazo máximo de treinta días naturales a partir de la cesación en el servicio, cargo o función” pero no necesariamente al cómputo de antigüedad por el tiempo transcurrido.

Desde luego, como ya se dijo, la negociación colectiva puede soslayar este requisito ampliando el derecho a los demás sindicatos como hace el Convenio Colectivo estatal para el Sector de Agencias de Viaje que permite “(...) solicitar la situación de excedencia aquel trabajador/a en activo que ostente cargo sindical de relevancia provincial, a nivel de secretario/a del sindicato respectivo y nacional en cualquiera de sus modalidades” (art. 56.11º). Esta medida –que adopta de igual manera el artículo 61 del Convenio Colectivo estatal del Sector de las Industrias Lácteas y sus Derivados– sin embargo, como compensación, reduce, como podemos observar, el ámbito del cargo sindical provincial a nivel de secretario del sindicato²³¹.

²³¹ También lo expande el artículo 85 del Convenio General del Sector de Derivados del Cemento, incluso si el cargo pertenece a los órganos de gobierno de régimen local, además de no exigir que se trate de un sindicato más representativo, si bien lo limita a que haya firmado el convenio colectivo, aunque poniendo también la traba de que el trabajador tenga una antigüedad de tres meses.

En todo caso, lo que no parece aceptable –salvo que se trate de un lapsus – es el olvido que hace el Convenio Colectivo estatal para la Industria Fotográfica al mencionar como únicos derechos del cargo electivo de las organizaciones más representativas el disfrute de permisos no retribuidos para el desarrollo de las funciones sindicales propias de su cargo y la asistencia y acceso a los centros de trabajo (art.13.4) obviando el derecho de excedencia forzosa.

3.2.3. Derecho de acceso a los centros de trabajo.

La última de las facilidades que el artículo 9.1 de la LOLS prevé para los cargos electivos de los sindicatos más representativos es la que ocasiona su inclusión en este estudio, toda vez que aquellos tienen derecho “(...) *a la asistencia y el acceso a los centros de trabajo para participar en actividades* propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores (...)” y ello, con independencia de que tengan relación alguna con la empresa²³² a la que entren y de que en ella haya afiliados a su sindicato.²³³

A nadie se le pueden escapar las posibilidades que ofrece este derecho si se optimiza su uso por los sindicatos los cuales, dispondrían de una extraordinaria punta de lanza para penetrar en las pequeñas empresas y microempresas carentes de representación.

1.- Sin embargo, la vía no está expedita pues no logra despejarse el inconveniente de cuál sea el alcance del derecho “a la asistencia y el acceso a los centros de trabajo”:

La interpretación más favorable a los intereses sindicales es que el cargo electivo pueda acceder a cualquier empresa por propia iniciativa y sin que tenga que ser invitado por los trabajadores que en ella estén empleados. De este modo, el cargo

Entiendo que, de no darse esos requisitos, simple y llanamente se aplicaría el artículo 9.1.c) de la LOLS y el cargo sindical de un sindicato más representativo aunque no haya firmado el convenio ni tenga tres meses de antigüedad podrá ejercer la excedencia pero eso sí, deberá ser cargo de ámbito provincial cuando menos.

²³² Si el cargo sindical fuera, al tiempo, de la empresa en cuestión, esta facultad supondría una extensión de sus posibilidades de circulación o movimiento por los lugares de trabajo (Pérez de los Cobos et al., 2010, p.544).

²³³ El artículo 9.1.c de la LOLS presenta una cercanía con otros preceptos de nuestro ordenamiento como el artículo 77.1 del ET que permite la presencia en la asamblea de trabajadores de personas no pertenecientes a la empresa o el artículo 35.4 de la LPRL que consiente que miembros de órganos específicos de prevención creados por la negociación colectiva o mediante los acuerdos a que se refiere el apartado tres del artículo 83 del ET, puedan acceder al conjunto de los centros de trabajo incluidos en el ámbito de aplicación del convenio o del acuerdo para fomentar el mejor cumplimiento en los mismos sobre prevención de riesgos laborales.

sindical sería el puente de playa que posibilitara el posterior desembarco del sindicato en las pymes a través de la organización y convocatoria de la actividad sindical de que se trate. Con ello, se soslayaría la inexpugnabilidad de estas empresas que giran en un círculo vicioso: como no hay afiliados o representantes de los trabajadores que previamente acojan a los cargos electivos, éstos no pueden atravesar las puertas del centro y, como consecuencia, no pueden hacer el proselitismo que posibilite la existencia de aquellos.

No obstante, tanto la mejor doctrina (Pérez de los Cobos et al., 2010, p. 544), como la jurisprudencia (SSTS de 11 de febrero de 2003, Roj: STS 855/2003 y de 28 de abril de 2009, Roj: STS 5320/2009)²³⁴ entienden que más bien se trata de un derecho a estar presente en una actividad ya organizada o convocada formalmente en el seno de la empresa por quienes están legitimados para ello²³⁵ (por ejemplo, los representantes unitarios o la sección sindical) lo que desvirtuaría el papel que podría tener el cargo sindical como agente del sindicato dispuesto a abrir brecha en todas aquellas pequeñas empresas carentes de representación²³⁶.

Quedaría, entonces, solamente esta posibilidad cuando se trate de solicitar el acceso y posterior reunión con los trabajadores con el fin de iniciar un proceso electoral²³⁷ es decir, de promover elecciones sindicales dentro de la cual podrían desarrollarse otras actividades como la enumeración de reivindicaciones, la exposición de programas de acción o la misma preparación de candidaturas y reclutamiento de candidatos (Pérez de

²³⁴ La primera sentencia indica y la segunda recuerda que “(...) *Tampoco cabe admitir interpretación errónea del artículo 9.1.c de la LOLS, toda vez que lo que este precepto orgánico tutela es el acceso, - que no el derecho de reunión -, a la empresa de quienes ostentan cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales más representativas. Estos cargos sindicales son titulares del derecho a acceder a la empresa más no lo son del correspondiente derecho a convocar reuniones en el seno de la misma del que, en exclusiva, son titulares los trabajadores de la empresa afiliados al sindicato y cuyo ejercicio reviste siempre carácter colectivo*”.

²³⁵ Aunque no sea necesaria una invitación expresa, la STSJ de Cantabria, de 5 de mayo de 2003, Rec.477/2003 entendió que el empresario puede negarse a la entrada del cargo electivo cuando sus trabajadores le han comunicado el deseo de que no participasen personas ajenas a la empresa en la asamblea que se proyecta realizar. Postura que puede vulnerar el derecho de libertad sindical del cargo electivo que no debiera ser condicionado ni por la empresa, ni por los trabajadores que integran su plantilla, ni por sus representantes unitarios (Collado et al., 2014, p.137).

²³⁶ La única posibilidad es que se trate de asambleas convocadas por un 1/3 de los trabajadores que inviten al cargo sindical a “*participar en actividades propias (...) del conjunto de los trabajadores*” lo que parece más bien una quimera.

²³⁷ Como advierte la STS de 14 de marzo de 1995, Rec.1577/1994, “*la facultad que establece el artículo 9.1.c de la LOLS se otorga a personas ajenas a la empresa que no supone una libertad incondicional de acceso y permanencia de los cargos sindicales en los centros de trabajo, sino que se trata de una presencia para participar en actividades propias del sindicato, lo que en definitiva remite a las formas lícitas de éste en la empresa(...)*” y entre ellas, la presentación de candidaturas para la elección de comités de empresa y delegados de personal (art 2.2.d LOLS). “*La elaboración de una candidatura, así pues, es actividad propia de un sindicato que legitima su pretensión de acceder físicamente al interior del centro de trabajo*”. (STSJ de Baleares de 1 de junio de 1999, Rec.245/1999).

los Cobos et al., 2010, p. 545)²³⁸. Como dice la STSJ de las Islas Baleares de 1 de junio de 1999, Rec. núm. 245/1999, “la presentación de candidaturas (...) ha de legitimarle para reunirse con los trabajadores en el recinto empresarial, con la finalidad de captar candidatos y promover y apoyar la presentación de listas, siempre que, (...) esas reuniones se celebren fuera del horario laboral y sin perturbar la normal actividad de la empresa”.

Sin embargo, nada podría hacerse en aquellas microempresas de menos de 6 trabajadores donde, como es sabido, no pueden celebrarse elecciones por tácita prohibición de la ley (art. 62.1 ET).

No queda más opción, si queremos dotar al cargo sindical de libertad de movimiento en las empresas, con las limitaciones que marca el mismo artículo 9.1.c de la LOLS claro está, que recurrir a la negociación colectiva²³⁹ que podría, al menos, posibilitarlo a las microempresas impedidas de tener representantes y añadiendo, a modo de correspondencia o equilibrio, algún requisito más de los que establece aquel precepto como por ejemplo, fijando un plazo dilatado de la comunicación previa al empresario o restringiendo el número de visitas o dando, incluso, capacidad de vetar la entrada al centro de trabajo cuando hubiere razones empresariales objetivadas y de importancia que se tendrían que justificar, al empresario.

2.- En todo caso, el derecho de acceso se concede al cargo electivo para *“participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores”* inciso, este último, que extiende el derecho más allá del contenido de los artículos 8.1 y 2.2.d de la LOLS dedicados, como ya sabemos, a la actividad sindical en la empresa o

²³⁸ Pero cuidado, pues como indica la STC 76/2001, de 26 de marzo, “(...)para que exista un proceso de promoción de elecciones sindicales como parte integrante de la actividad sindical en la empresa y tutelado como manifestación de la libertad sindical deben cumplirse los requisitos legales a los que se condiciona su validez. Entre otros, y por lo que aquí interesa, que dicho proceso se inicie por los sujetos legitimados al efecto, que el propósito de celebrar elecciones se comunique por parte de los promotores a la empresa y a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral con un plazo mínimo de, al menos, un mes de antelación al inicio del proceso electoral, etc. (art.67 LET). Si efectivamente el Sindicato ahora solicitante de amparo, como propugna en su demanda, hubiera visto vulnerado su derecho a la promoción de elecciones sindicales, debiera, al menos, haber alegado su condición de promotor, la existencia de pruebas o indicios que pusieran de manifiesto la iniciación de un proceso de elecciones sindicales, tales como la comunicación a la oficina pública o, incluso, que el proceso se llevaba a cabo cumpliendo las exigencias temporales de preaviso previstas legalmente. Pero nada de ello es alegado en la demanda de amparo ni a lo largo del proceso judicial, lo que resulta en gran medida lógico habida cuenta de que, en realidad, y pese a que otra sea la pretensión sindical, no es tanto la promoción de elecciones sindicales el objeto del presente recurso de amparo cuanto la solicitud de una asamblea para tratar de dicho proceso y, en función del resultado de la misma, iniciar, en un momento ulterior, los trámites legales exigidos para la verdadera promoción”.

²³⁹ No hay duda alguna de que, mediante convenio colectivo se pueden ampliar las facilidades para los cargos electivos de los sindicatos más representativos (STS de 20 de abril de 1994, Rec.570/1993).

fuera de ella como, por ejemplo, la realización de asambleas de trabajadores, información y consulta sobre la normativa aplicable al centro de trabajo etc.²⁴⁰.Aclaratorio es, al respecto, el artículo 73.1.c) del Convenio General de la Industria Química al decir que los cargos sindicales tendrán derecho “a la asistencia y acceso a los centros de trabajo para participar en actividades propias de su Sindicato o del conjunto de los trabajadores, ya sean reuniones o asambleas con las secciones sindicales, el comité de los trabajadores, o en reuniones de discusión o negociación con la Dirección de la empresa, previa comunicación al empresario y sin que el ejercicio de ese derecho pueda interrumpir el desarrollo normal del proceso productivo”. En este sector pues, se posibilita que el cargo sindical pueda, además de reunirse con los trabajadores, entrevistarse con el empresario sobre cualquier asunto relativo a las condiciones de trabajo en la empresa lo que no deja claro el artículo 9.1.c) de la LOLS cuya interpretación restrictiva podría conducir a una negativa de aquel a recibirlo²⁴¹.

3.- No se puede, por lo demás, llevar a cabo el derecho de cualquier manera y sin requisito alguno pues la LOLS exige que sea “previa comunicación al empresario” y sin que su ejercicio “pueda interrumpir el desarrollo normal del proceso productivo”. De ser así, la empresa deberá aceptar la entrada en sus instalaciones sin que pueda condicionarla a una autorización previa por escrito o a una limitación temporal de quince días (STSJ Cantabria de 25 de octubre de 1996, Rec. núm. 1431/1996).

En cuanto a la comunicación, puede ser expresa pero también se admite la tácita pues “(...) en el caso del proceso electoral que tiene un trámite previo para su puesta en marcha, con registro en una oficina pública y notificación a la empresa del inicio de las elecciones, con la debida antelación, no parece necesario que, además, precediera el aviso del sindicato para intervenir en la votación, con tal de que se hiciera saber que actuaban en representación sindical” (STSJ de Andalucía de 31 de mayo de 1999, Rec. núm. 1470/1999).

²⁴⁰ La STSJ de Andalucía de 25 de noviembre de 1994, Rec.2242/1994, entiende que “(...) repartir información a trabajadores y cursillistas, en horario laboral, sin interrumpir la producción, debe quedar comprendida en las facultades reconocidas al sindicato demandante (...) por el repetido artículo 9.1.c) de la LOLS en conexión con el artículo 2.2.d) para satisfacción de los derechos de los trabajadores de la empresa demandada, amparados en los artículos 2.1.d) y 8.1.c) de la repetida LOLS”.

Sin embargo, la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 25 de abril de 2002, Rec.754/2001, se deniega el acceso al cargo sindical que pretendía participar en una rueda de prensa.

²⁴¹ Fernández, no obstante, lo tiene claro al entender que el acceso a la empresa “para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores” conlleva, no solamente el poder verse con los trabajadores, sino también el tener derecho a conferenciar con el empresario pues si no, se vaciaría de contenido aquel derecho al hacerlo ineficaz (Vega et al., 2008, p.82).

La comunicación, en cualquier caso, debe ser previa, por lo que podría negar la empresa el acceso al cargo sindical si se da en el instante mismo de pretender la entrada.

Lo que no dice la ley es el plazo que deba darse habiendo admitido la jurisprudencia como razonable el de 24 horas (STSJ de Madrid de 27 de diciembre de 2004, Roj: STS MAD 16064/2004) aunque se admite la presentación casi simultánea a la pretensión de acceso (STSJ de Castilla/León de 29 de junio de 1995 (Ar. 2356).

Tampoco indica nada en relación al contenido, siendo aceptable que la empresa exija al sindicato que le informe acerca “del día y hora de la visita y motivo con identificación de las personas que acudan y cargo que ostentan” (STS de 30 de mayo de 2002, Roj: STS 9225/2002) como también lo es, el que le requiera la debida acreditación del cargo o responsabilidad sindical que se ostente (STSJ de Madrid de 23 de abril de 2002, LA LEY 78532/2002). En última instancia, podría aplicarse analógicamente el artículo 79 del ET dedicado a los requisitos de tiempo y forma que deban darse en la convocatoria de una asamblea de trabajadores²⁴² (Pérez de los Cobos et al., 2010, p. 546 y STSJ de Cantabria de 5 de mayo de 2003, LA LEY 80620/2003).

Además del preaviso, ya hemos visto que el ejercicio del derecho no puede “interrumpir el desarrollo normal del proceso productivo” ni siquiera momentáneamente (STSJ de Andalucía de 1 de marzo de 1994, Rec. núm. 272/1994). Ello supone que se haga fuera de las horas de trabajo, al menos, en relación a los trabajadores convocados al efecto y, en este último caso, sin que pueda afectar al resto de los que sí están en su horario laboral por ocupar sus áreas de trabajo.²⁴³

4.- En cuanto a los lugares aptos para el ejercicio de este derecho, se admite la utilización de zonas comunes de la empresa como por ejemplo, salas de descanso o pauseros donde los cargos sindicales puedan contactar con los trabajadores (STS de 25 de abril de 2012, Rec. núm. 56/2011). Sin embargo, el derecho de entrada a los

²⁴² Dice el artículo 79 del ET que “La convocatoria, con expresión del orden del día propuesto por los convocantes, se comunicará al empresario con cuarenta y ocho horas de antelación, como mínimo, debiendo este acusar recibo”.

²⁴³ La STSJ de Andalucía de 25 de noviembre de 1994, Rec.2242/1994, entiende que el ejercicio de derecho contemplado en el artículo 9.1.c de la LOLS puede darse dentro del horario laboral cuando, por su naturaleza, no se produzca cesación en el trabajo.

Recordemos que, a diferencia de los derechos que el artículo 8.1 de la LOLS reconoce a los afiliados a un sindicato que precisan para su ejercicio que se lleven a cabo “fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa”, el derecho de acceso a los centros de trabajo por el cargo electivo solo tiene que no “interrumpir el desarrollo normal del proceso productivo”.

centros de trabajo, no implica que los cargos sindicales puedan moverse “como Pedro por su casa” por cualesquiera dependencias de la empresa, estando justificada la negativa empresarial a que se acceda a zonas restringidas o reservadas por razones de seguridad o de orden interno (STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 2004, Rec. núm. 6551/04).

Como tampoco escuda decisiones que supongan ocupación de los centros de trabajo ya que “el artículo 9.1.c de la LOLS tampoco configura una libertad incondicionada de acceso y permanencia de los cargos sindicales en los centros de trabajo sino que se trata de una presencia para participar en actividades propias del sindicato, lo que en definitiva remite a las formas lícitas de acción de éste en la empresa” (STS de 14 de marzo de 1995, Roj STS 1507/1995).

De igual modo, el empresario no está en la obligación de ceder sus locales para uso de los cargos sindicales pues una cosa es que puedan asistir a las reuniones programadas en su seno y otra que estén legitimados para solicitar directamente el uso de los bienes o propiedades de la empresa (Pérez de los Cobos et al., 2010, p. 547).

5.- Recordar finalmente, que tanto este como los otros dos derechos que consagra el artículo 9.1 de la LOLS forman parte del contenido adicional de la libertad sindical (STC 18/2003, de 30 de enero). Por lo que, el impedir la entrada del cargo sindical a los centros de trabajo supone una vulneración del derecho de libertad sindical (STSJ de Canarias de 14 de marzo de 2005, Rec. núm. 1130/2004) tutelable en amparo constitucional (STC 61/1989, de 3 de abril).

Es más, este derecho, a diferencia de los contemplados en las letras a y b del mismo apartado primero del artículo 9 de la LOLS, tiene un plus de protección frente a su posible vulneración empresarial, lo que logra explicarse por el mayor reparo que pueda tener un empresario a dejar entrar a personas extrañas en su empresa y, por lo tanto, su mayor susceptibilidad de conculcación. Y así, el artículo 8.6 de la LISOS califica como infracción muy grave “la vulneración del derecho de asistencia y acceso a los centros de trabajo, en los términos establecidos por el artículo 9.1.c, de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, de quienes ostenten cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales más representativas” pudiendo ir el montante de las sanciones desde 6251 a 187.515 euros (art. 40.1.c de la LISOS).

Es claro, que los atropellos a las ampliaciones que la negociación colectiva pueda hacer de estos derechos no quedarían cobijadas por la protección que brinda la LISOS ya que el artículo 8.6 habla de la “vulneración del derecho de asistencia y acceso a los centros de trabajo, en los términos establecidos por el artículo 9.1.c, de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical” pero sí cuando se trata meramente de salvaguardar la libertad sindical pues “este tribunal reiteradamente ha declarado que el artículo 28.1 de la CE integra, además de la vertiente organizativa de la libertad sindical, los derechos de actividad y medios de acción de los Sindicatos –huelga, negociación colectiva, promoción de conflictos– que constituyen el núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical. Pero también que, junto a los anteriores, los Sindicatos pueden ostentar también derechos o facultades adicionales atribuidas por normas legales o convenios colectivos que se añadan a aquel núcleo esencial. Así el derecho fundamental se integra no sólo por su contenido esencial sino también por esos derechos o facultades adicionales, de modo que los actos contrarios a estos últimos son también susceptibles de infringir dicho artículo 28.1(...)” STC 76/2001, de 26 de marzo.

3.3. RESUMIENDO: CUÁL DEBIERA SER EL PAPEL DEL CARGO ELECTIVO SINDICAL PARA GANAR REPRESENTATIVIDAD EN LAS PYMES

Aprovechar la figura del cargo electivo sindical, conforme está configurado actualmente en la normativa laboral, es una elección de la que disponen ya las organizaciones sindicales más representativas para asentarse en las pymes de seis o más trabajadores con ocasión del derecho de acceso para iniciar un proceso electoral aunque en ellas no hubiere previamente afiliado alguno al sindicato. Es cuestión pues, de ponerse a ello sin más dilación. A continuación, paralelamente a la elección del representante unitario, si lo contemplan los estatutos sindicales, se podría crear la sección sindical de empresa o de centro de trabajo con la designación del portavoz interno el cual, junto con todos los demás de ese mismo sector y territorio, que hubieran seguido el mismo proceso, conformarían la sección sindical sectorial con sus delegados de sector. Y a partir de aquí, tendría que ser la negociación colectiva la que dispusiese que este tuviera derecho de acceso a cualquiera de las pymes de su ámbito, pudiendo así expandir las secciones sindicales de empresa, y/o extender este derecho, que ya posee el cargo

electivo sindical con ocasión de iniciar un proceso electoral, a las pymes de menos de seis trabajadores o a cualesquiera otra pero en este caso sin constreñirlo a unas elecciones sindicales, sino más bien para impulsar la implantación del sindicato en la empresa a través de la creación de la sección sindical. Es decir, el problema primigenio de cómo dar el primer paso para introducirse en las pymes y así iniciar el nacimiento de los órganos representativos de los trabajadores ya sea el representante unitario o la sección de sindical de empresa lo puede resolver perfectamente el cargo electivo sindical, al menos en un primer momento, pudiendo ser acompañado posteriormente – una vez creada toda la estructura sindical– por los delegados de sector cuando así lo contemple la negociación colectiva como ya vimos.

* * *

TITULO CUARTO

LAS REPRESENTACIONES ESPECIALIZADAS COMO INSTRUMENTOS DE SINDICALIZACIÓN DE LAS PEQUEÑAS EMPRESAS Y MICROEMPRESAS.

Además de las secciones sindicales, con sus portavoces o delegados internos, y el cargo electivo sindical, nuestro ordenamiento laboral prevé algunos supuestos de representación específica o especializada que podrían aprovecharse para suplir la falta de representación de los trabajadores en las pymes. En efecto, aparte de la comisión “ad hoc” ex artículo 41.4 del ET que ya vimos muy por encima en el título segundo de este trabajo y que ahora pasamos a desarrollar en más profundidad, cabe mencionar la comisión de prevención de riesgos laborales, de posible ámbito sectorial, que prevé el artículo 35.4 de la LPRL; una potencial comisión de igualdad por la vía del artículo 85.1 ET; un órgano específico de consulta y seguimiento de los despidos objetivos que se den en el ámbito de la negociación colectiva correspondiente con base en el artículo 85.2 del ET y finalmente, la comisión paritaria del convenio colectivo que recoge el artículo 85.3.e del ET y que, en realidad, será la matriz de las dos anteriores. Nos detendremos principalmente en las dos primeras dejando un breve esbozo para las restantes.

4.1. LA COMISIÓN AD HOC EX ARTÍCULO 41.4 ET

Como ya se dijo en su momento, esta comisión puede establecerse en aquellas empresas que, queriendo iniciar un proceso de reestructuración (movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, expedientes de suspensión o de reducción de jornada, despidos colectivos o inaplicación del convenio colectivo) estén faltos de representantes legales que puedan negociar, en el período de consultas, con la empresa “las causas motivadoras de la decisión empresarial y la

posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados” (art. 41.4. primer párrafo ET).

4.1.1. Fundamento y antecedentes.

Como indica De la Villa Gil (2011, p. 2), el fundamento de esta comisión ad hoc (ya sabemos que, en realidad, se trata de dos clases de comisiones una interna o laboral y otra externa o sindical) es, además de intentar evitar la representatividad espontánea, o a través de las asambleas, potenciar los períodos de consultas en las microempresas y pequeñas empresas y, por tanto, fortalecer la negociación colectiva frente a la fijación de condiciones de trabajo por la vía contractual con lo que ello supone de riesgo para el trabajador.

Antes de la reforma de 2010 (Real Decreto-Ley 10/2010 de 16 de junio) que creó estas comisiones²⁴⁴, los intérpretes del derecho intentaban dar distintas soluciones al problema de que no hubiesen representantes de los trabajadores –legales o sindicales– que pudieran negociar con la empresa las medidas de reestructuración que ésta deseaba establecer y así, se defendían las siguientes posturas (Álvarez del Cubillo 2002, p. 115 y ss.):

a).- La previa convocatoria de elecciones a representantes de los trabajadores. Lo que supondría dilatar en exceso la puesta en marcha de las medidas pretendidas

²⁴⁴ Esta norma únicamente previó las comisiones *ad hoc* para los casos de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo y descuelgues de convenio. Con la Ley 35/2010 las comisiones se extendieron al despido colectivo y, a su través, a los expedientes de suspensión y reducción de jornada por remisión del artículo 41.4 del ET que hizo lo propio con todas las reestructuraciones empresariales afectadas quedando así unificado su régimen jurídico. Finalmente, el RDL 11/2013, de 2 de agosto introdujo modificaciones en relación al periodo de consultas así como también retocó, al respecto, el RD. 1483/2012, de 29 de octubre.

Aparte de la bibliografía que se menciona en este trabajo, hay una incommensurable labor investigadora que trata de la comisión “ad hoc” ex artículo 41.4 ET dentro de un estudio general de la reforma laboral. Baste mencionar, por ejemplo, las siguientes: Reforma laboral 2012: últimas reformas laborales y de seguridad social (actualizado con los últimos reales decretos sobre despidos colectivos, suspensión y reducción de jornada, contratos para la formación y aprendizaje, comisión consultiva nacional de convenios colec... / coord. por Carlos Luis Alfonso Mellado, Guillermo Emilio Rodríguez Pastor, 2013, ISBN 9788490336625, págs. 15-30; El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas por José Luis Monereo Pérez Valencia : Tirant lo Blanch, 2012. ISBN 978-84-9004-600-5 y, finalmente, La flexibilidad interna tras la reforma laboral: la Ley 3/2012, de 6 de julio de Remedios Roqueta Buj Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. ISBN 978-84-9033-219-1.

además de que en las microempresas, o bien no podrían celebrarse directamente –las de menos de seis trabajadores– o, de la misma manera, por no llegar a un acuerdo previo para ello, no sería posible –entre seis y diez trabajadores como ya sabemos–.

b).- Imposibilidad de llevar a cabo la medida empresarial. Dado que se requieren unas negociaciones con los representantes de los trabajadores y éstos no existen, no sería factible que en la empresa se pudieran adoptar esas medidas de carácter colectivo. Como dice el Tribunal Supremo, “la empresa que no cuenta con representantes de los trabajadores puede verse privada de los instrumentos de gestión previstos en los artículos 34.2 y 3, 40.2, 41.2, 47, y 51.2 del ET puesto que todos exigen consultas con los representantes de los trabajadores”. (STS de 31 de enero de 2001, Ar 2138).

Sin embargo, ello sería fatídico en muchas ocasiones para la misma supervivencia de la empresa a la que, por otro lado, no le es achacable esa falta, al menos en las muy pequeñas empresas, que por ley, se ven privadas de representantes como ya sabemos, lo que supondría una discriminación inadmisibile.

En cualquier caso, hay que señalar que esta postura era unánime cuando se trataba de modificar condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo estatutario de ámbito sectorial dado que el antiguo artículo 41.2 del ET exigía sí o sí el acuerdo con los representantes de los trabajadores (Nieto, 2012, p. 58).

c).- Amortizar el período de consultas. Otra posición extrema era entender que, como no había representantes de los trabajadores, se podría eludir las consultas y seguir el procedimiento adelante solicitando el empresario las correspondientes autorizaciones administrativas en los despidos colectivos o en las suspensiones por causas económicas y empresariales o, directamente, de manera unilateral, realizar los traslados, con notificación a la autoridad laboral, y las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo no reconocidas por convenios colectivos.

No obstante, esta postura tenía el inconveniente de ir frontalmente contra el derecho comunitario (Directiva 98/59/ CE y Directiva 2002/14/CE) pues, indefectiblemente, “la ausencia de representantes en estos casos provocaría que los trabajadores quedaran *sin voz* ante estas medidas colectivas, sin posibilidad de proponer alternativas menos

traumáticas que la decisión empresarial” (Álvarez del Cubillo, 2002, p. 117) o, simplemente, que se opusieran sin matices por ineficaces o injustas.

d).- Negociación con la totalidad de los trabajadores. Superada la idea de prescindir de las negociaciones, algunos autores opinaban que la única solución posible era que la empresa pactara con la totalidad de los trabajadores, al menos en las pequeñas empresas pues “(...) es evidente que no puede negarse, que en ausencia de tales representaciones, sea el conjunto de trabajadores –y no solo con los disidentes o con los afectados– de la organización productiva afectada el que defienda sus propios intereses, puesto que lo contrario supondría extirpar toda posibilidad de defensa de sus intereses por vías pacificadoras” (Monereo y Fernández, 1997, p. 167).

En esta línea, alguna doctrina judicial venía atribuyendo, o bien naturaleza estatutaria – carácter normativo y eficacia general– a los acuerdos negociados directamente por la mayoría de los trabajadores con el empresario soslayando el sistema de representación (STSJ de Aragón de 26 de enero de 1994, Rec. núm. núm. 929/1993), o bien carácter extraestatutario derivados directamente del artículo 37.1 de la CE (STSJ de Andalucía/Sevilla de 7 de diciembre de 1999, Rec. núm. núm. 3719/1999).

Sin embargo, debe quedar claro que negociar con la totalidad, o la mayoría, de los trabajadores supone hacerlo de manera simultánea y conjunta con todos ellos y no de forma individualizada y aislada lo que supondría, más bien, una contratación individual en masa donde los trabajadores carecerían de poder negocial suficiente para oponerse a las decisiones empresariales y ello con independencia de que “las nuevas medidas sean más o menos favorables para quienes las aceptan sino que tales medidas por su transcendencia, importancia y significado supusieran la introducción unilateral de mecanismos de regulación colectiva de las condiciones de trabajo que soslayan y eviten la intervención de los representantes sindicales en los términos establecidos en el artículo 10-3 LOLS. o vaciando de contenido efectivo el Convenio Colectivo”. (STC 208/93 de 28 de junio).

Desde luego, esta negociación con la totalidad de los trabajadores solo se podría dar en las empresas muy pequeñas, además de que se tendría que aclarar si aquellos deberían actuar por unanimidad o por mayorías –más lógico esto último en pro de la eficacia negocial–, sin olvidar de que venía sosteniéndose que, en todo caso, “la negociación directa entre el empresario y una pluralidad de trabajadores no puede tener

nunca efectos colectivos “y si “la eficacia que el derecho otorga a los pactos individuales” (Álvarez del Cubillo, 2002, p. 118). Es decir, que sin representación, los acuerdos pactados con la empresa no pueden verse amparados en ningún caso por “la fuerza vinculante “del artículo 37.1 de la CE ya que toda negociación colectiva –también la extraestatutaria– solo puede llevarse a cabo por un sujeto colectivo “que además goce de legitimación para lograr acuerdos de carácter colectivo por ser portador de la representación sindical o legal de los trabajadores en cuyo ámbito despliegue la eficacia el convenio” (Benavente, 2015, p. 74). Doctrina extensible, como señala esta autora, a la consultas/negociaciones con la empresa por un representante designado por los trabajadores en los procedimientos de los artículos 40, 41, 47 y 51 (STS –contencioso-administrativo– de 22 de abril de 1989. ROJ: STS 2605/1989) y a los descuelgues del convenio y negociación de nuevas condiciones a través de pactos individuales en masa o, incluso, mediante designación de representantes *ad hoc* hasta que se produjo la reforma de 2010 (STSJ de Galicia de 26 de febrero de 2004, Rec. núm. núm. 2889/2001) a no ser que el convenio prevea la intervención directa de los trabajadores cuando no haya representación (STSJ de Galicia de 9 de julio de 1998, Rec. núm. núm. 2137/1998).

e).- Por último, se imaginaron dos vías de solución:

1. La primera de ellas, era atender a la negociación colectiva que sería la que llenaría el vacío legal al determinar qué ha de entenderse por “representantes de los trabajadores” a efectos de reestructuraciones empresariales cuando no los hubiere, además de establecer un procedimiento o posibilitar que los sindicatos más representativos pudieran negociar con la empresa aquellas medidas.

Empero, esta postura encontraba el escollo del principio de legalidad ya que la determinación de quiénes deban ser “representantes de los trabajadores” corresponde a la ley cuando se trata de negociar colectivamente supuestos previstos y exigidos por aquella (art. 53.1 CE). En contra la STSJ de Galicia de 9 de julio de 1998, Rec. núm. Núm. 2137/1988 ya citada.

2. La otra posible salida sería el nombrar un comisión *ad hoc* a través de la asamblea de trabajadores utilizando para ello la vía de la analogía *legis*, en concreto con el artículo 87.1 del ET que permite que los trabajadores que se

viesen afectados por el acuerdo franja, reunidos en asamblea, designen una representación sindical con implantación suficiente.

No obstante, esta solución también presentaba un gran inconveniente, pues aunque nos encontramos con dos supuestos semejantes, más difícil es apreciar la identidad de razón ya que en el artículo 87.1 ET no se trata de dar una respuesta a la falta de representación unitaria sino la de permitir la posibilidad de pactar convenios colectivos estatutarios que afecten solo a una parte de los trabajadores de la empresa caracterizados por algún rasgo objetivo y determinable (por ejemplo, el grupo profesional) y jamás a la totalidad de la plantilla. Por lo tanto, solo cuando se tratara de una reestructuración empresarial que “afectara solo a un grupo de trabajadores de la empresa determinable en abstracto mediante criterios objetivos” (Álvarez del Cubillo, 2002, p. 123) podríamos recurrir a esta solución.

Recordar finalmente, que para algunos supuestos existían normas expresas. Así el artículo 4 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero que aprobó el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos establecía que, “en caso de no existir representación colectiva de los trabajadores en el centro o centros de trabajo, éstos podrán intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo, si su número es igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes, con los que la autoridad laboral entenderá las sucesivas actuaciones”.

En cualquier caso, se trataba de una respuesta insuficiente pues, además de que era dudoso que fuera obligatoria su apertura²⁴⁵, no es posible asemejar la participación en un procedimiento administrativo ante la autoridad laboral (art. 30 y ss. de la LRJAP y PAC) con una negociación en sede empresarial sobre las causas, las razones y las posibles vías de solución del problema además de que se limitaba a los expedientes de regulación de empleo y traslados colectivos dejando fuera las modificaciones de las condiciones de trabajo y los despidos colectivos sin olvidar, además, que la comisión representativa solo se preveía para el caso de que los afectados superasen la cifra de diez dejando, pues, de lado a las microempresas.

²⁴⁵ Benavente (2014, p. 122).

4.1.2. Presupuestos comunes a ambas comisiones.

El primer requisito para que puedan constituirse estas comisiones es que la empresa pretenda llevar a cabo una reestructuración empresarial que exija abrir un período de consultas con los trabajadores, mencionando la ley los siguientes supuestos: traslados colectivos (art. 40.2 ET); modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo (art. 41.4 ET); la suspensión y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 47.1 y 2 ET); despidos colectivos (art. 51.2 ET); e inaplicación del convenio colectivo (art. 82.3 ET).

Puntualizar respecto a la movilidad geográfica que, en relación a las microempresas, solo podrán constituirse estas comisiones cuando afecten a la totalidad del centro de trabajo y, además, éste tenga, al menos seis trabajadores. Es decir, en aquellas empresas o centros de trabajo que tengan cinco o menos trabajadores se excluye la comisión representativa por qué no se precisa un período de consultas cosa que ocurre, igualmente, aunque la empresa tenga entre seis y nueve trabajadores pero el traslado no afecte a la totalidad del centro de trabajo (art. 40.2 ET). En estos casos, el empresario cumple el procedimiento con la sola notificación del traslado a sus trabajadores²⁴⁶ con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad (art. 40.1 ET).

Respecto a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, la situación empeora pues solo se requiere un período de consultas cuando la modificación concierna, al menos, a diez trabajadores en las empresas que ocupen a menos de cien trabajadores (art. 41.2 ET). Por lo tanto, no se podrá recurrir a estas comisiones cuando las variaciones se den en microempresas, que son donde más se precisan por la imposibilidad o dificultad de tener representantes legales, siendo posible, eso sí, en las pequeñas empresas sin representantes legales de los trabajadores cuando la modificación afecte, como poco, a diez trabajadores como hemos visto.

²⁴⁶ El ET indica que *“la decisión de traslado deberá ser notificada por el empresario al trabajador, así como a sus representantes legales, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad”* (art.40.1 II párrafo). Como quiera que en esas empresas no puede haber, por imperativo legal, representantes legales de los trabajadores (art.62.1 ET) y la ley no habla de los sindicales, si los hubiere, es total la indefensión que se produce a no ser que en la negociación colectiva se establezca que estos últimos, de constituirse la sección sindical, reciban la notificación o, mejor aún, abran un período de consultas con el empresario.

Sin embargo, en relación a las suspensiones del contrato o reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, no se precisa un número mínimo de trabajadores en la empresa o de perjudicados por la suspensión o reducción de jornada para tener que abrir el período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, por lo que, en caso de falta de aquellos, las comisiones laborales o sindicales son plenamente funcionales tanto en las microempresas como en las pequeñas empresas (art. 47.1 4º párrafo).

En cuanto a los despidos colectivos, al igual que con los traslados, para que deba darse un período de consultas se exige, en relación a las microempresas –si se trata de pequeñas empresas deben verse afectados, al menos, diez trabajadores– que afecte a la totalidad del centro de trabajo o empresa siempre que estas cuenten, como mínimo, con seis empleados añadiendo el requisito de que por motivo de los despidos se produzca una cesación total de la actividad empresarial(art. 51.1 4º párrafo ET). Por tanto, en aquellas empresas o centros de trabajo con cinco o menos trabajadores, o que, aun siendo entre seis y nueve y no tengan representante, no afecte a todos ellos, no se cese totalmente en la actividad empresarial, no precisará el empresario abrir un período de consultas que posibilite la creación de las comisiones laborales o sindicales del artículo 41.4 ET, bastándole con cumplir los requisitos formales que indica el artículo 53.1 ET²⁴⁷ con exclusión, obviamente, de entregar la copia del preaviso al representante legal de los trabajadores, porque no lo hay, lo que supone una falta de apoyo –no solo técnico– a los empleados de estas microempresas que puede derivar en indefensión.

Finalmente, sobre la inaplicación de los convenios colectivos, es lógico que no se supedite la necesidad de iniciar consultas con los trabajadores a un mínimo de empleados en la empresa o al número de afectados, ya que todos los de la plantilla lo serán, por lo que, a falta de representantes legales, podrán las comisiones laborales o sindicales negociar con la empresa las condiciones del descuelgue pretendido.

²⁴⁷ Estos requisitos son:

- a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.
- b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Hay que tener en cuenta, no obstante, que cuando se alegue causa económica que impida poner a disposición del trabajador la indemnización, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, aunque el trabajador no perderá su derecho a exigir la indemnización cuando se haga efectiva la decisión extintiva.
- c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo de la que se dará copia al representante legal para su conocimiento si lo hubiere (art 53.1 ET).

El segundo presupuesto habilitante es que no haya representantes legales de los trabajadores que puedan negociar con la empresa las reestructuraciones empresariales bien porque no sea posible o por que haya trabas legales –microempresas–, o bien porque haya dificultades socioeconómicas, de presión empresarial o de mero descreimiento hacia los representantes de los trabajadores –pequeñas empresas aunque también medianas y más insólitamente grandes compañías–.

Cabría, por otra parte, preguntarse si, aunque no hubiese representantes unitarios, podrían negociar con la empresa los portavoces internos de las secciones sindicales que se hubieren constituido apuntalándose en el primer inciso del párrafo segundo del artículo 41.4 ET que dice “la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas, corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden (...)”. Sin embargo el primer párrafo de este mismo artículo y apartado es claro cuando indica que la reestructuración empresarial deberá ir precedida de un período de consultas “**con los representantes legales de los trabajadores**” no dejando cabida a los representantes sindicales además de que si seguimos leyendo aquel párrafo segundo veremos que, necesariamente, de una manera o de otra tiene que haber representantes unitarios en la empresa o centro de trabajo pues precisa que “siempre que tengan la representación mayoritaria en el comité de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados”.

La única posibilidad, como ya vimos al estudiar al portavoz interno, es que, apoyándose en la entradilla del artículo 41.4 ET que dice que “sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva” se acuda al convenio colectivo para posibilitar que sean las secciones sindicales, a través de sus portavoces, quienes negocien con la empresa cualquiera de las reestructuraciones empresariales que se remiten a este artículo. De no ser así, tendrían los trabajadores que designar la comisión ad hoc del artículo 41.4 del ET siendo que, si se deciden por la comisión laboral, en realidad dejarían de lado la representación sindical lo que podría suponer una conculcación del artículo cinco del Convenio nº 135 de la OIT, relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, que dice que “cuando en una misma empresa existan representantes sindicales –los portavoces internos lo son– y representantes electos –los miembros de

la comisión laboral, por ejemplo– habrán de adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario, para garantizar que la existencia de los representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes”.

Por lo demás, Cruz Villalón (2010) sostiene que, de tratarse de una empresa multicentros de los cuales solo uno de ellos se vea afectado por la medida, si resulta que no tiene representantes de los trabajadores, podrían aquellos de cualquiera de los otros centros acudir en su ayuda y representarlos en cualquiera de los supuestos de reorganización productiva empresarial²⁴⁸ supuesto que enlaza con la peculiaridad introducida por el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto en el artículo 41.4 del ET aunque solo entrará en juego cuando el procedimiento afecte a más de un centro de trabajo de una misma empresa y no haya comité intercentros facultado por el convenio colectivo para realizar esas consultas con la empresa distinguiendo dos supuestos²⁴⁹:

a.- Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes unitarios y otros no, la comisión representativa estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de esos centros que sí que cuentan con ellos a no ser, que los trabajadores de los otros centros decidan designar una comisión laboral o sindical pues en ese caso, la comisión representativa la integrarán unos y otros en proporción al número de trabajadores que representen asumiendo, en todo caso, la representación de los centros de trabajo que no hayan querido designar la comisión laboral o sindical los representantes legales de los centros de trabajo que si los tengan en proporción también al número de trabajadores que representen.

Por lo tanto, la regla subsidiaria es que sean los integrantes de la comisión los representantes de los trabajadores de los otros centros de trabajo de la empresa que los posean y estén afectados y el criterio preferente que lo sean los nombrados por los trabajadores del centro para la comisión laboral o, si optan por la comisión sindical, los designados por los sindicatos con arreglo a su representatividad pero compartiendo,

²⁴⁸ Aunque hay que precisar que, a diferencia del supuesto de que se trate de centros afectados con representantes solidarios con sus compañeros de otros centros sin representación, aquí, de manera expresa tendrán éstos que otorgar expresamente dicha representación a aquellos dado que no actúa la subsidiaridad del artículo 41.4 del ET.

²⁴⁹ En realidad incluye tres hipótesis aunque la primera no nos interesa porque recoge el caso de que todos los centros de trabajo cuenten con representantes de los trabajadores no cabiendo pues, las comisiones que venimos estudiando. En este caso, la comisión representativa estará integrada por aquellos.

finalmente, la comisión representativa con aquellos representantes unitarios procedentes de otros centros en proporción al número de trabajadores que representen por lo que “al criterio de proporcionalidad sindical, ahora se completa con el de la dimensión de la plantilla de cada una de las unidades electorales” (Benavente, 2014, p. 154).

Recordemos por otra parte que, de existir secciones sindicales, la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá necesariamente a éstas cuando así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, “en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados” (art. 41.4 ET). Por lo tanto, las secciones sindicales, de tener esa mayoría en los órganos de representación unitarios, deberán llevar las consultas/ negociaciones, si así lo deciden, en el conjunto del ámbito afectado sin que puedan tener cabida las comisiones *ad hoc* en aquellos otros centros sin representación legal de los trabajadores pues “(...) no nos parece posible la constitución de comisiones híbridas, compuestas por secciones sindicales mayoritarias y representantes unitarios o comisiones *ad hoc*, puesto que las secciones sindicales mayoritarias, como anticipamos más arriba, representan a la totalidad de los trabajadores de la empresa, fuere cual fuere su implantación en cada uno de los centros de la misma, lo cual impide necesariamente, que compartan esa representación general con representatividades particulares de cada centro de trabajo y hace imposible definir criterios de ponderación de votos para identificar las mayorías exigidas por el artículo 28 RD 1483/2012, de 29 de octubre” (SAN de 24 abril de 2013, Roj: SAN 1743/2013). Es decir, que “las secciones sindicales mayoritarias representan a la totalidad de los trabajadores de la empresa, fuere cual fuere su implantación en cada uno de los centros de la misma, lo cual impide necesariamente, que compartan esa representación general con representatividades particulares de cada centro de trabajo” (SAN 26 de abril 2013, Rec. núm. 76/2013) además de que “cuando se negocie con secciones sindicales, deberá precisarse la representatividad de cada una en la comisión negociadora, puesto que el voto de los miembros de la comisión debe ajustarse a la representatividad efectiva de cada sección sindical para asegurar acuerdos democráticos” (SAN 16 de noviembre 2012, Rec. núm. 197/2012).

b.- En el caso de que no haya representantes legales de los trabajadores en ninguno de los centros de trabajo afectados, la comisión representativa la conformarán aquellos que hayan sido previamente designados por y entre los nombrados previamente para las comisiones sindicales o laborales.

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que en ningún de los dos supuestos la comisión representativa podrá tener más de trece miembros²⁵⁰ por lo que, si se supera esa cifra, deberán ponerse de acuerdo todos los representantes para señalar entre ellos quiénes conformarán la comisión hasta ese número en proporción siempre al número de trabajadores que representen.

3.- El tercer, y último presupuesto, es que los trabajadores de la empresa o centro de trabajo decidan otorgar a alguna de esas comisiones –es indudable que no pueden hacerlo a ambas– la representación para las consultas con la empresa, ya que la decisión no es obligatoria (*podrán optar*)²⁵¹ pudiendo aquellos, además de una negativa expresa, hacer simple dejación de esta posibilidad aunque sabiendo que la renuncia no les permitirá establecer cualquier otra manera de hacerse representar, por ejemplo, a través de un abogado o economista por ellos contratado y con el mandato de negociar las causas y consecuencias de las medidas a no ser, eso sí, que esté previsto por la negociación colectiva según dispone el primer apunte del artículo 41.4 ET que, como sabemos, indica que el procedimiento que regula lo será “sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva”. Por lo demás, lo anterior, como cualquier otra posibilidad que pueda darse con la renuncia –salvo, claro está, que no hagan nada dejando la vía expedita al empresario para imponer las medidas– no será más que una negociación con la colectividad de los trabajadores del centro de trabajo, y ya vimos que “la negociación directa entre el empresario y una pluralidad de trabajadores no puede tener nunca efectos colectivos” y sí “la eficacia que el derecho otorga a los pactos individuales” (Álvarez del Cubillo,

²⁵⁰ Se adopta así, el mismo criterio que para los comités intercentros (art 63.3 ET) y para los convenios no sectoriales (art.88.4 ET).

²⁵¹ Debiendo obviarse en todo caso, como opina Benavente (2014, p.51), la obligación de negociar y el principio de buena fe del artículo 89.1 del ET. En contra, Llano Sánchez (2010) entiende que, para evitar el posible boicot de la medida empresarial a que podría conducir la negativa de los trabajadores, la comisión ad hoc deberá ser obligatoriamente constituida en virtud del principio de buena fe. Sin embargo, a la vez sostiene que “*una vez agotado el plazo máximo de 15 días, si no se ha procedido a designar la comisión por causas que no son imputables al empresario, hay que entender, a falta de una solución legal expresa, que la empresa podría prescindir de la consulta y estaría en condiciones de seguir adelante con la medida, salvo que se trate de modificar un convenio estatutario*”, con lo que, desarma su argumento dado que la negativa de los trabajadores de ningún modo impedirá que se siga adelante con la medida.

2002, p. 118), no en vano el artículo 28.2 del RD 1483/2012 establece que “sólo se considerará acuerdo colectivo en el periodo de consultas aquel que haya sido adoptado por los sujetos a que se refiere el artículo 26” que se remite al artículo 41.4 del ET²⁵².

Como veremos más adelante, considero que lo que la negociación colectiva debiera recoger, para el caso de no hacer nada los trabajadores—o no poder hacerlo—y, por lo tanto no constituirse ninguna de las comisiones, es que sea la comisión sindical designada por los sindicatos más representativos y representativos del sector a que pertenezca la empresa según su representatividad, quien lleve a cabo las negociaciones/consultas con el empresario evitando así la indefensión que supondría seguir con el procedimiento para adelante—¿con quiénes?— ya que “la falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del período de consultas”(art. 41.4 ET) o una negociación directa del todo indeseable y, como hemos visto, insostenible con los trabajadores.

Con ello, además, se seguiría una solución parecida a la dada por la Ley 22/2003, de 9 de julio (Ley Concursal) que en su artículo 26.2 indica que “transcurridos los plazos indicados en el referido artículo sin que los trabajadores hayan designado representantes, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca”.

4.1.3. Régimen jurídico de las comisiones laborales.

De pretender la empresa, en la que no hay representantes legales de los trabajadores, alguna de las reestructuraciones mencionadas, los trabajadores podrán atribuir su representación para las negociaciones a una comisión de un máximo de tres miembros compuesta por trabajadores del propio centro de trabajo elegidos democráticamente. Es decir, en primer lugar deberán decidir, o no, si adjudican su representación para negociar a una comisión laboral y, posteriormente, deberán elegirla de entre ellos

²⁵² Para García-Perrote, sin embargo, no hay problema alguno en que, si no hay representantes y los trabajadores no designan comisión alguna, el empresario negocie con el conjunto de los trabajadores entendiéndose que habrá acuerdo en el período de consultas cuando una mayoría, no necesariamente todos y cada uno de ellos, se pronuncie a favor del acuerdo (García-Perrote et al., 2010, p.172).

mismos –no cabe que se elijan trabajadores de otras empresas pertenecientes al grupo empresarial, por ejemplo, o incluso de la misma empresa pero de distinto centro de trabajo²⁵³– por un sistema de mayorías donde se *respeten* “los principios de participación, igualdad y acatamiento de la voluntad mayoritaria” (Mella Méndez, 2011, p. 35) Desde luego, nada impide que se haga todo en un mismo acto y sin solución de continuidad, lo que será lo más lógico y normal.

Pero antes de estudiar el régimen jurídico de la comisión laboral, detengámonos un momento en su naturaleza jurídica pues hay opiniones muy autorizadas que sostienen que, en realidad, solo estamos ante una mera portavocía de los trabajadores dado que los integrantes de la comisión, como ya vimos en otras páginas de este trabajo y nos detendremos más adelante, no se equiparan en ningún momento con los representantes legales o sindicales en relación a las garantías y facilidades de actuación (Alfonso, Blasco, Camps, Goerlich, 2010, p. 112) gozando, únicamente, de la protección general que dispensa el artículo 12 de la LOLS. Por lo tanto, “la comisión *ad hoc* laboral, directa o interna no sindicalizada (...) no garantiza en absoluto que responda a una auténtica subjetividad colectiva, es decir a un sujeto que se caracterice por organizar las relaciones laborales en masa” (Benavente, 2015, p. 84)²⁵⁴ dado que se “aparta de manera ostentosa de la regla de oro que, en nuestro sistema jurídico constitucional, ha informado sistemáticamente la intervención de la norma de ley en los cauces de consulta/negociación; a saber: el mantenimiento del equilibrio de fuerzas de las partes negociadoras” (Lahera et al., 2012, p.163).

Con todo, debe señalarse que, una vez designada, la decisión que por mayoría de sus miembros tome esta comisión, vinculará a todos los trabajadores del centro, sin necesidad de refrendo posterior, y sin que sus actuaciones en las negociaciones puedan estar encorsetadas por exhaustivas instrucciones de los representados²⁵⁵.

²⁵³ Mella Méndez, apoyándose en Cruz, entiende que no habría problema en que los trabajadores del centro afectado designaran, como comisionados, a los de otro centro de la misma empresa que cuenten con representación legal (Mella, 2011, p. 36).

²⁵⁴ Sin embargo, esta autora no se apoya en la misma idea pues, a diferencia de los anteriores, sostiene que los miembros de la comisión *ad hoc*, en virtud de los artículos 28.1 y 37.1 de la CE, sí que gozan de las mismas facilidades y garantías que poseen los representantes legales de los trabajadores (art 68 ET) directamente, o por la aplicación analógica de las normas dada la existencia de identidad de razón (art 4.1 Cc) (Benavente, 2014, p. 155). Pero, por el contrario, estos mismos miembros adolecen, a diferencia de los de la comisión sindical –que puede ser considerado un sujeto colectivo–, de “una capacidad de representación de un grupo social, de organización y *síntesis de sus intereses latentes y de actuación como contrapoder organizado*” (Benavente, 2015, p. 84).

²⁵⁵ Y es que, lo que define a la representación es la producción de actos jurídicos allí donde existe una distinción entre el sujeto o sujetos que hacen la declaración de voluntad y aquel o aquellos en quien recaen los efectos que el ordenamiento jurídico le reconoce. Es decir, que habrá representación cuando el representante actúe en nombre e

Estamos pues, aun con las importantísimas carencias en garantías y facilidades de sus integrantes, ante una comisión de intereses y no de voluntades (Benavente, 2014, p. 142) encargada de negociar, sin más cortapisas que las legales, acuerdos con la empresa plenamente vinculantes y de eficacia personal general en relación a determinadas reestructuraciones empresariales. No en vano el artículo 41.4 *in fine* del ET señala que “cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el apartado primero²⁵⁶ y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”.²⁵⁷

Pero, que entendamos que se trata de una verdadera representación, no impide que veamos el grave problema que plantea esta comisión, sobre todo, a la hora de inaplicar un convenio colectivo vía artículo 82.3 ET donde lo negociado por representantes con todas las garantías (arts.87.1 y 87.2 ET) será dejado de lado por los acuerdos a que se lleguen con unos trabajadores previsiblemente inexpertos y susceptibles de sufrir grandes presiones –sobre todo en las pymes– por parte del empresario²⁵⁸, poniendo en entredicho la fuerza vinculante de los Convenios (art. 37.1 CE).

interés del representado o representados o bien, en nombre propio pero siempre en interés de aquellos. Lo decisivo, pues es que, en todo caso, el representante actúe con voluntad propia a diferencia del nuncio, mero portavoz o mensajero de los representados en el acto jurídico que carece de toda autonomía en la toma de decisiones (arts.1709 y ss. del Cc).

²⁵⁶ Esta presunción –*iuris et de iure*– ya venía reconociéndose, con anterioridad a la ley 35/2010, por una línea jurisprudencial que aceptaba que el acuerdo de los representantes de los trabajadores con el empresario en las consultas conllevaba la existencia de la causa incluso aunque la empresa no hubiera probado suficientemente las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción además de que, “*aun en la hipótesis de admitir que el tantas veces citado acuerdo de empresa haya introducido una modificación peyorativa de lo dispuesto en el art. 22 del convenio colectivo, tal modificación es lícita y entra dentro de las competencias atribuidas a los sujetos de la negociación colectiva a nivel de empresa.*” (STS de 11 de mayo de 2004, Roj: 3214/2004).

²⁵⁷ Sobre este doble blindaje que la ley concede al acuerdo alcanzado en período de consultas debemos tener en cuenta, sin embargo, lo siguiente:

a).- No se aplica ni a los traslados ni a los despidos colectivos pero si a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, a los expedientes de reducción / suspensión de empleo y a los descuelgues del convenio.

b).- Si se trata de la inaplicación de un convenio colectivo, estarán legitimados para impugnar el acuerdo los sindicatos firmantes del convenio colectivo de sector declarado inaplicable en virtud de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 17.2 de la Ley de Jurisdicción Social que lo permite “*siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate*”. De igual manera, si se trata de modificar un pacto de empresa o un convenio extraestatutario en algún centro de trabajo sin representantes de los trabajadores, podrán impugnar el acuerdo de modificación los sindicatos que lo hubieren firmado en la empresa en cuestión.

c).- Frente a quienes sostienen que la presunción de la existencia de las causas es *iuris et de iure* no admitiendo prueba en contrario, algunos autores (Alfonso et al, 2010, p. 123) opinan que la presunción es *iuris tantum* y que, por tanto, podrá ser destruida mediante prueba en contrario produciéndose, únicamente, una inversión de la carga de la prueba. Se podrá impugnar el acuerdo, entonces, además de por la existencia de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho, por la inexistencia de la causa misma.

²⁵⁸ Como señala Benavente (2015, p. 89), la comisión laboral consiste en una representación “*parcelada y provisional, sin experiencia y sin conocimiento profundo de la situación a través de una previa y progresiva*

Por lo tanto, para evitar todas estas situaciones, lo ideal sería su sustitución, en todo caso, por una comisión sindicalizada permanente compuesta por expertos en la negociación y con todas las garantías y seguridades que, por otra parte, otorga el ser ajeno a la empresa, al menos, en la inaplicación de los convenios colectivos del art.82.3 ET²⁵⁹ así como en cualesquiera modificación de los pactos de empresa o acuerdos colectivos o, incluso, convenios extraestatutarios que pudieran haberse pactado en una empresa con representantes pero con algún centro de trabajo que no los tuviesen y que se viera únicamente afectado por la medida y hubieran optado los trabajadores por designar la comisión laboral pues todos ellos, como opina Benavente (2015, p. 92), reciben su tutela de la necesaria protección del derecho de libertad sindical (arts. 7 y 28.1 CE) al ser su denominador común el estar implicado en su elaboración el sindicato que, no olvidemos, impregna en nuestro derecho la representación unitaria. Como también, de todos ellos es predicable la *fuerza vinculante* como productos de la negociación colectiva.²⁶⁰ Y es que, pretender equiparar la intervención directa de los trabajadores mediante la asamblea o a través de representantes elegidos por ésta con la representación sindical choca con la visión constitucional que consagra “al sindicato como el único sujeto colectivo laboral de relevancia constitucional”²⁶¹ (Benavente, 2015, p. 75), incluso por encima de la representación unitaria a la cual podría restringirle el legislador su capacidad representativa y/o de negociación, no así a aquel.

información periódica, sin garantía de gozar de una auténtica base colectiva, y sin garantías legales ni convencionales reconocidas expresamente que le confieran una auténtica e indubitada posición tutelada”.

²⁵⁹ Es sorprendente – señala Benavente – que quiénes no tienen legitimación para negociar convenios colectivos (art 87.1 ET), la tengan, no obstante, para modificarlos o inaplicarlos siendo que “*la falta de aplicación del convenio colectivo, aun con carácter temporal, supone una violación del derecho a la negociación colectiva así como del principio de buena fe. Además, (...) que los acuerdos deben ser de cumplimiento obligatorio para las partes (...) y que en caso de necesidad, cuando el convenio colectivo no pueda aplicarse, el empleador deberá consultar a los sindicatos antes de emprender dichas medidas*” según el Informe nº 327, caso nº 2118, párr. 639 del Comité de Libertad Sindical de la OIT (Benavente, 2015, p. 90).

²⁶⁰ Las SSTC 225/2001 [RTC 2001, 225] y 238/2005 [RTC 2005, 238], entre otras, indican que el empresario, unilateralmente o en concierto con los trabajadores individualmente considerados, podrá incidir, es claro, en el contenido de las relaciones laborales, pero de ello no se deriva que pueda hacerlo frente al derecho a la negociación colectiva llevada a cabo con el sindicato, lo que supone, necesariamente, el respeto al resultado alcanzado en el correspondiente procedimiento de negociación y a su fuerza vinculante (Sáez, 2012, p. 240). Es decir, que la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE) unida a la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva (art. 28.1 CE y art 2.2. d LOLS) podrían ser un importante obstáculo, cuando el convenio ha sido negociado por los sindicatos, para aceptar la constitucionalidad de los acuerdos a que pueda llegar la comisión laboral con la empresa en relación a la inaplicación de los convenios colectivos, y ello, pienso, con independencia de si se mantiene su naturaleza de mero órgano portavoz integrado solo por nuncios o de verdadero órgano representativo pero que adolece de la calidad necesaria (inexperiencia, temporalidad, incompetencia, falta de garantías) para modificar un convenio colectivo negociado por quienes tienen legitimidad constitucional para ello.

²⁶¹ Ello no quiere decir que la comisión laboral carezca de fundamentación legal pues, como indica Cruz Villalón (2010, p.34), esta fórmula representativa tiene perfecto encaje en los artículos 129.2 de la CE y 4.1g y 61 del ET. Con arreglo al primero, “*los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa*” y según los otros dos, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de sus representantes legales, aunque, “*sin perjuicio de otras formas*” alternativas como podría ser la comisión laboral.

Sin embargo, aunque la comisión sindical fue la única tenida en cuenta por el legislador del prístino RD Ley 10/2010²⁶², actualmente la ley no da pie a ello quedando como único resquicio, el que la negociación colectiva prevea, cuando los trabajadores, inertes, no designen ninguna de las dos comisiones –o porque se trate de una microempresa que no tenga los trabajadores suficientes para crear la comisión o, siendo número par, no se llegue al necesario consenso–, que sea la comisión sindical, predeterminada en sus miembros por el mismo convenio, la que tomase las riendas en las consultas/negociaciones con la empresa superando así, la individualización de las relaciones laborales y consolidando, al tiempo, al sindicato como sujeto colectivo.

La ley impone un máximo de tres miembros, cifra impar que entiendo se establece para evitar empates que paralicen los acuerdos, por lo que, seguramente, no podrá instituirse un número mayor de integrantes por vía convencional, aunque sea impar, al tratarse de una norma de *ius cogens*.

Sin embargo, la duda surge en cuanto se pretenda erigir la comisión con dos o un miembro únicamente pues, en principio, la ley no lo prohíbe. Esta cuestión es, por lo demás, interesante para este trabajo dado que podríamos encontrarnos con microempresas con uno o dos trabajadores que necesitasen realizar, por ejemplo, un expediente de suspensión de empleo y que, al no tener representantes de los trabajadores, se tuviese que acudir a la comisión laboral si los trabajadores lo quisiesen.

Como bien dispone De la Villa Gil (2011, p. 8) existen razones semánticas y ontológicas para rechazar que la comisión pueda ser de un único miembro pues una comisión es siempre un **“conjunto de personas** encargadas por la ley, o por una corporación o autoridad, de ejercer unas determinadas competencias permanentes o entender en algún asunto específico” (DRAE) y es claro que una persona nunca puede ser un conjunto.

²⁶² Según Mella Méndez (2011, p. 36), la opción de la comisión sindical única, aunque implica la extensión de la acción representativa del sindicato al ámbito de las microempresas, es la menos preferida por los trabajadores de las microempresas *“reacios en confiar su representación a unas organizaciones sindicales que, por muy representativas que sean, les pueden resultar ajenas si no cuentan con implantación real en el centro de trabajo de que se trate”*. Es por ello, que la vía más segura para que los trabajadores se decanten por la comisión sindical –sin duda la más garante de sus derechos– es que el sindicato, a través de la sección sindical, esté instalado en la muy pequeña empresa ofreciendo, además de confianza y cercanía, conocimiento y experiencia en el día a día de la microempresa. Y es que, lo ideal sería que la comisión la conformaran el portavoz interno de la sección sindical, con todas las garantías, facilidades y derechos del representante legal reconocidos por la negociación colectiva y dos agentes del sindicato expertos en negociaciones y con conocimientos jurídicos y/o económicos.

Y en cuanto a la comisión formada por dos miembros, si en principio es verdad que sortearía el problema semántico y ontológico apuntado por De la Villa, el mismo autor indica que chocaría con la lógica de una comisión que, para llegar a un compromiso con la empresa, “requerirá la conformidad (...) de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores” (art. 41.4 ET). Y es evidente que, si votan los dos trabajadores en el mismo sentido no es mayoría sino unanimidad, y si votan uno a favor del acuerdo y otro en contra es paridad que, en cualquier caso, impediría llegar a la firma del mismo. En definitiva, como señala Alfonso Mellado “lo más lógico es que la comisión la compongan siempre tres representantes” (Alfonso et al., 2010, p. 114).

Es por ello, que en aquellas microempresas con uno o dos trabajadores, al no ser posible crear la comisión laboral, debería la negociación colectiva establecer que en los casos de reestructuraciones empresariales fuese la comisión sindical creada en su seno la que llevase la consultas/negociaciones con el empresario y ello pese al paupérrimo número de aquellos cuyos intereses son dignos de protección.

Por lo demás, entiendo con Benavente (2014, p. 51), que no cabe la aplicación analógica de las reglas del artículo 69.2 del ET, sobre electores y elegibles en las elecciones a representantes de los trabajadores, a la designación de los componentes de la comisión laboral dado que son supuestos en ningún modo comparables en procedimiento y finalidad. Por lo tanto, “todos los trabajadores serán electores y elegibles” (Nieto, 2012, p. 69) sin que pueda descartarse alguno de ellos por motivos de edad o antigüedad y, menos aún, por razón de la nacionalidad.

En cualquier caso, se le deberá comunicar a la empresa los trabajadores designados y, entiende Nieto (2012, p. 69), que también a la Administración si tuviera que intervenir en el proceso como por ejemplo, en los despidos colectivos donde “la autoridad laboral deberá velar por la efectividad del período de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes” e incluso, cuando ambas partes lo pidan, actuar de mediador con el fin de buscar solución a los problemas planteados por el despido colectivo y “realizar funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa”(art. 51.2 ET).

Nada dice la ley en cuanto al estatuto jurídico de los miembros de la comisión laboral –y tampoco respecto a la sindical– por lo que, en principio, entiendo que aquellos adolecen de los derechos, facilidades y garantías de que gozan los representantes legales y

sindicales de los trabajadores²⁶³. Si el legislador hubiera querido lo contrario, le hubiera bastado con hacer una extensión expresa de ese estatuto para todos sus integrantes. Ello no quiere decir, no obstante, que estén totalmente desprotegidos de posibles presiones y/o represalias del empresario que negocie con ellos las medidas propuestas pues el artículo 12 de la LOLS les resguarda de cualesquiera “decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el trabajo, sean favorables o adversas, por razón (...) del ejercicio de actividades sindicales” las cuales incluyen, sin duda, todas aquellas relativas a las consultas con el empresario sobre las reestructuraciones objeto de la negociación. Es decir, como sostiene Nieto (2012, p. 77), el que el legislador no haya extrapolado las facultades y garantías de los representantes legales a los miembros electos de las comisiones laborales –o de las sindicales si son trabajadores del centro de trabajo afectado– no es óbice para que deban extenderse *mutatis mutandis* a éstos últimos si bien “solo en la medida en que éstas sean necesarias para ejercer las competencias de negociación”.

Así, indica esta autora, por ejemplo, que los miembros de la comisión ad hoc deberán tener el mismo derecho a recibir la documentación que se facilita a los representantes de los trabajadores para que puedan hacerse una idea cabal de la situación de la empresa y de las razones que ésta esgrime. Derecho que, sin embargo, entiendo está ya implícito en la realización de las negociaciones de buena fe que deben llevarse a cabo para la consecución de un acuerdo donde se tenga en cuenta “las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados” (arts. 40.2, 41.4, 47.1, 51.2 y 82.3 del) ET, además de que ya se les atribuye expresamente a los negociadores por los artículos 3, 4, 5 y 18 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre en los casos de despidos colectivos o expedientes de suspensión o de reducción de jornada. Y es que, no son posibles unas consultas/negociaciones si no se aporta a las mismas toda la información y documentación necesaria para corroborar lo afirmado por el empresario además de

²⁶³ No opina así Cruz Villalón que considera que, por analogía, debe interpretarse que los miembros de la comisión interna deberán estar protegidos por las mismas garantías que disfrutaban los representantes legales de los trabajadores, y en concreto por todas aquellas que garantizan una indemnidad del representante frente a posibles medidas reactivas sancionadoras del empleador por ejercicio de su labor de defensa de los intereses de los representados (Cruz et al., 2010, p. 8/11).

Sin embargo, entiendo que esa indemnidad la gozarán los integrantes de la comisión interna en virtud del artículo 12 de la LOLS, que considera nulas todas aquellas decisiones discriminatorias del empleador por razón del ejercicio de actividades sindicales o representativas, más que por acudir al recurso de la analogía que no se aplica cuando sí se contempla el supuesto específico (art 4.1 CC).

permitir su examen a los representantes de los trabajadores, sean estos legales o electos para una comisión ad hoc, que posibilite un diálogo entre las partes (art. 64.1 ET) habiendo dicho los tribunales al respecto que “no puede admitirse que dicho periodo se limite a una mera comunicación escrita por parte de la empresa, a un mero cambio de pareceres o a una mera propuesta, sino que la misma debe ir acompañada de una precisa, concreta y amplia documentación que posibilite una negociación real”, si bien, ello “no puede suponer, de ningún modo, que deban cumplimentarse exigencias formalistas o exorbitantes” no bastando, para anular un período de consultas, “que las empresas no hayan aportado documentos requeridos por la RLT, siendo necesario, por el contrario, que esta acredite suficientemente, que la falta de esas informaciones les impidió objetivamente la negociación efectiva durante el período de consultas “SAN 14-11-2012 (Rec. núm. 179/2012).

Pero además de toda esta documentación, que debe ser entregada no en tanto en cuanto representantes de los trabajadores sino por motivos intrínsecos a toda consulta/negociación de buena fe, entiendo que los miembros de la comisión ad hoc también deberían poder exigir toda aquella información que expresa el artículo 64 del ET y pueda ser relevante para hacerse una composición más amplia de la problemática que se discute como, por ejemplo, la información sobre la evolución general del sector económico a que pertenece la empresa, las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos o la estadísticas sobre el índice de absentismo y sus causas entre otras.

Como contrapartida, y consecuencia ineludible, estos trabajadores deberán guardar sigilo profesional no solo de la información que les haya transmitido la empresa sino también –y en cuanto no choque con el derecho a informar a sus representados(art. 64.7.e ET) y la libertad de expresar sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación (art. 68.d ET)– a lo discutido en las reuniones de negociación con aquella y ello, “incluso tras la expiración de su mandato e independientemente del lugar en que se encuentren” (art.62.3 ET).

Otro derecho que debiera también reconocerse a los miembros de la comisión *ad hoc*, como algo consustancial a las negociaciones, es el de disfrutar de los permisos retribuidos necesarios no solo para el tiempo dedicado a las consultas en sentido estricto, sino también para todo aquel que se necesite para prepararlas o para examinar posteriormente la información que les permita debatir la línea a seguir en las

negociaciones (Nieto, 2012, p.) pudiendo, para ello, apoyarnos en los artículos 37.3.e ET que lo otorga, siempre previo aviso y justificación, para “realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente” y en el 9.2 de la LOLS que se lo concede a “los representantes sindicales que participen en las comisiones negociadoras de convenios colectivos” para “el adecuado ejercicio de su labor como negociadores”.

Y es que no se entendería que, por interés e iniciativa del empresario se abriera un proceso de reestructuración empresarial en el que, necesariamente, tienen que intervenir los trabajadores y, sin embargo, debiera correr a cargo de éstos el tiempo dedicado a estudiar y discutir el asunto encaminado a lograr el acuerdo.

Pero así como los anteriores derechos y facilidades hallo que son inherentes a las consultas/negociaciones que se lleven a cabo en la empresa, en relación a las garantías que disfrutaban los representantes legales de los trabajadores es más dudoso que puedan extrapolarse en cuanto el legislador no ha querido extenderlas a estos representantes ad hoc como si hace, por ejemplo, con los trabajadores designados para la realización de funciones preventivas y aquellos pertenecientes al servicio de prevención (art. 30.4 LPRL)²⁶⁴. Y al existir la regla general de indemnidad del artículo 12 de la LOLS considero que queda descartada la aplicación analógica de las normas vía artículo 4.1 del Cc que pudiera traer a colación las garantías del artículo 68 ET por lo que, se trata de una protección más vaga e imprecisa y, por ello, menos sólida que deja a la intemperie a los integrantes de la comisión en el caso de presiones del empresario o posibles represalias por su labor representativa pues, por ejemplo, se excluye el derecho a la apertura de un expediente contradictorio (art. 68.a ET); la prioridad de permanencia en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas (art. 68.b ET), o el importante derecho de opción entre la indemnización o la readmisión en el caso de despido improcedente declarado judicialmente (art. 56.4 ET).

²⁶⁴ Dándole la vuelta a ese argumento, Mella Méndez entiende que todas las garantías del artículo 68 del ET reconocidas a los representantes de los trabajadores sí que forman parte del estatuto jurídico de los integrantes de las comisiones internas pues, aunque el legislador no lo haya querido contemplar expresamente, está justificada objetivamente –de eso no hay duda– y además, ha venido siendo el criterio para otros trabajadores que, puntualmente, ejercen de representantes *ad hoc*, como sucede, por ejemplo, en materia de prevención de riesgos, estén o no aquéllos integrados en el servicio de prevención (artículo 30.4 Ley 31/1995). De no ser así, entiende esta autora, sería poco probable que trabajadores ordinarios de la empresa quisieran involucrarse en actividades de representación del colectivo y negociación con el empresario (2011, p. 36).

Por otra parte, la comisión laboral comparte con la sindical que ambas son creadas “ad hoc” para unas negociaciones concretas que una vez terminadas conllevarán su disolución, por lo que no pueden mantenerse en el tiempo para representar a los trabajadores de manera permanente frente a la empresa. Pero a diferencia de la representación unitaria –con la que no puede confundirse– no está sujeta a término sino a una condición resolutoria: cuando finalicen las consultas con independencia de si se llega a un compromiso o no, pues hay obligación “de negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo” (art. 41.4 ET) pero no de llegar definitivamente al mismo.

No obstante, el que la comisión se cree para un caso concreto que, una vez solucionado, le imposibilita su continuidad en el tiempo como órgano de representación de los trabajadores, ello no quiere decir que no pueda funcionar ante varias medidas de reorganización empresarial siempre y cuando se negocien de manera simultánea o a continuación una de la otra economizando con ello un tiempo que puede ser valiosísimo para la empresa y los trabajadores añadiendo como requisito Molero, que la decisión de los trabajadores se adopte de forma expresa en ese concreto sentido (Molero, 2012, p. 1).

La comisión laboral, también la sindical, deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas. Para ello, la empresa, con anterioridad, habrá tenido que notificar, de manera fehaciente²⁶⁵, a los trabajadores su intención de iniciar cualquiera de los procedimientos de reestructuración pretendidos así como la posibilidad que tienen los trabajadores de designar la comisión laboral o la sindical que los represente²⁶⁶ y, desde ese momento, los trabajadores tendrán quince días naturales²⁶⁷ para constituirla²⁶⁸. Pasado ese tiempo, podrá la

²⁶⁵ Por lo tanto, de manera escrita y con entrega personalizada que asegure el correcto conocimiento del trabajador de las intenciones del empresario.

²⁶⁶ Si la empresa omite comunicar a los trabajadores la posibilidad de la composición alternativa se podría llegar a la nulidad de todo el período de consultas dado que *“dichas exigencias constituyen una obligación de hacer, que solo se satisface cuando se cumple íntegramente por el deudor, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1157 CC. - Cuando el deudor no la cumpla, o contravenga el tenor de la obligación, se podrá decretar que deshaga lo mal hecho, como dispone el art. 1098 CC”*. (SAN 168/2012, de 19 de diciembre. Roj: SAN 5552/2012).

²⁶⁷ Es decir, que deberán ser computados a partir del día siguiente de su recepción sin excluirse los días inhábiles tal como indica el artículo 5.1 y 2 del Código Civil.

²⁶⁸ Para evitar un uso torticero o interesado de esa primera comunicación a los trabajadores donde, por ejemplo, se podría evitar hacer alusión a la comisión sindical –recordemos que el antiguo artículo 26. 4 del RD 1483/2012 que así lo establecía, ha sido derogado por el RDL 11/3023– y, por lo tanto, haciendo mención únicamente a la laboral, seguramente más proclive a los intereses empresariales, se podría establecer en la negociación colectiva la obligación de remitir también esa comunicación a los sindicatos más representativos y a los representativos del sector así como a la comisión paritaria del convenio si se tratase de un descuelgue. De este modo, los sindicatos podrían aconsejar a los trabajadores sobre las bondades y perversidades de una y otra comisión, información crucial para que los trabajadores puedan sopesar su decisión.

empresa realizar la mencionada comunicación de inicio de consultas y, a continuación, principiarse éstas aunque no se hubiese constituido la comisión representativa, y de constituirse con posterioridad, ello no supondrá la ampliación del período de negociaciones (art. 41.4 ET) de quince días, con lo que aquella verá mermada sus posibilidades de negociar las reestructuraciones empresariales de manera provechosa para los trabajadores.

Por lo tanto, es obvio que no es un obstáculo para que se realicen las consultas el que no haya representantes legales de los trabajadores y tampoco comisión representativa, debiendo preguntarnos entonces cómo y con quiénes deberá negociar la empresa y la solución más plausible entiendo que sería que, si bien la empresa debe comunicar a todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo la decisión de las medidas y el inicio de las negociaciones –además de la posibilidad de poder nombrar la comisión laboral o la sindical y el plazo para hacerlo–, pasado el tiempo que marca la ley –quince días como máximo, por ejemplo en las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo del artículo 41 ET–, se entendería amortizado indefectiblemente ese período con lo que podría continuar el procedimiento correspondiente aunque sin que se pudiese entender, en ningún caso, que hubiere un acuerdo final que permita presumir que concurren las causas justificativas de las medidas empresariales y que solo pueda impugnarse por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión que obstaculizara la impugnación por parte de los trabajadores.

Para el caso concreto de inaplicación del convenio, Goerlich (2013, p. 94) entiende que la empresa, tras aguardar el vencimiento del plazo máximo, podría dirigirse a las sucesivas instancias de resolución de conflictos colectivos que no requieran acuerdo para solucionar las diferencias. Es decir, pasado el plazo de las consultas la empresa, en razón de la impulsión del procedimiento, se encaminaría a la comisión paritaria y, de no solventarlo ésta, pasaría directamente a la Comisión Consultiva u órgano autónomo correspondiente saltándose, entremedias, los acuerdos interprofesionales de solución de conflictos colectivos los cuales no están diseñados para la participación individual de los trabajadores.

La otra posibilidad sería iniciar las negociaciones con todos los trabajadores del centro de trabajo o empresa pero ello, además de que solo sería viable en las muy pequeñas empresas si queremos darle racionalidad al período de consultas, nos tropezaríamos

con el impedimento, ya varias veces mencionado, de la imposibilidad de dar efectos colectivos a los acuerdos negociados directamente con todos los trabajadores.

Es claro que ninguna de las dos opciones favorece unas consultas equilibradas entre el empresario y los trabajadores dándose, como consecuencia, una elevada posibilidad de que se impongan, llanamente, las condiciones de aquel o se llegue al mismo resultado por las presiones individualizadas que pueda ejercer sobre sus trabajadores.

Por tanto, opino que para cuando se produzca esta vacío representativo, la negociación colectiva debiera recoger, como ya he señalado, la obligatoriedad de que sea la comisión sindical, ya con los miembros predeterminados, la que actúe en las negociaciones con el empresario logrando con ello, además de que las consultas se realicen con todas las garantías para los trabajadores asegurando que lleguen a buen puerto, la entrada de los sindicatos en la empresa y el consiguiente contacto con sus trabajadores a los que, además de incitarles a formar secciones sindicales, se les asesoraría en sus derechos y se les empujaría en sus reivindicaciones.

En cuanto a su funcionamiento, solo menciona la ley (art. 41.4 ET) que, tanto la laboral como la sindical, deberán negociar con la empresa de buena fe, lo que supone prescindir de argucias o artimañas encaminadas a engañar a la otra parte²⁶⁹, y que las decisiones, incluido el acuerdo con la empresa, se tomarán por mayoría de sus miembros es decir, respetando el principio democrático de la superioridad numérica con independencia de la antigüedad o categoría profesional de los integrantes. Desde luego, no son aplicables a las comisiones las reglas de los artículos 77 y ss. del ET relativas al derecho de reunión salvo que así lo hayan dispuesto los mismos trabajadores en el momento de su constitución –los cuales sí que habrán tenido que realizar la asamblea, la convocatoria y las votaciones conforme a ese articulado²⁷⁰– o, posteriormente, los miembros de la comisión representativa por decisión mayoritaria.

²⁶⁹ En relación al empresario, la buena fe la aprecian los tribunales, además de cuando hay lealtad en el trato, cuando les haya entregado a los trabajadores la información precisa en tiempo hábil y cuando la negociación sea efectiva *“garantizándose como tal aquella en la que las partes cruzan propuestas y contrapropuestas con las consiguientes tomas de posición de unas y de otras, independientemente de que las negociaciones alcancen un buen fin”* (SAN 15 de febrero de 2013, Rec.29/2013). Es por ello, que no se acredita buena fe negocial cuando se mantiene una postura inamovible; por el contrario, el mero rechazo a las pretensiones y alternativas ofrecidas por el banco social no es indicativo de mala fe si fue razonado y justificado (SAN 15 de octubre de 2012, Rec.162/2012). (Navarro, 2013, p. 236).

²⁷⁰ Para Alfonso Mellado (Alfonso et al., 2010, p.114) las reglas del artículo 77 a 80 del ET no debieran ser obligatorias para los trabajadores que deben decidir sobre el nombramiento de la comisión representativa, sobre todo por la premura del tiempo – aunque cuando escribió al respecto, el plazo era de cinco días y no de quince tras la

En todo caso, la decisión de la comisión laboral, es vinculante *per se* no necesitando la corroboración posterior de la asamblea de los trabajadores lo que no impide que, en sano ejercicio democrático, se someta con anterioridad a la misma (o se adopte un preacuerdo sujeto a refrendo) o que los trabajadores, disconformes con la decisión, puedan reclamar contra ella por la vía del art 138.2 LJS.

Respecto a su extinción, ya se ha mencionado que la comisión se crea para una misión específica: la de llevar a cabo las consultas/negociaciones con la empresa sobre las medidas que ésta desea adoptar por lo que, una vez acabadas –o incluso antes si ambas partes han decidido sustituirlas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación–, si se ha llegado a un acuerdo, la comisión laboral desaparecerá al haber realizado su cometido. Es decir, que no se perpetuará en el tiempo para representar a los trabajadores en cualesquiera asuntos futuros que pudieran surgir en la empresa y que requiriesen su participación en pro de defensa de los trabajadores. Si surgen nuevos asuntos que la demanden, de nuevo los trabajadores tendrán que pronunciarse sobre si desean que sea una comisión laboral o una sindical quien les represente en ellos.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si no se ha conseguido llegar a un acuerdo, y se pretende reclamar en conflicto colectivo contra la medida empresarial, tal como prevé el apartado cinco del artículo 41 del ET o en demanda colectiva (art. 124 LJS), deberá ser esta comisión, por pura lógica, la que debería plantearlo ante los tribunales competentes ya sean los de mediación y arbitraje o los jurisdiccionales pues carecería “de sentido que se tuviera capacidad para extinguir los contratos y no para impugnar de

reforma operada por el Real Decreto Ley 11/2013, de dos de agosto – entendiendo, por ello, que debe darse libertad formal para el acuerdo aunque, eso sí, siempre por decisión mayoritaria sin que sea exigible, en ningún modo la unanimidad y sin que se pueda aceptar el que las reuniones deban celebrarse fuera de las horas de trabajo, tal como indica el artículo 78.1 del ET, dado el interés empresarial último de que se lleven a cabo las consultas para la adopción de las medidas (Benavente, 2014, p.149). También debe pasarse por alto, sino queremos acabar en un callejón sin salida, el que la asamblea deba ser presidida, *en todo caso*, por los representantes legales de los trabajadores (art 77.1 ET).

De igual manera opina Cruz Villalón al indicar que, como en la mayoría de las ocasiones el número de trabajadores que tienen que decidir es muy reducido, debe primar la informalidad en el sentido de que, con las suficientes garantías de seguridad y libertad, debiera aceptarse cualquier expresión mayoritaria de voluntad al respecto (Cruz Villalón et al, 2010, p. 7/11).

En mi opinión, ante la duda de la posible aplicación del artículo 80 del ET, dado que nada dicen las normas sobre ello, se tendría que llevar a la negociación colectiva la obligación de que las votaciones de los trabajadores para decidir sobre la comisión ad hoc y sus componentes, fuesen personales y directas y, por lo tanto no delegadas, y, sobre todo, secretas pues es mucha la presión que puede haber en una microempresa o pequeña empresa donde las relaciones personales son tan cercanas e influyentes. Opina, no obstante, que no sería especialmente necesario el secreto de las votaciones Nieto (2012, p. 69) siempre que “*se garantice el carácter democrático y la transparencia del proceso*”.

forma colectiva la decisión extintiva empresarial” (STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2012, Roj : STSJ CAT 3378/2012)²⁷¹, y si, por el contrario, sí que se ha podido conciliar las medidas empresariales y éstas necesitan de un seguimiento en su interpretación y aplicación, será la comisión, también por pura inferencia, la que deberá llevarlo a cabo además de que, como signataria del acuerdo, deba tener legitimación procesal pasiva, junto con el empresario, en caso de impugnarlo individualmente algún trabajador o colectivamente algún sindicato que se considere afectado.

Un modo extraordinario de extinción, que señala De la Villa Gil (2011, p. 21) es el que prevé el penúltimo apartado del artículo 41.4 del ET que posibilita que el empresario y los miembros de la comisión laboral –o sindical– acuerden sustituir el período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa debiendo desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para aquel período lo que quiere decir, si no queremos llegar al absurdo, que necesariamente el procedimiento de mediación o arbitraje se inicie dentro del período de consultas aunque con la duración que prevean los acuerdos de solución extrajudicial vigentes o bien que, una vez tomada la decisión de sustituir las consultas se contaría con un nuevo plazo de quince días para realizar la mediación o el arbitraje (Alfonso et al., 2010, p. 117).

Sin embargo, y en cualquier caso, entiendo que la comisión debe quedar viva para que se asegure la exacta aplicación de lo resuelto por los órganos de mediación o arbitraje o, en su caso, para impugnarlo, ante la jurisdicción competente como vimos más arriba.

Finalmente, otras causas de extinción serían la renuncia de todos sus miembros –si renunciara solo alguno de ellos deberían ser sustituidos por otros trabajadores, sin que pueda entenderse extinguida la comisión– y la revocación en pleno por parte de los trabajadores aplicando analógicamente el artículo 67.3 II párrafo del ET es decir, mediante asamblea convocada al efecto a instancia de, al menos, un tercio de los trabajadores y siempre por mayoría absoluta de éstos mediante sufragio personal, libre, directo y secreto aunque en este último caso únicamente cuando ya se hubiese firmado el acuerdo, lo que la hace baladí aunque los componentes revocados ya no estarán al frente de las posibles reclamaciones, o antes de iniciar las negociaciones si se tuvieran sospechas de contubernio con la empresa pues, en cualquier caso la “revocación no

²⁷¹ Ver también la STS de 18 marzo de 2014, Rec.114/2013.

podrá efectuarse durante la tramitación de un convenio colectivo”67.3 II párrafo *in fine* del ET.

4.1.4. Régimen jurídico de las comisiones sindicales.

Las comisiones sindicales, cuya naturaleza jurídica es claramente la de un órgano sindical colegiado²⁷², podrán constituirse cuando, no existiendo representación legal de los trabajadores y teniendo que realizarse consultas sobre las medidas que la empresa quiere implantar, los trabajadores acuerden atribuirles su representación, por ejemplo, porque no se avienen sobre quiénes deban ser sus integrantes o porque opinen que es mejor que lleven las negociaciones expertos en la materia ajenos a la empresa.

El número de integrantes de la comisión será obligatoriamente, como en la laboral, de tres ya que, como máximo se fija este número de participantes (art. 41.4 ET) y por debajo, o no estaríamos ante una comisión que necesariamente debe conformarla más de una persona, o bien se pondría en riesgo la eficacia de la misma al posibilitar un empate cuando se componga de dos miembros. Recordemos que avala todo lo anterior el que el mismo ET disponga que para la consecución del acuerdo se exigirá “la conformidad de la **mayoría** de los miembros de la comisión representativa”, pues es claro que solo se puede hablar de mayorías si hay más de un integrante como también que un empate evita cualquier mayoría pues la votación debe ser personal o “por cabezas” y no en función del voto proporcional o ponderado en base a lo que tales miembros representan²⁷³ (Mella, 2011, p. 39).

Como órgano sindical que es, esta comisión se aproxima a la sección sindical en que deviene del sindicato careciendo, como aquella, de personalidad jurídica.

Sin embargo, a partir de ahí, todo son diferencias:

²⁷² Así lo sostienen Alfonso (Alfonso Mellado et al., 2010, p.112) y De la Villa (2011, p.12) señalando este último que ese carácter no se trastoca porque la comisión sindical sea temporal y no definitiva poniendo como ejemplos cercanos las coaliciones sindicales del artículo 69.3 del ET.

²⁷³ No opina así García-Perrote (García-Perrote et al., 2010, p.158) que entiende que el voto proporcional, a diferencia del voto por cabezas, puede superar composiciones de la comisión negociadora que no respeten la designación proporcional exigida por el artículo 88.1 del ET –extrapolable al artículo 41.4 ET– lo que no pocas veces sucede porque el número de componentes de la comisión negociadora no admite fácilmente el respeto exacto de la representatividad y porque, en todo caso, ese porcentaje ha de traducirse en personas o cabezas sin que puedan contarse los decimales.

a).-Y es que, dada su finalidad: participar en las consultas sobre la implantación de una medida empresarial y, con posterioridad, en la aplicación o impugnación del resultado, la comisión sindical, al contrario que la sección sindical, es un órgano temporal limitado en sus miembros que, además, no tienen por qué ser de la empresa de que se trate sino, normalmente, de varios sindicatos –los más representativos y representativos del sector “según su representatividad” art.41.4 ET–.

b).- También difieren en que la sección sindical está dotada, como ya sabemos, de un conjunto de derechos de los que carece la comisión sindical como los del artículo 2.2.d de la LOLS que le permiten, entre otros, negociar convenios colectivos o convocar huelgas además de que sus miembros reúnen una serie de derechos no atribuidos a aquellos que integran la comisión, por ejemplo, recaudar cuotas o distribuir información sindical (art. 8.1 LOLS).

c).- Cosa distinta es el derecho de reunión del que no pueden despojarse si quieren llevar a cabo satisfactoriamente su cometido de llegar a acuerdos con la empresa acerca de la reestructuración emprendida. Derecho que no puede limitarse únicamente a los componentes de la comisión sino que debe extenderse a todos los trabajadores afectados por las medidas empresariales a los que no se les puede sustraer la información y palabra acerca de su futuro profesional aunque la decisión última la decida aquella por mayoría de sus miembros.

d).- Debe recalcar, finalmente, que los integrantes de la comisión sindical los designan los sindicatos a diferencia de los afiliados a la sección sindical que, cumpliendo los requisitos, siempre democráticos de los estatutos sindicales, libremente pueden optar por formar parte de la sección o los mismos portavoces o delegados sindicales que los eligen, como ya vimos, los mismos componentes de la sección sindical y no el sindicato.

Acabamos de ver que los miembros de la comisión sindical, a diferencia de la laboral, los nombran los sindicatos. ¿Pero cómo se lleva a cabo? ¿Qué sindicatos participan en esta designación?

La ley señala que el nombramiento corresponderá, “según su representatividad” a los sindicatos más representativos y a los representativos del sector al que pertenezca la

empresa²⁷⁴ debiendo, estos últimos, además, estar legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo aplicable a la misma (art. 41.4 ET), es decir, que, en su caso, las secciones sindicales de esos sindicatos, sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa (art. 87.1 ET) si se trata de convenios de empresa, lo que solo es entendible si ésta tiene varios centros de trabajo y alguno de ellos no posee representantes, o que se trate de sindicatos que cuenten con un mínimo del 10% de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio (art. 87.2.c ET) lo que es una reiteración con lo establecido en el artículo 7.2 LOLS que nada añade a la suficiente representatividad de los sindicatos. Por otra parte, puede que nos encontremos, aunque no sea lo usual, con empresas sin cobertura convencional, siempre que no se trate de supuestos de descuelgue claro está, en los que, por tanto, solo se podría contar con los sindicatos más representativos quedando descartados, obviamente, los más representativos del sector.

En cualquier caso, la designación de los miembros de la comisión por los sindicatos ya se ha indicado que debe ser “según su representatividad” lo que no deja posibilidad a que sean los trabajadores los que digan qué sindicato debe tener esa prerrogativa²⁷⁵. Es decir, que si tenemos dos sindicatos más representativos a nivel estatal y uno a nivel comunitario cada uno de ellos nombrará a un miembro; si tenemos solo dos a nivel estatal el más representativo designará dos integrantes y el otro sindicato el tercero en cuestión y si son cuatro o más los representativos porque en la comunidad autónoma hay más de un sindicato más representativo y además tenemos alguno suficientemente

²⁷⁴Como ya se vio en su momento, son los artículos 6 y 7 de la LOLS los que indican cuáles son las organizaciones sindicales más representativas y representativas. Las primeras, a nivel estatal, son los que acrediten tener en sus listas el 10% o más de los representantes unitarios proclamados en las elecciones, y a nivel de Comunidad autónoma, los que justifiquen un 15% además de tener, como mínimo, 1500 representantes en ese ámbito y no estén federados o confederados a organizaciones sindicales de ámbito estatal. A las anteriores se añaden, de manera automática, los sindicatos afiliados a ellas dentro de su ámbito correspondiente como una suerte de irradiación o *paraguas de representatividad* en palabras de Ojeda Avilés (2014, p.97).

Las segundas, las denominadas por el TS *suficientemente representativas*, son las que, aun no siendo más representativas, hayan obtenido en un ámbito determinado (territorial y funcional específico) el 10% o más de los delegados de personal y miembros de comités de empresa (art 7.2 LOLS).

²⁷⁵No opina igual De la Villa Gil (2011, p. 17), que entiende que deben ser los trabajadores los que decidan si serán los sindicatos más representativos o los suficientemente representativos los que designen los miembros de las comisiones sindicales. Sin embargo, la conjunción copulativa “y” en lugar de la disyuntiva “o” que utiliza la ley – “*por los sindicatos más representativos y representativos del sector*” – no invita a esa interpretación sino a la contraria, a que no deban ser rechazados unos por otros además que el que deban ser designados los miembros “*según su representatividad*” impide, como ya hemos visto, que sean excluidos los que lo sean en mayor medida por los que la tengan más débil. En definitiva, que hay unas reglas objetivas que imposibilitan la elección del sindicato por los trabajadores, los cuales solo tienen la potestad de decidirse por la comisión sindical pero no sobre qué sindicato en concreto deba realizar la designación de sus miembros.

representativo, habrá que atenerse a los parámetros que miden la representatividad y ver qué sindicatos la tienen más elevada: número de representantes unitarios y número de afiliados en los ámbitos correspondientes. Lo que no cabría, entiendo, es que el que sea más representativo, según las variables anteriores, designe el sólo a todos los miembros de la comisión sindical lo que supondría una afrenta al pluralismo sindical y a la proporcionalidad querida por el legislador.

Por lo demás, aunque lo usual es que el sindicato o sindicatos nombren personal experto ajeno a la empresa o centro de trabajo como asesores sindicales, abogados economistas...no puede descartarse el que se designen a trabajadores de la misma empresa estén afiliados o no al sindicato en cuestión. En este caso, entiende De la Villa Gil (2011, p. 18) que sería manifiestamente irregular el que los trabajadores condicionen la opción de la comisión sindical a que los sindicatos deban designar a los trabajadores señalados por sus compañeros situación, por otra parte, más que inverosímil pues, en ese caso, podrían, directamente, optar por la comisión laboral sin tener que utilizar la vía indirecta de la comisión sindical para tener a compañeros sentados en la mesa de negociaciones.

Hay que tener en cuenta, por otra lado, que en el caso de que la negociación se lleve a cabo por la comisión sindical, el empresario, si lo estima oportuno, podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado sin que importe que tengan carácter intersectorial o sectorial (art. 41.4 ET)²⁷⁶. Como sostiene Alfonso (Alfonso et al., 2010, p. 115), esta previsión es fútil dado que el empresario puede decidir, en cualquier caso, quién negocia en su nombre aunque, como el mismo autor matiza, aquel deberá pasar por lo que haya acordado la organización empresarial con la comisión sindical por lo que, como indica Nieto (2012, p. 72), lo más usual es que el empresario quiera estar por sí mismo en las negociaciones dado que la organización empresarial no solo le representa a él sino también a sus más directos competidores. Otra cosa, es que se sirva del asesoramiento que aquella le ofrezca lo que redundará, seguramente, en unos mejores resultados en las negociaciones. En todo caso, las discrepancias sobre el mandato expreso –no

²⁷⁶ Señala Mella (2011, p.38) que en el supuesto de sentarse a la mesa la asociación empresarial y la comisión sindical, la negociación se profesionaliza corriendo el riesgo de desbordar sus efectos y contenidos. Para esta autora, es un contrasentido que, finalmente, dos órganos ajenos a la empresa terminen debatiendo y, quizás, resolviendo un problema interno de la misma.

Sin embargo, el problema será interno pero su solución puede pasar por modificar normativa que han negociado otros, precisamente los que estarán más preparados para alcanzarla sin olvidar que, necesariamente, siempre habrá reuniones previas con sus representados para conocer los antecedentes y situación real de la empresa.

bastará la mera afiliación— que permita la representación del empresario por una asociación empresarial se deberá resolver por la vía civil y no por la social (Mella, 2011, p. 38).

A mi parecer, no es justo que el empresario pueda decidir, en cualquier caso, quién negocia en su nombre con los representantes de los trabajadores pues, sin duda, se hace trizas el principio de igualdad de las partes —órganos colectivos similares con parecidos poderes— sí, frente a la comisión interna, se coloca la organización empresarial, con todo su potencial, en la que estuviera integrado el empresario. Y no vale decir que, en ese caso, los trabajadores, para equilibrar fuerzas, pueden optar por la comisión sindical ya que en ningún momento hay obligación de que el empresario comunique a los trabajadores quién le representará en las negociaciones. Es por ello, que no es imparcial la advertencia que hace el ET para “el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos” (art. 41.4) olvidándola para el caso de que, habiendo sido designados por los trabajadores, el empresario, siempre por mandato expreso, deje su representación en manos de una asociación empresarial.

Señalar, finalmente, que siempre estará abierta la posibilidad de impugnar ante los tribunales del orden social y mediante los procedimientos establecidos —normalmente a través del conflicto colectivo o del artículo 138 de la LJS—tanto la misma creación de la comisión sindical, como la designación de sus miembros estando legitimados, además del empresario, los trabajadores de la empresa o centro de trabajo y cualquier sindicato que entienda que esté más legitimado para nombrar a los componentes de la comisión.

Ya se dijo que la comisión sindical, al igual que la laboral, deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas teniendo los trabajadores, desde la obligatoria notificación del empresario que antecede a aquella de su intención de llevar a cabo las medidas, de quince días para ello. Igualmente, como la comisión laboral, tendrá que negociar con la empresa de buena fe durante un plazo que no podrá superar los quince días debiendo buscarse el acuerdo tras haber estudiado conjuntamente las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados (art. 41.4 primer párrafo ET). En todo caso, su actuación interna deberá respetar el principio democrático de las mayorías y ello con independencia de que los integrantes hayan

sido designados por sindicatos más representativos o suficientemente representativos, sin que puedan prevalecer aquellos sobre éstos, o viceversa, o de que pertenezcan a uno solo o a más sindicatos.

Desde luego, sus decisiones serán libres sin que tengan que sujetarse, como las comisiones laborales, a las instrucciones dadas por los trabajadores y en mayor medida, a las directrices de los sindicatos que los hubiesen nombrado aunque ello pueda tener repercusiones internas en el seno de las organizaciones sindicales en relación a posibles sanciones o futuras designaciones. En definitiva, que sus decisiones son vinculantes no necesitando de refrendos posteriores ni de la plantilla, ni de los sindicatos que los hubiesen designado sin que sus efectos se puedan ver limitados a una parte de los trabajadores, por ejemplo, los afiliados a los sindicatos que participen en la comisión.

Finalmente, apuntar que se extinguirán, también como las comisiones laborales, *ope legis* una vez realizadas las consultas aunque puedan continuar, si así se ha convenido, para llevar a cabo la aplicación de los acuerdos o para impugnarlos en su caso. También por renuncia de todos sus miembros y, entiendo, por decisión revocatoria de los sindicatos que las hubiesen designado cuando existiere causa razonable al efecto como, por ejemplo, desviarse claramente de las directrices o líneas ideológicas del sindicato posibilidad no extrapolable a los trabajadores del centro aunque no estuvieran conformes con la gestión de las consultas (Nieto, 2012, p. 70) pues, como ya se dijo, no se necesita su aquiescencia en lo negociado.

Podrían no extinguirse, sin embargo, en el caso de que se tratase de comisiones permanentes creadas por la negociación colectiva con los integrantes ya predeterminados por los sindicatos “según su representatividad” para atender reestructuraciones empresariales en empresas o centros de trabajo sin representantes legales de los trabajadores que estén en el ámbito del convenio. Ello, supondría inmediatez y convergencia al tiempo que evitaría desavenencias y soluciones dispares en las distintas empresas afectadas ganando con ello, además celeridad y seguridad jurídica.

4.1.5. Resumiendo: Qué uso debe darse a la comisión ad hoc ex artículo 41.4 ET para ganar representatividad en las pequeñas empresas y microempresas.

1.- De existir una sección sindical en la pyme, debiera ser ésta quien designara a la comisión representativa la cual comprendería a su portavoz, con todas las garantías, facilidades y derechos del representante legal reconocidos en la negociación colectiva, y dos agentes del sindicato expertos en negociaciones. Con este carácter híbrido se evitaría la desconfianza inicial de los trabajadores hacia personas ajenas a la empresa y, al tiempo, se lograrían unos niveles técnicos y de experiencia apropiados para las consultas. Se uniría pues, la tranquilidad de la cercanía y la seguridad de la eficiencia.

Pero para ello, se tendría que aprovechar la vía que ofrece el artículo 41.4 ab initio del ET consistente en establecer en la negociación colectiva un procedimiento específico, que podría ser el mismo que establece este precepto, pero donde los protagonistas sean las personas mencionadas, con el portavoz a la cabeza y no trabajadores bisoños e influenciados, que regule los pasos o fases que han de seguirse en las reestructuraciones empresariales.

2.- De faltar la sección sindical, y siempre, claro está, que no hubiese representantes legales de los trabajadores, la negociación colectiva podría contemplar que, en el caso de no designar los trabajadores la comisión representativa –por clara negativa o por indolencia– o cuando se trate de microempresas con menos de tres trabajadores donde es imposible constituir la comisión laboral o, yendo más allá, en todos aquellos supuestos que vimos donde la ley niega la posibilidad de las consultas aun tratándose de las mismas medidas: movilidad geográfica que no afecte a la totalidad de un centro de trabajo con cinco o menos trabajadores (art. 40.2 ET); modificación sustancial de condiciones de trabajo en cualquier microempresa o centro de trabajo con nueve o menos trabajadores (art. 41.2 ET) y despidos colectivos que no atañen a la totalidad de un centro de trabajo y/o no se ha producido la cesación total de la actividad empresarial cuando aquel cuente con menos de seis trabajadores (art. 51.1. 4 párrafo ET), podría establecer, decía, que los sindicatos más representativos y representativos del sector a que pertenezca la empresa nombraran, según su representatividad, una comisión de tres miembros –que podrían proceder de la sección sindical sectorial de existir– para que enfrente las negociaciones/consultas con la

empresa así como la obligación de que se realicen consultas en aquellos casos que no es obligatorio.

Esta comisión, que sería permanente como la paritaria del convenio y un instrumento igualador en el sector y que podrían ser varias para afrontar las reestructuraciones coincidentes en el tiempo, aportaría conocimientos y experiencia a las consultas facilitando la fluidez de las negociaciones además de ofrecer seguridad a los trabajadores pues, a la maestría de sus miembros, se le ha de añadir la seguridad de que, al no ser susceptibles de sufrir represalias o de aceptar prebendas del empresario – salvo la siempre posible compra de voluntades – no son presionables por éste al tiempo que reciben su tutela del derecho de libertad sindical como ya nos recordaba Benavente.

No quiero dejar de recalcar, por último, que con esta comisión sindical estacionaria se abre otra vía más de penetración de los sindicatos en las microempresas y pequeñas empresas sin representantes de los trabajadores, dando pie a que se creen secciones sindicales que la hicieran innecesaria en el futuro pudiendo realizar, hasta ese momento, labores de asesoramiento y representación de los trabajadores más allá de los supuestos de reestructuraciones empresariales contemplados por el ET si así lo recoge la negociación colectiva.

4.2. LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES COMO MEDIO PARA GANAR REPRESENTATIVIDAD EN LA MICROEMPRESA Y PEQUEÑA EMPRESA.

En respuesta al artículo 40.2 de la CE, al Convenio nº 155 de la OIT de 22 de junio de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente en el trabajo y a la Directiva Marco del Consejo 89/391 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, se aprobó en nuestro país la ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) norma que incluye el derecho de participación de los trabajadores como herramienta necesaria para la consecución de sus fines. En concreto, prevé dos mecanismos de participación especializada de los trabajadores: los delegados de

prevención (arts.35 a 37) y el Comité de Seguridad y Salud (arts.38 y 39) de composición paritaria y funcionamiento colegiado que se constituirá en las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores²⁷⁷, por lo que, solo de manera indirecta se estudiará en este trabajo.

Pero además de estas dos vías de participación, la propia LPRL permite que la negociación colectiva –o a través de los acuerdos del artículo 83.3 del ET– opte por una distinta a aquellas en la que los negociadores podrán fijar con entera libertad tanto su ámbito de actuación –empresarial, supraempresarial, sectorial o interprofesional– los sujetos que lo integran, así como las competencias y facultades que deba asumir.

4.2.1. Los delegados de prevención.

En materia de prevención de riesgos laborales los trabajadores están representados en la empresa por los delegados de prevención (art. 35.1 LPRL)²⁷⁸ que deberán ser

²⁷⁷ No hay duda de que mediante la negociación colectiva se puede mejorar la anterior prescripción. Un ejemplo lo tenemos en el artículo 74 del Convenio colectivo del sector de derivados del cemento, CA Valenciana, 2011-2012 (R Economía, Industria, Turismo y Empleo 18 Dic. 2012) que indica que *“en los centros de trabajo donde existan más de 30 trabajadores y menos de 50 se constituirá un Comité de Seguridad y Salud en el trabajo formado por dos delegados de prevención, nombrados entre los delegados del personal e igual número de representantes de la empresa, cuyos acuerdos adoptados tendrán carácter vinculante”*.

Por su parte, el derecho alemán establece la exigencia de que *“supuesto que en otra norma jurídica no se disponga lo contrario, el empresario en centros de trabajo con más de veinte trabajadores tiene que constituir un comité de prevención de riesgos laborales[Arbeitsschutzausschuß]”* Parágrafo 11 de la «Ley sobre Médicos de Empresa, Ingenieros de Seguridad y otros Especialistas en Seguridad en el Trabajo [Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit]» de 1973. Y aunque ello pareciera que es más beneficioso para los trabajadores por poder constituirse un comité de prevención de riesgos en empresas con tan solo veinte trabajadores, este es el umbral, sin embargo, en el que podrá haber representantes especializados en seguridad pues no se prevén delegados de prevención fuera del mencionado comité.

²⁷⁸ Cuyas notas características son las siguientes:

1. ^{a)} Es un órgano de carácter representativo, dado que tiene por objeto la defensa de los intereses de los trabajadores.
2. ^{a)} La representación que ostenta el delegado de prevención se centra en los intereses de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, es decir, que se trata de una representación de carácter específico o determinado, estando para la representación del resto de intereses la representación unitaria y/o la sindical.

Sin embargo, debe quedar claro que la atribución al delegado de prevención de funciones representativas en la materia de seguridad laboral no tiene carácter exclusivo pues éste, por lo general, es también delegado de personal o miembro del comité con funciones representativas generales además de que, como veremos, estos últimos también, junto con los sindicales, *“les corresponde (...) la defensa de los intereses de los trabajadores en materia de prevención de riesgos del trabajo”* (art 34.2 LPRL).

3. ^{a)} Es un órgano unipersonal, en el sentido de que cada delegado de prevención ostenta la representación de los intereses de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo, frente al Comité de Seguridad y Salud cuya actuación es de forma colegiada.

4. ^{a)} A la hora de adoptar decisiones, se regirán no por el criterio de la unanimidad, sino por el de las mayorías.

Es claro que esta regla no tiene virtualidad alguna en el ámbito de la pequeña y mediana empresa pues en aquellas de hasta treinta trabajadores, el delegado de prevención será el delegado de personal y en las de treinta y uno a cuarenta

designados por y entre los representantes del personal (art. 35.2 y STS de 19 de octubre de 1998, Rec. núm. 330/1998)²⁷⁹ –por lo que no son una nueva instancia de representación en la empresa sino más bien un órgano dependiente de la representación unitaria de la que se diferencia por sus específicas funciones (Sierra, 2007) que le dan naturaleza mixta: representativa y técnica –siguiendo el criterio de la mayoría y no el de la proporcionalidad en la representación (Alfonso Mellado et al., 2012, p. 609 y STS de 20 de abril de 2001, Rec. núm. 2887/2000) dada su razonabilidad, objetividad y no arbitrariedad que casa mejor con el carácter de colaboración del delegado de prevención y la idoneidad de los candidatos en el desempeño de sus funciones en razón de su cualificación (STSJ de Madrid, de 6 de julio de 2000, Rec. núm. 2573/2000)²⁸⁰ lo que obligaría, en cualquier caso, a que el elegido o elegidos deba tener la preparación necesaria ya que este es el criterio

y nueve, uno de los tres delegados de personal deberá ser el de prevención que, obviamente, no tendrá que actuar por mayorías (art.35.2 LPRL).

5. ^a) Se han de designar obligatoriamente en todas las empresas o centros de trabajo, de acuerdo con la escala del art. 35.2, LPRL. Como ya se ha indicado, en aquellas empresas de menos de treinta trabajadores el mismo delegado de personal será el de prevención.

6. ^a) En cuanto a la duración de su cargo, no dispone la ley nada al respecto si bien “*en los casos en que la condición de Delegado de Prevención vaya unida a la de representante de los trabajadores, coincidirá normalmente la duración de ambos cargos o con la duración del mandato de los que los eligieron*” (STSJ Andalucía, Sevilla, 15-11-03, Rec.3062/02) (<http://cisslaboral.ciss.es/Content/Documento-2> de julio 2015).

Por lo demás, recordar que “*las competencias de los comités de seguridad y salud, así como las de los delegados de prevención, no agotan las formas de participación de los trabajadores en esta materia, puesto que el art. 34.2 [LPRL] reserva tanto a los delegados de personal y Comités de Empresa, como a los representantes sindicales - o si se prefiere, al doble canal de representación en la empresa que existe en nuestro sistema de relaciones laborales - la defensa de los intereses de los trabajadores en materia de prevención de riesgos en el trabajo para la que podrán ejercer las competencias que en materia de información, consulta, negociación colectiva, vigilancia, control y ejercicio de acciones les correspondan según lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley de Órganos de Representación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, así como en la Ley Orgánica de Libertad Sindical.*” (ATCo 98/2000, de 6 de abril). No hay pues, una exclusión en materia de seguridad laboral sino más bien una confluencia representativa con una frontera muy difusa que no logra separar las funciones de unos y otros lo que, en cierta medida, tiene sentido pues como indica Agra (1999, p.31), los delegados de prevención, en principio, son a la vez delegados de personal, recayendo en el mismo sujeto funciones participativas –como delegado de prevención– que se identifican con la idea de cooperación, y funciones representativas –como representante unitario– que se identifican con las funciones reivindicativas. Por lo tanto, “*la LPRL no ha llevado hasta sus últimas consecuencias el principio de especialización funcional*” (Valdés Dal-Ré, 1997, p.36).

²⁷⁹En esta sentencia declara el TS que la designación de los delegados de prevención ha de realizarse por y entre los representantes del personal, excluyendo a los sindicales, sin que ello suponga un atentado al derecho fundamental a la libertad sindical consagrado en el artículo 28 de la CE. Y es que, “*la libertad sindical no ampara un indiscriminado derecho del sindicato a ser integrado en cualquier órgano de la empresa y en toda circunstancia*” (Auto 98/2000, de 6 de abril del TC). Como dice Valdés Dal-Ré (1996, 61), en el sintagma “representantes del personal”, el complemento del nombre tiene un claro sentido delimitativo: si personal es el conjunto de trabajadores al servicio de una empresa y no de los afiliados a un sindicato que trabajen en la misma, sus representantes no pueden ser otros que los unitarios.

Por su parte, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 31 de julio de 2001, Rec.913/00, declaró nula la designación de un delegado de prevención que no era previamente representante de los trabajadores por lo que, se excluye cualquier supuesto de nombramiento sobre el que no recaiga el cargo de representante unitario que prescinda del sistema de cooptación que establece la ley.

²⁸⁰ Postura defendida también por el TC en su ya mencionado auto 98/2000, de 6 de abril al excluir la regla de la proporcionalidad por el carácter estrictamente técnico de las funciones legalmente atribuidas a los órganos especializados, y sin que ello atente *per se* a la libertad sindical.

seguido por los tribunales para no aplicar el principio de la proporcionalidad en la designación (Sierra, 2007).

Hay que indicar, que la LPRL no exige una mayoría específica para el nombramiento de los delegados de prevención bastando con un mayor número de votos favorables de los representantes unitarios –delegados de personal o miembros del comité de empresa– y sin que ello importe en las empresas de menos de treinta trabajadores donde el delegado de prevención será el mismo delegado de personal (art. 35.2 LPRL). Es posible, por lo demás, que por esa misma mayoría, los representantes, decidan otro modo de designación como el consenso (Sentencia del TSJ de Aragón, de 17 de mayo de 2000 Rec. núm. 311/2000) o la misma proporcionalidad en la representación obtenida en la correspondiente unidad electoral (Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 31 de marzo de 2005 Rec. núm. 375/2005) y hasta la elección directa por parte de los trabajadores (art. 35 del Convenio Colectivo del sector de Distribuidores de Gas Butano de Bizkaia) (Sierra, 2007).

Pero a lo que ahora nos interesa, lo que sí no ofrece duda es que en aquellas microempresas que no haya representantes unitarios por imposibilidad legal –menos de seis trabajadores– o dificultades de hecho de origen también legal –de seis a diez trabajadores²⁸¹– no tendrán éstos quién les represente y vele por el cumplimiento de la normativa de seguridad en el trabajo – incluso aunque se trate de una empresa que entrañe riesgos para la salud²⁸² pues se sigue un criterio exclusivamente cuantitativo –, lo que podría explicar la mayor accidentalidad en el seno de estas empresas²⁸³ como ya

²⁸¹ Obviamente tampoco podrá haberlos en aquellas empresas de más de diez trabajadores que, sin embargo, no han llevado a cabo elecciones a delegado de personal o miembros del comité de empresa salvo que el motivo de no poder realizarlas sea por razones de antigüedad de aquellos –un mes para ser elector y seis meses, al menos, para ser elegible (art.69.2 ET)– en cuyo caso podrá elegirse en asamblea a un trabajador para que ejerza las funciones de delegado de prevención si bien, *“la actuación de éstos cesará en el momento en que se reúnan los requisitos de antigüedad necesarios para poder celebrar la elección de representantes de personal, prorrogándose por el tiempo indispensable para la efectiva celebración de la elección”* (D Adicional 4ª LPRL).

Por lo demás, creo necesario traer a colación que, en estas pequeñas empresas de menos de diez trabajadores, la ley permite al empresario asumir personalmente las funciones preventivas siempre que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo y tenga la capacidad necesaria, en función de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades que lleven a cabo (art.30.5 LPRL).

²⁸² Una lúcida excepción la encontramos en las estaciones de servicio donde se elegirá un Delegado de Prevención, de acuerdo con lo dispuesto en la LPRL (art 54 del Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio 2010-2015, R Empleo de 18 Sep. 2013) lo que posibilita su existencia en todas aquellas estaciones con cinco o más trabajadores (art 57 del mismo Convenio).

²⁸³ Según el Anuario de Estadísticas Laborales (Análisis de la mortalidad por accidente de trabajo en España 2012), la mayor concentración de accidentes mortales investigados se produce en las empresas pequeñas, de hasta cinco trabajadores, con el 34,8% de los accidentes, seguidas de las empresas con plantilla de 10 a 25 trabajadores, con el 19,5%. Es más, según el mismo informe, en las empresas más pequeñas, hasta 9 trabajadores, las causas mayormente implicadas son las relacionadas con la Gestión de la prevención, concretamente: el método de trabajo inadecuado, la

mostrarán Frick y Walters en el Reino Unido a finales del siglo pasado al constatar que la falta de representación de los trabajadores en la empresa produce resultados tangibles en el ámbito de la seguridad y la salud del trabajo (Cruz Villalón et al., 2003, p. 69) sobre todo porque los representantes, en mayor medida cuando forman parte de un sindicato poderoso, suelen ser escuchados por los pequeños empresarios en esta materia al existir el riesgo de denuncia a la Inspección de Trabajo²⁸⁴, lo que es uno de los principales incentivos para avanzar en el cumplimiento de la legislación laboral²⁸⁵.

Sin embargo, como ello supone, en realidad, dejar huérfanos de representación a muchos trabajadores en una materia tan trascendental como la seguridad y salubridad en el trabajo²⁸⁶, “en los convenios colectivos podrán establecerse otros sistemas de designación de los Delegados de Prevención, siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o a **los propios trabajadores**”²⁸⁷(art. 35.4. primer párrafo LPRL). Es decir, que en los casos en que en

no identificación de los riesgos que han materializado el accidente, falta de ejecución de las medidas preventivas propuestas en la planificación derivada de la evaluación de riesgos, la inexistencia o insuficiencia de un procedimiento que regule la realización de las actividades dirigidas a la identificación y evaluación de riesgos, y no poner a disposición de los trabajadores las máquinas, equipos y medios auxiliares necesarios o adecuados.

²⁸⁴ Así, paradójicamente, en las grandes empresas en las que, además de consejos o equipos de seguridad y una política preventiva implantada, existe representación sindical, la inspección suele actuar con más ahínco y, por el contrario, en aquellas pequeñas empresas, donde no hay ni lo uno ni lo otro, la presión de la inspección es más ligera (Cruz Villalón et al, 2003, 69).

²⁸⁵ La Trade Unions Congress del Reino Unido en un informe de 2011, que recoge varias investigaciones a nivel internacional, constata lo que denomina “efecto sindicato” según el cual, en las empresas donde actúan representantes de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, las condiciones de trabajo son mejores, se producen menos accidentes de trabajo y se cumple más la normativa (García, López y Díaz, 2013, p.46). Igualmente, las conclusiones de las investigaciones del EPSARE (Impacto de los delegados de prevención en la salud laboral en la UE) afirman que los centros de trabajo donde existen delegados sindicales activos en materia preventiva son más seguros y presentan mejores indicadores de salud laboral (Menéndez, Benach, y Vogel, 2008, p. 5-7).

²⁸⁶ Lo que conllevaría que la consulta y participación en materia preventiva se tuviese que hacer, necesariamente, con todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo, pues el empresario “*a fin de dar cumplimiento al deber de protección establecido en la presente Ley (...) adoptará las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias*” en relación a la seguridad y salud en el trabajo además de “*consultar a los trabajadores y permitir su participación en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo*” (art 18.1 y 2 de la LPRL).

No hay que olvidar, de ninguna de las maneras, que “*las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta ley y en sus normas reglamentarias tendrán, en todo caso, el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos*” (art 2.2 LPRL) por lo que no podrán ser eludidas por motivo del tamaño de la empresa como tampoco podrá ser obviado “*el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo*” (art.14.1 LPRL) que tienen todos los trabajadores incluidos los de las microempresas.

²⁸⁷ la Sentencia del TSJ de Madrid de 19 de septiembre de 1996 estableció que el art.35.4.1º párrafo de la LPRL no se puede utilizar para ampliar las personas que pueden elegir al delegado de prevención como órganos sindicales, empresarios, etc. (Sierra, 2007) por lo que si se pretende que sean los mismos sindicatos quienes nombren a los delegados de prevención deberán utilizar la vía del art 35.4. 2º párrafo del mismo texto legal.

Un ejemplo de designación por los representantes unitarios que recae en otro trabajador que no lo es, lo tenemos en el artículo 56 del V Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (R Empleo 5 Mar. 2013) el cual dispone que “*los delegados de prevención deberán tener la condición de representantes de los trabajadores (delegados de personal o miembros del comité de empresa), salvo que por*

la empresa o centro de trabajo no haya representantes unitarios, la misma ley que impide la representación especializada, permite que los propios trabajadores puedan nombrar, entre ellos, de manera democrática, al delegado de prevención que vele para que el titular de la microempresa cumpla con su obligación de seguridad “protegiendo a sus trabajadores frente a los riesgos laborales” (art. 14.1 LPRL) siempre, eso sí, que lo contemple la negociación colectiva²⁸⁸, la cual podría prever que lo fuera el delegado interno o portavoz sindical elegido por los afiliados al sindicato que sean trabajadores de la empresa²⁸⁹ en el caso de que estuviere implantada la sección sindical, diluyéndose, en este caso, el problema de la representatividad. Con ello, se conseguiría que el portavoz sindical, además de las que pudieran establecerse en la negociación colectiva²⁹⁰, asumiera toda una serie de facultades y competencias en materia

acuerdo mayoritario de dichos representantes elijan a aquel trabajador del centro que consideren más adecuado para el desempeño de las funciones vinculadas a la prevención”.

²⁸⁸ El Capítulo X del Convenio Colectivo Nacional del Ciclo de Comercio del Papel y Artes Gráficas (2010) dispone que “*con objeto de prestar la debida atención a las importantes cuestiones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, se establecerán en las empresas los siguientes responsables en estas materias:*

- *1. Empresas de 1 a 30 trabajadores/as, un delegado de prevención con los requisitos y facultades establecidos en la legislación vigente”.*

Por su parte el artículo 21.2 del XVII Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos (R Empleo 9 Oct. 2013) dispone que “*cuando no existan representantes legales del personal, los trabajadores podrán elegir directamente, por mayoría simple, quién o quienes habrán de desempeñar el cometido de delegado de prevención, procurando siempre que tenga una adecuada formación en la materia, y hasta tanto exista representación legal de los trabajadores”.*

Desde luego que la negociación colectiva podría añadir otras reglas o criterios a la hora de designar a los delegados de prevención siempre que cumplan, claro está, con el requisito de que sean los propios trabajadores quienes lo elijan por ejemplo, que reúna unos mínimos conocimientos técnicos, que haya unanimidad en su elección, que deba tener determinada antigüedad en la empresa etc.

Pero, eso sí, siempre habrá de hacerlo el convenio colectivo estatutario y no el pacto o convenio extraestatutario, ineficaz para la designación del representante en materia preventiva (SAN 25-9-1998, Rec. 106/1998).

²⁸⁹ En este caso, como ya se dijo, “*serán representantes que reúnen en su persona dos funciones diferentes: la de un órgano de representación ordinario”* –atribuida en su esencia por la negociación colectiva– “*y la de un órgano de representación especializado en materia de seguridad y salud”.* Y por ello, “*no pierden la condición de representantes del personal ni la capacidad de ejercer las funciones propias del mismo, si bien la necesaria especialización en la mencionada materia determina que sean las específicas las que se realizan de modo principal o exclusivo para cuyo desempeño han de contar entonces y de forma inmediata con las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones”* (STSJ de Cantabria de 14 de julio de 2008, Rec.550/08).

Pero es que además, si se tratase del portavoz sindical elegido por los trabajadores afiliados al sindicato, entiendo que estaría amparado por la libertad sindical a diferencia del delegado de prevención ordinario (STSJ Cataluña 23-9-2010, Rec.1784/2010 y STSJ Asturias 28-3-2014, Rec.2189/2013) dada su conexión con el sindicato.

En cualquier caso, entiendo que se respeta el principio democrático porque en la elección del portavoz-delegado de prevención puede participar cualquier trabajador de la empresa con la única condición de que esté afiliado a un sindicato.

Un ejemplo de designación de los representantes sindicales aunque no por los trabajadores sino por los representantes unitarios es el art.55 del XIX Convenio Colectivo de contratas ferroviarias que dice que “*los delegados de prevención serán elegidos por los representantes del personal, pudiendo designarse entre los representantes del personal y/o sindicales».*

²⁹⁰ El carácter de norma mínima se muestra claramente en la Disposición Transitoria Primera de la LPRL al señalar que “*lo dispuesto en los artículos 36 y 37 de esta Ley en materia de competencias, facultades y garantías de los Delegados de Prevención se entenderá sin perjuicio del respeto a las disposiciones más favorables para el ejercicio de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales previstas en los convenios colectivos vigentes en la fecha de su entrada en vigor”.*

preventiva de manera automática, *ex lege*, sin necesidad de que tuvieran que especificarse en el mismo convenio y que, según el artículo 36 LPRL²⁹¹, bajo el prisma de la cooperación, el fomento y la vigilancia, serían los siguientes:

a) Colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva tanto en su planificación como en su materialización. Con ello, la ley sigue lo indicado por el Convenio de la OIT nº 155/81 sobre Seguridad y Salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo²⁹² que en su artículo 19. 1 b) establece que “deberán adoptarse disposiciones a nivel de empresa en virtud de las cuales: los representantes de los trabajadores en la empresa cooperen con el empleador en el ámbito de la seguridad e higiene del trabajo”.

b) Promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales pues “corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario” artículo 29.1 LPRL que a continuación enumera una serie de obligaciones para el trabajador, cuyos rasgos comunes son la diligencia y la buena fe en su cumplimiento y cuya inobservancia tendrá la consideración de incumplimiento laboral que le puede acarrear una sanción²⁹³, entre aquellas“ cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones

²⁹¹ Aunque el artículo 36 de la LPRL establece un sistema dual que distingue entre competencias (que delimitan el marco funcional de actuación de los delegados de prevención) y facultades (que definen los poderes que se ponen a disposición de los delegados para el ejercicio de sus funciones, por lo tanto tienen carácter instrumental) (Valdés Dal-Ré, 1996, p.67), he preferido seguir el modelo unitario del artículo 64 del ET que engloba a unas y otras.

²⁹² Ratificado por Instrumento de 26 de julio de 1985 (BOE de 11 de noviembre).

²⁹³ Dice el artículo 29.2 de la LPRL que “*Los trabajadores, con arreglo a su formación y siguiendo las instrucciones del empresario, deberán en particular:*

1º. Usar adecuadamente, de acuerdo con su naturaleza y los riesgos previsibles, las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y, en general, cualesquiera otros medios con los que desarrollen su actividad.

2º. Utilizar correctamente los medios y equipos de protección facilitados por el empresario, de acuerdo con las instrucciones recibidas de éste.

3º. No poner fuera de funcionamiento y utilizar correctamente los dispositivos de seguridad existentes o que se instalen en los medios relacionados con su actividad o en los lugares de trabajo en los que ésta tenga lugar.

4º. Informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores.

5º. Contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo.

6º. Cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores”.

de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores”(art.29.2.6ºLPRL).

c) Ser consultados por el empresario, con carácter previo a su ejecución, acerca de una serie de decisiones en materia preventiva²⁹⁴ lo que, necesariamente, supondrá el tener acceso²⁹⁵, con respeto a la confidencialidad e intimidad del trabajador en lo relativo a la información médica personal, de toda aquella documentación relacionada

²⁹⁴ En concreto, sobre todas aquellas a las que se refiere el artículo 33 de la LPRL a saber:

a).- La planificación y la organización del trabajo en la empresa así como la introducción de nuevas tecnologías, en todo lo relacionado con las consecuencias que éstas pudieran tener para la seguridad y la salud de los trabajadores derivadas de la elección de los equipos, la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales que pudieran darse en él.

Debe tenerse en cuenta que, si en un lugar de trabajo están trabajando personal de varias empresas, y una de ellas es la titular del centro de trabajo, además de que los delegados de prevención de ésta puedan acceder a cualquier zona del centro de trabajo y comunicarse durante la jornada con los delegados de prevención o representantes legales del resto de empresas concurrentes o, en su defecto, con los trabajadores, siempre que no se altere el normal desarrollo del proceso productivo de la empresa, aquellos serán consultados sobre la organización del trabajo en el centro de trabajo derivada de la existencia de otras empresas, en la medida en que repercuta en la seguridad y salud de los trabajadores por ellos representados (art.15.2 y 3 b del RD 171/2004).

b).- La organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos laborales en la empresa, incluida la designación de los trabajadores encargados de dichas actividades o el recurso a un servicio de prevención externo que se concibe como la fórmula organizativa más conveniente para las microempresas pues, como señala Cruz (Cruz Villalón et al., 2003, p. 225), la opción de asumir personalmente el empresario las actividades preventivas nunca será autosuficiente porque siempre será necesario concertar la vigilancia de la salud de los trabajadores con un especialista en Medicina del Trabajo lo que también ocurrirá si se designan trabajadores a no ser que, en este último caso, alguno de ellos sea experto en esta materia.

c).- La designación de los trabajadores encargados de las medidas de emergencia. Recordemos que el personal designado deberá poseer la formación necesaria, ser suficiente y disponer del material adecuado (art 20 LPRL) y aunque, solo será exigible un local destinados a los primeros auxilios y otras posibles atenciones sanitarias en aquellos lugares de trabajo con más de cincuenta trabajadores y en los de más de veinticinco trabajadores para los que así lo determine la autoridad laboral teniendo en cuenta la peligrosidad de la actividad desarrollada y las posibles dificultades de acceso al centro de asistencia médica más próximo., sí que habrá de haber en todo lugar de trabajo – por lo tanto también en las microempresas – como mínimo, un botiquín portátil que contenga desinfectantes y antisépticos autorizados, gasas estériles, algodón hidrófilo, venda, esparadrapo, apósitos adhesivos, tijeras, pinzas y guantes desechables (Anexo VI del RD 486/1997, de 14 de abril por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo).

d).- Los procedimientos de información acerca de los riesgos laborales en la empresa en su conjunto y en cada puesto en concreto así como las medidas preventivas o de emergencia que se apliquen debiendo tener a su disposición el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo, la planificación de la actividad preventiva, la práctica de los controles del estado de salud de los trabajadores y la relación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan causado al trabajador una incapacidad laboral superior a un día de trabajo.

e).- El proyecto y la organización de la formación en materia preventiva.

f).- Y en general, cualquier otra acción que pueda tener efectos sustanciales sobre la seguridad y la salud de los trabajadores.

Además de estas materias, el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba al Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), añade los siguientes supuestos en los que también debe darse el derecho de consulta:

a) acerca del procedimiento para la evaluación de los riesgos a utilizar en la empresa o centro de trabajo (art. 3.2 del RSP), b) en la elaboración de la evaluación de los riesgos para así identificarlos mejor,(art. 5.1 del RSP), c) para determinar la periodicidad que deba darse en la revisión de la evaluación de riesgos inicial (artículo 6.2 del RSP), d) y, finalmente, deberá el empresario consultar también a los representantes de los trabajadores con carácter previo sobre la decisión de concertar la actividad preventiva con uno o varios servicios de prevención ajenos (artículo 16.2 del RSP).

²⁹⁵ Para la doctrina judicial bastaría con que el delegado de prevención pudiese examinar la documentación en las oficinas de la empresa, sin que exista obligación de obtener copia (STSJ Cantabria 1-6-05, Rec.216/05, STSJ Cataluña 20-12-05, Rec.6444/05).

con la misma. Los informes que deban remitirse al respecto, y que no son vinculantes para la empresa²⁹⁶, deberán elaborarse en un plazo de quince días²⁹⁷, o en el tiempo imprescindible cuando se trate de adoptar medidas dirigidas a prevenir riesgos inminentes pudiendo el empresario poner en marcha las medidas si en el plazo indicado no se hubiera evacuado el susodicho informe. Esta competencia se apuntala en el principio general preventivo de consulta, consagrado en el artículo 2.1 LPRL y en la obligación de consulta del empresario que dispone el artículo 18.2 del mismo texto legal y no es infrecuente que la recoja la negociación colectiva²⁹⁸.

d) Ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, por tanto no solo en relación a la contenida en la LPRL, sino también a lo tocante a «sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales –tanto las de derecho interno como las internacionales o comunitarias que resulten de aplicación– o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito»(art. 1 LPRL) (Llompert et al., 2008)y ello, tanto en relación al empresario, como con los trabajadores o el resto de los representantes.

Hay que recordar que, si los delegados de prevención ya son representantes unitarios, esta facultad ya les viene reconocida por el artículo 64.7.a del ET y, si no lo son, realizarán sus funciones con plena autonomía a la labores de defensa y protección de los trabajadores que pudiesen realizar en materia preventiva los miembros del comité de empresa, los delegados de personal o, incluso, los representantes sindicales (art. 34.2 LPRL).

e) Acompañar en sus cometidos a los técnicos evaluadores de riesgos y a los inspectores de trabajo a los que podrán hacer las observaciones que estimen

²⁹⁶ Aunque no sean decisorios, si el empresario no los tiene en cuenta, sí que debiera dar alguna explicación de su rechazo pues, de lo contrario, la consulta sería del todo ineficaz (Llompert, Pérez de los Cobos y Thibault, 2008). Si se va más allá, y lo que se rechaza es la consulta misma, el empresario cometería una infracción grave sancionada por la LISOS (art 12.11) a la que podría añadirse la invalidez del acto empresarial si la consulta está incorporada al proceso de adopción de la propia decisión empresarial por la negociación colectiva (Valdés Dal-Ré, 1996, p.60).

²⁹⁷ Este plazo de quince días cumple así una doble finalidad: por una parte, establece el período máximo del que disponen los delegados de prevención para formular su dictamen y, por otro, delimita el período mínimo de antelación con que el empresario ha de recabar el informe de aquellos (Valdés Dal-Ré, 1996, p. 59).

²⁹⁸ Un ejemplo, es el artículo 4.3 del XVII Convenio colectivo general de la industria química (R Empleo 26 Mar. 2013) que establece que *“en las empresas de menos de 50 trabajadores, la empresa se reunirá, al menos, trimestralmente con el delegado de prevención para analizar los temas relacionados con la seguridad y la salud laboral, permitiendo la participación de asesores sindicales que reúnan los requisitos”* del cargo sindical del artículo 9 de la LOLS.

oportunas, a menos que estos últimos consideren que es preferible su ausencia en razón del éxito de sus funciones (art. 40.2 LPRL).

f) Ser informado por el empresario sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores pudiendo presentarse, aún fuera de su jornada laboral, en el lugar de los hechos para conocer las circunstancias de los mismos. Lo que incluiría el poder acceder a la misma investigación del accidente de trabajo o enfermedad profesional ya que aquella “no es una actividad autónoma sino una parte del proceso de evaluación de los riesgos laborales, en cuanto elemento eventualmente determinante de la revisión de la evaluación inicial” (SAN 30/10/2014, Rec. núm. 226/2014). Por lo demás, por “daños derivados del trabajo” habrá que entender aquellas “enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo” (art. 4.3 LPRL).

g) Recibir del empresario las informaciones obtenidas por éste procedentes de las personas u órganos encargados de las actividades de protección y prevención en la empresa, así como de los organismos competentes para la seguridad y la salud de los trabajadores debiendo tenerse en cuenta que podrán recurrir a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social si consideran que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario son insuficientes para garantizar la seguridad y salud en el trabajo debiendo ser informados de los resultados de las visitas que realice aquella así como de las medidas adoptadas como consecuencia de las mismas.

h) Realizar visitas a los lugares de trabajo para ejercer una labor de vigilancia y control del estado de las condiciones de trabajo, pudiendo, a tal fin, acceder a cualquier zona de los mismos y comunicarse durante la jornada con los trabajadores, de manera que no se altere el normal desarrollo del proceso productivo.

i) Proponer al empresario medidas de carácter preventivo y para la mejora de los niveles de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores así como a los encargados de la coordinación de actividades preventivas en aquellos centros donde concurren trabajadores de distintas empresas. También, “podrán proponer iniciativas tendentes a la mejora de la situación medioambiental” para ello “las empresas facilitarán información a los trabajadores de las cuestiones medioambientales, con especial referencia a las relacionadas con el ámbito de la actividad preventiva” (art. 56 del V

Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados, R Empleo 5 Mar. 2013)²⁹⁹

j) Cuando los trabajadores estén o puedan estar expuestos a un riesgo grave e inminente con ocasión de su trabajo y el empresario no adopte o no permita la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores, podrán acordar, por mayoría de sus miembros, la paralización de la actividad de los trabajadores afectados por dicho riesgo. Tal decisión será comunicada de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual, en el plazo de veinticuatro horas, anulará o ratificará la paralización acordada (art. 21. 3 LPRL)³⁰⁰ y todo ello, sin perjuicio del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía (art. 44.2 LPRL). En ningún caso, los representantes podrán sufrir perjuicio alguno derivado de la adopción de la medida de paralización, a menos que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave (art. 21.4 LPRL) y en el supuesto de que una empresa pretendiera sancionar a algún trabajador por la paralización del trabajo en base a la apreciación de riesgo grave e inminente, procederá a la apertura de expediente contradictorio en el que serán oídos, además del interesado, los miembros de la representación legal de los trabajadores y el Comité de Seguridad y Salud o el Delegado de Prevención en su caso (art. 76 del Convenio colectivo para la industria de azulejos, pavimentos y baldosas cerámicas, CA Valenciana, 2012-2014 (R Economía, Industria, Turismo y Empleo 21 Mar. 2013 y artículo 74 del V Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento, R Empleo 26 Mar. 2013).

k) En el caso de que la empresa concierte un contrato de prestación de obras y servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar al delegado de

²⁹⁹ Continúa diciendo este precepto que “la información se dará a los delegados de prevención o a los trabajadores designados por los representantes de los trabajadores, a los que será de aplicación lo establecido en el artículo 37 de la ley de prevención de riesgos laborales y se referirá a:

Circunstancias que supongan un cambio significativo del entorno de los puestos de trabajo y que signifiquen una modificación sustancial de los riesgos medioambientales para los trabajadores, así como las medidas adoptadas para resolverlas.

De las situaciones anómalas que se produzcan en el centro de trabajo relacionadas con el medioambiente y de las medidas adoptadas para resolverlas.

Acuerdos y decisiones que las autoridades competentes adopten respecto al centro de trabajo relacionados con estos aspectos, así como los efectos y medidas a concretar en cada momento.

Desarrollo legislativo autonómico, nacional o comunitario sobre medio ambiente”.

³⁰⁰ Hay que precisar, que esta facultad la tienen los delegados de prevención cuando no resulte posible reunir con la urgencia requerida al órgano de representación del personal (art 21.3 LPRL), es decir el delegado de personal, que ya partimos que no existirá en la pyme donde queremos que haga su labor el delegado de prevención designado por los trabajadores.

prevención de las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. La misma obligación recaerá en la empresa contratista o subcontratista antes del inicio de la ejecución de la contrata (art. 42. 4 e) y 5 del ET). Es evidente la trascendencia de esta competencia que posibilita a los delegados de prevención de una empresa que subcontrate una actividad con una microempresa, que no tiene representantes de los trabajadores, puedan acceder a cualquier zona del centro de trabajo y comunicarse durante la jornada sin que se altere el normal desarrollo del proceso productivo (art. 15.3.b del RD 171/2004, de 30 de enero).

Una brillante solución para estos supuestos es la que ofrece el artículo 6.2 del XVII Convenio colectivo general de la industria química (R Empleo 26 Mar. 2013) al disponer que “en aquellos centros de trabajo que cuenten con más de 200 trabajadores de plantilla, cuando la naturaleza de los trabajos realizados sea especialmente compleja o peligrosa y el número de trabajadores de otras empresas auxiliares, de servicio, contratas y subcontratas, exceda durante un periodo superior a los tres meses de un 30 % en relación con la plantilla total de la empresa principal, se declara como medio de coordinación para el cumplimiento del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su desarrollo reglamentario por el Real Decreto 171/2004, la constitución de un Comité de Seguridad y Salud Intercontratas³⁰¹”.

l) Finalmente, debemos tener en cuenta que el delegado de prevención deberá asumir las competencias del comité de seguridad y salud en todas aquellas empresas y/o centros de trabajo que cuenten con menos de cincuenta trabajadores y que, según el artículo 39 de la LPRL, son las siguientes:

1) Participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos en la empresa. Se trata de una competencia de consejo y recomendación «no ejecutiva ni decisoria» (Purcalla y Rodríguez, 1997).

³⁰¹Dicho Comité de Seguridad y Salud Intercontratas tendrá un máximo de 12 miembros de los cuales 6 serán designados por y entre los representantes de las Direcciones de las empresas concurrentes y, los otros seis, por las Federaciones sindicales más representativas que organizan a los trabajadores de dichas empresas de entre los Delegados de Prevención de las mismas. Este Comité de Seguridad y Salud Intercontratas se reunirá trimestralmente con el Comité de Seguridad y Salud de la empresa principal a efectos de evaluar el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud, limitándose sus funciones a analizar los problemas comunes al conjunto de trabajadores que desarrollan su actividad en el ámbito de la empresa principal y proponer las medidas que es estimen oportunas. Dicha reunión será presidida por el presidente del Comité de Seguridad y Salud de la empresa principal (art.6.2 II párrafo).

2) Promover iniciativas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de los riesgos, proponiendo a la empresa la mejora de las condiciones o la corrección de las deficiencias existentes.

Para ello, deberán conocer tanto la situación de riesgos en la empresa como toda la documentación relativa a la seguridad y prevención así como los daños producidos a la salud de los trabajadores y acerca de la memoria y programación anual, de la que deberán evacuar un informe, de los servicios de prevención.

Pero además de las anteriores competencias y facultades – todas ellas de cooperación o colaboración con el empresario más que de gestión directa – los delegados de prevención designados por los trabajadores – o por los miembros de la sección si recae en el portavoz – gozarán de todas las garantías atribuidas por el artículo 68 del ET a los representantes legales de los trabajadores³⁰² y, entre ellas, a disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones que en nuestro caso será de quince horas (arts. 37.1 LPRL y 68.e.1º ET) no acumulables a las quince que ya le correspondería si fuera delegado de personal – o portavoz sindical con crédito horario reconocido por la negociación colectiva – si bien, es posible que la negociación colectiva, “para el adecuado desarrollo de sus funciones, los delegados de prevención dispongan, además del crédito horario del que disfrutaban en virtud del artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores/as, de un crédito adicional de 5 horas mensuales para el desempeño de sus funciones”(Capítulo X del Convenio colectivo nacional del Ciclo del Comercio del Papel y Artes Gráficas 2010)³⁰³. Pero además, en ese tiempo se incluye,

³⁰² Y no solo las del artículo 68 ET, sino también todas aquellas dispersas por el mismo u otros textos legales cuya finalidad sea evitar que el representante sea removido o despedido por motivo del desempeño de sus funciones, por ejemplo los arts. 40.5, 52.c y 56.4 todos del ET siendo este último expresamente aplicable a los trabajadores designados para la prevención de riesgos así como aquellos integrantes del servicio de prevención (art.30.4 LPRL). Y así lo mantiene la doctrina judicial, al menos, en relación a la prioridad de permanencia en la empresa en caso de extinción del contrato de trabajo ex art 52.c del ET (STSJ Cataluña de 3 de febrero de 2000, Rec.8126/1999) y cuando se trata del derecho de opción si el despido es declarado improcedente ex art. 56.4 del ET [STSJ Andalucía (Sevilla) 15 de noviembre de 2002 Rec.3062/2002].

No olvidemos, finalmente, que las garantías recogidas en el artículo 68 del ET y todas aquellas que se han mencionado, lo serán “a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos” (art.68 *ab initio*) remarcando así el carácter de mínimo de derecho necesario de esta normativa. Tampoco debe olvidarse que, en ningún caso, se dará una duplicación de garantías en aquellos sujetos que, siendo representantes unitarios, ostenten, al tiempo, la condición de delegados de prevención.

³⁰³ En la misma línea el artículo 71 del V Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento (R Empleo 26 Mar. 2013) establece que “los delegados de prevención dispondrán de un crédito horario añadido de 1 hora semanal para realizar sus actividades inherentes en el centro de trabajo. Dicho tiempo se podrá acumular a petición de los delegados, inclusive para la realización de cursos de formación en materia de prevención y medioambiente (...)”. Igualmente, el artículo 26 del Convenio colectivo para las empresas que tengan adjudicada la gestión de residencias de tercera edad, centros de día, residencias materno-infantiles y servicio de ayuda a domicilio, CA Valenciana, 2011-2013 (R Relaciones Laborales 10 Ene. 2013), establece que “así mismo, los delegados de

sin que pueda imputarse al crédito horario, el correspondiente a las reuniones que pudiera tener con el empresario en materia de prevención de riesgos laborales así como el destinado a acompañar a los técnicos evaluadores e inspectores de trabajo en sus visitas o las que hagan ellos mismos en su labor de vigilancia y control del estado de las condiciones de trabajo. Si para el desarrollo de las anteriores facultades, el delegado tuviera que desplazarse, la empresa deberá correr con los gastos del desplazamiento (STSJ Cantabria 14 de julio de 2008, EDJ 201476). Y tanto, si desarrolla estas últimas actividades, como cualesquiera otras en materia preventiva, el delegado de prevención, al solicitar el permiso retribuido, no tiene porqué especificar la concreta labor que vaya a llevar a cabo sino que será suficiente que indique que lo es para la realización de funciones preventivas a efectos de distinguirla de cualquiera de otra índole pues, la necesaria libertad para el desempeño de las funciones de delegado de prevención, impiden a la empresa la fiscalización previa de la actividad a desarrollar (STSJ Andalucía, Sevilla, 16 de mayo de 2000, Rec. núm. 106/1999; STSJ Madrid 23 de enero de 2002, Rec. núm. 5428/01).

En cualquier caso, el problema capital del crédito horario es cómo se sufraga su coste por las microempresas cuya capacidad económica, normalmente, será feble y, como consecuencia, lo hará inasumible. Para superar esta dificultad, podríamos extrapolar las soluciones dadas, más arriba, en relación a los portavoces sindicales que, recordemos, consistían, básicamente, en una cesión solidaria de horas sindicales de los representantes de los trabajadores de las grandes empresas o, en una adhesión mutua de todas las microempresas y pequeñas empresas en el sostenimiento del crédito horario. En cualquier caso, si se sigue el criterio señalado al inicio de este apartado y estuviese implantada la sección sindical, obviamente, el delegado de prevención y el portavoz sindical recaerían en la misma persona con lo que se solucionaría, de una vez, la cuestión del crédito horario de la forma ya tantas veces indicada.

Cuestión estrechamente relacionada con el crédito horario es la obligación que tiene el empresario de proporcionar a los delegados de prevención, por sus propios medios o

prevención dispondrán de un crédito horario adicional de 15 horas mensuales para el desarrollo de funciones que la LPRL les encomienda. A este número de horas no se le podrán computar las que se utilicen en aquellas situaciones que en la Ley se contemplan y para las cuales se habilita un crédito horario específico”.

Con esta ampliación convencional del crédito horario, se consigue paliar una situación desmesurada para los delegados de prevención en quienes recae, además de sus funciones ordinarias de representante, las especializadas y más técnicas –necesitadas de formación– de prevención de riesgos laborales.

mediante conciertos con organismos o entidades especializadas en la materia³⁰⁴, los medios y la formación en materia preventiva que resulten necesarios³⁰⁵ para el ejercicio de sus funciones debiendo estar siempre adaptada a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos repitiéndose periódicamente si fuera necesario³⁰⁶. Es claro que la formación que reciba el delegado deberá ser más amplia que la que debe dar el empresario en materia preventiva a cada trabajador en el momento de su contratación o cuando haya variaciones en sus funciones o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo. Entre otras cosas, porque esta última formación “deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador” (art. 19.1 LPRL)³⁰⁷ siendo que el delegado de prevención, por el contrario, debe de tener una visión más amplia o general y, a la vez, más profunda de los riesgos existentes en todo el centro de trabajo y de los medios para prevenirlos o evitarlos debiendo ser, como aquella, continua conforme evolucionen los riesgos o aparezcan otros nuevos³⁰⁸. De cualquier modo, ese tiempo de formación también será considerado

³⁰⁴ Como organismos oficiales, asociaciones empresariales o sindicales o por otras entidades homologadas por la correspondiente autoridad laboral, debiendo participar los representantes, en cualquier caso, en la planificación de las actividades preventivas (artículo 56 del V Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados. R Empleo 5 Mar. 2013).

³⁰⁵ Aquella formación adquirida por los delegados de prevención de manera voluntaria pero que exceda de la necesaria que obliga al empresario, no da derecho a compensación o remuneración alguna (STSJ Madrid de 16 de marzo de 2011, Rec.4953/2010).

³⁰⁶ Esta doble obligación empresarial, se establece en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11.5 de la Directiva 1989/391/CEE: donde recoge el deber del empresario de «poner a su disposición los medios necesarios para que dichos representantes puedan ejercer los derechos y funciones resultantes de la directiva»; y en el art. 12.3, al señalar que «los representantes de los trabajadores, que tengan una función específica en la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, tendrán derecho a una formación adecuada». También el Convenio 155 de la OIT en el art. 19.d) establece que «deberán adoptarse disposiciones a nivel de empresa en virtud de las cuales: [...] los trabajadores y sus representantes en la empresa reciban una formación apropiada en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo» (Lleó, Pérez de los Cobos y Thibault, 2008).

³⁰⁷ En desarrollo de este precepto el artículo 41 del Convenio colectivo del sector de arqueología, CA Valenciana, 2013-2015, R Economía, Industria, Turismo y Empleo 25 Mar. 2013 establece para todos los trabajadores y no solo para los delegados de prevención “la realización de un curso de prevención de riesgos en el lugar de trabajo de un mínimo de 8 horas. Deberá incluir aspectos relativos a la formación general y los riesgos derivados de los trabajos del puesto de trabajo que se ocupa, con especial incidencia en lo que se refiere a trabajos en altura y a la utilización de materiales peligrosos, así como a los riesgos derivados de efectuar los trabajos en el marco de las obras de construcción. En este sentido, se desarrollarán cursos específicos de las diferentes disciplinas y especialidades del personal adherido al presente Convenio, atendiendo a sus múltiples particularidades”.

También, el artículo 26 del Convenio colectivo para las empresas que tengan adjudicada la gestión de residencias de tercera edad, centros de día, residencias materno-infantiles y servicio de ayuda a domicilio, CA Valenciana, 2011-2013 (R Relaciones Laborales 10 Ene. 2013), indica que “cada año se impartirá a cada uno de los trabajadores –por tanto, no solo a los delegados de prevención– una formación teórica y práctica de 10 horas mínimas”.

³⁰⁸ El artículo 56 del V Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (R Empleo 5 Mar. 2013) establece que “en cumplimiento de sus obligaciones preventivas, la empresa facilitará a los delegados de prevención y componentes del comité de seguridad y salud en el trabajo un curso equiparable al nivel básico de 30 o 50 horas según lo previsto en el reglamento de servicios de prevención y en función de la actividad desarrollada en cada centro de trabajo(...)”. Indicando a continuación los objetivos que debe perseguir la formación: promover los comportamientos seguros y la correcta utilización de los equipos de acción preventiva integrada; promover las actuaciones preventivas básicas y efectuar su seguimiento y control; realizar evaluaciones elementales de riesgos; colaborar en la evaluación y control de los riesgos generales y

parte del crédito horario por lo que su coste no podrá recaer, en ningún caso, sobre ellos, lo que también significa que no tendrán que financiarla de ninguna de las maneras (art. 37.2 LPRL)³⁰⁹. Como contrapartida, aquellos, en razón de la buena fe contractual, estarán obligados a recibir y aprovechar la formación que se les imparta (Lleó et al., 2008) debiendo, incluso, como obliga algún convenio, “acreditar la asistencia a las acciones formativas cuando así lo exigiere el empresario” (XVII Convenio colectivo general de la industria química (R Empleo 26 Mar. 2013). Y en cuanto a los medios necesarios, se tratará de poner a disposición de los delegados de prevención todos aquellos instrumentos técnicos u organizativos e, incluso, recursos económicos o humanos encaminados a lograr los objetivos buscados por la LPRL, a saber: participar en las consultas del artículo 33 LPRL; desempeñar las competencias que le arroga el artículo 36.1 LPRL; llevar a cabo las facultades del artículo 36.2 LPRL, así como transmitir a los trabajadores la información recibida del empresario vía artículo 18.1 LPRL (Lleó et al., 2008). En concreto, los tribunales vienen reconociendo el derecho de los delegados de prevención a que se le abonen los gastos de desplazamiento para visitar un determinado lugar relacionado con su cometido en seguridad y salud ya que, “la nueva regulación del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo se configura como un derecho cuasi-absoluto que modaliza los poderes empresariales de carácter organizativo, de manera que las exigencias de productividad, rentabilidad o meramente económicas no pueden constituir límites a dicho derecho” (STSJ Cantabria 14 de julio de 2008, Rec. núm. 550/08) sin que sea condición necesaria que así lo haya recogido la negociación colectiva. No olvidemos que, en correspondencia con lo que se dijo más arriba, el artículo 21 del Convenio 155 de la OIT señala que las medidas de seguridad e higiene en el trabajo no deberán implicar ninguna carga financiera para los trabajadores y que el artículo 12.12 de la LISOS, considera como infracción grave no proporcionar la formación o los medios adecuados para el desarrollo de sus funciones a los

específicos de la empresa; actuar en caso de emergencia y primeros auxilios y, finalmente, cooperar con los servicios de prevención. En la misma línea, el artículo 26 del Convenio colectivo para las empresas que tengan adjudicada la gestión de residencias de tercera edad, centros de día, residencias materno-infantiles y servicio de ayuda a domicilio, CA Valenciana, 2011-2013 (R Relaciones Laborales 10 Ene. 2013), atribuye a los delegados de prevención, con el objetivo de que puedan cumplir con las funciones que la LPRL les encomienda, *“un crédito horario mínimo anual de 40 horas para su formación en materia de prevención de riesgos laborales, sin cargo al crédito horario sindical que en su caso tuviera, ni del previsto para el ejercicio de sus facultades y competencias contempladas en la LPRL”*.

³⁰⁹ Es por ello que, durante la celebración de los cursos de formación, el delegado de prevención debe continuar percibiendo las retribuciones básicas y complementarias a que tenga derecho, pues de no ser así se vería perjudicado en sus remuneraciones por razón de sus funciones representativas (STSJ Galicia, Sala Cont.-Admvo. de 31 de mayo 2000, Rec.1795/1997).

trabajadores designados para las actividades de prevención y a los delegados de prevención.

Por otra parte, hay que destacar que a los delegados de prevención se les exigirá, como a los representantes legales y/ o sindicales de los trabajadores, el deber de sigilo respecto de las informaciones a que tuviesen acceso como consecuencia de su actuación en la empresa (art. 37.3 LPRL) extensible, por tanto, a toda aquella documentación entregada en relación a su actividad por el empresario o por otros sujetos como, por ejemplo, el servicio de prevención que, “en legítimo y objetivo interés de la empresa o centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado”(art. 65.2 ET).En relación a este deber de sigilo, interesa hacer varias apreciaciones:

1ª) El deber no se circunscribe única y exclusivamente a las competencias preventivas sino a toda “la información a la que tuvieran acceso como consecuencia de su actuación en la empresa” (art. 37.3 LPRL), difícilmente confinable al ámbito preventivo, siempre, eso sí, que haya sido calificada como reservada por la empresa (art. 65.2 ET). Pero, aun sin esta calificación, hay que tener en cuenta que ningún tipo de documento entregado por la empresa al delegado podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de ésta ni para fines distintos de los que motivaron su entrega (art. 65.3 ET) siendo, en este caso, el motivo o la razón no ya tanto el deber de sigilo, sino más bien el deber de buena fe contractual a que está sujeto el delegado en sus relaciones con el empresario.

2ª) Este deber de sigilo, que será exigible con independencia del modo de designación del delegado y, por lo tanto, sin que, necesariamente, deba ser un representante unitario o sindical, se extenderá también a los expertos que les asistan (art. 65.2 ET)³¹⁰ y tiene su contrapunto en la obligada confidencialidad del empresario en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores (art. 22.4 LPRL).

3ª) Un problema, apuntado en Lleó et al., 2008, es que la posibilidad de impugnar las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores, debe tramitarse

³¹⁰ Recordemos que también recae este deber en los trabajadores designados para desempeñar las funciones de prevención en la empresa (art 30.4 LPRL).

por el procedimiento de conflicto colectivo (art. 65.5 ET) para el que no está legitimado el delegado de prevención (art. 154 LJS) por lo que necesitará, en el caso de que no sea representante unitario o sindical, buscar el apoyo de éstos para la impugnación y, dado que no los hay en la microempresa, sería una solución plausible, ya apuntada más arriba, que recayera la figura del delegado de prevención en el portavoz sindical al que, por la negociación colectiva, se le han atribuido las competencias de los delegados de personal.

4ª) En ningún caso, la exigencia de sigilo puede entorpecer la obligación que tiene el delegado de prevención de informar a los trabajadores en materia preventiva³¹¹, deber superior frente a una obligación de reserva que, como ha indicado el Tribunal Constitucional, no es absoluta sino que más bien se trata de una exigencia de dar una utilización razonable y adecuada a la información entregada al representante (STC 90/1999, de 26 de mayo). No rige pues, el deber de sigilo *ad intra* (Purcalla y Rodríguez, 1997) ni entiendo que tampoco cuando a quien se informa es a las organizaciones sindicales a las que pertenezca el delegado de prevención pues no son, en modo alguno, ajenas a los trabajadores de la empresa.

Finalmente, en cuanto a la duración en el cargo, los delegados de prevención lo seguirán siendo mientras conserven la posición de representantes unitarios, si han sido designados por y entre ellos como ya vimos, bastando, como ya ocurría con el nombramiento, una mayoría de votos para su remoción y sustitución y, a diferencia del nombramiento, tendrá que basarse en alguna razón objetiva que deseche cualquier atisbo de arbitrariedad (STSJ Madrid 27 de abril de 2009, Rec. núm. 1382/2009) como por ejemplo, dejar de asistir a las reuniones del comité de seguridad y salud (STSJ Asturias 28 de marzo de 2014, Rec. núm. 2189/2013). Por el contrario, el cambio de afiliación sindical o la pérdida de la condición de afiliado porque el representante hubiese renunciado o, incluso, se le hubiere expulsado del sindicato, no es causa de extinción del mandato STS de 7 de julio de 1999 (Tol 209196).

Si, por el contrario, han sido elegidos directamente por los trabajadores habrá que estar a lo que disponga el convenio colectivo –que, en todo caso, deberá respetar la legalidad

³¹¹ El artículo 18.1 de la LPRL exige al empresario, a fin de dar cumplimiento al deber de protección eficaz en materia preventiva, informar a los trabajadores sobre los riesgos para la seguridad y la salud, las medidas y actividades de protección y prevención de aquellos y las medidas de emergencia implantadas en la empresa y ello, a través de los representantes si los hubiere, y con independencia de que aquel tenga que informar directamente a cada trabajador de los riesgos específicos que afecten a su puesto de trabajo o función y de las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos.

constitucional en relación a las causas de la destitución— y, si nada indica, a lo que dispone el artículo 67.3 del ET para la revocación de los representantes unitarios: asamblea convocada al efecto por un tercio como mínimo de los trabajadores electores y decisión por mayoría absoluta mediante sufragio universal, personal, directo y secreto. En el caso de que coincidiera en la persona del portavoz sindical, considero que habrá de estarse, si nada dispone el convenio colectivo, a lo que establezcan los estatutos del sindicato en cuestión.

También, se extinguirá el cargo, como en el caso de los representantes unitarios, por la muerte del delegado de prevención, por dejar de ser trabajador de la empresa, o por su dimisión (arts.67.5 y 68. c ET) siendo posible su sustitución inmediata, sin un nuevo nombramiento, si los trabajadores que lo eligieron, designaron a un suplente para cualquier supuesto de ausencia incluida la extinción del cargo del titular.

4.2.2. Órganos específicos.

Los delegados de prevención pueden ser sustituidos en sus funciones representativas por *órganos específicos*³¹² creados por la negociación colectiva o los acuerdos para materias concretas del artículo 83.3 ET³¹³. La importancia de estos órganos estriba, para nosotros, en que podrán asumir “competencias generales respecto del conjunto de los centros de trabajo incluidas en el ámbito de aplicación del convenio o del acuerdo” (art. 35.4.2 LPRL). Es decir, con esta norma no se busca simplemente sustituir a los delegados de prevención ya existentes, ni de solaparlos con otros nuevos, sino más bien de que éstos u otras figuras análogas lleguen a aquellos centros de trabajo donde no los haya “en orden a fomentar el mejor cumplimiento en los mismos de la normativa sobre prevención de riesgos laborales”.

³¹²Estos órganos específicos pueden sustraer funciones a los delegados de prevención pero lo que no pueden hacer es sustituirlos pues, dado el carácter imperativo de la ley, son de obligada existencia (Garrido, 1997).

³¹³ Como señala Valdés Dal-Ré (1996, p. 65), los acuerdos ex art. 83.3 ET no son algo diferente, y menos enfrentado, a la negociación colectiva, pues de ella nacen. En realidad, lo que pretende el artículo 35.4, según este autor, es esbozar fórmulas de reparto funcional entre niveles de negociación en los espacios dispositivizados por la ley, pues mientras que la modificación de los modos de designación de los delegados de prevención parece labor más adecuada de niveles de descentralización (empresa o sector territorial provincial), la alteración de los elementos estructurales del modelo legal es tarea más apropiada para los niveles centralizados (acuerdos o convenios estatales o de Comunidad Autónoma).

Las posibilidades, si se quieren ver, son enormes pues los negociadores pueden establecer con entera libertad la modalidad del órgano (individual, colectivo mancomunado o colegiado, paritario..), los términos de su constitución y funcionamiento³¹⁴, las competencias que asumirá –no pudiendo ir más allá de la materia preventiva³¹⁵– y, sobre todo, el ámbito donde ejercerá sus funciones con el único límite de que no rebase “el conjunto de los centros de trabajo incluidos en el ámbito de aplicación del convenio o del acuerdo” posibilitando así, además de poder adoptar medidas conjuntas y coordinadas para todos los centros de trabajo incluidas en él, llegar a aquellas microempresas sin representantes de los trabajadores³¹⁶. Pero veamos cómo podría concretarse todo ello.

³¹⁴ Incluso, considero, que se podría limitar simplemente a crear delegados de prevención con todas sus facultades, competencias y garantías con la única diferencia en la manera de designarlos, por ejemplo por los sindicatos negociadores del convenio, y en el ámbito de su actuación, pues se trata de abarcar un territorio y sector determinado donde pueda haber incontables microempresas sin representación de los trabajadores. Un ejemplo lo tenemos en el artículo 64.1 del Acuerdo regulador de las condiciones de empleo del Personal Funcionario del Ayuntamiento de Tomiño, que establece que «*Los delegados de prevención, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35.4º de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, serán designados por las organizaciones sindicales con representación en los ámbitos de los órganos de representación del personal.*».

³¹⁵ Una excepción, entiendo que podría ser la materia medioambiental tan estrechamente ligada a la seguridad e higiene en el trabajo. Se trataría, por tanto, de que la comisión se arrogara también competencias medioambientales como :

1. Colaborar con la Dirección de la empresa en la mejora de la acción medioambiental.
2. Promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en el cumplimiento de la normativa medioambiental.
3. Ejercer una labor de seguimiento sobre el cumplimiento de la normativa de medio ambiente, así como de las políticas y objetivos medioambientales que la empresa establezca.
4. Recibir información sobre la puesta en marcha de nuevas tecnologías de las que se pudieran derivar riesgos medioambientales, así como sobre el desarrollo de sistemas de gestión medioambiental.
5. Recibir de la empresa copia de la documentación que ésta venga obligada a facilitar a la administración pública en relación con emisiones, vertidos, generación de residuos, uso de agua y la energía y medidas de prevención de accidentes mayores.
6. Proponer a la empresa la adopción de medidas tendentes a reducir los riesgos medioambientales y de mejora de la gestión medioambiental.
7. Colaborar en el diseño y desarrollo de las acciones formativas en materias relacionadas con las obligaciones medioambientales de la empresa (art 67 bis del XVII Convenio colectivo general de la Industria Química (R Empleo 26 Mar. 2013).

³¹⁶ Basándose en este precepto, se ha creado la figura del **delegado territorial de prevención** con competencias en materia preventiva respecto de varios centros de trabajo (Art.66 del Convenio Colectivo General de Ferralla y el art. 63 del Colectivo estatal para empresas organizadoras de Bingo) o el **delegado de prevención estatal o sectorial** (art 34 del Convenio colectivo estatal de Naturopatía y profesionales naturópatas 2013-2016 (R Empleo 12 Ago. 2013) que dispone que “*se nombrarán por las organizaciones sindicales firmantes del presente convenio colectivo, hasta 4 delegados o delegadas sectoriales de prevención, en proporción a su representación en la comisión paritaria del convenio colectivo. Sus competencias y facultades son las atribuidas a los delegados y delegadas de prevención, así como las que emanen de las decisiones del comité central de seguridad y salud laboral y las que se acuerden en el reglamento del propio comité. Su ámbito de actuación serán todas las empresas afectadas por el presente convenio colectivo. En ningún caso, sus actuaciones prevalecerán sobre las de los delegados y delegadas de prevención de las empresas. Donde no se hubiesen designado delegados y delegadas de prevención en el ámbito empresarial, los delegados y delegadas sectoriales asumirán sus funciones y en las empresas en las que existan, delegados y delegadas sectoriales colaborarán con ellos y ellas*”.

4.2.2.1. Un posible modelo para ganar representatividad en las microempresas y pequeñas empresas.

Dada la gran autonomía de los negociadores para confeccionar estos órganos específicos, se podría aventurar un patrón que diese respuesta a la falta de representación, en este caso en materia preventiva, de los trabajadores en las pequeñas empresas y microempresas.

a) Constitución. En la negociación colectiva sectorial, o en la supraempresarial si se trata de una empresa con varios centros de trabajo, algunos de los cuales sin representantes de los trabajadores, así como en los acuerdos *sobre materias concretas* del artículo 83.3 del ET, se podría acordar la creación de una **comisión de seguridad y salud laboral territorial** integrada, por ejemplo, por tres o cinco miembros, según la extensión del ámbito y de las empresas y/o trabajadores afectados, elegidos por los sindicatos negociadores del convenio colectivo o acuerdo³¹⁷ atendiendo a su representatividad pero primando una *conditio sine qua non*: la formación técnica reconocida de los aspirantes que podría coincidir con las capacidades y aptitudes requeridas para las funciones de nivel superior exigibles en los sistemas de prevención correspondientes a las especialidades y disciplinas preventivas de medicina del trabajo, seguridad en el trabajo, higiene industrial y ergonomía y psicología aplicada (art. 34 del Reglamento de los Servicios de Prevención)³¹⁸.

En cualquier caso, su composición no será paritaria, como ocurre en el comité de seguridad y salud, sino que, con el fin de ejercer funciones representativas, lo conformarán únicamente trabajadores al servicio de alguna de las empresas incluidas en el ámbito del convenio colectivo quedando excluida, por tanto, la parte empresarial.

³¹⁷ Entiendo que no se puede restringir la capacidad de nombramiento solamente a los sindicatos firmantes del convenio colectivo pues ello podría atentar a la libertad sindical, la cual, como ya sabemos, impide la existencia de comisiones con capacidad para “acordar (y por ello negociar) cuestiones nuevas, distintas a las contempladas en el convenio, previendo así éste la posibilidad de fijar para el futuro condiciones efectivas de salud laboral no contempladas en la norma pactada, la cual tampoco ha prefijado las reglas o bases de la cuestión, dejando total libertad a los integrantes para regular ex novo el plan previsto”. Es decir, que estas comisiones “no pueden ser calificadas, desde luego, ni como de administración y ejecución del convenio, ni tampoco como una mera de estudio y seguimiento, pues, en cuanto destinadas a la mejora de las condiciones de seguridad en el trabajo dentro de la empresa, afectan de forma inmediata a la regulación de estas condiciones...” STCO 184/1991, de 30 de septiembre.

³¹⁸ Recordemos que para desarrollar las funciones de nivel superior “será preciso contar con una titulación universitaria y poseer una formación mínima con el contenido especificado en el programa a que se refiere el anexo VI –del RSP– y cuyo desarrollo tendrá una duración no inferior a 600 horas y una distribución horaria adecuada a cada proyecto formativo” (art.37.2 RSP).

Es más, sus miembros podrían extraerse de las mismas secciones sindicales sectoriales creadas por el convenio colectivo que extendiesen su actividad a todas aquellas microempresas sin representantes de los trabajadores incluidas en su ámbito de las que ya se trató más arriba con lo que, entre otras cosas, se solventaría equitativamente la cuestión del crédito horario.

Sin embargo, debe indicarse que lo que la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal viene regulando es una comisión de seguridad y salud laboral paritaria compuesta, normalmente, por ocho personas³¹⁹, cuatro por la parte social y cuatro por la bancada empresarial a los que podrán acompañar hasta dos asesores – usualmente técnicos de prevención o médicos especialistas – por cada parte con voz pero sin voto (art. 58 del IV Convenio colectivo estatal de las Industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales R Empleo 8 Oct. 2013). Y en la primera reunión que se celebre, se designará un Presidente y un Secretario de entre sus miembros, recayendo siempre la Presidencia en un representante de la Patronal y la Secretaría en un representante de las organizaciones sindicales (art. 63 del VI Convenio colectivo estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, R Empleo 18 Sep. 2013) aunque también puede ir recayendo cada año en cada una de las partes (art. 54.2 del Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, R Empleo 10 Sep. 2013).

b) Funcionamiento. Esta comisión, con independencia de que elabore su propio reglamento de funcionamiento interno adaptado a la peculiaridad de ser un órgano territorial y/o sectorial que tendrá que actuar por multitud de empresas, en principio, ajenas a sus miembros, debiera trabajar de manera colegiada como, por ejemplo, los comités de empresa o los mismos delegados de personal pues aunque la ley dice de ellos que “ejercerán mancomunadamente” sus funciones de representación ante el empresario (art. 62.2 ET), ello se interpreta, sin embargo, como que actúan por mayoría en la toma de decisiones (Alfonso et al., 2011, p. 204)³²⁰. Por lo demás, gozarán de un

³¹⁹ Algunos convenios elevan el número a doce: seis representantes de las organizaciones sindicales (FECOMA-CC.OO. y MCA-UGT) y seis de la representación empresarial (FEDCAM, ANEFHOP Y FEDECE) firmantes de este Convenio (V Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento, R Empleo 26 Mar. 2013).

³²⁰ En esta línea el artículo 54.4 del Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (R Empleo 10 Sep. 2013) indica que “*la Comisión Paritaria de Seguridad y Salud del Sector será un órgano colegiado, no existiendo, por tanto, competencias individualizadas a favor de alguno de los miembros de la misma, salvo las que excepcionalmente y por motivos suficientemente justificados se señalen en el Reglamento de funcionamiento de la Comisión*”.

mandato representativo, por mucho que los hayan designado los sindicatos, y no imperativo por lo que no tendrán que someter sus decisiones a una aprobación posterior de aquellas organizaciones sin perjuicio del poder de revocación de las mismas o de posibles sanciones internas por desviarse de las directrices marcadas por la organización sindical que los hubiera nombrado. No estaría demás, que en su reglamento de funcionamiento se estableciese un tiempo de trabajo mínimo como, por ejemplo, reuniones mensuales o trimestrales o siempre que lo solicite alguno de sus miembros (art. 73 del Convenio colectivo estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo 2011-2013, R Empleo 25 Feb. 2013) o porque se hayan producido accidentes o daños graves, incidentes con riesgos graves, sanciones por incumplimientos, denuncias por problemas medioambientales o deban realizarse tareas puntuales especialmente peligrosas (art. 54 del Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio 2010-2015 (R Empleo de 18 Sep. 2013)). Pero eso sí, en todo caso, convocando por escrito, con indicación del orden del día y con la suficiente antelación como, por ejemplo, quince días (art. 54 del Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio) que también establece que deberá levantarse acta de todos los asuntos tratados a la que se dará publicidad a todos los trabajadores, por ejemplo publicándola en el tablón de anuncios, con el fin de que puedan hacer llegar sus quejas y propuestas, bien personalmente o por escrito.

c) Garantías y competencias. Entiendo que a sus componentes se les deberían atribuir todas las competencias y garantías que poseen los delegados de prevención y los miembros del comité de seguridad y salud con las siguientes precisiones:

1ª.- El crédito horario que deban disfrutar los miembros de esta comisión debiera distribuirse mancomunadamente entre todas las empresas del sector en atención a la capacidad económica de las mismas. Es decir que, como ya ocurría con el portavoz de la sección sindical territorial, no asumiría el coste únicamente la empresa en que trabaja el miembro de la comisión sino todas aquellas afectadas por su ámbito y, en mayor medida, las que más pueden por su potencial económico³²¹. Se trataría de trasvasar recursos de las grandes empresas a las pequeñas en pro de un bien común de todos: la seguridad en el trabajo que, sin duda, repercutiría también en una erradicación de la competencia desleal en esta materia entre las empresas.

³²¹ Pero, a diferencia del coste del crédito horario de los portavoces sindicales de sector que se podría sufragar exclusivamente por las pymes que gozasen de su labor, esta comisión, dada la relevancia de su cometido, lo sería siempre por todas las empresas del sector afectado y en la medida de su capacidad económica.

2ª.- Los miembros de la comisión podrán acceder libremente a todas las empresas de su jurisdicción sin que se les pueda negar moverse libremente por ellas y comunicarse con los trabajadores cuando estén ejerciendo sus funciones aunque, eso sí, preavisándolo con la antelación suficiente, salvo en casos de extrema urgencia derivados de accidentes de trabajo (art. 54.6 del Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, R Empleo 10 Sep. 2013) y sin que se altere el normal desarrollo del proceso productivo pudiéndoles acompañar en sus recorridos por el centro de trabajo un representante de la empresa o persona en quien la dirección de esta delegue (art. 63 del Convenio colectivo para la industria de azulejos, pavimentos y baldosas cerámicas, CA Valenciana, 2012-2014, R Economía, Industria, Turismo y Empleo 21 Mar. 2013).

3ª.- La comisión podrá emitir informes a requerimiento de las empresas o sus trabajadores acerca de los problemas y cuestiones que plantee el correcto y adecuado tratamiento de la seguridad y salud en el trabajo en el sector de que se trate, así como su repercusión hacia el exterior del mismo y a la opinión pública (art. 11 del XVII Convenio colectivo general de la industria química, (R Empleo 26 Mar. 2013).

4ª.- Uno de sus cometidos principales será el de fomentar el cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria en materia de seguridad y salud laboral en el sector, así como la promoción de campañas de información y concienciación (art. 58 del IV Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (R Empleo 8 Oct. 2013). Para ello, desarrollará programas con el objetivo de divulgar e informar de los riesgos profesionales existentes en el sector, así como sobre los derechos y obligaciones preventivas del empresario y de los trabajadores, y la promoción de actuaciones preventivas (art. 63 del VI Convenio colectivo estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos (R Empleo 18 Sep. 2013). También, podrá proponer la realización de estudios, análisis y diagnósticos de las condiciones de trabajo, daños de la salud, e implantación de la actividad y gestión preventivas en el ámbito sectorial. Realizar propuestas de actuación para llevar a término acciones que actúen sobre las deficiencias y problemas detectados. Llevar a cabo planes de formación específica para los trabajadores y trabajadoras. Establecer criterios para la evaluación de riesgos, la planificación de la prevención, la organización de la prevención, la vigilancia de la salud

y los sistemas de formación e información. Desarrollar y gestionar la solicitud de ayudas económicas ante instituciones y fundaciones públicas o privadas para desarrollar planes de actuación e, incluso, mediar en las empresas en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 70.2 del V Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento, R Empleo 26 Mar. 2013). De igual modo, deberá ser informada, antes de su puesta en práctica, de los proyectos en materia de organización del trabajo e introducción de nuevas tecnologías, en lo referente a su incidencia en la prevención de riesgos así como también sobre los resultados estadísticos de los reconocimientos médicos que se realicen a los trabajadores del Sector además de asesorar sobre los reconocimientos médicos a realizar a los trabajadores (art. 54 del Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio 2010-2015, R Empleo de 18 Sep. 2013). Finalmente, se deberán establecer mecanismos de comunicación con la autoridad laboral para que la comisión sea consultada con carácter previo a la elaboración de los planes de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que en materia de prevención de riesgos laborales efectúe y en especial de los programas específicos para empresas de menos de seis trabajadores e informada del resultado de dichos planes Convenio colectivo de pirotecnia de la Comunitat Valenciana, 2013-2014 (R Relaciones Laborales de 9 Sep. 2013).

Por lo demás, sus miembros estarán obligados a guardar sigilo profesional respecto a toda la información a la que tuviesen acceso como consecuencia de sus funciones igual que les ocurre a los delegados de prevención (art. 37.3 LPRL y 54.3 del Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, R Empleo 10 Sep. 2013).

d) *Ámbito*. La comisión debiera extender su cometido a un sector y un territorio determinado –el coincidente con la del convenio colectivo que la crea– y, dentro de él sobre todo, a aquellas pequeñas empresas y microempresas que no tengan representantes de los trabajadores que puedan velar por la seguridad y salud de los que allí trabajan.

e) *Duración*. Entiendo que los miembros de estas comisiones, en principio, deben mantenerse en su cargo hasta la vigencia del convenio colectivo que los hubiese creado –con una *vacatio legis* de, por ejemplo dos meses desde la publicación del mismo– y así sucesivamente en el resto de convenios que le sigan. Ello no será óbice para que puedan ser reelegidos o para que se puedan acordar plazos más largos, por ejemplo,

los cuatro años que se mantiene en el cargo el representante unitario. En cualquier caso, podrán ser revocados de sus cargos por decisión de los sindicatos que los hubieran nombrado atendiendo a una serie de causas que deberán establecerse previamente, asegurando siempre la posibilidad de oponerse de los representantes. Obviamente también cesarán de sus cargos por renuncia o por casos de fuerza mayor como la muerte, jubilación o incapacidad por ejemplo.

4.2.3. Resumiendo: La representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales como recurso para ganar representatividad en las pequeñas empresas y microempresas.

El legislador ha entendido que no es lo mismo que una empresa carezca de representante de los trabajadores ordinario a que no haya quien les represente y vele en relación a la seguridad y salud laboral cuestión mucho más vital e insoportable de tolerar. Sin embargo, no se decide a las claras a establecer tal representación en todas las empresas de manera obligatoria en la consideración, pienso, de que en las pequeñas, por su naturaleza casi familiar, el empresario velará por que no se produzcan daños en las personas. No obstante, la realidad es muy tozuda y ya hemos visto que los accidentes se dan en mayor proporción en las pymes que en las medianas y grandes empresas lo que le ha forzado a que, de una manera indirecta, casi de tapadillo y dejándolo en manos de los interlocutores sociales a través de la negociación colectiva, se pueda prever la existencia de delegados de prevención en las microempresas, bien posibilitando su elección por los propios trabajadores, por lo que ya no se condiciona a la existencia de representantes unitarios que los deban elegir o bien, permitiendo la creación de organismos especializados en seguridad laboral que puedan extender su actividad a todas aquellas pequeñas empresas sin representantes de un sector y territorio determinado. De una manera u otra –o de ambas pues son compatibles– los sindicatos, persuadiendo a la patronal, pueden, a través de la negociación colectiva, evitar que en las microempresas los trabajadores queden desamparados, al menos en lo referente a la prevención de los riesgos laborales, aunque, a nadie se le escapa que, una vez dentro de aquellas, puedan realizar labores de representación más allá de las estrictamente de seguridad además de que serían

puentes de conexión con el sindicato que se haría así, presente en ellas con todo lo beneficioso para la defensa de los trabajadores que ello supone.

4.3. LOS ÓRGANOS PARITARIOS COMO APOYO PARA ALCANZAR LA REPRESENTATIVIDAD EN LAS PEQUEÑAS EMPRESAS Y MICROEMPRESAS.

Además de los órganos puramente representativos de los trabajadores (representantes unitarios, sindicales o de prevención) pueden ayudar a mitigar la infrarrepresentación en las microempresas aquellos consejos o comités de composición paritaria – trabajadores y representantes de la empresa – que prevé nuestro ordenamiento y cuyo fin último es velar por que se cumpla la legalidad existente, ya sea la estrictamente legal o la convencional. Por lo tanto, debido a su cometido y de que en su seno hay representantes de los trabajadores, estas comisiones pueden contribuir, si se les permite, al aumento de la representatividad en las pymes aunque sea de manera indirecta y siempre con la aquiescencia de la parte empresarial. Haremos un breve recorrido por algunas de ellas con el fin de fijar, todo lo que se pueda, esta idea.

4.3.1. La comisión paritaria del convenio colectivo. La subcomisión de representatividad.

En todo convenio colectivo estatutario las partes negociadoras deben designar una comisión paritaria³²² – también denominada comisión de seguimiento, de vigilancia o de interpretación – que las represente durante su vigencia con el fin de atender a todas aquellas cuestiones que aquellas le atribuyan o bien le arroge la ley (art. 85.3.e ET) como, por ejemplo, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos (art. 91.1 ET) o la participación

³²² Como indica Goerlich (1988, p. 2110), el carácter paritario de la comisión no significa que necesariamente deba haber simetría en su composición y, por tanto, que el número de representantes de cada parte deba ser el mismo, sino más bien, que la paridad deba predicarse en la toma de los acuerdos en su seno. Por lo que puede ser alcanzada bien mediante la asignación de igual número de votos para cada representación de las partes negociadoras, o bien, mediante la fijación del mismo número de vocales para cada representación (Amaadachou, 2015, p 2/10). Como botón de muestra el artículo 42 del Convenio colectivo estatal de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y su Personal Auxiliar indica que. *“la APR –la patronal– podrá designar únicamente dos miembros con tres votos”*.

en el descuelgue o inaplicación de los mismos cuando haya desacuerdo en el período de consultas (art. 82.3 ET)³²³.

Vemos pues, que los negociadores del convenio tienen la potestad de asignar a esta comisión numerosas competencias algunas de las cuales se podrían dirigir a ofrecer cobertura a los trabajadores de las pequeñas empresas y microempresas de su ámbito que no tengan representantes siempre y cuando se respete su naturaleza: que, para González (2013, p. 296), se circunscribe a ser un órgano instrumental creado por el convenio para resolver cuestiones relacionadas con el convenio mismo.

En cuanto a su composición, con independencia del número de integrantes, que deberá establecer el convenio³²⁴, la comisión paritaria la deben conformar, necesariamente, representantes de las dos partes que negociaron el convenio colectivo si bien, debe distinguirse si ésta asume también funciones negociadoras o solo de administración del

³²³ Como señala Amaadachou (2015, p 1/10), aunque la exigencia de la comisión paritaria, como contenido mínimo legal necesario del convenio colectivo, fue recogida por primera vez en nuestro derecho en la ley de Convenios Colectivos de 19 de diciembre de 1973, en la praxis negocial ya se hacía referencia a la obligatoriedad de establecer cláusulas concernientes a la vigilancia e interpretación de los convenios durante la vigencia de la ley de Convenios Colectivos de 1958. Posteriormente, aprobado el ET, ha sido una inmutable exigencia legal del artículo 85.3 del ET, desde su redacción original hasta la versión actual de la norma(García Quiñones, 2014, p 3 de 25).

Por otra parte, se discute la naturaleza jurídica de las cláusulas convencionales que crean la comisión paritaria entendiendo un sector de la doctrina que se trata de cláusulas normativas y, por tanto, que no perderán su vigencia en el momento de la denuncia del convenio, sino que se verán afectadas por la ultraactividad (art. 86.3 ET) además de que su incumplimiento dará lugar a responsabilidad administrativa (art 5.1 LISOS). Por el contrario, otro sector entiende que la cláusula que da vida a la comisión paritaria se ajusta al contenido obligacional del pacto pues no se refiere a la afectación del convenio sobre los contratos de trabajo sino que tiene por fin conseguir una eficaz aplicación de las condiciones pactadas lo que tiene como consecuencia que decaiga cuando se denuncia el convenio (entre los primeros Montoya Melgar y Alonso Olea, entre los segundos Palomeque López y Álvarez de la Rosa todos ellos citados por Cavas (2007, p.118). Por su parte, la jurisprudencia, aunque con matices, viene sosteniendo que *«salvo en los supuestos en que la creación de estos órganos se vincula instrumentalmente al mantenimiento de la parte obligacional del convenio, hay que entender que se trata de normas sobre administración del convenio que forman parte del contenido normativo de éste, en la medida que tienen por objeto la creación de un órgano y la determinación de sus competencias»* (STS de 21 de diciembre de 1995, RJ 1995, 9486).

³²⁴ Como ejemplo, el convenio colectivo estatal para el sector de Agencias de Viaje establece en su artículo 55 que la comisión mixta paritaria la compondrán un máximo de 12 miembros *“seis de ellos/as representarán a la organización empresarial y los seis restantes a las organizaciones sindicales firmantes del presente convenio colectivo, designados/as todos ellos mediante el sistema de representación proporcional”*. Sin embargo, el convenio estatal de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias auxiliares, en su artículo 4.1 eleva la cifra de sus componentes a *“nueve vocales como máximo, por cada parte, que podrán variar de una reunión a otra”*. Además, *“las partes podrán ir acompañadas de asesores, en un número máximo de seis por cada una de ellas, y, para cada reunión, elegirán de entre sus miembros un moderador”*. También dispondrán de *“dos Secretarios, uno por cada parte, que tomarán nota de lo tratado y levantarán acta, conjuntamente, al menos de los acuerdos adoptados y una Secretaría permanente, encargada de las funciones administrativas propias de un órgano de esta naturaleza”*. Otros convenios, no obstante, lo que hacen es disminuir ese número a *“cuatro miembros en representación de las personas trabajadoras y otros cuatro en representación de la asociación empresarial. No obstante, ambas partes, podrán designar, ocasional o permanentemente, asesores/as para cuantas materias estimen oportuno”* (art 56 del IV Convenio colectivo estatal de las Industrias de Captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales y art 63 del Convenio Colectivo estatal de Elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio que además prevé que *“igualmente se elegirán otros tantos suplentes, designados por cada una de las representaciones señaladas”*).

convenio³²⁵ pues, en el primer caso, tendría que reflejarse, fielmente, la representatividad de la comisión negociadora que le da legitimación para rubricar convenios (arts. 87 y 88 ET y STS de 9 de julio de 1999, Ar. 6161)³²⁶. Es decir, que tendrían que poder participar en la designación de sus miembros aquellos sindicatos que, aunque no hubiesen firmado el convenio o, incluso no lo hubieren negociado, estén legitimados, por la ley, para hacerlo y ello, como señala González, aun cuando se negocie un convenio de empresa, ya que la presencia obligada en la comisión negociadora de los sujetos sindicales conforme a su representatividad en el Comité de Empresa ya exige a que esa presencia también se dé (o, al menos, se tenga la oportunidad de tenerla) en la comisión paritaria (2013, p. 293)³²⁷. Y es que, como señala el TC, «la no suscripción de un convenio no puede suponer para el sindicato disidente quedar al margen, durante la vigencia del mismo, de la negociación de cuestiones nuevas no conectadas ni conectables directamente con dicho acuerdo. Más allá de este límite, las partes del convenio pueden crear, en uso de la autonomía colectiva, una organización común de encuentros, o la previsión de comisiones ad hoc, en tanto que no tengan funciones reguladoras en sentido propio, pero sin que haya de restringirse tampoco a la mera función de interpretación o administración de las reglas establecidas en el convenio colectivo» (STC 222/2005 de 12 de septiembre de 2005). Por lo demás, “los miembros titulares de la representación de los trabajadores en la Comisión Paritaria dispondrán de un crédito de veintiocho horas mensuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación en dicha comisión” aunque “ningún miembro de la

³²⁵ Se llevan a cabo funciones de administración o gestión del convenio cuando de lo que se trata es de realizar actividades meramente interpretativas del mismo para su posterior aplicación o cuando solo se efectúan adaptaciones de su contenido a problemas no previstos en él. Y se está en presencia de facultades negociadoras cuando el conflicto surge en relación con la modificación de las condiciones pactadas, introduciendo nuevas reglas o normas para regular las relaciones laborales en cuanto a las condiciones de trabajo aplicables (SS del Tribunal Constitucional 73/1984, de 27 de junio, 184/1991, de 30 de septiembre y 213/1991, de 11 de noviembre).

En cualquier caso, el que una determinada comisión pueda ser considerada de un u otra clase no dependerá tanto de la denominación que le den las partes o de la enumeración de sus funciones sino que más bien habrá que apreciarla “en el seno del acuerdo en que se crea y en la dinámica de intercambios que está en su base” (STC 39/1986, de 21 de enero).

³²⁶ En esta línea de estricta legalidad dispone el artículo 7 del Convenio estatal de Estaciones de Servicio que “si fuera necesario, la Comisión Paritaria podrá, durante la vigencia del Convenio, modificarlo. En este caso, además de la incorporación de la totalidad de los sujetos legitimados para la negociación, aunque no hayan sido firmantes del Convenio, deberán concurrir los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 del E.T, dando traslado de las mismas a la Comisión Negociadora para su aprobación”.

³²⁷ El Tribunal Supremo, sin embargo, no lo ve de la misma manera pues viene opinando que la composición de las comisiones cuya elección corresponda a los órganos unitarios de representación, no se rige por el principio de proporcionalidad, salvo que así se haya convenido (SSTS de Sentencias de 11 de julio de 2000, RJ 2000/7208; de 22 de junio de 2007, RJ 2008/106 y de 26 de marzo de 2013, RJ 2013/3829). Entiendo, con González, que esta postura ignora la fuerte sindicalización que tienen los comités de empresa lo que, en términos de representatividad (por ejemplo, para constituir la comisión negociadora de un convenio de empresa) puede determinar la nulidad de lo acordado por lesión del derecho a la negociación colectiva y, por ende, de la libertad sindical.

Comisión Paritaria, que sea miembro de la Comisión Negociadora del Convenio, podrá acumular el crédito horario anteriormente mencionado al establecido en Comisión Negociadora” como tampoco “ningún trabajador, miembro de la Comisión Paritaria, podrá acumular el permiso laboral de otro trabajador miembro de la misma comisión”(art. 76.3 del Convenio estatal del Sector de la Mediación de Seguros Privados)³²⁸.

Por otra parte, entiendo que no sería condición necesaria el que, los finalmente designados como miembros de la comisión paritaria, deban serlo previamente de la comisión negociadora, aunque esto pueda ser provechoso en algunos casos como por ejemplo, cuando se trate de realizar funciones de interpretación del convenio colectivo³²⁹. Con ello, se permitiría diversificar y especializar a la comisión paritaria mediante la creación de subcomisiones³³⁰ que actuarían por delegación de aquella y entre las cuales, entiendo, cabría una **subcomisión de representatividad** para las pequeñas empresas y microempresas que careciesen de delegados o portavoces internos a la cual se le podrían atribuir funciones que, teniendo como denominador común asuntos relacionados con el convenio colectivo, representase a los trabajadores cuando así se requiriese, por ejemplo en los traslados colectivos, modificaciones

³²⁸ Más acorde a la realidad serían “*las cien horas mensuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación en dicha Comisión. El crédito será de 25 horas para los miembros suplentes de la Comisión Mixta*” (art. 88.8 del Convenio General de ámbito estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo).

³²⁹ Como tampoco, necesariamente, deben ser personas distintas. Es más, incluso se podría establecer en el convenio que la misma comisión negociadora se transforme en la paritaria – con independencia de los individuos que la conformen – si bien, el que coincidan exactamente los miembros de la negociadora con la paritaria no habilita de manera automática para modificar el pacto ya que la representatividad comercial inicial no puede mantenerse más allá de la aprobación del convenio colectivo (Cavas, 2007, p. 122). Señalar, no obstante, que lo usual es que se designen “*en la forma que decidan las respectivas organizaciones y preferentemente de entre los miembros componentes de la Comisión Negociadora de este Convenio*” (art 14 del Convenio General del Sector de Derivados del Cemento) o que “*al menos el 50% de los miembros de esta Comisión Paritaria deberán haber figurado como miembros de la Comisión Negociadora del presente Convenio*” (art 76.2 del Convenio estatal del Sector de la Mediación de Seguros Privados).

³³⁰ Para González (2013, p. 295), la composición de estas subcomisiones debe reflejar las mismas características que la de la comisión –estas “*subcomisiones habrán de regirse por las mismas normas generales de la Comisión Paritaria*” (art. 9 del Convenio colectivo del sector de fabricantes de Yesos, Escayolas, Cales y sus Prefabricados) – y, en cualquier caso, las mismas reglas de representatividad que rigen en esta última. Por lo demás, entiendo que siempre debieran estar subordinadas a la comisión paritaria.

La negociación colectiva recoge, entre otros, los siguientes supuestos: comisión de consulta y participación; comisión de seguimiento y control; comisión de conflictos laborales; comisión de igualdad de oportunidades; comisión de acción social; comisión de movilidad geográfica; comisión de formación profesional; comisión de productividad; comisión de seguridad y salud en el trabajo; comisión de retribuciones; comisión de clasificación profesional; comisión de régimen disciplinario y comisión de valoración y definición de puestos de trabajo (Cavas 2007, p. 126).

sustanciales de condiciones de trabajo también de carácter colectivo³³¹, expedientes de suspensión, reducción y extinción de empleo e, incluso, inaplicaciones del convenio a través de la posibilidad que abre el primer inciso del artículo 41.4 del ET³³². Es decir, que sería con esta subcomisión de representatividad con quien tendría que realizar consultas el empresario a la hora de llevar a cabo reestructuraciones en la empresa pudiendo aplicar el resto de aquel artículo para posibilitarlas: negociación de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo; la conformidad de la mayoría de los miembros de la subcomisión para firmar el acuerdo; la facultad de que la subcomisión acuerde con el empresario, en cualquier momento, la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, o la presunción de que concurren las causas justificativas de la medida cuando el período de consultas finalice con acuerdo lo que supone, como ya sabemos, que solo se podrá impugnar ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

Pero no solo frente a reestructuraciones empresariales podría actuar esta subcomisión. También en muchos otros asuntos, siempre relacionados con el convenio colectivo, en los que fuera necesario dosis de representatividad como por ejemplo, en la recepción de la información económica de la empresa sobre empleo y contratación; en la vigilancia y control de la seguridad y salud laboral; en la elaboración de informes acerca de cuestiones abordadas por el convenio tales como la clasificación profesional o la flexibilidad de la jornada; en la gestión de una bolsa de trabajo o de un fondo social; en la aplicación y seguimiento del plan de formación de la empresa o de igualdad; en la administración de los complementos salariales o de las horas extraordinarias o, incluso, en la negociación de acuerdos de empresa que mejoren o adapten el convenio en esta siempre que reúna los requisitos de legitimidad para negociarlos.

³³¹ La Disposición Adicional Primera del Convenio Colectivo Marco para los Establecimientos Financieros de Crédito en su punto tercero atribuye a la comisión paritaria funciones de conocimiento y decisorias en *“las modificaciones de horario en defecto de representación legal de los trabajadores en la empresa”*.

³³² Este apartado cuatro regula un procedimiento para que se lleven a cabo modificaciones sustanciales de carácter colectivo –extensible a los traslados, expedientes de regulación y descuelgues– *“sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva”* como ya hizo el derogado Real Decreto Ley 7/2011 que añadió al artículo 85.3 del ET una letra h nº 4 que indicaba que se deberá designar una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, en particular las siguientes: *“la intervención que se acuerde en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos, cuando no exista representación legal de los trabajadores en la empresa”* obligando así, a que los negociadores del convenio atribuyesen funciones representativas a la comisión paritaria cuando no hubiere representantes de los trabajadores en las empresas afectadas por la modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o por los descuelgues.

El mismo convenio, necesariamente, debe establecer los procedimientos y plazos de actuación de la comisión paritaria³³³ y, por ende, de las distintas subcomisiones, entre ellas la de representatividad que podría trabajar como un comité de empresa cuyos miembros nombran entre ellos a un presidente y a un secretario además de elaborar su propio reglamento de funcionamiento³³⁴. Desde luego, la subcomisión debiera reunirse bien cuando lo solicite una parte de sus miembros – por ejemplo un tercio – o bien cuando lo pidan la mayoría de los trabajadores de cualesquiera pyme inmersa en un proceso de reestructuración empresarial si bien, deberá ser obligatoria, en este último caso, su constitución aún sin petición de aquellos como condición necesaria para llevar adelante las medidas empresariales, teniendo que reunirse, por ejemplo, “dentro del término que las circunstancias aconsejen en función de la importancia del asunto, pero en ningún caso excederá de diez días contados a partir del requerimiento” (Acuerdo 6 del Convenio estatal de la Industria Azucarera). Para los demás asuntos de información y consulta con los trabajadores o con el empresario podría actuar por delegación cualquier miembro de la subcomisión cuando se le requiera mediante solicitud a la misma. También debiera reunirse “cuando el volumen de las consultas que se hayan registrado en su secretaria así lo aconseje. En relación con aquellas funciones para cuya realización se establezcan plazos concretos se estará a lo dispuesto legal o convencionalmente sobre los mismos” (art. 9 del Convenio Colectivo General para la Industria Textil y de la Confección).

³³³ Como también debiera dejar constancia de la periodicidad de las reuniones; las reglas para la adopción de acuerdos –por unanimidad o mayoría simple o cualificada así como el quórum–; la clase y eficacia de sus decisiones; levantamiento de actas y acuerdos por escrito; principio de buena fe en la actuación etc. En esta línea, el artículo 55 del Convenio estatal del sector de las Agencias de Viaje indica que “*la Comisión se reunirá necesariamente por primera vez dentro de los cinco días siguientes al de la fecha prevista para su creación, en cuya reunión los miembros que la integran establecerán por mayoría absoluta de sus componentes su programa de trabajo, frecuencia, fechas de sus reuniones y demás condiciones que deban regir su funcionamiento*”. Y el artículo 76.2 del Convenio estatal del Sector de la Mediación de Seguros Privados expresa que “*en cada reunión se designará al comienzo un moderador con carácter rotativo. Asimismo se designarán dos redactores de actas, uno por cada parte*”.

³³⁴ Para Cavas (2007, p. 124), sería interesante, para reforzar la neutralidad, que la figura de presidente no la ostentara alguno de los vocales además de que éstos, para mejorar la calidad de sus actuaciones, pudiesen acudir con asesores con voz pero sin voto tal como establece el artículo 76.2 del Convenio estatal del Sector de la Mediación de Seguros Privados o el artículo 88.2 del Convenio General Estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo si bien “*(...) su número no podrá superar un tercio del número de miembros de cada una de las partes representadas en la misma*”(art 3.2 del Convenio colectivo estatal de Pastas, Papel y Cartón). En cuanto a la secretaria “*tendrá como funciones principales el registro de las consultas, el requerimiento de información a cualquiera de las partes interesadas, el traslado de información a todos los miembros de la CP, la redacción, custodia y publicidad de las actas que se levantes de sus sesiones, certificación de sus acuerdos y, en general, de todos los trámites administrativos y de cualquier orden implícitos a las funciones de la Comisión o todos aquellos que sus miembros le encomienden. La secretaria de la Comisión paritaria llevará un libro de registro de todos los documentos que ingresen en su ámbito y mantendrá los archivos físicos por un período de cinco años*” (art. 9 del Convenio Colectivo General de Trabajo de la Industria Textil y de la Confección).

Por último y dada su composición paritaria, el convenio colectivo debiera establecer medidas eficaces y definitivas para solucionar las discrepancias en el seno de esta subcomisión incluido, por exigencia legal (art. 85.3 e ET), el sometimiento de aquellas a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 del mismo texto legal³³⁵. Se trataría, por tanto, de atribuir la solución de la desavenencia a una persona u órgano externo como, por ejemplo, la autoridad laboral o a alguien interno pero ajeno a la representación de las partes como, por ejemplo, un presidente de la comisión paritaria extraído por sorteo de una terna de profesores de la universidad. Como señala González (2013, p. 311) también podrían establecerse mayorías menos rigurosas por cada parte para tomar acuerdos³³⁶ o sistemas más complejos de doble instancia, la primera ante la propia subcomisión y la segunda ante un órgano o sujeto externo. Finalmente, se podría acudir al sistema extrajudicial de conflictos colectivos (mediación o arbitraje) establecidos en los acuerdos interprofesionales del artículo 83,2 ET para evitar que, en última instancia la subcomisión se empantane y devenga totalmente ineficaz para afrontar sus principales cometidos. Distinta solución, sin embargo, es la que adopta el artículo 4.2 del Convenio estatal de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias auxiliares que decide quitarle el carácter vinculante a las decisiones que puedan tomar las subcomisiones de trabajo para materias concretas, quienes únicamente podrán elevar una ponencia a la comisión mixta que será quien tome la última decisión trasladándose la problemática anterior y sus posibles salidas al seno de ésta.

³³⁵ El artículo 4.1.b del V Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales (ASAC) establece que serán susceptibles de someterse a los procedimientos previstos en el mismo “*las controversias en las comisiones paritarias de los convenios colectivos que conlleven el bloqueo en la adopción de acuerdos, para la resolución de las funciones que legal o convencionalmente tengan atribuidas. La iniciativa de sometimiento a los procedimientos previstos en este Acuerdo deberá instarse por quien se disponga en el convenio colectivo o, en su defecto, por la mayoría de ambas representaciones*”.

En cuanto a la negociación colectiva, se suelen establecer cláusulas de la siguiente guisa: “*En caso de no llegarse a un acuerdo, ambas partes, si así lo convienen conjuntamente, pueden someterse a arbitraje, conciliación o mediación ante el SMAC u otro Organismo competente, a cuyo fin le serán remitidos los informes que las partes consideren oportunos, junto con el acta de la reunión. La decisión de los citados Organismos tendrá carácter vinculante, excepto en el caso de que ambas partes llegaran a un acuerdo posterior o simultáneo, en cuyo caso prevalecerá éste sobre aquélla, que quedará nula y sin efecto. Recaído dicho arbitraje, obtenida avenencia en conciliación o mediación ante el SMAC u otro Organismo o conseguido acuerdo interpartes, éstos serán cumplidos en sus propios términos y no podrá ser ignorado su cumplimiento ni ejercitarse, por ninguna de ambas partes, acción conflictiva, de cierre patronal o de huelga, tendente a su no observancia, modificación o anulación*”. (art. 4.2 del el convenio estatal de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias auxiliares).

³³⁶ No es inusual que se exija unanimidad en los acuerdos (v.gr Disposición adicional tercera del Convenio colectivo estatal del sector de Prensa Diaria y artículo 9.7 del Convenio colectivo del sector de fabricantes de Yesos, Escayolas, Cales y sus Prefabricados) lo que dificulta, en gran manera, la toma de decisiones en el seno de la comisión paritaria.

Si por el contrario, se hubiese llegado a algún acuerdo dentro de la misma (...) con “el voto favorable del 60 % de cada una de las dos representaciones” (...) “en cuestiones de interés general se considerará parte del presente convenio y tendrá su misma eficacia obligatoria. Tal acuerdo se remitirá a la autoridad laboral para su registro” (art. 28 del Convenio estatal del sector de Industrias de Aguas de Bebidas Envasadas).

4.3.2. La subcomisión de igualdad.

Con el fin de respetar el principio de igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, al que tiene que ajustarse toda empresa³³⁷, la ley exige al empresario negociar y, en su caso, acordar con los representantes legales de los trabajadores, medidas encaminadas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres³³⁸ en la forma que se determine en la legislación laboral(arts. 45.1 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).Remisión directa al artículo 85.1 del ET que ordena que esas medidas se contemplen en la negociación colectiva si bien, distingue entre las empresas de más de 250 trabajadores –donde se articularán en un plan de igualdad³³⁹– de las restantes, en las que no será

³³⁷ El artículo 23.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “*toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual*”. En la misma línea, el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo prohíbe “*cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*”. También en la Carta de Derechos fundamentales de la UE de 12 de diciembre de 2007 se establece en su artículo 23 que “*la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado*”.

³³⁸ Ya sea “*directa o indirecta, por razón de sexo o género; y especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil*” (Anexo III.1 del Convenio colectivo estatal de Empresas de Jardinería que en su apartado 2 concreta la prohibición de discriminación en el acceso al empleo, la clasificación profesional, la formación profesional, la promoción profesional, la retribución y demás condiciones de trabajo).

³³⁹ Con arreglo al artículo 46 de la LOI:

1. “*Los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo.*

Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

2. *Para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.*

3. *Los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo”.*

obligatorio a no ser que así se hubiese establecido en el propio convenio colectivo³⁴⁰ o lo hubiera acordado la autoridad laboral en un procedimiento sancionador en sustitución de las sanciones accesorias(art. 45. 2 y 3 LOI)³⁴¹. En todo caso, como señala la negociación colectiva, sería conveniente que “todas las empresas del sector deban informar a la Comisión de Igualdad sectorial del inicio de las negociaciones del plan de igualdad o medidas para favorecer la igualdad, y del resultado de dichas negociaciones, presentando el texto del acuerdo en caso de haberse alcanzado” (art. 48 del Convenio colectivo estatal para las Empresas de Naturopatía).

Queda claro pues, que la empresa a la hora de implantar las medidas de prevención o promoción—dirigidas a lograr la igualdad de trato y de oportunidades, debe contar con los representantes legales de los trabajadores—entendidos en sentido amplio incluyendo por tanto, a los unitarios y a los sindicales sin que haya, no obstante, una representación específica de igualdad de origen legal, como en la materia de prevención de riesgos laborales, que tendría que establecerse, en su caso, a través de la negociación colectiva en la figura, por ejemplo, de un delegado de igualdad o de una comisión de igualdad “para proseguir el estudio, y en su caso adopción de medidas, para promover la Igualdad de Trato y Oportunidades de hombres y mujeres en este sector”(Disposición Adicional VII. 3 del VI Convenio Colectivo estatal para los Centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos)la cual, podría traducirse, entiendo, en alguna de las posibles subcomisiones de la paritaria del convenio como expondré más adelante.

Pero no sólo a la hora de la implantación, sino también con ocasión de la aplicación de las medidas “se garantiza el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras o, en su defecto, de los propios trabajadores y trabajadoras a la información sobre el contenido de los Planes de igualdad y la consecución de sus

³⁴⁰ Por ejemplo, el artículo 71 del Convenio Colectivo estatal de Elaboradores de Productos cocinados para su venta a domicilio, obliga a establecer un plan de igualdad a las empresas de más de ciento cincuenta trabajadores. Y el artículo 101 del Convenio General para la Industria Textil y de la Confección lo exige para “*aquellas empresas cuya plantilla sea de más de 100 trabajadores o trabajadoras y con un porcentaje inferior al 50% de representación de mujeres*”.

³⁴¹ La elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras (art. 45.5 LOI). Si bien, “*la Comisión de Igualdad sectorial del Convenio Colectivo de Centros de Jardinería recabará del Gobierno, las medidas de fomento para impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad, especialmente dirigidas a las pequeñas y medianas empresas de Centros de Jardinería; previstas en el artículo 49 de la Ley para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*”. (Anexo III del Convenio colectivo estatal de Centros de Jardinería).

objetivos”(art. 47 párrafo primero LOI)³⁴² y ello, “sin perjuicio del seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad por parte de las comisiones paritarias de los convenios colectivos a las que éstos atribuyan estas competencias” (art. 47 párrafo segundo LOI) entre las que pueden estar, para dar cobertura a las pymes, las subcomisiones de igualdad ya mencionadas³⁴³.

También, el empresario deberá negociar, con los representantes de los trabajadores, medidas encaminadas a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo³⁴⁴ tales como códigos de buenas prácticas, campañas informativas, acciones de formación o procedimientos para encauzar las denuncias por esos motivos “bajo los principios de rapidez y confidencialidad, garantizando y protegiendo la intimidad y la dignidad de las personas objeto de acoso”(Anexo I del Convenio Colectivo de Cadenas de Tiendas de Conveniencia)³⁴⁵. Igualmente, éstos deberán contribuir a prevenir y

³⁴² Por lo tanto, se asegura la ley que, de no haber representantes de los trabajadores, al menos, la plantilla sea informada de las medidas establecidas en los planes de igualdad, que, por otro lado, entiendo extensible a cualquier acción encaminada a lograr la igualdad de trato y no solamente las establecidas en aquellos. Y de haber comité de empresa, tendrá derecho a ser informado, al menos anualmente, sobre *“la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieren adoptado para fomentar la igualdad en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo”*(art. 64.3 ET).

³⁴³ Por su parte, el artículo 64.7. a 3º del ET establece que el comité de empresa –por tanto también los delegados de personal y los sindicales (art 10.3 LOLS) – *“ejercerán una labor de vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres”* añadiendo la letra d del mismo apartado la función de *“colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación”*.

³⁴⁴ De conformidad con lo establecido en el artículo 2.1-d de la Directiva 54/2006, de 5 de julio, y artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 21 de marzo se considera acoso sexual la situación en la que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico, de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2.1.c) de la Directiva 54/2006, de 5 de julio, y artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 21 de marzo se considera acoso por razón de sexo la situación en que se produce un comportamiento, relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, y de crear un entorno intimidatorio, degradante, humillante u ofensivo.

³⁴⁵ Continúa diciendo este Anexo I que el procedimiento se iniciará por medio de solicitud de intervención de la persona víctima de acoso, que presentará, a su elección, al departamento de RRHH o ante el Servicio de prevención de riesgos laborales.

Los representantes de los trabajadores podrán asistir en todo momento al trabajador víctima de acoso a su instancia.

La solicitud de intervención se presentará por escrito y en ella se detallarán los distintos actos e incidentes, se identificará a la persona o personas que adoptan las conductas indeseadas y a los posibles testigos de dichas conductas y actos.

A fin de tramitar este procedimiento, se crea una comisión instructora compuesta por un representante del servicio de prevención, y un representante del departamento de RRHH. Una vez que se haya notificado oficialmente la solicitud de intervención en materia de acoso, la comisión de instrucción iniciará la fase instructora o de apertura de expediente informativo, encaminada a la averiguación y constatación de los hechos dándose audiencia individual a todos los intervinientes, testigos y cuantas personas consideren la comisión deban personarse, incluidos los representantes legales de los trabajadores del centro, practicando cuantas diligencias sean necesarias para el esclarecimiento de la veracidad de los hechos denunciados, bajo los principios de confidencialidad, rapidez y contradicción e igualdad.

Los trabajadores si así lo desean podrán ser asistidos, en sus intervenciones ante la comisión instructora por un representante de los trabajadores a su elección.

erradicar estas conductas mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras y la comunicación a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y pudieran propiciarlos (art. 48 LOI) funciones atribuibles, entiendo, a la representación sindical de aquellas subcomisiones. Por último, las empresas podrán, de manera voluntaria, llevar a cabo acciones de responsabilidad social de carácter económico, comercial, laboral, asistencial o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social. La realización de estas acciones podrá ser concertada –con lo que no es obligado– con la representación de los trabajadores y las trabajadoras, las organizaciones de consumidores y consumidoras y usuarios y usuarias, las asociaciones cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres y los Organismos de Igualdad. Como ya hemos visto que no se obliga a la empresa a negociar con los representantes de los trabajadores, deberá informar, en este caso, a los mismos de las acciones realizadas (art. 73 LOI).

Por lo tanto, visto todo lo anterior, se trataría de que, con ocasión de la igualdad de trato en las empresas, el convenio sectorial, pudiese crear dentro de la comisión paritaria una **subcomisión de igualdad** de las mismas características –“en las mismas condiciones que la Comisión Mixta de interpretación y vigilancia del Convenio”, dice el Convenio estatal para las Empresas de Naturopatía– que ya hemos estudiado para las subcomisiones³⁴⁶ y que tuviese la facultad de poder visitar cualesquiera de las

Durante la tramitación de los actos alegatorios, en la medida que lo permita la organización del trabajo, se facilitará el cambio de puesto de trabajo de las personas denunciante o denunciado.

La fase instructora o informativa finalizará con el pronunciamiento de la comisión mediante la elaboración de un informe que se pondrá, en primer lugar, en conocimiento de la persona denunciante.

La comisión tiene un plazo máximo de 30 días para resolver motivadamente la solicitud de intervención presentada. Este plazo se iniciará desde el momento en el que la comisión tenga conocimiento oficial de la solicitud. Cuando el informe constata la existencia de acoso, se trasladará dicho informe al responsable del departamento de RR.HH. al objeto de que éste adopte las medidas correctoras oportunas, aplicando las sanciones legales correspondientes. A estos efectos la dirección de RR.HH. deberá necesariamente escuchar la opinión de los miembros de la comisión instructora. Cuando el informe no constata situaciones de acoso, o no sea posible, la verificación de los hechos, se archivará el expediente dando por finalizado el proceso.

En la medida que lo permita la organización del trabajo, se estudiará la viabilidad de cambios de puesto de trabajo, facilitando el cambio de puesto de trabajo, u otras medidas alternativas, cuando el trabajador afectado así lo solicite. La Dirección se asegurará de que los trabajadores que consideren que han sido objeto de acoso, los que planteen una queja en materia de acoso o los que presten asistencia en cualquier proceso, por ejemplo facilitando información o interviniendo en calidad de testigo, no sean objeto de intimidación, persecución o represalias. Cualquier acción en este sentido se considerará como un asunto susceptible de sanción disciplinaria. La empresa informará a los representantes de los trabajadores de todos los casos de acoso sexual o moral que se produzcan y que finalicen con la imposición de alguna sanción disciplinaria grave o muy grave.

³⁴⁶ Dice el artículo 79 del Convenio colectivo estatal del Sector de Mediación de seguros privados que “*la Comisión Paritaria de Igualdad estará compuesta por 7 miembros, en las mismas condiciones que la Comisión Paritaria de Interpretación y Vigilancia del Convenio, y con la condición de que sean los mismos designados para la citada*

empresas de su ámbito, en especial las pymes, para asesorar a los trabajadores y empresarios sobre la aplicación de las medidas de igualdad que contemple la ley y el convenio pudiendo incluso –siempre que se respete la legitimidad de negociación como también ya se vio³⁴⁷– acordar nuevas medidas con el empresario de índole igualitaria en el seno de la empresa además de vigilar su cumplimiento y ser conocedora de las denuncias de acoso sexual o por razón de sexo³⁴⁸ debiendo reunirse, como indica algún convenio, “cuatrimestralmente con carácter ordinario o cuando lo solicite con una semana de antelación cualquiera de las partes, por propia iniciativa o a instancia de denuncia de un trabajador o trabajadora, con carácter extraordinario” (Disposición Adicional VI del Convenio colectivo estatal de Industrias Lácteas y sus Derivados). Con ello, se daría pie a que la parte sindical de la subcomisión entre en contacto con los

Comisión Paritaria”. Y el Anexo III.3 del Convenio estatal de Centros de Jardinería constituye una “*Comisión de Igualdad, compuesta de 4 miembros, designados por las organizaciones empresariales y sindicales firmantes. La Comisión de Igualdad asume y ejercerá específicamente las competencias de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo de Centros de Jardinería sobre las materias relacionadas con la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral*”. En la línea que propongo, el artículo 85 del Convenio colectivo estatal de las Empresas organizadoras del Bingo constituye “*en el seno de la Comisión Paritaria una Comisión de Igualdad*”. Y el artículo 48 del Convenio estatal para las Empresas de Naturopatía permite que la comisión pueda “*(...) estar asistida por expertos en igualdad de oportunidades o asesores previo acuerdo de las partes*”.

³⁴⁷ En el convenio de Centros de Jardinería este tema se resuelve, no obstante, elevando las posibles propuestas de medidas en el seno de la comisión de igualdad a la comisión negociadora que podrá llevarlas, si lo entiende oportuno al texto del convenio (Anexo III). De igual modo, “*en el seno de la Comisión de Igualdad se podrán proponer nuevas medidas en materia de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, para su inclusión por la Comisión Negociadora, en su caso, al contenido del Convenio Marco Estatal del Sector del Juego del Bingo*” (art. 85 del Convenio colectivo estatal de Empresas organizadoras del Juego del Bingo) que deberá reunirse “*a requerimiento de cualquiera de las partes y, como mínimo, una vez al año*” (Disposición Adicional tercera del Convenio colectivo Marco para los Establecimientos financieros de crédito).

³⁴⁸ Un ejemplo de descripción de funciones de la comisión de igualdad que ofrecen los convenios de ámbito estatal lo muestra el artículo 76 del Convenio colectivo estatal de Elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio que enumera las siguientes:

- 1. Velar para que tanto las mujeres como los hombres gocen de igualdad de oportunidades en cuanto a empleo, formación, promoción y desarrollo del trabajo.
- 2. Velar para que las mujeres tengan la misma equiparación que los hombres en todos los aspectos salariales, de manera que a igual trabajo, o trabajo de igual valor, y condiciones siempre tengan igual retribución.
- 3. Velar para que las mujeres, en igualdad de condiciones, tengan las mismas oportunidades que los varones en casos de ascensos y funciones de mayor responsabilidad.
- 4. Seguimiento de la evolución de los planes de igualdad acordados en las empresas del sector.
- 5. Posibilidad de elaborar dictámenes técnicos sobre aspectos relacionados con la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo a solicitud de la Comisión mixta.
- 6. Podrá elaborar, si así se conviene, un estudio específico en relación con la Igualdad de Oportunidades en el sector y, en concreto, una evaluación de la situación laboral y de empleo de las mujeres, a realizar a través de la encuesta sectorial de aplicación del convenio y para lo cual será necesario que los datos se presenten en ésta última desagregados por género.

Lo que no es tan común es que sea la propia comisión de igualdad la que deba fijar “*el contenido de sus labores, así como el reglamento interno de funcionamiento y el calendario de reuniones*”. (Disposición Adicional V del Convenio estatal del Sector de Industrias Cárnicas). Ni tampoco el que la comisión también deba velar “*para que no se produzcan discriminaciones por razón de nacionalidad, edad, religión o cultura*”. (Disposición Adicional VI del Convenio estatal de Industrias Lácteas y sus Derivados). Donde sí se abre una gran posibilidad, es cuando se le permite “*(...) actuar como mediadora en aquellos casos que voluntaria y conjuntamente le sean sometidos por las partes afectadas, y que versen sobre la aplicación o interpretación de los Planes de Igualdad, de las empresas incluidas en el ámbito del presente convenio*” (art 48 del Convenio estatal para las Empresas de Naturopatía).

trabajadores de las pymes y pueda escuchar sus inquietudes y aleccionar comportamientos que, de hecho, irían más allá de lo estrictamente igualitario entre sexos. En fin, otra posibilidad más que ofrece nuestro ordenamiento para que los sindicatos puedan introducirse en estas empresas para, al tiempo que ofrecen amparo legal, promuevan el asociacionismo obrero que les dé, a la postre, mayor representatividad mediante la creación de secciones sindicales de empresa.

Pero para ello, no olvidemos finalmente, que el posible delegado de igualdad –que podría crearse por la negociación colectiva en la persona del portavoz sindical en la pyme– y/o los miembros de la subcomisión de igualdad –donde entiendo que también debiera haber paridad de sexos³⁴⁹– deben gozar de un estatus jurídico que les garantice que podrán desempeñar sus funciones regularmente y sin inconvenientes lo que supondría, en cuanto al primero, poseer todos los derechos, garantías y facilidades que disfrutaran los representantes unitarios y, en cuanto a los segundos, además de lo anterior, disponer de los permisos adicionales necesarios para negociar las medidas de igualdad con el empresario³⁵⁰ y, en ambos casos, la formación precisa para afrontar la temática de igualdad.

4.3.3. La subcomisión de despidos

Finalmente, con el apoyo legal del artículo 85.2 del ET, “a través de la negociación colectiva se podrán articular procedimientos de información y seguimiento de los despidos objetivos en el ámbito correspondiente³⁵¹ en la que podría ser protagonista una **subcomisión de despidos**, desgajada de la paritaria, que tuviese, por lo tanto, la misma naturaleza, características y requisitos que ya hemos estudiado de estas subcomisiones, tanto de ella como de sus miembros que debieran gozar de las

³⁴⁹ Según el artículo 85 del Convenio colectivo estatal de las Empresas organizadoras del Juego del Bingo la “Comisión de Igualdad en el ámbito sectorial estatal del Sector del Juego del Bingo (...) procurará una composición equilibrada y paritaria de mujeres y hombres”.

³⁵⁰ El artículo 79 del Convenio colectivo estatal del Sector de Mediación de Seguros Privados otorga a los miembros de la comisión de igualdad un crédito horario de 28 horas mensuales “retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación en dicha comisión”. Y “aquellos trabajadores miembros de la comisión que no sean delegados de personal, disfrutarán de los permisos necesarios para acudir a las reuniones que la referida comisión convoque” (Disposición Adicional VI del Convenio colectivo estatal de Industrias Lácteas y sus Derivados).

³⁵¹ La negociación colectiva, al menos la sectorial objeto a examen en este trabajo, no recoge, ni por asomo, esta posibilidad de modular mecanismos y medios para informar a las partes en los despidos colectivos y supervisar, al tiempo que velar, porque se cumpla lo legalmente establecido y lo convencionalmente pactado.

garantías y facilidades que disfrutaban los de la comisión paritaria en relación a sus respectivas empresas. Recordemos, no obstante que, para evitar la injusticia de que estas últimas tengan que soportar exclusivamente la carga del crédito horario –y esto sirve tanto para la comisión paritaria como para cualquiera de sus subcomisiones– se podrían dar dos soluciones: la primera, que las grandes empresas del sector “prestaran” representantes de los trabajadores para conformar la parte social de estas subcomisiones; la segunda, mutualizar el coste del crédito horario entre todas las empresas del sector en relación a sus plantillas y volumen de negocios, de manera que los miembros de aquellas, reclutados, por ejemplo, de entre las secciones sindicales sectoriales, puedan realizar sus funciones sin cortapisa alguna. En ambos casos, los representantes de la patronal se sufragarían de esta última manera para no dejar en manos de las grandes empresas el control exclusivo de las subcomisiones.

En cuanto a sus funciones, podrían ser las siguientes:

1.- Ser informada, de antemano, de cualquier despido objetivo que vaya a realizarse en las empresas del sector que carezcan de representantes y, en todo caso, de cualquier despido colectivo, debiéndosele aportar toda la documentación económica y jurídica que, en principio, debe entregar la empresa a los representantes de los trabajadores y, en su caso, a la autoridad laboral.

2.- Comprobar y hacer un informe, que deberá entregar a la empresa afectada y a los representantes de los trabajadores si los hubiere así como elevarlo a la comisión paritaria del convenio sí, a su juicio, concurren las causas objetivas aducidas por la empresa: ineptitud sobrevenida, falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas³⁵², por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes en las condiciones que se describen en el artículo 52 del ET o la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción conforme indica el artículo 51 del mismo texto legal. También deberá examinar si, a su entender, hay o no un despido colectivo entre manos.

3.- De haber un despido colectivo que se vaya a llevar a efecto en un pyme o en otra empresa sin representantes de los trabajadores, será la subcomisión de despidos –

³⁵² El artículo 55 del Convenio estatal para el sector de Agencias de Viaje dispone que *la Comisión Paritaria estudiará los temas relativos a innovaciones tecnológicas sobre la base de los siguientes principios, todo ello sin perjuicio de la capacidad organizativa del empresario/a: (...) 3. reciclaje de aquellos trabajadores/as afectados por las innovaciones tecnológicas”.*

o mejor, los miembros sindicales de la subcomisión– los que deban realizar las consultas sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento en los términos que expresa el artículo 51.2 del ET que ordena que se negocie de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo el cual requerirá, además de la conformidad de la mayoría de los miembros de la subcomisión –o de los miembros sindicales de la subcomisión– el refrendo de la plantilla por mayoría simple para mitigar que aquellos no son representantes directos de éstos. Igualmente, esta subcomisión podrá acordar con el empresario, en cualquier momento, la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa.

4.- También será un cometido de esta subcomisión, verificar que se realicen las notificaciones individuales del despido a los trabajadores afectados en la forma que exige el artículo 53.1 del ET y que, en cualquier caso, hayan transcurrido para ello como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del período de consulta a la autoridad laboral y la fecha de los efectos del despido (art. 51.4 ET).

5.- Los miembros sindicales de la subcomisión –siempre y cuando procedan de sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo (art. 124.1 LJS) – podrán impugnarla decisión empresarial de despedir ateniéndose a las causas que indica el artículo 124.2 LJS (art. 51.6 ET).

6.- Participar en el expediente ante la autoridad laboral de comprobación de fuerza mayor aducida por la empresa como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo y ello, con independencia de cuál sea el número de los trabajadores afectados (art. 51.7 ET).

7.- Vigilar que se cumpla, por parte de las empresas, la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social respecto de los trabajadores afectados por el despido colectivo que tengan cincuenta y cinco años o más de edad y no tuvieran la condición de mutualistas el uno de enero de 1967 siempre que aquéllas no estén incursas en un procedimiento concursal (art. 51.9 ET). Del mismo modo, velarán porque se efectúen la aportación económica legalmente establecida al Tesoro Público cuando

se incluyan trabajadores de cincuenta años o más de edad en el despido colectivo (art. 51.11 ET).

8.- Velar que se cumpla, y en su caso exigir, del empresario que realice una extinción de contratos que afecte a más del 50% de sus trabajadores, la dación de cuentas de la venta de bienes de la empresa a excepción de aquellos que constituyan el tráfico normal de la misma (art. 51.3 ET).

9.- Vigilar que se cumplan las prioridades de permanencia en la empresa a favor de determinados colectivos acordadas en la negociación colectiva o durante el periodo de consultas tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de edad o personas con discapacidad. Si hubiere representantes legales de los trabajadores, éstos tendrán preferencia *ex lege* que también tendrá que ser respetada (art. 51.5 ET).

10.- Sin perjuicio de la acreditación por la autoridad laboral, velarán por que la empresa, no incurra en un procedimiento concursal, ofrezca a los trabajadores afectados por el despido colectivo –siempre que sean más de cincuenta– un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Exigirán a sí mismo, que ese plan esté diseñado para un período mínimo de seis meses y que incluya medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo (art. 51.10 ET).

11.- Cuidar, por lo demás, que se cumpla todo aquellos que se hubiere acordado en las consultas desde las indemnizaciones, planes de inversión, compromisos sociales y/o de formación, proyectos de producción futura etc.

12.- Por último, deberá también velar por que en los despidos objetivos que se realicen, ya sea tras las consultas si se trata de un despido colectivo o de despidos individuales que se lleven a cabo, se cumplan los requisitos legales que exige la ley³⁵³

³⁵³ El artículo 53 del ET exige los siguientes requisitos:

a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.

b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Cuando la decisión extintiva se fundase en el artículo 52.c), con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquel su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento.

así como que se asegure que los trabajadores –su representante legal si se trata de un disminuido– disfrutarán durante el período de preaviso y sin pérdida de su retribución de una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo (art. 53 ET).

Vemos, en fin, otra posibilidad más de que llegue el sindicato y, por ende, se alcance representatividad en las pequeñas y muy pequeñas empresas sin representantes de los trabajadores que verían, al menos en cuanto a los despidos objetivos, tutelados sus derechos por personal preparado e involucrado en la defensa del trabajador sin olvidar que, como ya ocurría con las demás subcomisiones, como la de igualdad, una vez en contacto con los trabajadores el amparo del sindicato pueda llegar más allá de lo estrictamente exigido para la subcomisión de despidos además de que facilitaría la creación de futuras secciones sindicales.

4.3.4. Resumiendo: ¿De qué modo pueden utilizarse los órganos paritarios para mitigar la infra representación en las pymes?

Algunos de los órganos paritarios que contempla nuestro ordenamiento laboral pueden instrumentalizarse para obtener representatividad en las microempresas y pequeñas empresas debido a que, en su composición, hay miembros elegidos por las organizaciones sindicales y porque, además, sus cometidos se dirigen, sobre todo, a la vigilancia y control de la legalidad existente.

Todos los que hemos expuesto en el trabajo hay que resaltar, no obstante, tienen su origen en la comisión paritaria del convenio colectivo, órgano necesario legalmente cuya finalidad principal estriba en interpretar y velar por el cumplimiento de aquel pero, al que hemos visto, se le pueden atribuir otros cometidos que, a través de las subcomisiones que se creen, le permitan aterrizar en las pymes. La principal sería la subcomisión de representatividad que, por ejemplo, podría desarrollar funciones negociadoras en las reestructuraciones empresariales de las microempresas o pequeñas empresas sin representantes de los trabajadores. Pero también podrían utilizarse las subcomisiones de igualdad y/o despidos que, con independencia de sus competencias concretas, tendrían capacidad para llegar a todas aquellas pymes donde

no estuvieren los mencionados representantes dando pie a la implantación de los sindicatos en ellas y así, a dar por acabada la falta de representación.

Para ello, sin embargo, todos los miembros de las distintas subcomisiones estudiadas deberán tener en su mano a parte del resto de las ya vistas, sobre todo, dos importantes facultades:

1.- La primera un crédito horario suficiente, para poder realizar sus funciones, costeados mutuamente, de manera proporcional en relación al volumen de negocio y capacidad económica, por todas las empresas del sector y territorio de que se trate.

2.- El segundo, el derecho a poder visitar todas las empresas de su ámbito con las únicas condiciones de preavisar al empresario y de no interrumpir la normal actividad de la empresa.

* * *

CONCLUSIONES

Como corolario de este trabajo, centrado en la baja representatividad de los trabajadores en las pequeñas empresas y microempresas y en su posible mitigación a través de la mayor presencia de los sindicatos en ellas, se pueden aportar las siguientes conclusiones:

1ª.- VALORACIÓN FINALISTA DEL TRABAJO

Lo primero que debo preguntarme con el lector es si, con este trabajo, se han logrado desarrollar algunas ideas que, al menos en parte, permitan reducir la infrarrepresentación de los trabajadores en las pymes. Sabemos ya que la legislación actual obstaculiza, sino impide, la representación de los trabajadores en las microempresas y pequeñas empresas por lo que no podíamos esperar desde la ley los principales remedios – aunque sí partir de ella para lograrlos – máxime cuando la tendencia es la contraria es decir, la de limitar los derechos de representación y de negociación colectiva de la que sí hemos extraído posibilidades – junto con un replanteamiento de las estrategias de acción y de organización de los sindicatos – para obtener soluciones a este grave problema.

En efecto, hemos visto que, a través de la negociación colectiva, se pueden extender los derechos de los representantes unitarios y sindicales a los portavoces internos reforzándolos sin excesivo coste para los pequeños empresarios lo que conllevaría el maximizar a las secciones sindicales de empresa que se conformarían así, en los organismos representativos en las pymes por excelencia. Sin embargo, como ya tuvimos oportunidad de ver, se necesita la cobertura de una estructura más amplia que haga de puente entre el sindicato y la sección sindical para llegar a aquellas empresas donde estas no estén presentes y, sobre todo, para mutualizar el coste económico que conlleva el portavoz sindical o delegado interno. Para ello, también la negociación colectiva – tras las reestructuraciones precisas por parte de los sindicatos – debe crear las secciones sindicales sectoriales compuestas por delegados de sector con capacidad

para visitar cualquier empresa de su ámbito y de esta manera, poder asesorar e informar a sus trabajadores alejándolos del desamparo representativo.

Ese cometido, hemos observado también, lo puede llevar a cabo el cargo sindical ex artículo 9.1 de la LOLS necesitando en este caso, únicamente, que los sindicatos quieran hacer valer esta figura con todos los derechos y atribuciones que conlleva, gracias, mayormente, a su posibilidad de poder frecuentar las empresas, lo que supondría que el sindicato pudiese introducirse en muchas de ellas dando pie a la creación de la sección sindical que acabe con la falta de representación de los trabajadores.

Otra posibilidad que nos ofrece la ley para poder extraer de la negociación colectiva mayores cotas de representatividad en las pymes es el de las comisiones ex artículo 41.4 del ET, al menos para los asuntos de reestructuraciones empresariales donde no haya representantes con los que realizar las consultas obligatorias. Aquí vimos, no obstante, dos situaciones: la primera es que ya estuviéramos en una microempresa con sección sindical, en este caso, se arguyó que la comisión la integrarían el portavoz sindical y dos agentes del sindicato que le darían consistencia técnica; la segunda situación se daría cuando en la microempresa no hubiere sección sindical conformándose entonces la comisión negociadora con tres miembros –preferentemente delegados sindicales de sector– elegidos por los sindicatos más representativos o representativos según su representatividad y con carácter permanente. En ambos casos, ofreceríamos a los trabajadores de estas pymes una representatividad que alejase el peligro de las manipulaciones y presiones del empresario y las negligencias propias de trabajadores inexpertos en negociaciones y cercanos en lo personal a aquel que podrían repercutir en el resultado de aquellas.

Los delegados de prevención, que en principio no pueden existir en las microempresas, por no haber una previa representación unitaria que los designe o en quien recaiga, vimos que también pueden ayudarnos a ganar representatividad en las pymes por el motivo de que la ley permite a la negociación colectiva que se establezca la designación de aquellos por los propios trabajadores abriendo el abanico a todo tipo de empresas, grandes o pequeñas, haciendo, por mi parte hincapié que, en este caso, podría disponerse que lo fuera el portavoz sindical. Pero es más, la propia LPRL permite que los mismos delegados de prevención puedan ser sustituidos en la negociación colectiva por órganos específicos que asumirían competencias generales respecto de los centros

de trabajo incluidos en su ámbito. Se puede plantear así, una comisión de seguridad y salud laboral territorial compuesta por miembros designados por los sindicatos más representativos, según su representatividad, que podrían actuar en cualquier microempresa y asesorar y dar protección a los trabajadores en materia de seguridad posibilitando, con ello, la penetración de los sindicatos en estas empresas y la consiguiente creación de secciones sindicales.

También pudimos ver que algunos de los órganos paritarios que diseña la ley pueden ser conformados para atender a la representatividad de los trabajadores en las pymes a través de la bancada social de los mismos aunque siempre con la aquiescencia empresarial plasmada en la negociación colectiva. En efecto, observamos que de la comisión paritaria se podría desgajar una subcomisión de representatividad para las pequeñas empresas y microempresas que careciesen de representantes a la que se le podrían atribuir diversas funciones desde negociar con el empresario las reestructuraciones empresariales, pasando por la posibilidad de recabar de la empresa toda la información y documentación que interese a los trabajadores hasta cualquier otra gestión o asunto que afecte a estos como la clasificación profesional, las vacaciones, la formación y que tenga, eso sí, relación directa o indirecta con el convenio colectivo.

Otra subcomisión creada a partir de la paritaria del convenio podría ser la de igualdad que, con la capacidad de sus miembros para poder visitar cualquiera de las empresas o centros de trabajo de su ámbito – como también la de representatividad o la de despidos – pudiese asesorar a trabajadores y empresarios sobre la aplicación de las medidas de igualdad que contemple la ley y el convenio pudiendo, incluso – siempre que se respete la legitimidad de negociación como se destacó – acordar nuevas medidas igualitarias además de velar por su cumplimiento y conocer de las denuncias de acoso sexual o por razón de sexo. Por último, vimos la subcomisión de despidos creada, del mismo modo, a partir de la comisión paritaria, la cual podría dar abrigo a los trabajadores de las pymes sin representantes cuando se pretendieran llevar a cabo despidos objetivos bien recabando documentación y emitiendo informes sobre los mismos para cerciorarse de que lo son, bien enfrentando las consultas con el empresario en los despidos colectivos o, en fin, verificando que se realicen, en forma, las notificaciones individuales del despido, impugnando la decisión empresarial de

despedir o vigilando que se cumplan las prioridades de permanencia en la empresa a favor de los colectivos así determinados en la negociación colectiva, por ejemplo.

Vemos pues, que no son pocos los caminos – todos ellos compatibles – que permite la ley y puede ofrecer la negociación colectiva, previa reestructuración de los sindicatos, para atajar la falta de representatividad en las pymes. Se trataría, por tanto, o bien de reorientar todos ellos para que encajasen en un sistema único que deparara esa representatividad, o bien de buscar la solución específica que se acople mejor al sector o a la empresa de que se trate. En cualquier caso, entiendo que la secuencia podría ser la siguiente: En un sector totalmente carente de representatividad para los trabajadores de las microempresas, el primer movimiento lo podría dar el cargo sindical ex artículo 9.1 LOLS ya que, previa comunicación al empresario, puede acceder a las pequeñas empresas y microempresas y reunirse con los trabajadores aunque no estén afiliados a su sindicato con el fin de iniciar un proceso electoral pero que, al tiempo, trabaje para que se cree la sección sindical. Sin embargo, aquí tendríamos que apoyarnos en la negociación colectiva para posibilitar que el cargo sindical pudiese acceder a las microempresas de menos de seis trabajadores donde es sabido no pueden celebrarse elecciones por tácita prohibición de la ley (art. 62.1 ET). Con la autorización del convenio, penetraría en estas empresas o centros de trabajo con el fin, no de iniciar el proceso electoral, que no es permitido, sino el de crear las secciones sindicales.

A partir de aquí, con el nombramiento de los portavoces o delegados internos en las secciones sindicales y tras la reestructuración que posibilite la existencia de la sección sindical de sector en el organigrama del sindicato, aquellos elegirían por cooptación quiénes integrarían esta, pudiendo disfrutar de una serie de facilidades dadas por la negociación colectiva entre las que destacarían el crédito horario, costado mutuamente por todas las empresas del sector – y no solo por las microempresas – con arreglo a su volumen de negocio aunque las grandes empresas que lo quisiesen podrían sustituir el pago económico con la cesión a la sección sindical de sector de delegados, liberados o no, así como la posibilidad de acceder a cualesquiera empresa o centro de trabajo sin representantes para la defensa de sus trabajadores y estimular la creación de más secciones sindicales complementando o supliendo al cargo sindical para el caso de las microempresas de menos de seis trabajadores cuando la negociación colectiva no les hubiera posibilitado el acceso.

Una vez constituida la sección sindical sectorial, podríamos reclutar de ella los miembros de las comisiones ad hoc ex artículo 41.4 del ET que se precisasen cuando no se pudieran cubrir de otro modo, por no haber delegado interno en la empresa de que se trate o, aun pudiendo cubrirse, se decidiese que los dos agentes sindicales que se deben unir a aquel se extrajesen de aquella y no de la federación por ejemplo. En fin, si en la sección sindical sectorial hubiese personal con la formación técnica requerida, también podría servir de caladero para conformar la comisión de seguridad y salud laboral que aprovecharía doblemente por su cercanía a los trabajadores afectados.

De no poderse establecer este sistema de representación de secciones sindicales de empresa con sus portavoces, secciones sindicales de sector con sus delegados de sector y cargos sindicales ex artículo 9.1 LOLS complementados con las comisiones *ad hoc* ex artículo 41.4 y comisiones de seguridad laboral tal como las hemos diseñado, hemos visto que puede crearse una subcomisión de representatividad a partir de la comisión mixta del convenio de la que se podrían desgajar además de esta más general otras más específicas de igualdad, de despidos o, en su caso, también de seguridad pero que entiendo debiera ser subsidiaria para cuando no se pudiesen poner en pie las secciones sindicales, entre otras razones porque aunque el peso de la representación, lógicamente lo debiera llevar la parte social de las subcomisiones siempre tendría que tener en cuenta la parte empresarial de las mismo. Es claro, no obstante, que las subcomisiones específicas de igualdad o de despidos sí que podrían complementar a las secciones sindicales o a la subcomisión de representatividad reforzando esas materias que les son propias en las pymes además de que, indirectamente, podrían ser medios – como también lo serían el delegado de prevención elegido por los propios trabajadores o el órgano específico de prevención que sustituya a éstos – de penetración del sindicato y las secciones sindicales en las pymes.

Habiéndonos ya preguntado y respondido sobre los objetivos del trabajo, toca ahora hacer una breve mención de los puntos más importantes de que consta.

2ª.- LA ESTRUCTURA PRODUCTIVA EN ESPAÑA: UN PREDOMINIO DE LA PEQUEÑA EMPRESA Y MICROEMPRESA

Cualquier radiografía del tejido empresarial que se haga en nuestro país nos mostraría que, con gran diferencia, el mayor número de empresas y de centros de trabajo en funcionamiento son microempresas y pequeñas empresas y/o centros de trabajo con plantillas de menos de once trabajadores. Situación tradicional en España y en los países mediterráneos de nuestro entorno que se viene acentuando en los últimos años debido, además de a la implantación de nuevas tecnologías que al incrementar la productividad de los puestos de trabajo eliminan actividades y empleos, a uno de los paradójicos efectos de la globalización económica, a saber: la disgregación de las clásicas empresas grandes y unitarias de corte fordista en otras más complejas y/o pequeñas que, a su vez, externalizan, unas y otras, parte de su actividad. Si a ello le sumamos que, cada vez en mayor medida, la economía neoliberal global de las últimas décadas, está redirigiendo el centro de decisiones del ámbito sectorial y territorial a la empresa y que los legisladores nacionales, y entre ellos el nuestro, arrastrados por lo anterior, vienen incrementando la relevancia de la empresa como centro neurálgico de la regulación de las condiciones de trabajo, siempre supeditadas al interés organizativo de aquella, bien mediante la descentralización de la negociación colectiva, dando prioridad al convenio de empresa (art. 84.2 ET) o facilitando la inaplicación de los convenios mediante negociaciones en la empresa (art. 82.3 ET) o bien a través, de dotarla de mayores espacios de flexibilidad empresarial (arts. 40, 41, 47 y 51 ET), nos encontramos con un panorama de enorme realce de las pymes tanto en número como en relevancia jurídico-económica.

3ª.- INFRARREPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS MICROEMPRESAS Y PEQUEÑAS EMPRESAS. CAUSAS

A pesar de ser casi la inmensa totalidad de las empresas de nuestro país – lo que redundará, por otra parte, en la baja productividad y escasa internacionalización de nuestra economía – es una realidad incontestable que en las mismas los trabajadores

carecen de una mínima representatividad que les posibilite defender y promocionar, con garantías, sus derechos laborales. En estas empresas, salvo esporádicas situaciones donde logran unirse para casos concretos, los trabajadores se representan a sí mismos con el consecuente riesgo de quebranto de sus condiciones de trabajo y, por lo tanto, de vida lo que puede suponer una afrenta a la dignidad de las personas (art. 10 CE).

Las causas de esta irregularidad son de variada índole pudiendo, no obstante, agruparlas en tres clases:

a) sociales, como es el desprestigio de los sindicatos y todo lo que huela a asociacionismo obrero debido a las campañas interesadas de descrédito, sin duda, pero también a la falta de transparencia y de medios de autocontrol interno de las organizaciones sindicales;

b) organizativas y de estrategia sindical, dado que los sindicatos mantienen todavía estructuras obsoletas que dejan de lado a la empresa a la que la realidad económica y jurídica ha puesto como centro principal de los intereses en liza;

c) legales puesto que a una normativa que excluye o dificulta la defensa colectiva de los derechos en las pymes y que, sin embargo ha ido disminuyendo “los contenidos materiales de garantía de condiciones de trabajo”, se añade una profunda descentralización de la negociación colectiva en favor del convenio de empresa y en detrimento de los acuerdos sectoriales.

4ª.- INFRARREPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS MICROEMPRESAS Y PEQUEÑAS EMPRESAS. SOLUCIONES

Las enmiendas a este agravio, dado que los procesos económicos de la globalización y la tendencia del legislador que los sigue no parece que vayan a echar marcha atrás, deben dirigirse, además de hacia una revisión del sindicalismo a escala general que busque la afiliación como su sostén económico y que no es objeto de este estudio,

hacia un replanteamiento de las instituciones sindicales en la empresa o centro de trabajo, apoyándose tanto en la negociación colectiva como en la modificación de las estructuras y estrategias de acción sindical. Se trataría, como ya hemos visto, de sacar todo el partido posible a las secciones sindicales de empresa y a sus portavoces a través de la interpretación más conveniente de la normativa, así como de la ampliación convencional de sus derechos y competencias dirigido, todo ello, a ganar mayores niveles de representatividad en las microempresas y pequeñas empresas. También, de crear nuevas estructuras sindicales como las secciones sindicales sectoriales que den cobertura en un territorio determinado a decenas de pymes por medio de los delegados de sector que podrían, mediante la negociación colectiva, llegar a todas ellas para ejercer su labor sindical. Igualmente, de aprovechar instituciones ya existentes como el cargo electivo sindical ex art 9.1 de la LOLS para, a partir de las facultades que le otorga la ley, llevar el sindicato a las pequeñas empresas y mitigar la indeseable falta de representatividad, como también podría hacerlo la comisión ad hoc ex artículo 41.4 del ET si lograra conformarse por la negociación colectiva por sindicalistas elegidos por los sindicatos más representativos o representativos y extraídos de la sección sindical de sector. Del mismo modo, creando organismos para materias específicas –unos paritarios y otros no – que pudiesen llegar a las pymes y, además de dar cobertura en sus especialidades – seguridad laboral, igualdad o despidos – posibilitar la instauración de la sección sindical de no haberla. Y finalmente de no poderse levantar todo el entramado anterior, desgajando de la comisión paritaria del convenio una subcomisión de representatividad que acudiera a atender y asesorar a los trabajadores de las pymes sin representación y, a partir de ahí, intentar crear las secciones sindicales de empresa, las de sector etc. Extendámonos un poco más en cada uno de estas posibilidades dado que son el objeto principal de la tesis.

5ª.- LA SECCIÓN SINDICAL DE EMPRESA. DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS AFILIADOS

Como ya sabemos, todo sindicato, con independencia de que sea más representativo o no, puede constituir – a través de los trabajadores afiliados al mismo – secciones sindicales en cualquier empresa o centro de trabajo sin importar su tamaño o el número

de trabajadores (art. 8.1 LOLS), lo que posibilita poder cubrir el vacío que deja la representación unitaria en las empresas de menos de seis trabajadores y puede llegar a darse –debido a las exigencias legales– en las de menos de once y aún en las de más de once pero que siguen siendo pequeñas empresas cuando no haya suficiente fuerza sindical para iniciar un proceso electoral.

Y es que, una vez implantada la sección sindical en la pyme, podrá ejercer toda una serie de actividades dirigidas a la defensa y promoción de los intereses de todos los trabajadores –y no solo de los afiliados– y, por ende, a su sindicalización lo que supondría, necesariamente, más representatividad.

En efecto, en primer lugar los trabajadores afiliados a un sindicato –y solo ellos– vimos que pueden celebrar reuniones en la empresa siempre que lo notifiquen previamente al empresario, que la reunión se celebre fuera de las horas de trabajo y que se lleve a cabo sin perturbar la actividad normal de la empresa. Sin embargo, vimos también como surgía una dificultad importante a la hora de excluir de este derecho a los que no sean afiliados ya que supondría poner previamente en conocimiento del empresario esta condición y ello, si no se hace voluntariamente por el trabajador, choca frontalmente con la libertad ideológica del artículo 16 de la CE y, por tanto, con la libertad sindical. Por ello, al no permitirse el control del empresario de los participantes en las reuniones, no existirá obstáculo para que, convocada la reunión por y para los afiliados, puedan asistir otros trabajadores para participar en ellas siempre, eso sí, que se tome la precaución de que las convocatorias no resulten claramente atentatorias a la norma como por ejemplo, cuando se hacen públicamente y con llamamiento a todos los trabajadores de la empresa. Y para apuntalarlo más, podría, por vía convencional, ampliarse el poder de convocatoria de la sección sindical a toda la plantilla consiguiendo, en cualquier caso, atraer la atención de los trabajadores –lo que se lograría, en mayor medida, otorgando un pequeño crédito horario para las reuniones– sobre los asuntos colectivos, impulsando el sindicalismo y, como resultas, ganar en representatividad.

De igual manera, siempre que se haga fuera de las horas de trabajo y sin perturbar el normal desarrollo de la actividad empresarial, los trabajadores afiliados al sindicato pueden libremente distribuir información sindical y recabarla extendiéndola, al tiempo, al resto de la plantilla, ejercicio amparado por la libertad sindical como vimos. Valiéndose, incluso, el sindicato del empresario como intermediario para, por ejemplo vía

electrónica, recibir la información de aquel y, seguidamente, tener que reenviarla a la sección sindical y ésta a todos los trabajadores. Con ello, abrimos otra puerta para extender, vía sección sindical, el sindicalismo en la pyme.

6ª.- LA SECCIÓN SINDICAL DE EMPRESA. DERECHOS COLECTIVOS

Pero no solo por medio de los derechos individuales de los afiliados al sindicato se puede ganar representatividad en las microempresas y pequeñas empresas. También, a través de la vertiente colectiva de la acción sindical –a ejercer por las secciones sindicales–, pueden lograrse iguales resultados. Y así, es evidente que la canalización de los conflictos jurídicos de derecho o de intereses, incluida la huelga y la defensa en juicio, o ante los tribunales de arbitraje y mediación de los trabajadores – ya sea en conflicto individual como colectivo – promueve el hecho sindical y genera afiliación mejorando la representatividad. De igual manera, la presentación de candidaturas por medio de la sección sindical para la elección a delegados del personal en las pymes de seis o más trabajadores o el ejercicio del derecho a la negociación colectiva potencia a los sindicatos y por ende la representatividad al hacerse visible la labor de la sección sindical y, sobre todo, extender sus resultados mediante posibles adhesiones a lo pactado en caso de las negociaciones extraestatutarias. Finalmente, en el supuesto de secciones sindicales pertenecientes a los sindicatos más representativos también se vería mejorada la representatividad por medio de los tablones de anuncios y la promoción de las elecciones sindicales. En el primer caso, por ser una herramienta ideal de difusión sindical –que podría extenderse por la negociación colectiva a toda sección sindical– y en el segundo para introducirse, vía representación unitaria, en las pymes.

7ª.- EL PORTAVOZ INTERNO. DERECHOS Y FACULTADES

De nada serviría el que se puedan crear secciones sindicales en las pymes, si después no hay quién las represente frente al empresario, las autoridades y el resto de los

trabajadores. Es por ello que, como ya se vio, en toda sección sindical pueden designarse representantes sindicales internos que puedan llevar a cabo la actividad sindical en la empresa con independencia del tamaño de la misma y del número de trabajadores gozando, sin embargo, solamente de la protección genérica frente a posibles comportamientos antisindicales, por lo que en mi tesis se indica la necesidad de que se extiendan, a través de la negociación colectiva, a los portavoces internos todos, o la mayoría, de los derechos, garantías y facilidades que tienen reconocidos por ley los representantes unitarios y los delegados sindicales.

Dejo claro en el trabajo que, a diferencia del delegado sindical de la LOLS, además de los trabajadores pertenecientes a la sección, el mismo sindicato podría designar al portavoz siempre que se atenga a criterios democráticos como, por ejemplo, que se haya establecido el procedimiento de designación en los estatutos sindicales y ello porque, como vimos, la elección de aquel entra dentro del ejercicio del derecho de autoorganización del sindicato cosa que no ocurre con los derechos, garantías y facilidades que puedan negociarse en los convenios colectivos para ellos que son solo parte del contenido adicional de la libertad sindical, igual que ocurría con los derechos y facultades de los delegados sindicales externos pudiendo ahora recordar algunos de aquellos, en concreto, los más interesantes para potenciar la representatividad en las pymes teniendo siempre como vector principal el coste económico que pueda suponerle al pequeño empresario.

Señalé, en efecto, en cuanto a los derechos, que no debiera haber ningún problema para dotar, a través de la negociación colectiva, a los portavoces sindicales de los mismos de los que se benefician tanto los representantes unitarios como los delegados sindicales.

Así, me referí en primer lugar al derecho de información pasiva, derecho instrumental necesario para posibilitar la representación y defensa de los afiliados y demás trabajadores y que no conlleva más que la obligación de entrega por parte de la empresa sin perjuicio económico alguno y si, por el contrario, cotas más elevadas de transparencia y de confianza recíproca con sus trabajadores.

El derecho de consulta previa se nos manifestó igualmente importante sobre todo en los casos de flexibilidad interna y despidos colectivos donde estos portavoces podrían

conformar la comisión *ad hoc* ex artículo 41.4 del ET junto con dos agentes sindicales o dos delegados sindicales de sector, por ejemplo.

Gracias al derecho de información pasiva y al derecho de consulta, el portavoz podrá ejercer el derecho de informar al resto de los trabajadores y, sobre todo, podrá vigilar diligentemente el cumplimiento del ordenamiento jurídico laboral que se aplique en la empresa.

Interesante sería también que el portavoz tuviera el derecho de audiencia previa en caso de sanciones y despidos de los trabajadores afiliados a su sindicato y el de ser comunicados de todas las sanciones impuestas a cualesquiera trabajador sea o no afiliado, aunque en este caso solo por faltas muy graves. En ambos supuestos, el trabajador se vería representado y defendido en asuntos de lo más delicados para él donde todo el apoyo y asesoramiento que se le aporte sería de vital importancia.

También se apreció el derecho de cogestión como una herramienta beneficiosa no solo para los trabajadores sino también para el empresario al implicar a aquellos en el proyecto empresarial.

Finalmente, apunté que sería conveniente que el portavoz sindical poseyese toda una serie de facultades relacionadas con el día a día en la empresa sin las cuales se dificultaría, en gran manera, las relaciones laborales y que tienen que ver, directa o indirectamente con el contenido del contrato de trabajo y, sobre todo, con la retribución del trabajador poniendo como ejemplos la participación en el sistema de clasificación profesional, en los ascensos o en el recibo de salarios.

8ª.- EL PORTAVOZ INTERNO. GARANTÍAS Y FACILIDADES DE ACTUACIÓN

En relación a las garantías, igual que ocurría con los derechos, en principio vimos que no suponen un coste adicional para el empresario y sí que se presentan, por el contrario, como imprescindibles para asegurar los portavoces un ejercicio más eficaz de sus funciones.

Es el caso del derecho de apertura de un expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, que podría extenderse por la misma negociación colectiva a las faltas leves, dada las innumerables posibilidades de que su actuación como representantes de sus compañeros del sindicato y del resto de trabajadores del centro de trabajo pueda aparecer como antijurídica por ejemplo, en los casos de expresión de opiniones con motivo del ejercicio de sus funciones.

También lo es en el supuesto de la prioridad de permanencia para el caso de un expediente de regulación de empleo o de movilidad geográfica para que así pueda continuar sus labores de representación y control de las medidas adoptadas.

En mayor medida, tendría que favorecerle la negociación colectiva con el derecho a no ser despedido ni sancionado por consecuencia del ejercicio de sus funciones representativas así como con el derecho de opción para cuando su extinción, no basándose en el ejercicio de su actividad, se fundamente en otro motivo que, sin embargo, no ha podido ser acreditado o no es antijurídico y que sostuve que se podría extender al resto de los miembros de la sección sindical sin que ello supusiere conculcar la libertad sindical negativa.

Finalmente, indiqué que sería necesario que el portavoz no pudiera, en ningún modo, ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación.

Ya por último, en cuanto a las facilidades de actuación, será el crédito horario la prerrogativa más destacada que debiera detentar el portavoz sindical ya que ello supondría disponer de un tiempo dentro de su jornada de trabajo para desempeñar sus actividades sindicales y de representación. Sin embargo, es la más onerosa para la empresa por la carga que le supondría pagar un trabajo que no se ha realizado a lo que puede sumarse el que tenga que abonar a otro trabajador para que, al final, se lleve a cabo.

Propuse entonces, que si se lleva esta facilidad a la negociación colectiva, tendría que mitigarse en gran medida su ejercicio para que pudiera ser asumible para el pequeño empresario como, por ejemplo, estableciendo la necesidad de que, siempre y en todo caso, se tenga que preavisar al empresario y, además, con un plazo generoso llegando, incluso, aunque ello supusiese violentar su naturaleza, a exigirse en algunos casos

tasados y probados objetivamente –por ejemplo, cuando un porcentaje elevado de la plantilla esté de baja– necesitar de la autorización empresarial. También podría establecerse en la negociación colectiva que las horas sindicales solo puedan ser de uso estricto en la empresa o centro de trabajo y relacionándolos siempre con ésta como negociaciones de medidas empresariales, resolución de problemas que afectan a la colectividad de trabajadores o asuntos de seguridad e higiene en el trabajo. Es decir, que, en última instancia, el uso de esas horas repercuta, invariablemente, en la empresa y sus trabajadores bien porque le resta conflictividad a las relaciones laborales, bien porque le soluciona problemas de recursos humanos.

Y sobre la cantidad de horas, sugerí que podría ser más modesta que la que expone el ET como por ejemplo, establecer cinco al mes en las microempresas y diez en las pequeñas empresas que, en el caso de haber dos o más secciones sindicales de distintos sindicatos, debieran repartirse proporcionalmente al número de afiliados y pudiendo, incluso, crearse una bolsa de horas de los que el portavoz hiciera uso para fines más puramente sindicales (proselitismo, formación sindical, asesoramiento en el sindicato etc.) que tendrían que ser devueltas a la empresa de la manera que se pacte entre las partes.

9º.- LA SECCIÓN SINDICAL SECTORIAL

Una vez el sindicato, por medio de sus afiliados, ha constituido determinadas secciones sindicales en las microempresas y pequeñas empresas de un sector y territorio concreto, la manera que se me ocurre de cubrir al resto de pymes, todavía sin sección sindical ni por tanto portavoz y menos aún representante unitario, sería crear, a través de una modificación estatutaria de las normas sindicales y su posterior plasmación en la negociación colectiva, una sección sindical de sector que comprendiese a todos los trabajadores afiliados al sindicato que trabajasen en cualquiera de aquellas empresas incluidas en su ámbito configurándose así, como instancia intermedia entre el sindicato y la sección sindical de empresa que aspira a representar no solo a sus afiliados, sino a todos aquellos que trabajen en las pymes de su demarcación si se acuerda en el convenio colectivo de que se trate, que el delegado de sector que se designe, pueda

visitar todas y cada de aquellas con independencia de que, previamente, hubiere una sección sindical de empresa o centro de trabajo en su seno.

Para ello, este delegado de sector debiera reunir antes en su persona las horas sindicales acordadas en la negociación colectiva que le correspondan a los distintos portavoces sindicales –que se las cederían– de ese sector y territorio y cuyo coste se debiera mutualizar entre todas las empresas del mismo de manera proporcional a su volumen de negocio y/o a su número de trabajadores. Así, liberado y con capacidad de visitar cualquiera pyme de su circunscripción, sería un medio ideal para estimular la creación de las sección donde no las hubiere, potenciarlas donde no las haya y extender la representatividad, en suma, a todas ellas.

Pero no se apunta solamente al delegado de sector como posible remedio para ampliar la representatividad desde la sección sindical de sector sino que también menciono al *delegado solidario* que no es otro que el delegado cedido por la gran empresa o Administración Pública para que, una vez incluido en la sección sectorial, pueda hacer el mismo cometido que el delegado de sector así como también me ocupo del *delegado de instalación o de fábrica* que tendría como cometido representar a los trabajadores de aquellas pymes que operan dentro de las instalaciones de una misma empresa cliente y que podría ser extraído o bien de entre los delegados de esta última empresa – costeado, por tanto, por ella– o bien de entre los delegados de sector que componen la sección sectorial.

10º.- EL CARGO ELECTIVO SINDICAL

El cargo electivo de una organización sindical más representativa puede también ayudarnos, como vimos, a ganar representatividad en las pymes mediante su derecho de acceso a los centros de trabajo para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores bien como apoyo a las secciones sindicales ya instauradas en ellas o, sobre todo, como elemento esencial para introducir al sindicato actuando, en este último caso, como precursor que es el papel que más nos interesa de él. No obstante, vimos que esto último no es tan sencillo pues su entrada en las

empresas no está permitida en todo caso sino que, según la jurisprudencia y mejor doctrina, solo podría hacerlo bien cuando fuera invitado previamente a una actividad ya organizada o convocada formalmente en el seno de la empresa por quienes estén legitimados para ello (representantes unitarios o sindicales) lo que lo hace inútil para este último cometido, o bien para iniciar un proceso electoral, lo que nos valdría para introducir el sindicato en las pymes de seis o más trabajadores pero no en las de menos de seis que quedarían sin esa opción al no poderse celebrar elecciones en ellas. Para paliarlo, propuse que se llevara a la negociación colectiva tal posibilidad sobre todo si no se recoge la creación de la sección sindical de sector con sus correspondientes delegados que tengan esta misma oportunidad de poder acceder a las pymes – ya sean de seis o más trabajadores – pues de un modo u otro, o de los dos, se trataría de dar ese decisivo primer paso de contactar con los trabajadores de aquellas. Es más, en verdad, solo el cargo electivo sindical podría desencadenar todo el esfuerzo representativo del sindicato a través de su derecho de acceso para principiar un proceso electoral – la otra opción sería abordar a los trabajadores a la salida de las empresas o esperarlos a que acudan al sindicato – pues , a partir de ahí, se podrían crear las secciones sindicales de empresa, designar los portavoces internos que conformarían la sección sindical de sector cuyos delegados de sector, en última instancia, extenderían el sindicato entre las pymes mediante su derecho de acceso contemplado en la negociación colectiva.

11º.- LA COMISIÓN AD HOC EX ARTÍCULO 41.4 DEL ET

Como ya se expuso en su momento, en el caso de que una empresa pretenda realizar alguna reestructuración empresarial que exija abrir un período de consultas con los trabajadores y en ella no haya quien los represente, la ley obliga crear una comisión ad hoc para llevar a cabo este cometido lo que solventa, al menos para estos asuntos, la falta de representatividad en las pymes.

Dado que esta comisión, en realidad, puede configurarse como laboral o sindical, realizo su estudio desde el punto de vista de ambas decantándome al final, por su papel más relevante en pro de la representatividad, por la comisión sindicalizada permanente y distinguiendo, a continuación, según que la pyme tuviera o no sección sindical pues en el primer caso, donde no habría problema de representatividad, sería ésta quien designara a la comisión representativa la cual comprendería a su portavoz, con todas las garantías, facilidades y derechos del representante legal reconocidos en la negociación colectiva, y dos agentes del sindicato expertos en negociaciones. Pero para ello, se tendría que aprovechar, como vimos, la vía que ofrece el artículo 41.4 ab initio del ET consistente en establecer en la negociación colectiva un procedimiento específico, que podría ser el mismo que establece este precepto, pero donde los protagonistas sean las personas mencionadas, con el portavoz a la cabeza.

De faltar la sección sindical, la negociación colectiva podría contemplar, utilizando la misma vía del artículo 41.4 del ET que, en el caso de no designar los trabajadores la comisión representativa – porque lo rechazan o por mera desidia – o cuando se trate de microempresas con menos de tres trabajadores donde es imposible constituir la comisión laboral o, yendo más allá, en todos aquellos supuestos que vimos donde la ley niega la posibilidad de las consultas aun tratándose de las mismas medidas: movilidad geográfica que no afecte a la totalidad de un centro de trabajo con cinco o menos trabajadores (art. 40.2 ET); modificación sustancial de condiciones de trabajo en cualquier microempresa o centro de trabajo con nueve o menos trabajadores (art. 41.2 ET) y despidos colectivos que no atañen a la totalidad de un centro de trabajo y/o no se ha producido la cesación total de la actividad empresarial cuando aquel cuente con menos de seis trabajadores (art. 51.1. 4 párrafo ET), podría establecer, decía, que los sindicatos más representativos y representativos del sector a que pertenezca la empresa nombraran, según su representatividad, una comisión de tres miembros –que podrían proceder de la sección sindical sectorial de existir– para que enfrente las negociaciones/consultas con la empresa así como la obligación de que se realicen consultas en aquellos casos que no es obligatorio. Esta comisión, que sería permanente como la paritaria del convenio y un instrumento igualador en el sector y que podrían ser varias para afrontar las reestructuraciones coincidentes en el tiempo, aportaría conocimientos y experiencia a las consultas facilitando la fluidez de las negociaciones además de ofrecer seguridad a los trabajadores pues, a la pericia de sus miembros, se le ha de añadir la seguridad de que, al no ser susceptibles de sufrir represalias o de

aceptar prebendas del empresario –salvo la siempre posible compra de voluntades– no son presionables por éste al tiempo que reciben su tutela del derecho de libertad sindical. No olvidemos, por lo demás, que con esta comisión sindical estacionaria se abre otra puerta más de penetración de los sindicatos en las microempresas y pequeñas empresas sin representantes de los trabajadores dando pie a que se creen secciones sindicales que la hicieran innecesaria en el futuro pudiendo realizar, hasta ese momento, labores de asesoramiento y representación de los trabajadores más allá de los supuestos de reestructuraciones empresariales contemplados por el ET si así lo recogiese la negociación colectiva.

12ª.- LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Para asegurar una correcta prevención de los riesgos laborales en las empresas, la LPRL establece una necesaria participación de los trabajadores en esta materia al lado de otra convencional o voluntaria de la que, sin embargo, le podemos sacar más provecho para nuestros propósitos.

Se trata, en el primer caso, del delegado de prevención y del comité de seguridad y salud, órgano paritario que se debe constituir en las empresas que cuenten con cincuenta o más trabajadores por lo que queda fuera de este estudio.

En el segundo caso, los negociadores del convenio pueden optar por establecer una representación distinta a las anteriores con el único límite de que sus competencias sean enteramente preventivas. Y es de esta tercera vía, como vimos, de la que se pueden extraer posibilidades para facilitar la representatividad en las pymes. Y es que, ya vimos que, descartado el comité de seguridad por ser una herramienta limitada a las medianas y grandes empresas, debemos hacer lo mismo con el delegado de prevención por la sencilla razón de que éste solo puede salir de una terna de representantes unitarios o quedando el puesto, para las empresas de menos de treinta trabajadores, para el delegado de personal si lo hubiere. Para las pymes de menos de seis trabajadores o en las demás que no hayan logrado tener representantes unitarios, quedará entonces, únicamente, la opción convencional que en realidad se desdobra en

dos: la primera consistente en que el convenio disponga que la designación de los delegados correrá a cargo de los propios trabajadores y de entre ellos, donde señalo que, en este caso, podría serlo el mismo portavoz sindical si estuviera implantada la sección sindical y de no estarlo sería un medio idóneo –otro más– para introducir a los sindicatos en las pymes. La segunda posibilidad que permite la ley es que la negociación colectiva, o los acuerdos para materias concretas del artículo 83.3 ET, sustituya a la representación de los delegados de prevención por otro órgano específico con competencias generales en prevención respecto del conjunto de los centros de trabajo incluidos en el ámbito de aplicación del convenio y, por lo tanto, con respecto a las pymes a las que se podría llegar por este camino representando a los trabajadores en la materia preventiva y, al tiempo, posibilitar la creación en ellas de las secciones sindicales.

13ª.- MODELO DE ÓRGANO ESPECÍFICO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Me atrevo a presentar en este trabajo un órgano preventivo con competencias en seguridad laboral cuyos rasgos principales resumo:

1º.- La negociación colectiva creará una comisión de seguridad y salud laboral territorial compuesta por tres o cinco miembros elegidos por los sindicatos negociadores del convenio –por lo tanto no es un órgano paritario– atendiendo a su representatividad que reúnan unas condiciones técnicas mínimas.

2º.- Sus componentes trabajarán de manera colegiada gozando de un mandato representativo que les exime de someter sus decisiones a la aprobación de los sindicatos que los hayan designado.

3º.- Deberán gozar de todas las competencias y garantías que poseen los delegados de prevención aunque con varias precisiones que expreso en la tesis entre las que destacan dos: a) el crédito horario debe distribuirse mancomunadamente entre todas las empresas del sector en atención a la capacidad económica de las mismas y b) podrán acceder libremente a todas las empresas de su ámbito, sin que se les pueda

negar moverse libremente por ellas y comunicarse con los trabajadores cuando estén ejerciendo sus funciones, siempre que se preavise a la empresa y no se altere el normal funcionamiento del proceso productivo.

4º.- Su ámbito será, sobre todo o incluso el único, el de las pymes que no tengan representantes de los trabajadores del sector y territorio que se corresponda con el convenio o el acuerdo.

5º.- Finalmente, en cuanto a su duración, entiendo que debiera ser la de la vigencia del convenio colectivo con independencia de que pueda ser revocado cualquiera de sus miembros o de que puedan ser reelegidos o establecer plazos fijos como los cuatro años del representante unitario.

14ª.- ÓRGANOS PARITARIOS

Además de los órganos puramente representativos de los trabajadores, en esta tesis también he buscado el apoyo de varios órganos paritarios que prevé nuestro ordenamiento laboral por la razón del cometido que tienen: velar por el correcto cumplimiento de la legalidad existente –cada uno en su área– y por ser una parte de sus componentes representantes de los trabajadores.

De entre ellos, el primero que trato es la comisión paritaria del convenio colectivo –de la que surgirán los restantes– a la que las partes negociadoras le pueden atribuir infinidad de funciones siempre que tengan que ver, directa o indirectamente, con el convenio, como por ejemplo dar cobertura, a través de la creación de una *subcomisión de representatividad*, a las pymes de su ámbito que no tengan representantes. Concretamente, esta subcomisión podría desarrollar funciones negociadoras en las reestructuraciones empresariales o en todas aquellas cuestiones que, relacionadas con el convenio colectivo, requiriesen cuotas de representatividad como por ejemplo, en la recepción de información económica de la empresa o sobre empleo y contratación; en la vigilancia y control de la seguridad y salud laboral o, incluso, en la negociación de acuerdos de empresa que mejoren o adapten el convenio en esta, siempre que reúnan los requisitos de legitimidad para negociarlos.

De la misma comisión paritaria podría desgajarse también otra subcomisión, en este caso de *igualdad*, con la misión de poder cubrir a las pymes, sin representantes o con ellos, en cuestiones de igualdad hasta el punto de poder acordar nuevas medidas con el empresario, vigilar su cumplimiento y ser conocedora de las denuncias de acoso sexual o por razón de sexo.

Finalmente, hablo de la *subcomisión de despidos* también extraída de la comisión paritaria y, por lo tanto, con la misma naturaleza, características y requisitos que las anteriores así como de la de sus miembros de la parte social que debieran gozar de las mismas garantías y facilidades que disfrutaban los de la comisión paritaria o alguna de sus subcomisiones entre ellas el crédito horario que podría sufragarse, no obstante, con las mismas fórmulas que expuse para los delegados de sector: bien mediante la cesión de horas de los delegados de las grandes empresas –o de los propios representantes– o bien mediante la mutualización del coste entre todas las empresas del sector y territorio en relación a su volumen de negocio y/o número de trabajadores. Imprescindible que posean también, al igual que los miembros de las subcomisiones de representatividad y de igualdad, la capacidad de visitar las empresas y contactar con sus trabajadores para realizar su misión siendo por medio de esta potestad, como se lograría llevar a cabo el resto de actividades representativas –en el caso de esta subcomisión hacer un seguimiento de los despidos objetivos o, incluso llevar las negociaciones en los despidos colectivos– y, de entre ellas, introducir el sindicato en las pymes que carezcan de representantes.

15ª.- IMPLICACIONES DE LA TESIS.

Entiendo, como no podría ser de otra manera, que la utilidad de este trabajo está totalmente probada y que, por lo tanto, los años de estudio y redacción que hay detrás de él no han caído en saco roto. Es cierto, que me centro, mayormente, en el análisis exhaustivo de cada una de las instituciones implicadas lo que le resta bastante originalidad al trabajo pero que, sin duda, tiene sus frutos no solo en la aportación de

algunas ideas más o menos novedosas – en su mayoría ya esbozadas por otros autores – sino ,sobre todo, en subrayar lo que ya estaba ahí, lo que ya podía utilizarse para mitigar la falta de representación de los trabajadores en las pymes y darle, al tiempo, una arquitectura consistente. Esa es, pienso, la bondad principal de este trabajo: haber puesto en pie un firme y lógico tablazón con los dispersos elementos existentes en nuestro ordenamiento laboral.

16ª.- PRINCIPALES OBSTÁCULOS EN LA INVESTIGACIÓN Y POSIBLES PROYECCIONES DE FUTURO DE LA MISMA.

La realización de este trabajo y no de otro distinto se debió, como ya indiqué en su inicio, a que mi director de tesis, al explicarle cuáles eran mis inquietudes y deseos, puso en mis manos un librito que resumía aspectos del 41º Congreso Confederal de la UGT y cuya temática principal era la representación de los trabajadores en la pequeña y mediana empresa. En él, pude detectar un serio problema que atañe a miles de trabajadores y unos sencillos, pero lúcidos, esbozos que me podrían ayudar a trazar un camino, a seguir una senda, con sus vericuetos, para intentar solucionarlo. En suma, tenía el rompecabezas y las líneas maestras para desentrañarlo. Solo debía desempolvar el mapa y ponerme a caminar. La principal dificultad, empero, para iniciar el trabajo y poder continuarlo hasta darle un final fue la falta de otras obras que de manera concreta abordaran el tema lo que, paradójicamente, creo que a la postre me ayudó pues, aunque no podía comparar o contrastar con otros autores el asunto principal de la tesis, me permitió avanzar libre de impedimenta y sin temor a aventurarme por lejanos derroteros que me pudiesen extraviar sin remedio. Pero, como ha podido comprobar el lector, no ha habido temeridad alguna. Como jurista, estaba obligado a ir anudado a la legislación, la jurisprudencia y la mejor doctrina y el remonte, aunque se ha hecho dando un gran rodeo, siempre ha sido pisando sobre seguro. Las ideas que hayan podido surgir, por tanto, las he encontrado estudiando las instituciones que figuran en el trabajo siendo su análisis más pormenorizado, junto con las posibles proyecciones en la eventual negociación colectiva, por donde debieran encaminarse las investigaciones futuras ello, sin olvidar el estudio del Derecho comparado siempre en

constante cambio y rico en soluciones de posible extrapolación a nuestro ordenamiento laboral.

Y es que quedan muchas brechas abiertas todavía, a las que tendrán que ir dando solución nuevos estudios como por ejemplo, el cometido del cargo sindical dentro de la organización sindical para que sirva a los fines de ganar representatividad; los derechos de los afiliados a la sección sindical como medio de potenciar aquella o el papel de la negociación colectiva en abrir nuevos caminos de entrada de los sindicatos a las pymes. En fin, todo un universo por descubrir que requerirá intrépidos exploradores que, como dijo Machado, hagan camino al andar.

ÍNDICE DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS CONSULTADOS

III Convenio colectivo para la acuicultura marina nacional (R Empleo 11 Jun. 2013)	01/01/2012	31/12/2014	BOE	01/07/2013
Convenio colectivo para el sector de agencias de viajes 2012-2014 (R Empleo 1 Ago. 2013)	01/01/2012	31/12/2014	BOE	22/08/2013
Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares 2012-2013 (R Empleo 1 Ago. 2013)	01/01/2012	31/12/2013	BOE	21/08/2013
XXII Convenio colectivo nacional de autoescuelas, 2010-2014 (R Empleo y Seguridad Social 24 Sep. 2013)	01/01/2010	31/12/2014	BOE	09/10/2013
V Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia (R Empleo 29 Oct. 2013)	12/07/2013	31/12/2015	BOE	12/11/2013
Convenio colectivo de la industria del calzado 2012-2013 (R Empleo 25 Feb. 2013)	01/03/2012	31/12/2013	BOE	12/03/2013
IV Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (R Empleo 8 Oct. 2013)	01/01/2011	31/12/2014	BOE	21/10/2013
VI Convenio colectivo estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos (R Empleo 18 Sep. 2013)	01/01/2011	31/12/2017	BOE	04/10/2013
III Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería (R Empleo 10 Sep. 2013)	01/01/2012	31/12/2015	BOE	23/09/2013
IX Convenio colectivo estatal de entrega domiciliaria (R Empleo 14 Jun. 2013)	01/01/2011	31/12/2014	BOE	28/06/2013

V Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento (R E Mar. 2013)	01/01/2011	31/12/2012	BOE	09/04/2013
Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (R Empleo 14 Jun. 2013)	01/01/2012	31/12/2013	BOE	28/06/2013
Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (R Empleo 10 Sep. 2013)	01/01/2012	31/12/2014	BOE	23/09/2013
XVII Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos (R Empleo 9 Oct. 2013)	01/01/2012	31/12/2013	BOE	25/10/2013
Convenio colectivo del sector de la mediación de seguros privados 2013-2015 (R Empleo 1 Ago. 2013)	01/01/2013	31/12/2015	BOE	19/08/2013
Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para 2012-2014 (R Empleo 11 Abr. 2013)	01/01/2012	31/12/2014	BOE	25/04/2013
Convenio colectivo estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo 2011-2013 (R Empleo 25 Feb. 2013)	01/01/2011	31/12/2013	BOE	13/03/2013
VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos 2013-2019 (R Empleo 30 Jul. 2013)	17/08/2013	31/12/2019	BOE	17/08/2013
Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo (R Empleo 4 Jul. 2013)	01/01/2012	31/12/2015	BOE	16/07/2013
Convenio colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito (R Empleo 1 Oc. 2013)	01/01/2013	31/12/2013	BOE	11/10/2013
Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio 2010-2015 (R Empleo de 18 Sep. 2013)	01/01/2010	31/12/2015	BOE	03/10/2013
Convenio colectivo estatal de grandes almacenes, 2013 - 2016 (R Empleo 8 Abr. 2013)	01/01/2013	31/12/2016	BOE	22/04/2013
Convenio colectivo estatal para las	01/01/2013	31/12/2017	BOE	03/10/2013

industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho (R Empleo de 18 Sep. 2013)				
Convenio colectivo para la industria azucarera para el período 2013-2014 (R Empleo 1 Oct. 2013)	16/10/2013	16/10/2015	BOE	15/10/2013
Convenio colectivo estatal para la industria fotográfica (R Empleo 4 Dic. 2013)	03/10/2013	- 31/12/2016	BOE	19/12/2013
Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (R Empleo 4 Dic. 2013)	05/06/2013	31/12/2013	BOE	23/12/2013
Convenio colectivo estatal del sector de las industrias cárnicas 2012-2014 (R Empleo 15 Ene. 2013)	19/11/2012	31/12/2014	BOE	30/01/2013
I Convenio colectivo sectorial estatal para el sector de industrias de aguas de bebida envasadas (R Empleo 26 Abr. 2013)	01/04/2013	31/12/2014	BOE	11/05/2013
Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón 2013-2014 (R Empleo 1 Ago. 2013)	01/01/2013	31/12/2014	BOE	23/08/2013
Convenio colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados (R Empleo 25 Abr. 2013)	01/01/2013	31/12/2016	BOE	13/05/2013
Convenio colectivo estatal de jardinería, 2013-2014 (R Empleo 4 Jul. 2013)	01/01/2013	31/12/2014	BOE	20/07/2013
I Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales (R Empleo 8 Mayo. 2013)	23/05/2013	31/12/2013	BOE	23/05/2013
Convenio colectivo del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado (R Empleo 17 Jul. 2013)	29/06/2013	31/12/2019	BOE	30/07/2013
Convenio colectivo estatal de Naturopatía y profesionales naturópatas 2013-2016 (R Empleo 12 Ago. 2013)	01/07/2013	31/12/2016	BOE	28/08/2013
IV Convenio colectivo estatal de prensa diaria (R Empleo de 18 Sep. 2013)	01/01/2011	31/12/2015	BOE	03/10/2013

Convenio colectivo nacional de prensa no diaria (R Empleo 10 Dic. 2013)	01/01/2013	31/12/2015	BOE	23/12/2013
XVII Convenio colectivo general de la industria química (R Empleo 26 Mar. 2013)	09/04/2013	31/12/2014	BOE	09/04/2013
Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias (R Empleo 9 Oct. 2013)	01/01/2013	31/12/2015	BOE	25/10/2013
II Convenio colectivo de los registradores de la propiedad y mercantiles y su personal auxiliar (R Empleo 26 Sep. 2013)	11/10/2013	11/10/2017	BOE	10/10/2013
V Convenio colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales, 2013-2015 (R Empleo 16 Oct. 2013)	01/01/2013	31/12/2015	BOE	31/10/2013
V Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (R Empleo 5 Mar. 2013)	01/01/2012	31/12/2014	BOE	20/03/2013

BIBLIOGRAFÍA

- » Agra, B. (2005). *Participación y representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales. Especial referencia a las previsiones al respecto contenidas en los convenios colectivos de Castilla y León*. Revista de investigación económica y social de Castilla y León, Nº 8, 2005 (Ejemplar dedicado a: Trabajos seleccionados en el Premio de Investigación del Consejo Económico y Social de Castilla y León 2005), págs. 15-109.
- » Agut, C. (1997). *El sindicato en la empresa (Secciones y delegados sindicales)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- » Agut, C. (2001). *Secciones y delegados sindicales en la empresa*. [Versión electrónica], en AAVV "Portal Derecho" en el portal Jurídico de Internet www.iustel.com
- » Agut, C. (2004). *La sección sindical*. Albacete: Bomarzo.
- » Agut, C. (2006). *El delegado sindical*. Albacete: Bomarzo.
- » Alfonso, C. et al. (2010). *La reforma laboral en la ley 35/2010*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- » Alfonso, C. et al. (2011). *Relaciones Laborales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- » Alfonso, C. et al. (2012). *Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- » Alfonso, C. et al. (2013). *Reforma laboral 2012: últimas reformas laborales y de seguridad social*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- » Álvarez del Cubillo. (2002). *Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores*. Temas Laborales Nº 67/2002. Páginas 111-127.
- » Alzaga, I. (2001). *La reforma de la Ley alemana de Comités de Empresa*. [Versión electrónica], Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43.

- » Baylos, A. (2012). *¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso*. Madrid: Catarata.
- » Baylos, A. (2004). *Sindicalismo y Derecho sindical* (4ª Ed.). Albacete: Bomarzo.
- » Benavente, M^a I. (2014). *Las comisiones ad hoc en los períodos de consulta/negociación*. Temas Laborales núm. 124/2014. Págs.121-156.
- » Benavente, M^a I. (2015). *Representación extraestatutaria, participación directa y posible inconstitucionalidad de la comisión ad hoc no sindicalizada*. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. Nº 385. Páginas 69-92.
- » Blanco, J. y Otaegui, A. (1990-1991). *Los trabajadores de las PYMES y la acción sindical*. Sociología del Trabajo, nueva época, nº11.
- » Beneyto, P. (2014). *La representación de los trabajadores en la UE y España*. Madrid: Fundación 1º de mayo.
- » Benito, R. et al. (2012). *Un sindicalismo para el futuro. Reflexiones sobre el trabajo y el cambio social*. Madrid: Fundación 1º de Mayo.
- » Cabeza, J. et al. (2013). *Participación y acción sindical en la empresa*. Albacete: Bomarzo.
- » Castillo, J.J (1989). *La división del trabajo entre empresas. Las condiciones de trabajo en las pequeñas y medianas empresas de la electrónica y del mueble en Madrid*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- » Cavas, F. (2007). *Las Comisiones Paritarias y la solución de los conflictos laborales derivados de la interpretación y aplicación del convenio colectivo*. [Versión electrónica].Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración nº 68 págs. 115-136.
- » Collado, L., Romero, M.^a J., Tarancón, E., Trillo, F. (2011). *La representación de los trabajadores en la empresa*. Albacete: Bomarzo.
- » Collado, L., Romero, M^a J., Tarancón, E., Trillo, F. (2014). *La representación de los trabajadores en la empresa*. Albacete: Bomarzo.

- » Cruz, J. (1994). *Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales*. Revista de Trabajo y de Seguridad Social, enero – marzo 1994.
- » Cruz, J. (2007). *La actividad sindical en la empresa: viejos y nuevos problemas*. [Versión electrónica]. Relaciones Laborales, nº 21, Sección Doctrina, Año XXIII, p. 707, Tomo 2, Editorial La Ley.
- » Cruz, J. et al. (2003). *Las relaciones laborales en la pequeña empresa*. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz.
- » Cruz, J. et al. (2006). *Las relaciones laborales en las pequeñas empresas en Europa*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- » Cruz, J. (2010). *La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010*. Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica, núm. 2. p. 173-202 y en RL, 2010, núm. 21, (según versión de laleydigital.laley.es).
- » De la Puebla, A., De Sande, M., Espín, M., García, A., Muñoz, A. (2009) *Esquemas de Derecho del Trabajo II. Derecho Sindical*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- » Durán, F., Sáez, C. (1992). *Libertad sindical y acción sindical en la empresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. [Versión electrónica]. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 52. p. 165-189.
- » Durán, F., Sáez, C. (2006). *Representación y participación de los trabajadores en la empresa*. [Versión electrónica]. Madrid: Editorial La Ley. Ref. CISS 5484/2007.
- » Fernández, M^a F., Alfonso, C L., Mejías, A., Garrido, E., Fabregat, G., Vega, J. (2013). *Representación y libertad sindical. La LOLS y la sección sindical en la pequeña y mediana empresa*. Madrid: Comisión Ejecutiva Confederal de UGT.
- » Ferrando, F. (2003). *Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa* [Versión electrónica]. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración nº 43 p. 121-155.
- » Gaeta, L. et al. (2010). *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*. Albacete: Bomarzo.

- » García, J.C. (2014). *La dimensión actual de las comisiones paritarias*. portal.ugt.org/actualidad/2014/diciembre/.../JUAN-CARLOS-GARCIA-QUINONES.p...
- » García-Perrote, I. et al. (2010). *La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010 de 17 de septiembre*. Valladolid: Lex Nova.
- » García, A., López, M^a. , Díaz, J. (2013). *La protección de la salud de los trabajadores en España. Una oportunidad para la participación, la negociación y el consenso*. Revista Andaluza de Relaciones Laborales, [Versión electrónica]. nº 28 págs. 39-53.
- » Garrido, Eva. (1997). *La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales en la ley 31/1995*. [Versión electrónica]. Relaciones Laborales, nº 20, Sección doctrina, Quincena del 16 al 31 de octubre, pág. 397, tomo 2, Editorial la Ley.
- » Goerlich, J. (1988). *Notas sobre el régimen orgánico de la comisión paritaria del convenio (I)* Actualidad Laboral nº 2, págs. 2109-2116.
- » Goerlich, J. (2013). *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- » Gómez, F. (1995). *La negociación colectiva en las empresas sin representantes legales de los trabajadores*. Revista Española de Derecho del Trabajo nº 70.
- » González, A. (1998). *Representación y acción sindical de los trabajadores en la empresa*. Valencia: Editorial CISS, SA.
- » González, S. (2013). *La comisión paritaria del convenio colectivo*. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº 120, págs. 281-313.
- » Amaadachou, F. (2015). *La comisión paritaria en el modelo legal de negociación colectiva: The joint commission on the legal model of collective bargaining*. [Versión electrónica]. Revista de Información laboral, nº4 pág. 67-79.
- » Lahera, J. (2006). *Mejora convencional de los derechos y garantías de los afiliados a sindicatos con presencia electoral: una vía de fomento de la afiliación sindical (STS 4ª de 16 de febrero de 2006)* [Versión electrónica]. Relaciones Laborales nº 18, Sección Comentarios de Jurisprudencia, Año XXII, mp. 653, tomo 2. Editorial La Ley.

- » Lahera, J. et al (2010). *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*. Madrid: Fundación Francisco Largo Caballero.
- » Lahera, J. et al (2012), *Reforma Laboral 2012: preguntas y respuestas*. Madrid. Cinca.
- » Lasasa, E. (2003). *La representación de los trabajadores en la empresa en Francia* [Versión electrónica]. Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración, ISSN 1137-5868, Nº 43 p. 87-105.
- » Limón, M. (2010). *Acción sindical*. [Versión electrónica], en AAVV “Portal Derecho” en el portal jurídico de Internet www.iustel.com
- » Llano, M. (2010). *La flexibilidad interna en la reforma laboral: puntos críticos*. [Versión electrónica], en La Ley digital 360.
- » Lleó, B. et al (2008). *Artículo 37. Garantías y sigilo profesional de los Delegados de Prevención*. [Versión electrónica], en La Ley digital 360.
- » Llompарт, M et al. (2008). *Artículo 36. Competencias y facultades de los Delegados de prevención*. [Versión electrónica], en La Ley digital 360.
- » Luján, J. (2003). *La acción sindical en la empresa. Marco legal y desarrollo convencional*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- » Mella, L. (2011). *Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: Algunas novedades de interés*. Temas Laborales núm. 109/2011. Pág. 29-48.
- » Méndez, P. (2006). *La promoción sindical de elecciones en los centros de entre seis y diez trabajadores. Balance de la jurisprudencia reciente*. [Versión electrónica]. Repertorio de Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 1/2006 parte Estudio.
- » Menéndez, M., Benach, J. y Vogel, L. (2008). *El impacto de los delegados de prevención en la salud laboral: el proyecto EPSARE*. Arch. Prev Riesgos Laborales, 11 (1), p. 5-7.
- » Miñarro, M. (2011). *Condicionantes al derecho de las secciones sindicales a recibir asesoramiento externo y libertad sindical*. STSJ Andalucía/Sevilla, de 14 de

septiembre de 2010 (AS, 2010,2412). Revista Doctrinal Aranzadi Social. Paraf nº 66/201118/2011.

- » Molero, M^a. L. (2012). *La flexibilidad interna promovida por las sucesivas reformas laborales*. [Versión electrónica]. LA LEY 1402/2013.
- » Moliner, G., Pedrajas, A., Sala, Tomás. (2012). *Manual de Jurisprudencia laboral*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- » Monereo, J.L. y Fernández, J.A. (1997). *El despido colectivo en el Derecho español*. Pamplona: Aranzadi.
- » Monereo, J.L. (2012) El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- » Navarro, F. (2013). *El régimen de inaplicación y modificación de los convenios colectivos*. Temas Laborales nº 120/2013, Págs. 233-279.
- » Nicolás, A. (2000). *La garantía de indemnidad*. [Versión electrónica]. Revista Doctrinal Aranzadi Social parf.num 7419/2000 parte Presentación.
- » Nieto, P. (2012). Comisiones ad hoc y reorganización productiva empresarial: una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores. *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012* (p. 57-86). Madrid. Cinca.
- » Nores, L. (2003). *La representación de los trabajadores en la empresa en Italia* [Versión electrónica]. Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración, ISSN 1137-5868, Nº 43 p. 107-119.
- » Ojeda, A. (2014). *Compendio de Derecho Sindical*. Madrid: Editorial Tecnos.
- » Pérez de los Cobos, F et al. (2010). *Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley.
- » Piñero, R. y Cruz, J. (1987). *El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical*. Relaciones Laborales nº 1.

- » Prieto, C. (1989). *Políticas de mano de obra en las empresas españolas*. Sociología del trabajo nº 6.
- » Purcalla, M. A. y Rodríguez, R. (1997). *Notas sobre la figura del delegado de prevención*. [Versión electrónica]. Relaciones laborales nº 20, Sección doctrina, Quincena del 16 al 31 de octubre de 1997, pág. 428, tomo 2. Editorial la Ley.
- » Rodríguez, M. (1989). *El reconocimiento legal de los Delegados sindicales y las representaciones sindicales “al margen” de la Ley*. [Versión electrónica]. Relaciones Laborales, nº 14.
- » Rodríguez, S. (2001). *La situación de los trabajadores en las empresas descentralizadas: la merma de sus garantías y la “crisis” del trabajo subordinado*. [Versión electrónica]. Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 5/2001 parte Estudio.
- » Roldán, A., Herreros, J. (2008). *Contenido y límites de las libertades de expresión e información de los representantes de los trabajadores*. [Versión electrónica]. Diario La Ley, nº 6928, Sección Doctrina, 18 de abril 2008, Año XXIX, Ref. D-120, Editorial La Ley.
- » Roldán Martínez, A. (2010). *La participación de los representantes de los trabajadores en la gestión de las políticas de igualdad de las empresas*. [Versión electrónica]. Relaciones Laborales, Nº 20, Sección Negociación colectiva y conflictividad, Quincena del 23 Oct. al 8 Nov. 2010, Año XXVI, pág. 1201, tomo 2, Editorial LA LEY.
- » Roqueta Buj, R. (2012). *La flexibilidad interna tras la reforma laboral: la Ley 3/2012, de 6 de julio*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- » Sala, T. et al. (2011). *Relaciones Laborales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- » Sala, T. (2013). *Derecho Sindical*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- » Sáez, C. (1992). *Representación y acción sindical en la empresa*. Madrid: Centro de publicaciones MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).

- » Sáez, C. (2012). *Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica, y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo*. Temas Laborales núm. 115/2012. Págs. 221-248.
- » Sempere, A., Luján, J. (1996). *La problemática configuración jurídica de la figura del delegado sindical y su posible regulación en convenio colectivo*. [Versión electrónica]. Revista Doctrinal Aranzadi Social, tomoparaf. II37 Parte Presentación.
- » Sierra, E. (2007). *La designación de los representantes de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. [Versión electrónica]. Actualidad Laboral nº 12, Sección estudios, Quincena del 16 al 30 de junio de 2007. Pág. 1424. <http://laleydigital.laley.es/>.
- » Silva, M. (2009). *Evolución y situación real actual de la prevención en las PYMES*. [Versión electrónica]. http://www.apaprevencion.com/fotos/articulos_tecnicos/p187_1.pdf.
- » Valdés, F. (1997) “*La participación de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*” TS, núm. 73 (págs. 26-48).
- » Valdés, F. (1996) “*La participación de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*” Derecho y Salud. Volumen 4, nº1 (págs. 52-78).
- » Vega, J., Fernández, M^a F., Alfonso, C L. (2008). *Representación y libertad sindical. Presente y futuro*. Madrid: Comisión Ejecutiva Confederal de UGT.

* * *