

## DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Universidad de Almería

### COMISIONES *AD HOC* Y ASAMBLEA DE TRABAJADORES EN SUPUESTOS DE AUSENCIA DE REPRESENTACIÓN

*Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2019 (Rec. núm. 966/2017)*

*ECLI: ES:TS:2019:3652*

CRISTINA ROLDÁN MALENO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** una empresa cuenta con dieciséis trabajadores repar- tidos en once centros de trabajo, a razón de un trabajador por cada centro de trabajo excepto en uno de ellos. Todo ellos tienen en común la ausencia de representantes de los trabajadores. La empresa, alegando causas productivas, tiene la intención de iniciar el correspondiente periodo de consultas con vistas a llevar a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Ante el inminente inicio del procedimiento y de cara a la constitución de la comisión *ad hoc* que hará de interlocutora, la parte empresarial envía a los trabajadores implicados una misiva en la que indica que, dada la falta de representación unitaria, en cada centro de trabajo los trabajadores podrán optar por crear una comisión *ad hoc* por y entre los trabajadores de un máximo de tres miembros o, si lo desean y atendiendo al tamaño de la plantilla, formar todos parte de la comisión representativa. Añade, por último, que también pueden atribuir su representación a un solo trabajador. La totalidad de la plantilla afectada acabará negociando con el empresario, si bien se producen algunos movimientos previos que parecen indicar falta de consenso. Pese a ello, constituida la comisión en los términos descritos, en la tercera reunión se alcanza un acuerdo, por siete votos a favor y tres en contra, mediante el que se acepta reducir una hora diaria la jornada de trabajo. Posteriormente, uno de los trabajadores que se opuso al acuerdo, decide interponer demanda frente a la empresa y a los siete que votaron favorablemente, en proceso seguido en materia de impugnación individual de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo y vulneración de derechos fundamentales.

**RESUMEN:** el Tribunal Supremo conoce de un recurso de casación para la unificación de doctrina contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 20 de diciembre de 2016 (rec. 2417/2016). Superado el juicio de contradicción, el debate jurídico girará únicamente en torno a si el periodo de consultas y, en concreto, la designación de los sujetos legitimados para la negociación de la modificación sustancial se ha llevado a cabo conforme a lo establecido legalmente. No se debate sobre la causa ni la idoneidad de la medida aplicada, pues el actor no las discute. El Tribunal validará la sentencia de la que trae causa, admitiendo a la asamblea como interlocutora del periodo de consultas, matizando que dicha postura se fundamenta en, por un lado, la ausencia de representantes formales y, por otro, la reducida dimensión del tamaño de la plantilla. El acuerdo, por lo tanto, será válido, reiterando que su naturaleza es colectiva y no plural, conforme a la doctrina que se viene aplicando en los últimos años.

\* Contratada predoctoral FPU, Derecho del Trabajo y la SS.

## ÍNDICE

1. LOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN DIRECTA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. SENTENCIAS SIGNIFICATIVAS
2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE OCTUBRE DE 2019 (RECURSO NÚM. 966/2017)
3. OPCIÓN DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO EN FAVOR DE LAS COMISIONES *AD HOC*. DUDAS DE CONSTITUCIONALIDAD. LA OPCIÓN DEL DERECHO FRANCÉS COMO CONTRAPUNTO
4. CONCLUSIONES

### 1. LOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN DIRECTA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. SENTENCIAS SIGNIFICATIVAS

Es un lugar común afirmar que nuestro legislador no ha manifestado particular interés por los instrumentos de participación directa. Si nos ceñimos a nuestro derecho positivo, el Estatuto de los Trabajadores tan sólo alude a la asamblea, guardando silencio, por el contrario, respecto del referéndum<sup>1</sup>. En cuanto a las contribuciones doctrinales, coinciden en señalar las deficiencias de dicho régimen jurídico e, incluso, se ha llegado a afirmar que su característica más destacable reside en las cortapisas que prevé para su ejercicio<sup>2</sup>. Ciertamente, tras una lectura de los arts. 77 al 80 ET, pueden extraerse algunas conclusiones, llamando especialmente la atención que el sindicato no tenga, por sí mismo, capacidad de convocatoria<sup>3</sup>. A este régimen jurídico -cuyo fundamento constitucional se encuentra en el art. 21 CE- se le ha criticado tanto por exceso -formalidades, requisitos- como por defecto -clarificación de materias, naturaleza de los acuerdos, regulación del referéndum-. Por su parte, la jurisprudencia, en consonancia con el diseño legal -y en ocasiones podría considerarse que más allá-, ha establecido una tendencia marcadamente restrictiva respecto de estos instrumentos.

<sup>1</sup> Al que sin embargo confunde en el art. 80 ET. Cfr. Gallardo Moya, R., «Asamblea y referéndum, posibles válvulas de seguridad del sistema de representatividad», *C.R.L.*, N. 1, Madrid, 1992, pág. 59.

<sup>2</sup> Cfr. Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes de derecho del trabajo*, Madrid, CES, 1998, pág. 252.

<sup>3</sup> La capacidad de convocatoria (art. 77.1 ET), como es sabido, la ostentan los representantes unitarios o los propios trabajadores directamente, siempre que sean capaces de representar al menos al 33% de la plantilla. Es cierto que las reuniones del sindicato con sus afiliados cuentan con el art. 8.1b LOLS, pero también lo es que se obstaculiza legalmente la convocatoria sindical para tratar cuestiones generales que trasciendan ese ámbito interno, y ello independientemente de las cuestiones a tratar.

Un ejemplo paradigmático de la facilidad con la que el derecho de asamblea cede ante otros derechos es la Sentencia del Tribunal Constitucional 88/03, de 19 de mayo, en la cual se declara constitucional la condena penal a unos trabajadores sobre los que pesaba acusación de allanamiento de morada. Para ello, se sitúa el derecho a la propiedad y a la libertad de empresa por encima de otros derechos, aun cuando éstos últimos estén incardinados entre los fundamentales.

Igualmente ilustrativa es la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1995 (rec. núm. 1996/1994), y nos dirige a donde pretende enfocarse este trabajo: las injerencias empresariales en la conformación de la voluntad de los trabajadores. En esta ocasión, el Supremo consideró que no podía calificarse como conducta antisindical el hecho de que la parte empresarial pagase las dietas por asistencia a diversas reuniones asamblearias a los representantes de las organizaciones sindicales favorables al preacuerdo que debía ser, posteriormente, refrendado por la plantilla. En esta misma línea permisiva puede verse el pronunciamiento del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1998 (rec. núm. 1580/1998). Ante el bloqueo del banco social durante una negociación, los sujetos legitimados deciden convocar un referéndum y que sea la plantilla quien tome la decisión. Pese a que la empresa se encarga, a través de sus mandos intermedios, de transmitir a los trabajadores las ventajas del acuerdo y las desventajas de no alcanzarlo, el Tribunal no ve en ello injerencias empresariales, sino mera libertad de expresión. No le hará cambiar de opinión, tampoco, el hecho de que durante el día de la votación altos cargos de la empresa acudiesen al lugar y permaneciesen próximos a las cabinas de votaciones, siendo necesarias dos advertencias para que accediesen a marcharse, manteniendo por lo tanto que el empresario no se ha inmiscuido en la decisión que corresponde únicamente a los trabajadores.

Otro pronunciamiento significativo en la materia lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007 (recud. 3179/2005)<sup>4</sup>. A lo largo de su argumentación, la Sala se pronuncia *obiter dicta* sobre extremos que no le eran requeridos -pero que dejan entrever la desconfianza hacia la participación directa-, eludiendo la verdadera cuestión controvertida: las injerencias empresariales. Para ello, se opta por restarle toda importancia, como si en realidad se estuviese ante una problemática que, en cualquier caso, carece de gravedad. De entre las cuestiones que repasa *obiter dicta*, es particularmente interesante -y con cierta relación con la sentencia objeto de este comentario- la duda manifestada sobre si la asamblea podría concluir acuerdos vinculantes en forma de convenios colectivos extraestatutarios<sup>5</sup>. Tal duda venía a contribuir a un amplio debate entre

<sup>4</sup> Vid. Escribano Gutiérrez, J., «Eficacia de los acuerdos adoptados en asamblea de trabajadores y negociación colectiva», *T.L.*, N. 103, 2010, págs. 197-207.

<sup>5</sup> El TS razona que los acuerdos asamblearios extralegales carecen de fuerza vinculante, y que, por lo tanto, no han de seguir las exigencias del art. 80 ET, reservadas para los supuestos

la jurisprudencia que no era pacífico y que no quedaba, por lo tanto, cerrado<sup>6</sup>. Unos meses más tarde, la cuestión era retomada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008 (rcud. 4103/2006), en la cual la Sala debía, esta vez sí, pronunciarse sobre si un acuerdo alcanzado entre el empresario y la totalidad de la plantilla tenía naturaleza de convenio colectivo. La respuesta fue negativa, por la ausencia de legitimidad del sujeto. En coherencia con ello, le atribuye naturaleza plural y no colectiva, puesto que esta última sólo puede tener su origen en la representación sindical o legal de los trabajadores en cuyo ámbito opere el convenio. Es conocido que ese hilo argumental se ha utilizado en materia de autonomía individual en masa<sup>7</sup>, y, hasta la reforma de 2010, en materia de representaciones *ad hoc*<sup>8</sup>. Respecto de estas comisiones, hay autores que sostienen que el camino seguido por los reformadores de 2010, 2011 y 2012, no es sino un intento de conseguir los objetivos de la autonomía individual en masa a través de un instrumento dotado de apariencia colectiva<sup>9</sup>.

## 2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE OCTUBRE DE 2019 (RECURSO NÚM. 966/2017)

La sentencia objeto de este comentario asume una doctrina que difiere de la apenas referida. Como se acaba de exponer, el Supremo tomó posición en el largo debate jurisprudencial sobre la fuerza vinculante de los acuerdos adoptados por la asamblea que se salen de los supuestos previstos por el legislador para este instrumento de participación directa. Y lo hizo estableciendo que su naturaleza es plural y no colectiva, dada la ausencia de legitimidad del sujeto negociador. Si se hubiese aplicado esta doctrina, se habría podido colegir que la naturaleza de los

previstos legalmente y, «en último extremo, aunque es más dudoso, para acordar, con igual carácter, medidas de conflicto colectivo o la conclusión de convenios colectivos extraestatutarios». Puede verse en el Fundamento Jurídico Quinto.

<sup>6</sup> Vid. Benavente Torres, M.<sup>a</sup> I., ««Representación extraestatutaria, participación directa y posible inconstitucionalidad de la comisión *ad hoc* no sindicalizada», R.T.S.S., N. 385, 2015, págs. 72-76. La autora analiza las diferentes líneas jurisprudenciales al respecto.

<sup>7</sup> Vid. García-Perrote Escartín, I., «Autonomía individual «en masa» y antisindicalidad (1)», R.L., 1989-2, pág. 256. Más recientemente, véase Fernández Márquez, O., «Pactos individuales en masa y regulación de las condiciones de trabajo: sentencia TC 238/2005, de 26 de septiembre», en GARCÍA MURCIA, J. (dir.), *Libertad sindical y otros Derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios*, Navarra, Cizur Menor, 2014, págs. 525-558.

<sup>8</sup> Vid. Benavente Torres, M.<sup>a</sup> I., «Representación extraestatutaria, participación directa... *cit.*, págs. 72-76.

<sup>9</sup> Escribano Gutiérrez, J., «Las fuentes reguladoras del tiempo de trabajo», ponencia presentada en las XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, Sevilla, 12 y 13 de diciembre de 2019, pág. 14. Puede consultarse en [https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document\\_library/get\\_file?uuid=916f031b-a432-4e24-ba9c-09bc4b5e4a29&groupId=10128](https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=916f031b-a432-4e24-ba9c-09bc4b5e4a29&groupId=10128)

acuerdos como el que nos ocupa es plural y no colectiva. Así lo hace la sentencia aportada en contraste<sup>10</sup>, estableciendo que una cosa es estimar que la ley permite que el periodo de consultas se lleve a cabo con los trabajadores en caso de no constituirse la comisión *ad hoc*, y otra bien distinta es la validez del acuerdo. Respecto de dicha validez, concluye que el acuerdo carece de la eficacia necesaria para poder afectar a los disidentes, pues entender lo contrario sería tanto como reconocer la licitud de acuerdos individuales de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Un punto de vista diferente fue aportado poco después por la Audiencia Nacional<sup>11</sup>, que directamente consideró nulo un despido colectivo apreciando fraude de ley en el periodo de consultas, por haberse asumido por la totalidad de la plantilla y no por representantes de los trabajadores, que en tal supuesto debían haber sido los sujetos que establece el 41.4 ET, a los que remite el 51.2 ET. Así, estimó que se trata de requisitos de orden público que no son, por tanto, disponibles. Para casar y anular esta sentencia, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de marzo de 2015 (rec. núm. 287/2014) asumió una posición muy distante de tal planteamiento, pero también de aquel otro que propugnaba que la naturaleza de estos acuerdos es plural y no colectiva. Su tesis interpretativa será la doctrina seguida en la sentencia que nos ocupa -también en la de instancia-, pues reproduce literalmente su hilo argumental, insertándose en una tendencia cada vez menos novedosa, donde se va apreciando la conformación de una línea común<sup>12</sup>.

Así, comienza afirmando que la norma que fija los sujetos del 41.4 ET es disponible para aquellas empresas que carecen de representantes, en cuyo caso los trabajadores podrían escoger entre negociar por sí mismos o por vía representativa en los términos que el precepto establece<sup>13</sup>. Aunque el legislador aluda a la comisión de un máximo de tres miembros, no podría considerarse, por el hecho de que haya negociado toda la plantilla, que existe un vicio del procedimiento susceptible de provocar la nulidad. A partir de aquí, la justificación parte de una premisa que no alcanzamos a comprender. El órgano juzgador plantea que la

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 7335/2013, de 11 noviembre. Véase el Fundamento Jurídico Segundo.

<sup>11</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 232/2013, de 20 diciembre de 2013.

<sup>12</sup> Tras la sentencia de 23 de marzo de 2015 (rec. núm. 287/2014), la argumentación en ella esgrimida es traída a colación por el Supremo en otras sentencias posteriores. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2015 (rec. núm. 144/2014); Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015 (rec. núm. 180/2014); Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2019 (rec. núm. 140/2018).

<sup>13</sup> Aunque la Sentencia que estamos analizando no lo especifica, el fundamento sería que la previsión legal establece que la falta de constitución de la comisión representativa no impide el inicio y transcurso del periodo de consultas (Cfr. STS 23 de marzo de 2015, FJ 2º).

limitación numérica de las comisiones *ad hoc* tiene dos finalidades: una sería favorecer la fluidez de las negociaciones y, la otra, facilitar una equiparación entre las partes. Sobre esta equiparación, razona que, tratándose de empresas muy reducidas, es presumible que el empleador acuda al periodo de consultas por sí mismo o con escaso personal asesor, y de ahí la conveniencia de limitar las comisiones a tres miembros. Lo siguiente será afirmar que la parte empresarial es el sujeto débil en este tipo de negociaciones, porque al negociar con la totalidad de la plantilla, la diferencia numérica le sería perjudicial. Por tanto, la Sala no comprende el motivo por el cual el trabajador podría reclamar la nulidad del acuerdo, pues, desde su punto de vista, es el empresario el sujeto perjudicado por la desproporción numérica entre los interlocutores. Es decir, ¿podemos presuponer que el empresario pasa a ser la parte más débil por esta diferencia numérica? ¿Realmente puede entenderse, como pretende el tribunal, que es el empresario el sujeto que precisa de mecanismos de equiparación? No debe olvidarse que, en la modificación sustancial de condiciones de trabajo, al igual que en otras figuras cuya razón de ser es responder a las necesidades patronales, el empresario podrá imponer unilateralmente sus condiciones aun cuando no se alcance un acuerdo. Y esta unilateralidad, sin duda, no puede aducir falta de espacios. Es más, algunas voces doctrinales recuerdan que la modificación sustancial es una institución propia de nuestra disciplina, que permite algo que sería impensable en el ámbito de la teoría general de contratos<sup>14</sup>. En definitiva, no nos resulta plausible que una potencial diferencia numérica sea capaz de invertir el presupuesto del que debemos partir respecto de la asimetría de las partes.

Prosigue la argumentación con una terminología que, aplicada a nuestro caso concreto como la Sala pretende, podría llevar a error, puesto que hay algo desde nuestro punto de vista trascendente que diferencia a este supuesto del de la sentencia que sigue el Tribunal. Tal y como se describe, pareciera que la iniciativa de conformar la comisión de manera asamblearia parte de los propios trabajadores, cuando lo cierto es que sucedió al contrario: queda sobradamente acreditado que es la empresa, por carta, quien sugiere a los trabajadores que toda la plantilla podría formar parte de la comisión. A nuestro entender, se trata de un elemento que puede ser clave a la hora de determinar si en este caso concreto se han producido interferencias empresariales a la hora de conformar la voluntad de la contraparte, y no se señala esta diferencia en la construcción del pretendido paralelismo con el supuesto de hecho que toma como referencia. Del contenido de la mencionada carta, podría interpretarse, o al menos sostenerse la duda, de si acaso la parte empresarial orienta -cuanto menos- a sabiendas la información

<sup>14</sup> Vid. Ruiz Castillo, M.M., «El pacto individual tras la reforma del mercado de trabajo», en Cruz Villalón, J., (Coord.), *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*, Madrid, CES, 1995, págs. 315-347.

que traslada a los trabajadores al objeto de evitar a los sindicatos. De manera que, sobre las opciones que ofrece la ley refiere solo la mitad (comisión *ad hoc* interna no sindicalizada, pero omite la posibilidad de la comisión externa sindicalizada), mientras que añade dos posibilidades que no están en el texto legal: negociar con la totalidad de la plantilla y que negocie un único trabajador (interpretando que una comisión ha de estar conformada por una pluralidad de personas, tres sería el número máximo pero también el único posible<sup>15</sup>). Por todo ello, no nos atreveríamos a afirmar ni a dar por hecho -como sí hace la Sala- que la actuación empresarial ha sido neutral y sin ánimo de interferir en la decisión de los trabajadores. Sin embargo, esta posibilidad no es, como decimos, ni siquiera traída a colación. No es necesario abundar mucho en la idea de que, para el empresario, es preferible una comisión *ad hoc* interna y no sindicalizada -o la totalidad de la plantilla- que sentarse frente a un sindicato. Es cierto que, según el precepto legal, la opción corresponde a los trabajadores, pero concurren elementos que llevan a pensar que en realidad se facilita que su elección se oriente hacia la preferencia empresarial de evitar a los sindicatos allí donde sea posible<sup>16</sup>. Como se ha señalado doctrinalmente, se da una flagrante contradicción entre la capacidad de desplazamiento que se otorga a las secciones sindicales frente a la representación unitaria -condicionada, aun así, a que las segundas existan y las primeras alcancen legitimación plena- con el hecho de que, en ausencia de esos mismos representantes unitarios, la intervención sindical esté supeditada a que resulten la opción *voluntariamente* escogida por los trabajadores<sup>17</sup>.

En opinión del Tribunal, no puede, por tanto, rechazarse la validez del acuerdo, puesto que estaríamos ante una representación voluntaria y no legal. A continuación, se apresura a advertir que todo ello no significa que la voluntad de las partes pueda libremente sustituir la legal comisión *ad hoc* por la participación directa, algo que será posible solo y exclusivamente en presencia de una serie de criterios de excepcionalidad, a saber: plantilla de escasas dimensiones, voluntad unánime de negociar personalmente y aprobación “claramente mayoritaria” del acuerdo. En cuanto a las dimensiones de la plantilla, superan ampliamente el mínimo para poder realizar elecciones, cosa que no se ha hecho, como por otra parte es habitual. Respecto de la voluntad unánime, como hemos planteado, no nos resulta claro que se haya producido -los hechos probados invitan a pensar lo

<sup>15</sup> Vid. De La Villa Gil, L.E., «Comisiones laborales y comisiones sindicales una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010», *R.G.T.S.S.*, N. 23, 2011, pág. 23.

<sup>16</sup> Vid. Terradillos Ormaechea, M.E., «La evolución de las estructuras de participación de los trabajadores en España a consecuencia de la crisis: sobre su consonancia (o disonancia) con la normativa internacional», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N. 1, 2016, pág. 12.

<sup>17</sup> Vid. Olarte Encabo, S., «El papel de los interlocutores sociales ante la reforma de la negociación colectiva: retos y opciones», *R.D.S.*, N. 58, 2012, pág. 38.

contrario-, tanto menos la libre conformación de la misma. Por último, el concepto de “claramente mayoritario”, en ausencia de claridad sobre qué requisitos procedimentales aplicar en este tipo de votaciones, (¿la votación por mayoría del 41.4 ET, no siendo un sujeto de los allí previstos? ¿El art. 80 ET, no siendo este un supuesto previsto legalmente?), puede resultar un tanto indeterminado y ser generador de zonas grises.

Prosigue, en fin, aludiendo de forma genérica las interferencias empresariales que pueden «subvertir el necesario carácter colectivo de la negociación», pero no para razonar por qué, bajo su punto de vista, en este caso no se han producido, sino simplemente para advertir de que la comisión conformada por toda la plantilla debe estar libre de tales injerencias. Se echa en falta, por tanto, un análisis sosegado y certero de los hechos acaecidos y su significación jurídica, pues creemos que habría podido llevar a conclusiones distintas. Por último, y relativo a la eficacia, como es fácil intuir, establece que no estamos ante acuerdos plurales de naturaleza individual, y por tanto sólo aplicables a los trabajadores que votaron a favor. En opinión de la Sala, el acuerdo es colectivo porque, desde el momento en que los trabajadores sustituyen a las comisiones *ad hoc*, «se han constituido en representantes colectivos de toda la plantilla en las mismas condiciones de representatividad que hubiere ostentado aquella comisión»<sup>18</sup>.

La cuestión de la eficacia de estos acuerdos, como se observa, es consustancial al debate, si bien es cierto que el objetivo es centrarnos en las interferencias empresariales. Se trata de un problema recurrente en supuestos de empresas de pequeña dimensión, hábitat por excelencia, por razones obvias, de este tipo de situaciones, algo a tener en cuenta dadas las características de nuestro tejido productivo, donde predominan las microempresas<sup>19</sup>. Así, y sorteando el debate de la eficacia (¿por qué aplicar a trabajadores individualmente considerados acuerdos peyorativos negociados por sujetos distintos de los que establece la ley, si ya hay dificultades y debate sobre la constitucionalidad de las propias comisiones *ad hoc*?), puede que en realidad no resulte tan relevante el instrumento utilizado -asamblea o comisión *ad hoc*- como el hecho de que en estos niveles la permeabilidad a las presiones empresariales es máxima. Por tanto, los mecanismos tendentes a evitar tal escenario deberían extremarse. Dado el panorama legal, el control judicial podría ser uno de ellos, pero, en su lugar, la jurisprudencia del Supremo ha trazado una línea muy permisiva en este sentido, que contribuye a agravar un problema de por sí inherente a la propia dinámica y caracterización de tales supuestos. La iniciativa e intromisión empresarial no

<sup>18</sup> Puede verse, esto y cuanto se ha referido, en el Fundamento Jurídico Tercero.

<sup>19</sup> Pueden verse los datos de 2018 en el siguiente enlace: <http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/estadisticas/anuarios/2018/EMP/EMP.pdf>, consultado el 06/03/2020.



debería ser admisible en ningún caso, y a nuestro juicio podría sostenerse que es lo que ha ocurrido aquí. En ese sentido, estamos ante una sentencia continuista, por más que difiera en otras cuestiones relevantes.

De cuanto se ha dicho hasta el momento, ha pretendido exponerse, de un lado, la restrictiva visión de la jurisprudencia respecto de las posibilidades de la participación directa, a la que mira con desconfianza manifiesta -salvo, al parecer, y desde la reforma que introduce las comisiones *ad hoc*, en determinados supuestos en el ámbito de la flexibilidad interna y externa-; y, de otro, que esta jurisprudencia ha sido decisivamente laxa a la hora de valorar las injerencias empresariales en la determinación de la voluntad de los trabajadores. Se detecta una inclinación por la libertad de empresa y en general por los derechos de la parte empresarial que aboca a cuestionar las tesis resultantes, ya que los trabajadores difícilmente podrán expresar libremente su voluntad si se permite que el sujeto del que depende su puesto de trabajo pueda interferir en la conformación de ésta.

En el siguiente apartado, se pretende analizar la opción que toma nuestro ordenamiento en favor de las comisiones *ad hoc*, para confrontarla con la solución del ordenamiento francés. Las potenciales injerencias empresariales harán de hilo conductor.

### **3. OPCIÓN DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO EN FAVOR DE LAS COMISIONES *AD HOC*. DUDAS DE CONSTITUCIONALIDAD. LA OPCIÓN DEL DERECHO FRANCÉS COMO CONTRAPUNTO**

Como es sabido, las comisiones *ad hoc* fueron introducidas hace apenas una década, viéndose su ámbito de actuación incrementado con las restantes reformas laborales de aquel periodo, tan marcado por la crisis económica del año ocho<sup>20</sup>. Se salvaba por esta vía el obstáculo que en la práctica supondría la falta de interlocutores válidos a la hora de hacer uso de los instrumentos empresariales previstos legalmente al objeto de facilitar la flexibilización de las condiciones de trabajo o, según el caso, de la mano de obra. Dadas las características de las empresas que conforman nuestro tejido productivo, parece lógico que, desde la perspectiva de los objetivos buscados por la reforma, se reparase en esa cuestión. Además, no es un fenómeno extraño que en empresas donde numéricamente no hay impedimento alguno, en la práctica no se haya tomado la iniciativa que dé origen al proceso electoral<sup>21</sup>. No faltaron, ya se sabe, las reacciones doctrinales que ponían

<sup>20</sup> Se introducen con el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, y se amplía su ámbito una vez entra en vigor la Ley 35/2010. Un nuevo incremento se produjo con el Real Decreto-Ley 3/2012.

<sup>21</sup> Se ha calculado que el 37,3% de los trabajadores que podrían tener representantes carecen

en cuestión la constitucionalidad de estas comisiones. Subyacente a todo este debate, se encuentra una anomalía innegable: un órgano sin capacidad negociadora tiene en cambio capacidad de inaplicar o modificar lo previamente pactado<sup>22</sup>. Su colisión con la arquitectura constitucional puede desentrañarse siguiendo el hilo que une a los arts. 7, 28 y 37 CE y haciendo una interpretación sistemática de los mismos. Así, parte de la doctrina considera inconstitucional tratar de equiparar al sindicato con la intervención directa de los trabajadores, independientemente de la forma que esta adopte<sup>23</sup>. Se añade, desde estos posicionamientos, que el legislador no puede ignorar, por imperativo constitucional y de los Convenios de la OIT, el papel que está reservado a las organizaciones sindicales<sup>24</sup>.

Si la reforma de 1994 supuso una retirada de la fuente legal, y las posteriores a la crisis del año ocho hicieron otro tanto con lo pactado en convenio colectivo, lo que queda no es otra cosa que una individualización de las relaciones laborales. Siguiendo a Benavente, esa sería la trampa de la democracia directa o de la equiparación de otros representantes con la legitimidad del sindicato «o, más ampliamente, del representante de los trabajadores», señalando lo oportuno de estas opciones para provocar escenarios de presión, máxime cuando hablamos de plantillas de muy escasas dimensiones<sup>25</sup>. La peligrosidad de dicho escenario estará presente sea cual sea el instrumento utilizado. Dicho esto, bajo nuestro punto de vista no puede compartirse el encaje constitucional de las comisiones ad hoc no sindicalizadas, pues no son sujeto portador de interés colectivo sino un conjunto de trabajadores sin apoyo ni formación sindical que difícilmente pueden afrontar una negociación con la contraparte mínimamente equiparable<sup>26</sup>. Por lo tanto, nos parece una posibilidad muy real no estar ante verdaderos acuerdos sino ante decisiones unilaterales cuya presunta bilateralidad es predicable solo formalmente. Es notorio que no fue esta la posición del Tribunal Constitucional<sup>27</sup>, en una línea no novedosa a la que ya se ha hecho alusión, caracterizada por ser

de ellos, mientras que el 15,5% de los trabajadores no tiene derecho a representación. Véase Jódar, P., Alós, R., Beneyto, P. y Vidal, S., «La representación sindical en España: cobertura y límite», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, N. 36, 2018, págs. 26-27.

<sup>22</sup> Vid., ampliamente, Ruiz Castillo, M.M.; Escribano Gutiérrez, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2013.

<sup>23</sup> Vid. Benavente Torres, M.<sup>a</sup>. I «Representación extraestatutaria, participación directa... *cit.*, págs. 72-76.

<sup>24</sup> Vid. Terradillos Ormaechea, M.E., «La evolución de las estructuras de participación... *cit.*, págs. 66-96.

<sup>25</sup> Vid. Benavente Torres, M.<sup>a</sup>. I «Representación extraestatutaria, participación directa... *cit.*, pág. 76.

<sup>26</sup> Vid. Correa Carrasco, M., «La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales», *R.D.S.*, N. 59, 2012, págs. 47 y 48.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 119/2014, de 16 de julio.

extremadamente cautelosa con la afectación de la libertad de empresa, en detrimento de otros bienes constitucionales -libertad sindical y negociación colectiva- que debieran gozar de una protección preeminente. Nos detendremos aquí, siendo conscientes de la cantidad de cabos sueltos que serían susceptibles de mención y diferenciación, pero que excederían las pretensiones de este trabajo.

Por ello, sin más dilación, queremos plantear como contrapunto a nuestras comisiones *ad hoc* la opción escogida por el ordenamiento francés para situaciones análogas a las que se han venido analizando. Debe partirse, en primer lugar, de que el legislador francés no ha contemplado los instrumentos de participación directa con la desconfianza y reticencia de nuestro ordenamiento<sup>28</sup>. Partiendo de este dato, con la progresiva expansión en cada reforma de la negociación colectiva a nivel de empresa -repárese en la tradicional obligación gala de negociar determinadas materias en este ámbito-, hubo de afrontarse el problema de la ausencia de interlocutores válidos, algo habitual habida cuenta de las características compartidas del tejido productivo de ambos países. La solución no ha sido abrupta, sino que se ha venido fraguando durante décadas. En la redacción actual, producto de la trascendente *reforma Macron*<sup>29</sup>, lo cierto es que en el país vecino la ausencia de interlocutores sociales no constituye ya obstáculo alguno, pues el legislador ha previsto soluciones diversas para que no se produzca la imposibilidad de negociar, yendo un paso más allá que la legislación precedente. La participación directa sigue estando muy presente, y el referéndum ratificador está en la base de muchas de las respuestas. Nos centraremos, por economía y consonancia con el objeto de este comentario, solo y exclusivamente en el supuesto de empresas de reducidas dimensiones carentes de representación, y, en concreto, en el particular referéndum ratificadorio de un acuerdo directamente propuesto por el empresario. Una aclaración previa: la opción del ordenamiento galo sirve no sólo para inaplicar condiciones pactadas en el contrato de trabajo, sino también para negociar cualquier materia que pueda ser objeto de este ámbito de negociación. Es decir, va un paso más allá, pues nuestro 87.1 ET no ha abierto la negociación colectiva a otros sujetos que no sean representantes sindicales o unitarios. Así, en la actualidad, el derecho francés, para las empresas con menos de 11 trabajadores<sup>30</sup> que no cuenten con delegado sindical, establece la habilitación del empleador para directamente proponer un *proyecto* de acuerdo, sobre los temas *abiertos* legalmente a este ámbito de negociación (C. Trav. art. L. 2232-21). La consulta deberá hacerse como mínimo tras un periodo de 15 días desde la comunicación. El siguiente precepto establece que tal acuerdo será

<sup>28</sup> Vid. Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva... cit.*, págs. 255-259.

<sup>29</sup> Ordenanza n. 2017-1385 de 22 septiembre de 2017.

<sup>30</sup> Para las empresas de entre 11 y 20 trabajadores, véase C. Trav. Art. L. 2232-23. Véase igualmente, en relación con este último, el art. L. 2232-23-1.

válido si es ratificado por una mayoría de dos tercios de los trabajadores. Como cabe esperar, tal regulación fue objeto de duras críticas, entre otras cuestiones por considerar acuerdo colectivo lo que bien podría considerarse meras adhesiones individuales<sup>31</sup>. Pese a ello, el Consejo Constitucional ha validado esta opción legislativa<sup>32</sup>. Recientemente, una Decisión del Consejo de Estado<sup>33</sup> ha vuelto a incidir en ello con una orientación similar. Considera, pese a la capacidad del empresario de disponer de todo lo relativo a la organización de la consulta, que hay ciertos elementos que contribuyen a la suficiencia garantista: los quince días mínimos entre la comunicación y la consulta (que darían la posibilidad a los trabajadores de consultar con un sindicato de su elección), el voto personal y secreto, y la ausencia del empleador durante la consulta.

Como vemos, si nuestras comisiones *ad hoc* generan un fuerte debate, otro tanto ocurre con este particular referéndum a propuesta empresarial, en el cual, al contrario de lo que era tradicional en el ordenamiento francés, ya no se produce un control sindical. Bajo nuestro punto de vista, la presencia sindical podría contribuir a disipar ciertas dudas de constitucionalidad, pero en ambos ordenamientos se prescinde de ella llegado el caso.

Observamos, entonces, dos ordenamientos jurídicos cuya regulación para paliar la ausencia de interlocutores válidos es sustancialmente distinta. Pero ¿realmente son tan diferentes? ¿Están muy alejadas las dos soluciones? Más allá de lo evidente -diferencias hay, claro-, volvemos a incidir en que independientemente del instrumento utilizado, en estos escenarios los riesgos de injerencias empresariales son muy altos, y no desaparecen por el mero hecho de convocar un referéndum, tanto menos si la iniciativa es empresarial como en el caso francés. Los trabajadores no dejan de encontrarse frente a su empresario, que le expone sus necesidades y propuestas, y le deja elegir si las aceptan o no -en nuestro caso no será necesario ni siquiera el acuerdo- con todas las consecuencias que de ello pueden derivarse. En ese sentido, no nos parece que la solución gala elimine los peligros a los que hemos ido haciendo referencia en este trabajo. ¿O acaso es posible entender que la voluntad de estos trabajadores de empresas de

<sup>31</sup> Jeammaud, J., «La reforma Macron del Código del Trabajo Francés», *TL.*, N. 139, 2017, pág. 32.

<sup>32</sup> Véase la Decisión del Consejo Constitucional n. 2018-761, de 21 de marzo de 2018. El Consejo defiende que hay que atender al objetivo perseguido por el legislador y a lo limitado de su aplicación (empresas pequeñas sin representación alguna). Por otra parte, tiene en consideración las garantías previstas durante la consulta.

<sup>33</sup> Decisión del Consejo de Estado N. 417652 de 1 de abril de 2019.

dimensiones muy reducidas se conforma de manera verdaderamente libre a la hora de aceptar o rechazar la propuesta de su empleador?

La democracia directa es sin duda seductora, y sus argumentos suelen estar muy bien valorados. Sin embargo, entendemos que en estos escenarios, y vistas las relaciones de poder que en ellos tienen lugar, conviene ser extremadamente cautelosos, pues apostar por instrumentos participativos no es garantía de ausencia de injerencias empresariales. Ni siquiera la presencia de representantes de los trabajadores -sindicales también- lo es, tanto menos puede serlo si están ausentes (¿acaso los representantes no son permeables a estas interferencias?)<sup>34</sup>. En este sentido, eliminar toda iniciativa empresarial nos parece, cuanto menos, el punto de partida a través del cual poder tratar de encontrar un camino adecuado y compatible con el diseño de las leyes internacionales y constitucionales de los ordenamientos comparados. Diseños constitucionales cuyo protagonismo sindical no puede, bajo nuestro punto de vista, dejarse a un lado en favor de estos instrumentos. Su inclusión, además de responder a la arquitectura jurídica prevista, daría respuesta -al menos parcialmente- al problema de la ausencia de preparación y cultura de contrapoder. Se trata de una cuestión nada desdeñable, que está presente en todas estas soluciones improvisadas para obtener los resultados esperados de la negociación colectiva de empresa, ámbito negocial por excelencia de los acuerdos y convenios de gestión. El desequilibrio de poderes es evidente, y dejar fuera al sindicato no contribuye a una igualación que probablemente no se daría tampoco, habida cuenta del contexto, incluyéndolo, pero desde luego sería más consonante con nuestra Constitución.

¿Habría tenido encaje su solución en nuestro ordenamiento? Desde el punto de vista del art. 87.1 ET, está claro que no. Distinto podría ser desde el punto de vista del 41.4 ET. Desde nuestra posición, como decimos, la opción francesa no resuelve, ni mucho menos, el problema de las interferencias empresariales<sup>35</sup>, pues toma como punto de partida una iniciativa empresarial que entendemos que no debe, jurídicamente, admitirse. Los sindicatos de trabajadores contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios, y la libertad sindical tiene una vertiente funcional que comprende, para defender y promover esos intereses de clase, el derecho a la libre actividad sindical sin injerencias de terceros<sup>36</sup>. Nuestro texto constitucional ha otorgado al ejercicio

<sup>34</sup> Cfr. Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva... cit.*, pág. 261-262. Esta es la reflexión del autor frente a la doctrina italiana que ve en estos mecanismos una potencial deslegitimación del sindicato.

<sup>35</sup> Según Lyon-Caen, en realidad, el referéndum no aleja el conflicto, sino que lo hace evolucionar, generando nuevas tensiones. Véase en Lyon-Caen, A., «Referéndum», *Revue de Droit Social*, N. 5, 2018, pág. 337.

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 94/1995 de 19 junio, Fundamento Jurídico

de esos derechos su más alta protección. La negociación colectiva es parte de esa actividad sindical, y que la regulación de las condiciones de trabajo se deje a una iniciativa empresarial como la expuesta, posteriormente ratificada por los trabajadores sin mediar negociación alguna y obviando al sindicato, no nos parece que pueda tener cabida en nuestro ordenamiento. Pero como sabemos, la visión del Tribunal Constitucional sobre el 41.4 ET es diversa, y admite sin mucha resistencia cuanto ahí se regula. Desde ese punto de vista, ¿podrían las comisiones *ad hoc* no sindicalizadas ser sustituidas por un referéndum ratificador a propuesta empresarial o, de alguna manera, *negociado* mediante participación directa? La pregunta verdadera, si se concluyese con respuesta afirmativa, es si ello cambiaría algo. Quizá la sentencia objeto de este comentario sea la respuesta.

#### 4. CONCLUSIONES

Nuestro ordenamiento jurídico ha sido parco con los instrumentos de participación directa, y la jurisprudencia restrictiva salvo, como se ha expuesto, en supuestos de flexibilidad interna y externa que responden a necesidades empresariales allí donde no hay representantes de los trabajadores. Por lo demás, se ha venido manifestando con una orientación claramente hostil, siendo por el contrario permisiva con las injerencias empresariales. En ese sentido, la sentencia analizada es continuista respecto de aquellas que le preceden a la hora de valorar con laxitud las maniobras empresariales dirigidas a influir en las decisiones de los trabajadores, en ocasiones con menoscabo de la libertad sindical. Derivado de lo anterior, se inserta en la línea jurisprudencial que interpreta la libertad de empresa de forma muy amplia, a costa de erosionar otros bienes constitucionales que en ocasiones gozan de niveles más altos de protección. En cuanto a la discutida cuestión de la eficacia, se suma a la tesis de que estamos ante acuerdos colectivos y no plurales, contribuyendo a consolidar una línea reciente que contradice a aquella otra que calificaba a estos acuerdos como plurales en lugar de colectivos, dada la ausencia de legitimidad del sujeto negociador. De seguir este último razonamiento, se habría llegado a la conclusión de que el acuerdo no podía afectar a los discrepantes. En su lugar, el Supremo reafirma la tesis interpretativa contraria, en una tendencia que como decimos es reciente pero que cuenta ya con varias sentencias confirmatorias, conformando una línea común que parece que seguirá resultando de aplicación en supuestos similares. Para que ello sea posible, deberá de tratarse de plantillas de escasas dimensiones, donde la voluntad de los trabajadores de negociar personalmente sea unánime, y el acuerdo deberá ser claramente mayoritario. En realidad, si nos ceñimos al caso concreto aquí analizado, se trata de una plantilla de 17 trabajadores, una cifra más que suficiente para tener

Segundo.

representación. Por otra parte, pese a la ausencia de datos concluyentes, no parece que la voluntad de negociar personalmente fuese en absoluto unánime, sino que más bien se evidencia que hubo discusión y diferencias entre los interesados. El Tribunal Supremo hace caso omiso de ese dato, y parece partir de la base de que fueron los trabajadores los que libre y espontáneamente decidieron formar todos parte de la comisión. Pero ello es contradictorio con el hecho acreditado de que la iniciativa fue del empresario, que simultáneamente a su propuesta de comisión conjunta, omitía otras opciones que sí aparecen en el texto legal. Todo ello, sin embargo, no resulta relevante para el órgano juzgador, que se centra en confirmar que se cumplen todos los requisitos para aplicar esta tesis interpretativa. Para justificar su postura, se aventura incluso a reproducir el planteamiento de que en una negociación entre el empresario y la totalidad de la plantilla, la diferencia numérica haría que el empresario se encuentre en una posición de debilidad que resultaría peyorativa para sus intereses. Como se ha puesto de relieve, no compartimos dicha posición.

En las últimas décadas, como es sabido, la negociación colectiva ha ido progresivamente asumiendo más funciones y contenidos en detrimento de la ley. Respondiendo igualmente a una finalidad flexibilizadora, se han ido perfeccionando instrumentos que permitan modificar y/o inaplicar condiciones de trabajo. Para que la ausencia de representación -que no solo se da en las microempresas- no suponga un obstáculo en su aplicación, se crean las comisiones *ad hoc*, o, en el caso francés, el referéndum ratificador a iniciativa empresarial. Se trata de soluciones, por tanto, diseñadas para facilitar los acuerdos y pactos de gestión. Se han manifestado las dudas de constitucionalidad que suscitan las comisiones *ad hoc* no sindicalizadas, e igualmente la solución francesa provoca escepticismo. No nos parece que el debate sea tanto qué instrumento es mejor o peor, sino que ambos resultan vulnerables a la presión empresarial y dejan fuera al sindicato. Dificilmente puede compartirse que constituyan un sujeto portador de interés colectivo, sino que más bien se trata de trabajadores cuyas posibilidades de ejercer un contrapoder real son, como es fácil adivinar, escasas, cuando no directamente inexistentes. Como ha venido señalando la doctrina, a la luz de los Convenios de la OIT y de nuestra Constitución, no parece que estas soluciones puedan tener cabida.