

LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS POR LA REPRESENTACIÓN LEGAL. TENSIONES DERIVADAS DE LA PLURALIDAD DE SUJETOS LEGITIMADOS*

Patricia Nieto Rojas**
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. Los cualificados efectos de la actuación de la representación legal en la empresa. –2. La formación de la voluntad en los órganos representativos electivos. 2.1. Actuación mancomunada de los delegados de personal. 2.2. Actuación colegiada del comité de empresa. –3. La formación de la voluntad en los órganos representativos sindicales. –4. La aprobación de convenios colectivos. –5. La adopción de acuerdos de reorganización productiva empresarial. 5.1. El endurecimiento de los requisitos: una doble exigencia. 5.2. La determinación del censo de trabajadores computados en el acuerdo.

RESUMEN

La diversidad de estructuras jurídicas que integran el modelo de representación de los trabajadores en el ordenamiento español (representaciones sindicales, electivas y ad hoc) no solo es resultado de las diferentes posiciones que han tenido los actores sociales implicados sobre el papel que compete a los trabajadores y a sus representantes en el seno de la empresa sino de su propio desarrollo normativo, dado que la actuación que puede desarrollar la representación unitaria y las comisiones ad hoc está condicionada a una previa atribución legal, a diferencia de lo que sucede con el sindicato y sus órganos en la empresa para los que sus posibilidades de actuación derivan directamente del reconocimiento constitucional del derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28.1 CE). A lo largo del presente trabajo abordaremos las principales tensiones que origina esta pluralidad subjetiva al tiempo que destacaremos las ineficacias derivadas de un modelo legal claramente orientado a una empresa unicelular.

ABSTRACT

The diversity of legal structures that make up the model of legal representation of workers in the Spanish system (union representatives, electives and ad hoc) is the result of a double process: first, the various positions that have social actors involved (on paper that is up to the workers and their representatives within the company); another, because there are substantial differences, especially in regard to the adoption of agreements. Elective representation, and ad hoc committees, is conditional on a prior legal attribution unlike what happens with the union for

*Recibido el 27 de septiembre. Aceptado el 14 de octubre.

** Profesora Ayudante. Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

their possibilities for action derive directly from the constitutional recognition of the fundamental right to freedom of association (art. 28.1 Spanish Constitution).

Palabras clave: acuerdos, negociación colectiva, sujetos representativos

Key words: collective bargaining; trade unions; collective agreements; electives representatives.

1. LOS CUALIFICADOS EFECTOS DE LA ACTUACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL EN LA EMPRESA

La relevancia que tiene la representación legal se manifiesta, principalmente, en la aprobación de acuerdos tanto en relación a los procedimientos de reorganización productiva empresarial (modificaciones sustanciales del art. 41 como en relación a las vicisitudes de alcance colectivo reguladas en los artículos 40, 44, 47 y 51 del texto estatutario) y en la negociación colectiva propiamente dicha -art. 89.3 ET-, pues, adoptada la decisión por la mayoría requerida, la misma no solo afectará a los firmantes sino a los representados por estos, conforme a la naturaleza institucional de la representación que ejercen. A la luz de estos cualificados efectos, es lógico que la toma de decisiones esté sometida, en nuestro ordenamiento, a un doble límite: uno material, la existencia de causa o razón bastante para su adopción, y otro formal, observando un procedimiento, fundamentalmente basado en técnicas de negociación colectiva¹.

Ahora bien, el hecho de que la interlocución en estos procedimientos pueda ser asumida por una pluralidad de sujetos: preferentemente secciones pero también representaciones electivas y, ante su ausencia, las comisiones ad hoc que “lejos de ser residuales, cada vez son más frecuentes, en un proceso de desmantelamiento sordo de las representaciones de los trabajadores en las empresas”² no solo implica un fenómeno de emulación entre representaciones sino que hace más compleja la aprehensión del modelo legal, dificultad agudizada por el hecho de que representaciones sindicales, electivas y *ad hoc* tienen, en nuestro ordenamiento, diferentes regímenes de funcionamiento. Es más, aunque todas ellas comparten un principio general que se conecta con la naturaleza legal de la representación, y que básicamente supone que para que la actuación sea vinculante jurídicamente, la misma tendrá que haberse adoptado observando lo preceptuado en la Ley, en un caso, en el ET, en el otro, en la LOLS, las sustanciales diferencias en la forma de adopción de acuerdos no solo condicionan la eficacia de sus decisiones sino el alcance y efectos atribuidos a esta actuación, como seguidamente analizaremos.

2. LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LOS ÓRGANOS REPRESENTATIVOS ELECTIVOS

Es obvio que la distinta naturaleza de delegados de personal (art. 62.1 ET) y comités de empresa (art. 63 ET) se proyecta en las reglas que disciplinan la formación de la voluntad en su seno lo que ha exigido su análisis de manera separada, debiendo anticipar que la referencia estatutaria al comité como órgano es una clara imprecisión del texto legal, habida cuenta que el desarrollo de la teoría de los órganos en el seno de las personas jurídicas, y con la que se hace referencia a la capacidad de actuación de un órgano como manifestación de la persona jurídica representada³, no es una construcción extrapolable a la representación ejercida por el comité de empresa⁴.

¹ LANDA ZAPIRAÍN, J. P. (ED.), *Flexibilidad interna e innovación en la empresa*, Dykinson, Madrid, p. 301, fecha de consulta 18 enero 2016, en <http://app.vlex.com/#/sources/flexibilidad-interna-e-innovacion-en-la-empresa-12088>.

² Véanse las interesantes reflexiones del profesor Cabeza en *Ibid.*, p. 341.

³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *El sindicato: naturaleza jurídica y estructura*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 222-226; “Funcionamiento del comité de empresa y procedimiento de conflictos colectivos”, *Revista de Política Social*, vol. 140, 1983, p. 250.

⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ, R., “La actuación mancomunada de los delegados de personal en el Estatuto de los Trabajadores”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 6, 1981, p. 184.

2.1. Actuación mancomunada de los delegados de personal

Los delegados de personal ejercerán mancomunadamente la función encomendada, habida cuenta que cada uno de los delegados electos es órgano en sí mismo. Ahora bien, en la medida que es posible que exista una pluralidad de delegados, habrá que analizar cuál será su dinámica de funcionamiento, es decir, si lo harán colegiadamente, puesto que la única referencia a este respecto se contiene en el art. 62.2 ET cuando señala que los delegados de personal “actuarán mancomunadamente”, habiéndose asumido una interpretación flexible en el sentido de entender que la referencia contenida en el art. 62.2 ET remite a las previsiones del art. 1137 CC⁵ y así la actuación mancomunada no es sinónimo de unanimidad sino que admite la regla de la mayoría⁶ con la que se acredita la voluntad de los trabajadores⁷. Cuestión distinta es que el ET exija un quórum reforzado para determinadas medidas (v. gr. emisión informes, adopción de acuerdos, negociación colectiva)⁸; decisión que impide la actuación individual de cada delegado, dado que la legitimidad del acuerdo depende de la obtención de la precitada mayoría.

La mayor complejidad en lo que hace a la acreditación de esta mayoría se plantea en empresas pluricelulares pues nada establece la norma sobre la fórmula para acreditar la adopción de acuerdos si un determinado centro tiene en la comisión negociadora una pluralidad de delegados y los mismos no tienen una posición unánime, debiendo plantearnos qué porcentaje de representación acredita cada uno de los integrantes de la comisión, es decir, si es posible atribuir un porcentaje en lo que hace a los trabajadores representados si se muestran favorables a la adopción de la decisión dos de los tres delegados o si, por el contrario, solo cabe una posición unánime; solución que, a nuestro juicio, no se colige de la Ley, a pesar de la mancomunidad ya referida.

Esta interpretación ha sido asumida por el Tribunal Supremo⁹ que ha negado legitimación a un delegado de personal para interponer una demanda de despido colectivo al existir tres delegados de personal en el centro de trabajo y no haber obtenido la precitada mayoría. Pero es que, además, conviene recordar que la validez del acuerdo, conforme a lo previsto en el vigente art. 41.4 ET, no solo exige el precitado quórum sino que estos delegados representen a la mayoría de trabajadores.

Habrà que dirimir entonces cómo se acredita el requisito acumulativo exigido por el texto estatutario en los procesos cualificados en los que la representación sea asumida por una pluralidad de delegados de personal si existen divergencias en lo que hace a la adopción del acuerdo; posibilidad perfectamente posible conforme al mandato representativo laboral. Aunque el análisis detallado de esta cuestión será abordado en un momento posterior, consideramos necesario anticipar aquí la dificultad que plantea la obtención de la mayoría en los términos legalmente previstos.

Nos serviremos de un ejemplo: piénsese en una empresa pluricelular que tiene diez centros de trabajo, todos ellos con delegados de personal, algunos solo con uno, otros con tres. Pues bien, la conformación de la comisión representativa única que, atendiendo a lo dispuesto en el art. 41.4 ET, habrá de constituirse con un máximo de trece miembros y deberá respetar la pro-

⁵ Artículo 1137: La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de estos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”.

⁶ STSJ Castilla La Mancha 26.1.2005 (R° 1937/2004).

⁷ SSTSJ Madrid 24.2.1994 (R° 762/1994) y 18.2.1996 (R° 366/1996).

⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ, R., “La actuación mancomunada de los delegados de personal en el Estatuto de los Trabajadores”, cit., p. 170. DE LA VILLA GIL, L. E., *La participación de los trabajadores en la empresa*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, p. 196.

⁹ STS 25.5.201 (R° 36/2014).

porcionalidad en lo que hace al número de trabajadores que cada uno de los delegados representa, atribuyéndose, en su caso, los puestos sobrantes sobre los números enteros a los mayores restos sin que establezca ninguna regla en lo que hace al porcentaje de representación de cada uno de sus integrantes, es decir, de cada uno de los delegados en lo que hace al número de trabajadores representados.

La opción más respetuosa sería que se previese de antemano qué porcentaje de representación asume cada uno de ellos, debiendo asimismo plantearse cómo se conformaría la misma, es decir, si tendría en cuenta la representatividad de fondo, esto es, el número de votos obtenido por cada delegado o si, por el contrario, esta representación podría distribuirse en partes alícuotas. Aspectos todos ellos de una indudable relevancia práctica que debieran ser clarificados por el legislador.

2.2. Actuación colegiada del comité de empresa

A diferencia de la parquedad con la que la ley disciplina el régimen de adopción de acuerdos por los delegados, el texto estatutario sí que detalla el modo de funcionamiento del comité de empresa, refiriendo, en primer lugar, que su actuación será colegiada; es más, fuera del colegio, el miembro pierde la investidura básica que le cualifica para ejercitar una representación válida y vinculante para el colectivo representado.

La colegialidad aparece entonces como un método de formación de la voluntad que, a través de la previa reunión y discusión, reduce los posibles criterios dispares a la unidad, vinculando la decisión adoptada en común a todo el colectivo representado, y, en esta lógica, el principio de mayoría aparece esencial, “estando buena parte de los mecanismos procedimentales que acompañan a la adopción del acuerdo destinados a compensar –por la vía del reforzamiento de los derechos individuales de los componentes del colegio– el dato de la sumisión de decisiones impuestas por voluntad ajena al mismo”¹⁰, generalmente derivadas de instrucciones sindicales.

Por la propia naturaleza de la representación que ejercen, los integrantes del órgano colegiado, una vez elegidos y con independencia del colegio de adscripción, asumen la representación de la totalidad de la plantilla, y, en este sentido, la exigencia de adopción colegiada de las decisiones trata de garantizar que se respete la voluntad manifestada por los trabajadores en el momento de la elección. La aplicación de este principio impide actuar a sus miembros en nombre del comité de manera individualizada, sobre todo en aquellos supuestos en los que sea necesario fijar la posición común del órgano en alguna materia (realizar informes, aceptar o rechazar alguna modificación propuesta en la empresa, negociación colectiva)¹¹. Y aunque ciertamente la actuación del comité de empresa ofrece una imagen compacta de cara al exterior, de forma que el miembro del órgano ostenta el poder representativo de los trabajadores en la medida en que forma parte del órgano y con el alcance de actuación que al mismo se concede, no cabe siquiera plantearse una disolución del órgano en una pluralidad de figuras de representación individualizadas.

2.2.1. Adopción de decisiones y vinculabilidad de las mismas

El comité en cuanto ostenta una representación de naturaleza orgánica y colegiada somete su actuación frente a terceros al cumplimiento de las exigencias legales que traducen ambos caracteres. Y así, será el órgano –y no sus miembros– el titular del haz de competencias, funciones y facultades que el ordenamiento le atribuye¹², y la colegialidad, por lo que supone de

¹⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Funcionamiento del comité de empresa y procedimiento de conflictos colectivos”, cit., p. 251.

¹¹ GONZÁLEZ MARTÍN, A., *Representación y acción sindical de los trabajadores en las empresas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 44.

¹² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Funcionamiento del comité de empresa y procedimiento de conflictos colectivos”, cit., p. 245.

coordinación de las voluntades individuales, aparece sobre todo como un procedimiento que, incluso en sus formas más embrionarias, requiere de unos pasos procesales (reunión, discusión y votación) y unos requisitos adjetivos que faciliten la adopción y constancia de los acuerdos (convocatoria, orden del día y, en su caso, actas de las reuniones)¹³.

Respecto a la adopción de acuerdos, regirá el criterio de la mayoría y, salvo que otra cosa se establezca en el reglamento de funcionamiento, por mayoría absoluta¹⁴ (de miembros del órgano y no de personas presentes en la reunión)¹⁵, salvedad hecha a que su reglamento discipline que sea suficiente la mayoría simple de los asistentes, siempre que sean, al menos, la mitad más uno de los miembros del comité¹⁶. Ahora bien, determinadas decisiones habrán de adoptarse, por imperativo legal, con un *quórum* mayor (v. gr. adopción de acuerdo en el período de consultas en los procesos de reorganización productiva empresarial en los términos referidos en el art 41.4 ET o una mayoría aún más elevada, como la exigida para la paralización de actividades -v. gr. art. 19.5 ET-). Y aunque ciertamente esta exigencia dificulta la adopción de acuerdos, la misma expresa de manera más fidedigna la voluntad del órgano representativo -y de los trabajadores que adoptaron con su voto esta conformación-, lo que parece especialmente congruente con la trascendencia de las decisiones adoptadas, toda vez que adoptada una decisión por el comité, la misma no sólo vinculará a todos los miembros, con independencia de cuál haya sido el sentido de su voto¹⁷, sino que afectará la totalidad de trabajadores, conforme a la representación "institucional" que estas instancias ejercen. A la luz de esta cualificada eficacia, no podrán considerarse actuaciones o decisiones del comité las que se producen a título individual por alguno o algunos de sus miembros, incluso aunque se presenten con el viso formal de actuación del mismo¹⁸, pues tal calificación sólo es posible si el acuerdo ha sido adoptado de forma mayoritaria por el órgano. Actuando así, es decir, fuera de una reunión en la que haya concurrido un mínimo de garantías formales se desvirtúa la voluntad colectiva que ahora se ha paralizado, exteriorizándose sólo la voluntad de varios individuos que, fuera de la actividad colegial, solo se representan a sí mismos, debiendo calificar como nula la decisión adoptada¹⁹. Es más, los miembros disconformes "carecen de legitimación activa para la impugnación de ese convenio colectivo, ya que dicha legitimación la ostenta el comité de empresa, pero no sus componentes individualmente considerados, aunque sean disidentes del acuerdo alcanzado. El comité de empresa, como órgano colegiado que es, requiere para el ejercicio de acciones judiciales que tal decisión se adopte por acuerdo de la mayoría de sus miembros y previa audiencia de todos los que lo componen, de modo que, tomada esta decisión por esa mayoría, la voluntad que se crea es ya la del órgano colegiado. "Si para la adopción de acuerdos se exige la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión, cabe concluir que, derivadamente,

¹³ *Ibid.*, p. 252.

¹⁴ Este quórum reforzado es el legalmente exigido para alcanzar un acuerdo durante el procedimiento de consultas ante determinadas vicisitudes vinculadas a procesos de reorganización productiva empresarial (arts 40, 41, 47 o 51 ET). La STSJ Galicia 24.11.2009 (Rº 3361/2009) admite la mayoría simple al "no existir una regla especial en este aspecto, de modo que, siendo éste un órgano de actuación colegiada -como se establece en el artículo 63 del Estatuto de los Trabajadores-, debe de bastar la mayoría de los miembros presentes -mayoría relativa-, sin resultar necesaria la mayoría de la totalidad de los miembros -mayoría absoluta-", que sí que es exigida para ejercer determinadas acciones administrativas y judiciales -art. 65 ET-, para suscribir convenios colectivos - art. 89.3 ET- o para adoptar una convocatoria legal de huelga -art. 3.2 a) RDLRT-.

¹⁵ STSJ País Vasco 23.2.2010 (Rº 3232/2009). Singularmente puede admitirse la mayoría simple si así lo prevé el reglamento de funcionamiento si bien, en tales casos, se tiene en cuenta el número de miembros del órgano, no el número de asistentes.

¹⁶ STSJ Extremadura 11.2.2010 (Rº 6/2009) o País Vasco 23.2.2010 (Rº 3232/2009).

¹⁷ STSJ Castilla y León 19.2.2002 (Rº 233/2002).

¹⁸ La SAN 11.3.2013 (Proc. 381/2012) no reconoce la legitimación de un representante unitario que decide impugnar un despido colectivo al margen de las reglas sobre representación ya referidas. Véanse también SSTSJ Canarias 15.4.1994 (Rº 96/1994) y 29.6.1994 (Rº 355/1994).

¹⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., "Funcionamiento del comité de empresa y procedimiento de conflictos colectivos", cit., p. 252.

para su impugnación solo cabe entender legitimados activamente, como mínimo, a la mayoría de los miembros de la comisión y no a una parte menor de dichos miembros aunque fueran disidentes respecto al acuerdo alcanzado”²⁰.

Cabe finalmente plantearse si es posible condicionar la eficacia del acto a un ulterior referendo asambleario. Este requisito, que no resulta infrecuente en las negociaciones de convenios colectivos o acuerdos de reorganización productiva empresarial, no es una exigencia legal, y así, desde un plano formal, su aprobación depende exclusivamente de una decisión interna tomada en la comisión negociadora²¹, toda vez que las reglas que disciplinan la legitimación son imperativas ya que suponen el soporte jurídico-formal de la representación institucional que estas instancias ejercen²². Cuestión distinta es que las partes se autoimpongan esta condición (que, de otra parte, responde a una buena práctica representativa), en cuyo caso, lo acordado tendría valor de preacuerdo, pendiente de la ratificación en asamblea para convertirse en acuerdo final. La decisión de someter el acuerdo a un referéndum busca un plus de legitimidad democrática, cuyas razones de oportunidad nos parecen razonables, de modo tal que la comisión negociadora condiciona la rúbrica del pacto al referendo asambleario, y, de no obtenerse el beneplácito de los trabajadores, las partes recuperan su legitimación para iniciar un nuevo proceso²³.

Estas reglas también se aplican a los órganos de creación derivada (v. gr. el comité intercentros)²⁴, siendo posible que el convenio o, en su caso, el reglamento de funcionamiento del comité exijan la obtención de una mayoría cualificada para determinadas decisiones; “quórum” reforzado que, insistimos, aseguraría una mayor legitimidad democrática de decisiones que, conviene no olvidar, vinculan a todos los trabajadores de la empresa²⁵. Es más, ante comités

²⁰ SSTS 14.10.2015 (R° 336/2014); 9.6.2015 (R° 122/2014); 21.4.2015 (R° 311/2014).

²¹ STS 30.10.2007 (R° 3197/2005).

²² STS 22.12.2008 (R° 89/2006).

²³ STSJ Cataluña 29.4.2002 (R° 5591/2001). A este respecto, esta condición también se ha pactado en procesos de reorganización productiva, debiendo admitir su legalidad pues “nada impide que los sujetos legitimados para suscribir el acuerdo condicionen su decisión final a la consulta de los trabajadores afectados” SAN 16.5.2014 (Proc. 500/2013). También es de interés la SAN 11.11.2014 (Proc. 251/2014) –caso Atento– que anula un despido colectivo sometido a un referéndum al no haberse garantizado la participación de todas las secciones en dicha votación.

²⁴ Es más, de no adecuarse el número de miembros a esta nueva circunstancia, el órgano quedaría absolutamente incapacitado para adoptar acuerdos válidos, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.; AGUILERA IZQUIERDO, R.; GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.; NIEVES NIETO, N. DE, “Los sujetos colectivos en la empresa: un estudio jurisprudencial”, *Revista Ministerio de Trabajo*, vol. 43, 2003, p. 39.

²⁵ LAHERA FORTEZA, J., “El comité intercentros”, en Escudero Rodríguez, R., Mercader Uguina, J. R. (eds.) *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2004, p. 395.

²⁶ COLLADO GARCÍA, L. (ED.), *La representación de los trabajadores en la empresa*, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 97. Habiéndose sancionado nulo el acuerdo adoptado con este tipo de comisiones reducidas, constituidas de forma más o menos formalizada, véanse SSTSJ Cantabria 3.3.1992 (R° 142/1992) y Cataluña 13.7.1998 (R° 1294/1998). La SAN 15.7.2013 (Proc. 145/2013), confirmada por la STS 23.9.2014 (R° 66/2013) valida un acuerdo adoptado “sobre la base del voto mayoritario en cada centro, aplicando un criterio de ponderación basado en el número de trabajadores de cada uno de ellos”. Y aunque ciertamente “el relato fáctico desvela que la mesa negociadora se compuso de la totalidad de los representantes unitarios y de representantes ad hoc por los centros que no contaban con los primeros, y esa mesa decidió designar, entre sus miembros, a una comisión negociadora de número más reducido, para facilitar la negociación, sin perjuicio de reservarse, como es lógico, la capacidad decisoria final sin que tampoco pueda admitir que se reproche el carácter no vinculante de las decisiones de una comisión reducida, cuya función no era suplantar a la mesa negociadora en sus facultades decisorias sino facilitar una negociación efectiva; negociación a todas luces imposible si se hubiera permitido la participación del número íntegro de representantes de los trabajadores, que, sin embargo, mantuvieron intacto su derecho a decidir sobre el despido”.

muy numerosos, es relativamente habitual que se creen comisiones de trabajo reducidas, en cuya composición tendrían que respetarse los criterios de representatividad que existan en el seno del propio órgano para impedir así que se “lamine” la presencia de opciones minoritarias reflejadas por los votantes en la composición del comité y sin alterar los requisitos legalmente exigidos para la adopción de acuerdos, es decir, los mismos tendrán que manifestar la voluntad de la totalidad de sus miembros²⁶, viéndose afectada la eficacia del acto de no obtenerse la mayoría referida que no podrá, entonces, considerarse imputable al comité²⁷.

2.2.2. Efectos de la sindicalización de la representación unitaria en la adopción de acuerdos

Consolidada la presencia de los sindicatos en los órganos unitarios, habrá que plantearse en qué medida esta circunstancia condiciona la formación de la voluntad de las representaciones de base electiva. Bien es sabido que la sindicalización tiene una traducción jurídica concreta, materializada en la doctrina del respeto a las “cuotas representativas”, y con la que básicamente se garantiza el derecho de todos los sindicatos a participar en proporción a su representatividad en el seno de las instancias unitarias²⁸. La observancia de este principio encuentra fundamento en el amplio reconocimiento del derecho de la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical²⁹, de forma que el porcentaje de representantes electos con los que cada sindicato cuente en una empresa ha de reflejarse en la composición del comité de empresa y en cuantas otras comisiones deriven de él³⁰.

Esta doctrina tiene un efecto directo en el funcionamiento de las instancias electivas, habida cuenta que su inobservancia “supone una limitación del ejercicio de las facultades reconocidas a los representantes unitarios sindicalizados, obstaculizando la función representativa del sindicato que ellos personifican a través del comité”³¹. Y aunque ciertamente la presencia de los distintos sindicatos en el comité no convierte al mismo en un organismo de representación sindical sí que supone considerarlo como espacio o ámbito donde se desarrolla la actividad sindical. A diferencia de otros sistemas de representación, el ordenamiento español está informado por el principio de “representación proporcional”, de acuerdo con el cual la posición colectiva del personal es adoptada por órganos colegiados de los que pueden formar parte miembros de distintas representaciones sindicales, adoptándose las decisiones mediante la síntesis o la suma de una pluralidad de representantes³².

El respeto a las minorías actúa, en este sentido, como un principio que no viene a significar más que la plasmación de la decisión de los trabajadores representados quienes, tras una votación libre y secreta, deciden una determinada composición del órgano unitario que no podrá esquivarse mediante decisiones de los sindicatos mayoritarios. Tal circunstancia se daría si se fomentase la creación de comisiones que, vaciando de contenido al propio órgano unitario, estuviesen exclusivamente compuestas por representantes afiliados al sindicato –o sindicatos– que sean mayoritarios lo que supondría una limitación de la presencia representativa de otras opciones minoritarias, con la consiguiente lesión de los derechos que asisten a dichos componentes que se verían impedidos de ejercer buena parte de las funciones que les son propias³³. La mejor forma de garantizar que los intereses de los trabajadores son preservados es respe-

²⁷ PUEBLA PINILLA, A., “Responsabilidad de los órganos y miembros de la representación colectiva”, en Escudero Rodríguez, R., Mercader Uguina, J. R. (eds.) *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2004, p. 757.

²⁸ SOLANS LATRE, M. A., *Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria: partes negociadoras y procedimiento negociador*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2003, p. 222.

²⁹ Entre otras muchas, SSTC 137/1991, 184/1991 y jurisprudencia citada en la nota siguiente.

³⁰ SSTS 31.10.1995 (R^o 218/1995), 26.12.2006 (R^o 14/2006), 5.5.2008 (R^o 644/2007), 16.6.2009 (R^o 145/2007).

³¹ NAVARRO NIETO, F., “La sindicalización de la representación unitaria y su reflejo jurídico en la jurisprudencia”, *Relaciones laborales*, vol. I, 1998, p. 476.

³² STS 31.10.2012 (R^o 227/2011).

³³ STSJ Castilla La Mancha 5.6.1996 (R^o 1263/1995).

tando que cuantas comisiones asuman esta función sean una reproducción lo más fiel posible del resultado de las opciones tomadas por los trabajadores en un proceso electoral al que se habrán presentado candidaturas, casi siempre respaldadas por formaciones sindicales, siendo este pluralismo el que deberá reflejarse de la forma más fiel posible, de manera que las mayorías y las minorías conserven sus porcentajes representativos aunque el número de sus miembros se haya reducido a escala.

Este criterio, asumido por el TS siguiendo la doctrina del extinguido TCT³⁴, ha descartado la solución de la mayoría, pues no se corresponde con el principio de representación proporcional corregida que inspira la vigente legislación sindical (arts. 7.2 y 10.2 LOLS, 71.1 ET y 87.2 ET) e impone, en consecuencia, la solución opuesta, esto es, el reparto proporcional de los puestos de la comisión entre los sindicatos presentes en la representación laboral de base unitaria. De esta forma, la determinación de los miembros que conforman cualquier comisión se efectúa a partir de la composición electiva (que tiene en cuenta la representatividad de fondo de cada candidatura a los órganos unitarios) frente a la composición efectiva (que tendría en cuenta la composición efectiva del órgano unitario), pues siendo el comité un organismo de carácter electivo debe primar como patrón de medida la configuración o composición del mismo resultante de la elección de sus miembros.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad referido “no tiene un carácter absoluto, porque defender lo contrario supondría considerar a los representantes unitarios procedentes de candidaturas independientes de manera individual, pues siendo así, los representantes de candidatura sindical se verían claramente beneficiados, porque la audiencia electoral de su sección sindical o sindicato se computaría sumando los porcentajes obtenidos por todos ellos; por el contrario, los independientes únicamente podrían concurrir con el tanto por ciento obtenido por ellos de forma individual, que sería manifiestamente más reducido, en la generalidad de ocasiones, que el conseguido en conjunto por los representantes de cada ente sindical, y, por consiguiente, los representantes sindicales partirían con ventaja aun cuando el número de los independientes fuese mayor. De ahí que sea menester la adición de los diversos porcentajes obtenidos por los candidatos independientes para que puedan competir por las vocalías en igualdad de condiciones que los representantes sindicales”³⁵. La adecuación de la representatividad al número de puestos exige realizar una serie de operaciones aritméticas para efectuar el reparto, y, en muchos casos, aspectos tales como el resto más alto del porcentaje de representatividad serán vitales a efectos de decidir a quién se adjudica algún puesto³⁶.

³⁴ STCT 13.7.1988 (RTCT 1988\36), la cual recuerda que cualquier comisión “cuyo resultado no respete la previa composición de cada órgano, en puridad, supone disociar todo el proceso representativo y negociador, porque si ya existió una fuente institucional en que se vertió todo ese proceso a través de la constitución de los comités de Centro, y en cuya composición, mediante un reglado cauce electoral -vía arts. 69 y siguientes- se garantizó la prístina vía representativa de los trabajadores a favor de los por ellos elegidos miembros de los Comités -art. 63.1 repetido- es evidente que si, posteriormente, para un acto concreto en el que se debe potenciar todo el cúmulo de esperanzas o defensa de intereses laborales/sindicales como es iniciar el «iter» de la negociación colectiva -no se olvide uno de los mecanismos de mayor enjundia de aquella defensa- merced a la composición de la Comisión Negociadora, no se respeta/mantiene aquel proceso o previven sus cualidades de garantía representativa ejercitándose, en cambio, un discrecional/atípico sistema de nueva votación con fruto electoral bien distinto (que, en alguna hipótesis, podría hasta deparar una exclusión total de una representación sindical pese a su presencia indiscutible en el/los respectivo/s Comité/s) a aquellos originarios o auténticos, puede decirse que entonces se habrán conculcado todas las esencias de aquella disciplina, pues en el proceso negociador que se inicie no se han reproducido, a buen seguro, las mismas voliciones o deseos de los representados”.

³⁵ Extensamente, RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *La comisión negociadora del convenio colectivo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 135.

³⁶ SSTs 7.3.2002 (R° 1220/2001), 19.11.2010 (R° 63/2010).

3. LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LOS ÓRGANOS REPRESENTATIVOS SINDICALES

Una de las cuestiones más complejas en relación con la dinámica de funcionamiento de las secciones sindicales es la autonomía con la que podrán asumir la representación legalmente atribuida, pues si las mismas son instancias organizativas internas del sindicato, conformadas por y entre los afiliados al mismo, parece que habrán de atender lo dispuesto por el sindicato de pertenencia. Sin embargo, conviene recordar que estas instancias tienen, al tiempo, legalmente atribuidas determinadas facultades y competencias de manera directa (v. gr. negociación colectiva) y esta expresa atribución exige plantearnos si las mismas podrán asumir esta función de la forma que estimen más conveniente, procurando, eso sí, la mejor defensa de los trabajadores representados, especialmente de los afiliados a la opción sindical correspondiente. La respuesta a esta cuestión ha de partir de la doble faz que presentan las secciones sindicales pues si las mismas son, conforme a lo dispuesto en el art. 8 LOLS, instancias descentralizadas del sindicato habrán de adecuar su actuación a las instrucciones emanadas por los órganos confederales, pudiendo ser incluso reprobadas si se apartan de esta actuación, observando para ello lo preceptuado en el régimen sancionador del sindicato. Es más, no tendría especial sentido que una sección pudiera adoptar acuerdos claramente contrarios a las decisiones del sindicato, pues supondría primar a la sección sobre el propio sindicato lo que se traduciría en anteponer los intereses de un grupo de trabajadores afiliados sobre los de la organización a la que pertenece. Pero, al tiempo, ha sido una decisión legal, justificada en lograr una mayor democracia sindical, la que ha optado por atribuir a la sección y no al sindicato determinadas funciones, de modo que la obtención de la mayoría exigida en el ET será título bastante para que la decisión adoptada surta plenos efectos jurídicos³⁷, y ello con independencia de que el sindicato esté disconforme con la decisión, siendo, en tales casos, un problema sindical sin consecuencias *ad extra*, es decir, sin ningún efecto en la validez de la decisión adoptada. Los sindicatos tratan de minimizar este riesgo mediante el establecimiento de criterios de actuación, aplicando lo dispuesto en el mandato congresual en vigor. Para ello, algunas Federaciones Sindicales³⁸ tratan de asegurar este orden intersindical a través de fórmulas tan pautadas como la que encontramos en los Estatutos de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO que señala que: “una vez cerrada la negociación, el órgano legitimado debe presentar el resultado de ella a refrendo de los afiliados ya sea directamente o por delegación, y proceder después según sea éste a su aprobación definitiva o a la búsqueda de un nuevo acuerdo. Así si el contenido del posible acuerdo afecta únicamente a una sección sindical, que no sea intercentros, será la asamblea de la sección sindical el órgano que debe debatir y decidir la aprobación o el rechazo de lo acordado”.

³⁷O, dicho de otro modo, la acreditación de la mayoría prevista legalmente, a saber, “la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados” exigida en el art. 41.4 ET para los períodos de consultas cualificadas previstos en los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET, el “voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones” previsto en el art. 89.3 ET o, in fine, la exigencia de determinada mayoría cualificada para el inicio de acciones judiciales es el único requisito para que la decisión adoptada por la sección o secciones legitimadas surta plenos efectos legales.

³⁸ Así, por ejemplo, el Reglamento funcionamiento de las secciones constituidas en empresas incluidas en el ámbito de la Federación MCA-UGT señala que “cuando el ámbito de la negociación sobrepasa al de la sección sindical o esta sea intercentros se debe mantener la participación directa de la afiliación, estableciendo para determinadas decisiones con proyección general un “quórum” reforzado (v. gr. “los acuerdos tomados en las reuniones de secretarios generales -que es el nombre que reciben los sujetos que asumen la coordinación de la actuación de los delegados sindicales- serán de obligado cumplimiento para las secciones sindicales afectadas siempre que sean adoptados por el 75% de las mismas y que representen a más del 75% de los afiliados”). Puede consultarse el mismo (p. 33) en:

<http://mcaugt.org/documentos/0/doc7363.pdf>

Ahora bien, conviene insistir en que la inobservancia de estos requisitos no afectará a la validez del acuerdo, siendo suficiente la obtención de la mayoría exigida en el art. 41.4 o, en su caso, en el art. 89.3 ET. Cuestión distinta es que la naturaleza de estas instancias imposibilite que el voto de sus componentes se fragmente, es decir, el mandato representativo de los representantes estatutarios hace que su actuación se caracterice por la plena autonomía en lo que hace a la adopción de decisiones; autonomía que se materializa en un voto personal, no delegable y que no necesariamente tiene que seguir las instrucciones del sindicato por el cual se presentó al proceso electoral. En cambio, si la interlocución es asumida por la sección no será posible esta personalización del voto sino que el mismo deberá efectuarse en bloque, es decir, los componentes no podrán emitir un voto divergente³⁹.

La legitimación de cada sección, y, con ello, su presencia en la comisión negociadora, “depende de su representatividad concreta entre los representantes unitarios y así el voto, sea cual fuere el número de miembros de la comisión, debe producirse en bloque ya que no se puede trocear entre los representantes designados por la sección sindical la representatividad de la misma, por cuanto cada sección tendrá derecho a un voto ponderado a su representatividad entre los representantes unitarios, que es claramente global. No cabe, por tanto, que los delegados designados por la sección sindical voten de modo diferenciado porque no se les adjudica una parte de la representatividad de la sección de la que puedan disponer unilateralmente”⁴⁰. La singular naturaleza del mandato de los integrantes de la sección, sometidos a las instrucciones del sindicato, justifica esta conclusión aunque conviene tener en cuenta que voces muy autorizadas de la doctrina laboralista española⁴¹ recuerdan que la exigencia de unanimidad dentro del sindicato, aún siendo lo deseable, no es un requisito observado en la Ley y puede, en cierta medida, resultar contrario al derecho a la libertad sindical, especialmente en aquellos casos en que los estatutos de la organización reconozcan los derechos de la minorías sindicales.

Esta interpretación, a pesar de contar con fundadas argumentaciones, no se colige de la Ley. Ahora bien, esta solución no deja de mostrar una cierta disfunción, habida cuenta que si quienes asumen la negociación son representantes unitarios –aun presentados en listas sindicalizadas– no cabrá exigir esta unidad de voto pues, como se ha visto, no parece existir óbice alguno –al menos, en el terreno estrictamente legal, cuestión distinta será en la esfera endosindical– para que el sentido del voto de los representantes unitarios pueda ser divergente, conforme al mandato representativo que define esta representación (art. 67 ET).

En cuanto a la actuación del delegado sindical, es obvio que nos encontramos ante un órgano unipersonal, incluso en los supuestos en que exista una pluralidad de ellos, y así “cuando exista más de un delegado (obviamente, más de uno por cada una de las opciones sindicales con presencia en el comité)”⁴², su actuación se producirá en los mismos términos que los delegados de personal, es decir, cada uno de ellos podrá actuar como órgano por sí mismo sin necesidad de la aquiescencia del resto de delegados, salvo, claro está, que otra cosa establezcan los Estatutos Sindicales o, en su caso, los reglamentos de la sección, en cuyo caso, a ellos habrá que estar.

³⁹ RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *La comisión negociadora del convenio colectivo*, cit., p. 160; SOLANS LATRE, M. A., *Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria*, cit., p. 295. El primer autor propone asignar la representatividad alícuotamente a cada miembro, aun destacando el «absurdo añadido de pretender que el sindicato (...) defienda a todos sus afiliados, mientras cada uno de sus representantes en la comisión negociadora se ocupa únicamente de una porción»

⁴⁰ SAN 16.11.2012 (Proc. 197/2012), cuyo recurso fue resuelto por la STS 14.3.2014 (R^o 144/2013).

⁴¹ FALGUERA BARÓ, M. A., “El acuerdo en el período de consultas”, en AAVV. (ed.), *Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Madrid, 2014, p. 171. SOLANS LATRE, M. A., *Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria*, cit., p. 298.

⁴² CRUZ VILLALÓN, J., “El reconocimiento de la representación y la acción sindicales en la empresa”, en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (ed.) *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 250.

Expuestas las principales notas que disciplinan la adopción de acuerdos y la formación de la voluntad en los órganos representativos constituidos a nivel de empresa, procederemos a analizar cuáles son sus principales proyecciones y los problemas que plantea su acreditación tanto para la aprobación de convenios colectivos en sentido estricto como para la adopción de acuerdos de reorganización productiva empresarial.

4. LA APROBACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS

Ya hemos referido que aunque en el curso de las deliberaciones pueden alcanzarse acuerdos provisionales, el art. 89.3 ET exige el «voto favorable de la mayoría de cada una de las representaciones», siendo este requisito el que dotará de eficacia normativa al convenio⁴³. Tras un importante debate doctrinal y jurisprudencial en relación con la forma del cómputo de la mayoría, la doctrina mayoritaria entiende que la misma debe realizarse atendiendo a la representatividad de fondo que ostenta cada uno de los miembros que forman parte de la comisión negociadora en detrimento de otras fórmulas de cálculo como el voto personal⁴⁴, entendiendo que el cálculo debe hacerse ponderando los porcentajes de representatividad de cada banco y no sobre los miembros de esa representación en la comisión, es decir, priman la composición «electiva» de la comisión negociadora (que tiene en cuenta la representatividad de cada candidatura a los órganos unitarios) frente a la composición «efectiva» (que tendría en cuenta la composición real del órgano u órganos unitarios).

Esta interpretación es contestada por algunas sentencias⁴⁵ que, apartándose de la tesis mayoritaria, sostienen que la mayoría exigida por el art. 89.3 ET debe determinarse por el número de componentes de cada una de las representaciones en la comisión negociadora, utilizando un sistema de voto personal, dado que «lo que se contempla y valora es la decisión personal de cada uno de los componentes de cada una de las representaciones, sin atender a la intensidad de representación que les ha llevado respectivamente a formar parte de la comisión negociadora» (FD 5.º). Esta tesis también ha sido acogida por la más autorizada doctrina⁴⁶, entendiendo que «la jurisprudencia, aún minoritaria, del cómputo personal es acertada porque si se cumple el art. 88.1 ET, la comisión negociadora está debidamente constituida y el banco social tiene legitimidad democrática, asumiendo el art. 89.3 ET la única función de establecer una regla de toma de decisiones por mayoría de los componentes de cada representación (...), siendo absurdo recurrir a un nuevo cómputo de representatividad en la toma de decisiones cuando los sindicatos del banco social ostentan, al menos, la mayoría de representantes unitarios en el sector y cada uno de ellos tiene un número de puestos proporcional a su audiencia electoral».

Una vez que se acredita el cumplimiento del art. 88.1 ET, «la toma de decisiones sólo puede atender al número de componentes de cada banco en la mesa de negociación. La mayoría de miembros del banco social es, en definitiva, el umbral que permite firmar el convenio colectivo del lado de los trabajadores. O enunciada la idea con ejemplos, en un banco de 15 miembros donde no se discute su composición proporcional, el voto favorable de 8 componentes es suficiente para firmar un convenio colectivo, igual que en un banco de 13 miembros el voto de

⁴³ STS 4.10.2001 (Rº. 4477/2000).

⁴⁴ SSTS 22.12.2008 (Rº. 89/2006); 17.1.2006 (Rº. 11/2005). Un excelente recorrido por esta jurisprudencia en ALBIOL MONTESINOS, I. (ED.), *Convenios colectivos y acuerdos de empresa*, CISS, Valencia, 2007, pp. 241-245.

⁴⁵ STS 4.10.2001 (Rº 4477/2000).

⁴⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., «La reforma de las garantías subjetivas de la negociación colectiva: legitimación negociadora y comisiones negociadoras», en García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J. R. (eds.) *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 156; LAHERA FORTÉZEA, J., «El nuevo procedimiento negociador tras las reformas de 2011 y 2012», en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Valdés Dal-Ré, F. (eds.) *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2012, p. 201. GARCÍA JIMÉNEZ, M., *Los acuerdos colectivos de empresa: naturaleza y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2006, p. 250. SOLANS LATRE, M. A., *Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria*, cit., p. 291.

7 habilita para la firma. La misma argumentación cabe realizar del lado del banco empresarial donde también se ha realizado un reparto proporcional en función de la representatividad de cada sujeto negociador en la mesa”, siendo redundante exigir nuevamente las reglas establecidas para la constitución de la comisión negociadora.

La segunda cuestión litigiosa, esta sí ya resuelta pacíficamente por la jurisprudencia, es si el cómputo de la mayoría debía efectuarse entre todos los sujetos que tengan legitimación inicial para negociar o solo entre los que formen la comisión negociadora. Pues bien, el TS ya ha señalado que esta debe ser la anterior a la firma del convenio, dado que dicha rúbrica es la culminación de una fase anterior en la que a partir de los sujetos concurrentes a la negociación con legitimación inicial se ha constituido la comisión negociadora, y dentro de ella no solo se ha apreciado el número necesario para la determinación de la legitimación plena sino que se ha concertado la legitimación de las distintas partes implicadas, de acuerdo con su derecho a participar en la negociación⁴⁷.

El artículo 89.3 ET es, por tanto, una norma imperativa, impidiendo dicha naturaleza que sus integrantes puedan pactar que los acuerdos en su seno se tomen por unanimidad, siendo nulo un pacto en tal sentido. Sobre esta base ha de precisarse que es necesario distinguir entre la adopción del convenio, conforme a las reglas contenidas en el art. 89.3 ET, y su posterior refrendo por la asamblea de los trabajadores pues son dos fases y cuestiones bien distintas: la adopción del acuerdo y los cualificados efectos atribuidos a tal acto requiere la mayoría de cada una de las representaciones (empresarial y social) sin que pueda subsanarse esta carencia porque el texto reciba posteriormente la "aceptación por parte de los trabajadores en la asamblea"⁴⁸.

5. LA ADOCIÓN DE ACUERDOS DE REORGANIZACIÓN PRODUCTIVA EMPRESARIAL

Conforme a lo dispuesto en el art. 41.4 ET, los mismos requerirán la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros afectados por la vicisitud. Con esta decisión, el legislador añade el criterio de la correspondencia funcional entre la mayoría alcanzada y la representación de los trabajadores del centro o centros en los que se proyecte aplicar la medida propuesta⁴⁹ lo que supone admitir un acumulativo criterio que implica reforzar la exigencia de las reglas de la mayoría (la de la comisión y la de los trabajadores) en los términos que seguidamente analizaremos.

5.1. El endurecimiento de los requisitos: una doble exigencia

El plus reforzado supone que el porcentaje legal exigido no sólo se ha de acreditar en lo que hace a los representantes sino también en relación al número de trabajadores representados⁵⁰. El hecho de que los sujetos que presten su conformidad al acuerdo representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros afectados por la vicisitud⁵¹ se justifica por el carácter vinculante que la Ley va a dar al resultado de la negociación, evitando así que los referidos acuerdos puedan ser aprobados por una minoría de representantes en contra de cualquier principio rector con vocación de generalidad aunque la referida exigencia se aparta de la fórmula ya analizada prevista en el art. 89.3 ET donde se establece que los acuerdos de la comisión negociadora requerirán el voto favorable de “la mayoría de cada una de las dos representaciones”.

⁴⁷ SSTS 22.12.2008 (R° 89/2006) y 3.6.2008 (R° 3490/2006).

⁴⁸ STS 15.9.2015 (R°. 308/2014)

⁴⁹ MOLERO MARAÑÓN, M. L., “La incidencia de la reforma 2013 en las reglas del período de consultas”, *Relaciones Laborales*, vol. 12, 2013.

⁵⁰ “Obsérvese, por tanto, como de alguna manera el nuevo marco normativo viene a imponer en los procesos de reestructuración una legitimación para suscribir acuerdos más penosa que la observada en el Título III de la Ley Estatuto de los Trabajadores”, FALGUERA BARÓ, M. A., “El acuerdo en el período de consultas”, cit., p. 165.

⁵¹ MOLERO MARAÑÓN, M. L., “La incidencia de la reforma 2013 en las reglas del período de consultas”, cit., p. 103.

El tenor literal del art. 41.4 ET exige a los signatarios del acuerdo representar, además, a la mayoría de los trabajadores afectados por la medida. Esta solución supone un alejamiento evidente de la regla asentada en nuestro Derecho Sindical, pues no tiene exclusivamente en cuenta la representatividad de fondo (como exige, por ejemplo, la adopción de acuerdos en el seno del comité intercentros) sino que la mayoría debe fijarse atendiendo al número concreto de trabajadores afectados por la vicisitud, imponiendo así una “legitimación más penosa para suscribir acuerdos que la observada en el Título III ET”⁵².

La observancia de esta regla no plantea grandes problemas en empresas unicelulares, no siendo tan sencilla su acreditación en empresas pluricelulares donde puede que, en función de la afectación de la medida, sea más fácil la aquiescencia entre centros que entre sindicatos, debiéndonos plantear si, en tales casos, es decir, si los representantes unitarios de un mismo sindicato no votan en el mismo sentido se tendría que distribuir la representatividad en partes alícuotas para todos ellos, con el absurdo añadido de que si la negociación fuera asumida por secciones sindicales de empresa, el voto sería en bloque. Trataremos de explicar este supuesto con un ejemplo:

Centro	A	B	C	D
Número de trabajadores	60	30	29	30
Número de representantes	5	1	1	1
Proporción sobre total trabajadores	62,5	12,5	12,5	12,5
Proporción sobre total representantes	40,2	20,1	19,5	20,1

Pues bien, la inclusión de todos los miembros comporta ya un primer problema aplicativo: el número del banco social es par lo que dificulta la solución en el caso de la comisión de representantes se parta en la decisión final por la mitad. A ello cabe añadir que es perfectamente posible que aparezcan tensiones entre los distintos centros (que se “castigue” más a uno que a otro con la medida de reestructuración). Teniendo presente este primer riesgo, en el ejemplo ofrecido por el magistrado FALGUERA BARÓ aparece otra evidente dificultad práctica: el centro de trabajo “A” tiene mayoría de miembros en la comisión de representantes (el 62,5 por ciento), pero no la tiene respecto al número de trabajadores totales (el 40,2 por ciento), de modo que no se podrá alcanzar un acuerdo con la doble mayoría legalmente exigida. La única solución sería acudir a la técnica del voto ponderado, esto es, que el voto de los representantes de los centros de trabajo “B”, “C” y “D” tuviese más peso. Esta alternativa supone, aun sin explicitarlo, admitir la figura del voto ponderado para la adopción de acuerdos en el seno de procesos de reorganización productiva empresarial. Y aunque ciertamente en nuestra legislación no existe una solución unívoca para decidir de forma indiscutida el peso que debe corresponder a cada sindicato, cuestión que, por tanto, se deja en manos del intérprete, de la interpretación doctrinal y jurisprudencial mayoritarias⁵³ puede inferirse el criterio de que, en los convenios colectivos de ámbito empresarial, pero también en los acuerdos como los aquí analizados, con independencia de que negocien representaciones unitarias o secciones, el porcentaje de representantes electos

⁵² FALGUERA BARÓ, *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, Bomarzo, Albacete, 2015, p. 123.

⁵³ Sirva, a estos efectos, la interesante STS 23.1.2012 (R° 220/2010) que señala que “es igualmente aplicable a convenio de empresa suscrito por Comisión delegada del Comité de Empresa, si los miembros de éste lo son «en función de su pertenencia a una plataforma sindical», pues la legitimación real para negociar la tienen en función de su representatividad, y por lo tanto para entender que un convenio ha sido aprobado en interés y representación de la mayoría de los trabajadores hace falta que los integrantes de la comisión representen esa mayoría, pues lo contrario llevaría a aceptar convenios aprobados por representantes de minorías”.

con los que cada sindicato cuente en la empresa no sólo ha de reflejarse en la composición de la comisión negociadora sino en la aprobación del mismo.

La jurisprudencia ya ha señalado que “existe una distinción en el artículo 41.4 del ET, pues cuando se refiere a comités y delegados de personal alude a número de miembros, pero cuando la referencia es a representaciones sindicales se pide que representen a la mayoría de aquellos, es decir de los representantes que fueron elegidos”⁵⁴. Empero este principio jurisprudencial no resuelve la casuística que plantea la acreditación de la mayoría de trabajadores sin que todavía la doctrina judicial haya sido capaz de establecer una sistemática clara para resolver tal cuestión.

La mayor dificultad se plantea en empresas pluricelulares que cuenten con centros con y sin representantes en los que se hayan conformado comisiones híbridas, en cuyo caso, cabe plantearse cómo se calculará la mayoría de trabajadores si quien negocia es una comisión ad hoc, y, en segundo lugar, cómo se calculará si existe una postura divergente entre los representantes unitarios de un centro. De la dicción legal parece claro que en lo que hace a los mandados ad hoc habrá que primar el voto por “cabezas” sobre el voto basado en porcentajes representativos, debiendo calificar esta solución como razonable, máxime si recordamos que en estos casos el acuerdo se adopta por sujetos que actúan ante la ausente representación legal y en defensa de los intereses de la totalidad de trabajadores del centro, siendo esta naturaleza la que nos fuerza a sostener que en el caso de la integración de estos mandados *ad hoc* en una comisión híbrida su voto ha de ser único, bien en sentido favorable a la adopción de la medida, bien con una postura en contra, es decir, sea cual sea el sentido del voto, representará a todos los trabajadores del centro por el cual han sido mandados. Habida cuenta que esta solución no es la única posible sino que la Ley expresamente admite que si los trabajadores optan por no designar representantes “ad hoc”, su representación se atribuya “a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen” –art. 41.4 b) -2º párrafo- ET- habrá que plantearse cómo se calcula el número de trabajadores representados si existe un voto discrepante entre los representantes unitarios a los que se ha atribuido esta representación.

La respuesta a esta cuestión, de enorme transcendencia práctica, es compleja pues la Ley no establece ningún criterio a este respecto si bien no es infrecuente que en la negociación puedan surgir no solamente las lógicas tensiones entre sindicatos sino también entre los distintos centros sin que sea posible sostener una respuesta unívoca, máxime cuando el voto de cada uno de los representantes unitarios es personal, atendiendo, eso sí, a la representatividad de fondo en lo que hace a los miembros del comité⁵⁵. Para minimizar este riesgo, entendemos que la comisión debiera determinar de antemano cuál es el porcentaje atribuido a cada representante, especialmente en lo que hace a los independientes.

Y aunque esta interpretación ha sido utilizada para la aprobación de convenios colectivos⁵⁶, proponemos aquí su extensión a los efectos de la acreditación de la mayoría de trabajadores representados, conforme a lo dispuesto en el art. 41.4 ET. Una reciente STS⁵⁷ aborda esta cuestión al enjuiciar la constitución de una comisión negociadora única, acordando sus integrantes que para determinar la representatividad de la mesa se utilizaría la suma de las plantillas de ambos centros, dividiéndolos entre el número total de delegados a elegir (13) y posteriormente procediendo a la adopción del acuerdo por el voto de la mayoría de los integrantes de la parte social (concretamente, votan a favor ocho de los trece integrantes de la comisión negociadora,

⁵⁴ STS 14.5.2014 (Rº 144/2013).

⁵⁵ Una enmienda parlamentaria en la tramitación de la Ley que finalmente no fue acogida instaba al refrendo asambleario para mitigar este riesgo. Puede consultarse la misma en la nota 59, CASTRO ARGÜELLES, M. A., *Inaplicación o «descuelgue» del convenio colectivo*, Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 156.

⁵⁶ RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *La comisión negociadora del convenio colectivo*, cit., p. 86.

⁵⁷ STS 16.9.2015 (Rº 139/2014).

y en contra cinco de ellos). Un sindicato no firmante del acuerdo impugna el acuerdo en base a una hipotética infracción del art. 41.4 ET; pretensión que no es atendida por el Alto Tribunal, admitiendo la legalidad de la composición de la comisión en base a que “los miembros de ambos comités acordaron distribuir los 13 puestos máximos de la comisión representativa de los trabajadores en atención a la respectiva plantilla de los centros de trabajo (sumando el total de trabajadores de ambos centros y dividiéndolo entre los 13 puestos a cubrir), al entender que esta fórmula “representaba nada menos que el 92,59% de los representantes unitarios de la empresa y sumaba 2259 votos de un total de 2783 votantes, es decir, el 81,17% de los votos, y consecuentemente a la mayoría de los trabajadores de la empresa como exige el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores”.

Sin embargo, no podrá atribuírsele tal condición al acuerdo adoptado en una asamblea a la que acudieron 15 trabajadores de los 21 de la plantilla y que “aprueba por 8 votos a favor, 3 en contra y 4 abstenciones la reducción salarial aplicada por la empresa en julio de 2012 ratificando los acuerdos alcanzados por la mayoría de los trabajadores”, habida cuenta que la adopción de un acuerdo colectivo como el que contempla el art. 41.4 ET no puede equipararse a un “acuerdo asambleario carente de refrendo legal, pues el artículo 41.4, penúltimo párrafo, admite la posibilidad de la sustitución del periodo de consultas pero no en la forma expuesta sino exclusivamente por un procedimiento de mediación o arbitraje. El Estatuto de los Trabajadores no contempla que en el ámbito dispositivo de los trabajadores afectados por la modificación se encuentre aquella posibilidad y por consiguiente el periodo de negociación debe llevarse a cabo y concluirse con los representantes de los trabajadores y no con estos últimos”⁵⁸.

5.2. La determinación del censo de trabajadores computados en el acuerdo

A la evidente complejidad que plantea el cómputo referido, cabe sumar otro aspecto no menos problemático, cual es la determinación concreta del censo de trabajadores que serán tomados en cuenta para la acreditación de la mayoría pues en tanto que la ley no reclama solamente que la suscripción del acuerdo por la mayoría del banco social sino que este represente a la mayoría de trabajadores afectados por la vicisitud, habrá que plantearse la fórmula de medición a estos efectos, compartiendo que lo más coherente sería que se tome en cuenta “la plantilla real en el momento en el que la empresa comunica su intención de adoptar una medida de reestructuración”⁵⁹, descartando utilizar el dato que sirvió a los efectos electorales en base a la distinta finalidad en la que una y otra medición traen causa.

No cabe más que concluir este trabajo insistiendo en la necesidad de una reforma normativa que clarifique todos los aspectos que analizados en el presente artículo y con una indudable proyección práctica son silenciados en el vigente art. 41.4 ET, especialmente en lo que hace a la fijación del cómputo de los trabajadores afectados por la vicisitud.

Hasta dicho momento, solo cabe confiar en que los negociadores pacten de antemano cuál es la representatividad (de fondo) que les hace merecedores de ocupar un puesto en la comisión negociadora, considerando especialmente útil que prefijen el número de trabajadores son representados por cada uno de ellos.

⁵⁸ STSJ Aragón 10.6.2014 (Rº. 298/2014); SAN 20.12.2013 (Proc. 232/2013).

⁵⁹ FALGUERA BARÓ, M. A., “El acuerdo en el período de consultas”, cit., p. 173.