

LA NECESARIA SUPERACIÓN DEL CENTRO DE TRABAJO COMO UNIDAD ELECTORAL *

PIERRE-HENRI CIALTI

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO

Palabras clave: Unidad electoral, centro de trabajo, contrata, nuevas tecnologías

Son de sobra conocidos los disfuncionamientos provocados por la equiparación, muy consolidada, del centro de trabajo con la unidad electoral en cuanto a la constitución de la representación de los trabajadores, especialmente en las empresas de estructura compleja. Estos disfuncionamientos se han visto amplificados por un proceso de fragmentación de la estructura de las empresas, fragmentación debida a diferentes factores, entre los cuales están el fenómeno de la externalización y el desarrollo y la extensión masiva de las nuevas tecnologías. Frente a ello, se ha formulado varias propuestas de reformas legales de enorme interés.

Tras enmarcar todas estas cuestiones, este trabajo pretende aportar más elementos al debate sobre la deseable reforma del concepto de centro de trabajo, gracias a la exposición del derecho francés en la materia.

ABSTRACT

Keywords: Electoral unit, workplace, outsourcing, new technologies

The dysfunctions caused by the well-established equality of the workplace with the electoral unit or constituency are well known in terms of the constitution of the representation of workers, especially in companies with a complex structure. These dysfunctions have been amplified by a process of fragmentation of the structure of the companies, fragmentation due to different factors, among which are the phenomenon of outsourcing and the development and massive extension of new technologies. Faced with this, several proposals for legal reforms of enormous interest have been formulated. After framing all these questions, this paper aims to contribute more elements to the debate on the desirable reform of the concept of work center, thanks to the exposition of French law on the matter.

*Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital”, DER2017-83488-C4-2-R, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y presentado al seminario celebrado en Sevilla, los días 4 y 5 de febrero de 2021, bajo el título: *Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía*, organizado por el Proyecto DER2017-83488-C4-3-R

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS DISFUNCIONAMIENTOS INTRÍNSECOS DE LA EQUIPARACIÓN CENTRO DE TRABAJO-UNIDAD ELECTORAL
 - 2.1. La inseguridad jurídica en torno al concepto de centro de trabajo del artículo 1.5 ET
 - 2.2. El centro de trabajo como unidad electoral básica
3. FACTORES POTENCIADORES DE LAS CARENCIAS DE LA EQUIPARACIÓN ESTRICTA CENTRO DE TRABAJO-UNIDAD ELECTORAL
 - 3.1. La fragmentación de las empresas
 - 3.1. La extensión masiva de las nuevas tecnologías
4. LA UNIDAD ELECTORAL: PROPUESTAS DE REFORMAS
 - 4.1. Las alternativas al centro de trabajo del artículo 1.5 ET, fuera y dentro del ET.
 - 4.1. Propuestas de reformas
5. LA PERSPECTIVA FRANCESA
 - 5.1. La configuración de la representación de los trabajadores a partir de la ordenanza nº 2017-1386 de 22 de septiembre de 2017
 - 5.2. La determinación del centro de trabajo a efectos electorales mediante acuerdo mayoritario
 - 5.3. La intervención patronal, administrativa y judicial en caso de desacuerdo
 - 5.4. Descentralización productiva y digitalización
6. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La representación de los trabajadores en la empresa, regulada en el Título II del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), es objeto de consenso en cuanto a su funcionamiento, lo que ha producido cierta estabilidad legal en su diseño¹. Sin embargo, presenta disfuncionamientos, entre ellos, los provocados por la equiparación, muy consolidada, del centro de trabajo con la unidad o circunscripción electoral.

Estos disfuncionamientos, especialmente en las empresas de estructura compleja, se han visto amplificadas por un proceso de fragmentación o remodelación de la estructura de las empresas, fragmentación debida a diferentes factores, entre los cuales están el fenómeno de la externalización y el desarrollo y la extensión masiva las nuevas tecnologías.

Frente a ello, se ha formulado varias propuestas de reformas legales de enorme interés.

Tras enmarcar todas estas cuestiones, este trabajo pretende aportar, por otra parte, más elementos al debate gracias a la exposición del derecho francés en la

¹ Cruz Villalón, J., “Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa”, REVISTA GALEGA DE DEREITO SOCIAL, nº 1/2016, p. 51.

materia. Esta visión de derecho comparado tiene un especial interés por una serie de reformas operadas en el ordenamiento jurídico francés en los últimos años.

2. LOS DISFUNCIONAMIENTOS INTRÍNSECOS DE LA EQUIPARACIÓN CENTRO DE TRABAJO-UNIDAD ELECTORAL

Una de las primeras dificultades reside en la aplicación práctica de los elementos de definición del centro de trabajo del artículo 1.5 ET. En efecto, como lo subraya un autor, el concepto de centro de trabajo se caracteriza por su indeterminación, lo que provoca gran inseguridad jurídica².

Ello repercute sobre la actuación de las organizaciones sindicales a la hora de presentar el preaviso de elección. En efecto, la determinación de la unidad electoral queda sometida a la consideración de centro de trabajo en el marco antes descrito. A todo ello, se ha de añadir una interpretación muy restrictiva del Tribunal Supremo, que conduce, en la práctica, a excluir un número considerable de trabajadores de un proceso electoral y, por lo tanto, a privarles de representantes que puedan velar por sus intereses.

2.1. La inseguridad jurídica en torno al concepto de centro de trabajo del artículo 1.5 ET

El artículo 1.5 ET define el centro de trabajo como “la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”.

Se ha subrayado que, dada la expresión “a efectos de esta ley” recogida en el artículo 1.5 ET, el concepto de centro de trabajo tenía vocación de aplicarse a todas las materias reguladas en el ET³, incluidas las disposiciones del título II ET relativas a los representantes de los trabajadores. En este sentido, el artículo 5.1 del RD 1844/1994 se limita a reproducir la definición del artículo 1.5 ET.

Descartada la exigencia formal del alta ante la autoridad laboral, que tiene simple eficacia declarativa o probatoria⁴, los elementos determinantes

² Álvarez del Cuvillo, A. “El centro de trabajo como unidad electoral: un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo”, REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO nº 188/2016, versión digital.

³ Ramírez Martínez, J.M. “El centro de trabajo”, en *El empresario laboral: estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación* (coord. A. Blasco Pellicer), 2010, p. 43 y ss.

⁴ Ramírez Martínez, J.M., “El centro de...” op. cit. 2010, p. 43. En el plano jurisprudencial, ver STS de 14 de julio de 2011 (rec. ud. nº 140/2010). Dar valor constitutivo a ese trámite administrativo conduciría a dejar el concepto de centro de trabajo al árbitro del empresario. Ahora bien, como lo señala un autor, la declaración del empresario podría poner en marcha la doctrina de

de la definición de centro de trabajo corresponden a la unidad productiva con organización específica.

La “unidad productiva”, si bien no existe total unanimidad, se podría contemplar como “unidad técnica de producción”⁵, es decir, como “un conjunto de medios materiales y humanos que tiene una cierta entidad en el proceso de producción de bienes o servicios” y que, desde una perspectiva amplia, “abarca divisiones verticales, horizontales o mixtas”⁶.

Sin embargo, el elemento decisivo reside en la existencia de una “organización específica”, que se traduce por la apreciación de una cierta autonomía organizativa y no técnica. En este marco, el núcleo del problema reside en apreciar a partir de cuándo esta autonomía permite considerar que estemos ante un centro de trabajo. Para ello, desde hace mucho tiempo, la doctrina⁷ y la jurisprudencia⁸ se refieren al “criterio técnico-laboral”. Si se contesta por la afirmativa, parece sensato y razonable que los trabajadores puedan organizarse y ser representados ante el representante del empleador en el ámbito considerado. Para apreciar esta autonomía, se recurre a una serie de índices o “hechos-base”⁹: elemento territorial o geográfico; factor objetivo¹⁰; vocación de continuidad o permanencia de la unidad; cierta independencia económica o productiva de la unidad; existencia de un grupo humano reconocible y socialmente percibido como tal, con cierta estabilidad y vocación de permanencia; particularidades de las condiciones de trabajo; presencia de un representante del empleador con poderes de organización y dirección;

los actos propios, impidiendo su retractación (Álvarez del Cuvillo, A., “El centro de trabajo...”, op. cit., REDT, nº 188/2016, p. 6).

⁵ Sala Franco, T. y Ramírez Martínez, J.M., “El concepto de centro de trabajo (problemas interpretativos del artículo 1.5 ET)”, ACTUALIDAD LABORAL, nº 33/1985, p. 1655.

⁶ Álvarez del Cuvillo, A., “El centro de trabajo...”, op. cit., REDT, nº 188/2016, p. 5-6.

⁷ Cruz Villalón, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo: un marco legal insuficiente*, Trotta, Madrid, 1992, p. 34; Sala Franco, T. y Ramírez Martínez, J.M., “El concepto de ...”, op. cit., AL, nº 33/1985, p. 1655.

⁸ Para el Tribunal Supremo, el centro de trabajo se define como la “unidad productiva, con organización específica y funcionamiento autónomo, aun no siendo independiente del conjunto de la empresa, y que tiene efectos y repercusiones específicas en el ámbito laboral” (por ejemplo, SSTS de 17 de septiembre de 2004, rec. nº 81/2003; de 11 de febrero de 2015, rec. ud. Nº 2872/2013).

⁹ Álvarez del Cuvillo, A., “El centro de trabajo...”, op. cit., REDT, nº 188/2016, p. 9, que realiza un muy útil trabajo de sistematización, distinguiendo los rasgos de individualización de la unidad productiva que permiten presumir organización propia y los rasgos referidos directamente a la organización del trabajo o a la interlocución laboral.

¹⁰ Como lo denomina Cruz Villalón, J., *La representación de los trabajadores...*, op. cit., 1992, p. 32). Este factor permite contemplar la existencia de un conjunto de medios materiales y de capital propios de una determinada unidad productiva que habría de implicar una organización capaz de gestionarlo.

existencia previa de órganos de representación de los trabajadores o de procesos de negociación o consulta formales o informales; o cumplimiento de diversas obligaciones administrativas. Todos ellos no deben coexistir necesariamente, sino que ofrecen una parrilla de lectura y elementos de apreciación desde una perspectiva general.

Se han de añadir tres consideraciones complementarias.

Por una parte, la jurisprudencia demuestra una gran facilidad para considerar pequeños centros de trabajo como centros de trabajo, especialmente a efectos electorales¹¹.

Por otra parte, el protagonismo del ámbito provincial, debido al radio de acción limitado y a la falta de herramientas de coordinación de los árbitros provinciales¹², así como a las competencias de los juzgados de lo Social¹³, limita, en gran medida, una labor de homogeneización a las soluciones aportadas en el ámbito de cada provincia.

Finalmente, las organizaciones sindicales se enfrentan a grandes dificultades para aportar elementos fácticos que corroboran la delimitación de la empresa en centros de trabajo en caso de litigio con ocasión de la presentación del preaviso electoral¹⁴.

Así, en la práctica, la materia se caracteriza por mucha casuística y por la ausencia de una delimitación clara y homogénea de los criterios definitorios del artículo 1.5 ET o 15 RD 1844/1994¹⁵.

¹¹ Ver Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia y los inconvenientes del modelo de representación unitaria de los trabajadores por centros de trabajo. Por un nuevo modelo basado en la empresa, la negociación colectiva y no encorsetado a nivel provincial”, REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº194/2017, versión digital, p 4, que cita, por ejemplo, STS de 14 de julio de 2016, rec. nº 161/2015; STS de 31 de enero de 2001, rec. nº 1959/2000; STS de 19 de marzo de 2001, rec. n 2012/2000; o STS de 20 de febrero de 2008, nº rec. 77/2007.

¹² El artículo 76 ET, así como la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social establecen la obligatoriedad de la vía arbitral para todo lo relativo a la promoción electoral.

¹³ Art. 127.2 LRJS que regula la impugnación judicial del laudo arbitral en materia electoral, estableciendo la competencia exclusiva del Juzgado de lo Social de la provincia correspondiente (art. 10.2.g] LRJS), así como la imposibilidad de recurso de duplicación (art. 191.2.c] LRJS), salvo si se ha de apreciar posible lesión del derecho fundamental de libertad sindical (ver art. 184 LRJS y la acumulabilidad de acciones del artículo 26.2 LRJS).

¹⁴ Lo que Álvarez del Cuvillo denomina la “carga de la persuasión” (“El centro de trabajo...”, op. cit., REDT, nº 188/2016, p. 17 y ss.).

¹⁵ Así, la doctrina ha señalado con acierto que “seguirá campando el tacticismo, el empresarial y el sindical, tan pronto partidarios del lugar de trabajo como del centro de trabajo según convenga en cada convocatoria electoral” (ver Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº194/2017, versión digital, p. 20).

2.2. El centro de trabajo como unidad electoral básica

La definición del centro de trabajo posee gran transcendencia en materia electoral, pues se confunde con la unidad o circunscripción electoral. Es decir, no se ha de celebrar un proceso electoral en una empresa que dispone de estructura compleja, sino que se ha de desarrollar en cada centro de trabajo de forma independiente.

La jurisprudencia del TS ha consagrado sin ambages esta idea considerando que, independientemente de la estructura compleja de la empresa, la unidad electoral básica se refiere al centro de trabajo, con la única excepción del comité conjunto del artículo 63.2 ET¹⁶. Así, la equiparación entre centro de trabajo y unidad electoral conduce a considerar que los elementos definitorios del centro de trabajo permiten definir la unidad electoral.

Esta equiparación entre centro de trabajo y unidad electoral descansa sobre el principio de inmediación, es decir, sobre la necesidad de garantizar la proximidad y de fomentar el contacto directo entre representantes y representados¹⁷.

En este marco, el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación muy restrictiva de esta equiparación, excluyendo cualquier tipo de acomodación o adaptación en función de las realidades empresariales, con la salvedad de la excepción, legalmente contemplada, del comité conjunto del artículo 63.2 ET.

En este sentido, bien conocidas son sus posiciones, que impiden la elección del delegado de personal conjunto, por analogía al comité de empresa conjunto¹⁸, o a la agrupación de los centros con menos de 11 trabajadores en el seno del comité de empresa conjunto¹⁹. Fundamentalmente, subrayando la configuración legal del

¹⁶ STS de 18 de junio de 1993, nº rec. 1576/1991. La STS 19 de marzo de 2001 afirma que hay que “distinguir entre las empresas de estructura u organización funcional simple, entendiendo por tales aquellas en que la empresa, concepto jurídico-económico e inmaterial, asienta físicamente su actividad sobre un único centro de trabajo, y las de estructura más compleja o múltiple, que la desarrollan en varios centros. Para las primeras, la expresión “empresa o centro de trabajo”, denota equivalencia, ya que la elección de representantes deberá necesariamente llevarse a cabo en la empresa, o “lo que es lo mismo”, en el único centro de trabajo que constituye su base física. Para las de organización compleja o múltiple, donde tal equivalencia no es posible, no opera ya la disyuntiva y el precepto establece el centro de trabajo como única unidad electoral, sin otorgar ninguna facultad de opción a los promotores”.

¹⁷ Borrajo Dacruz, E., “Delegados sindicales: ¿En la empresa o en el centro de trabajo?”, ACTUALIDAD LABORAL, nº 34/1987, p. 1854; Cruz Villalón, J., *La representación de los trabajadores...*, op. cit., 1992, p. 43 y ss.

¹⁸ STS 31 de enero de 2001, rec. 1959/2000 y STS 19 de marzo de 2001, rec. nº 2012/2000.

¹⁹ STS de 20 de febrero de 2008, rec. nº 77/2007. Ver Cabeza Pereiro, J., “Al paso de la jurisprudencia del TS relativa a las unidades electorales, después de la S. de 20 de febrero 2008”, RELACIONES LABORALES, nº 2/2008, p. 569.

derecho de participación, el TS realiza una interpretación estricta de la ley y se basa en dos consideraciones para justificar su posición. Por una parte, los artículos 62 y 63 ET son de derecho necesario absoluto y no aceptan modificaciones o adaptaciones. Se trataría de una consecuencia directa de la doble finalidad de las elecciones de los representantes de los trabajadores en las empresas que permiten, a la vez, medir la audiencia electoral de las organizaciones sindicales y, consecuentemente, determinar su representatividad. Por otra parte, alude, especialmente para la exclusión de los centros con menos de 11 trabajadores del comité de empresa conjunto, a la necesidad de mantener el carácter voluntario de la existencia de representación de los trabajadores en las empresas de entre 6 y 10 trabajadores²⁰.

Los argumentos del Tribunal Supremo no acaban de convencer.

Por una parte, respecto al carácter indisponible del marco legal, el TS ha admitido la constitución de comité de grupo, carente de fundamentos legales²¹. Al margen de ello, en la práctica, si no hay impugnación del preaviso electoral y, por lo tanto, del reparto de la empresa en centros de trabajo, cabe cualquier posibilidad. En este sentido, el propio TS alude, si bien en un asunto en relación con la representación sindical, a un “centro de trabajo virtual derivado de agrupar varios de ellos”, reconociéndole así cierta relevancia²². Incluso en caso de impugnación, si bien no es unánime, los árbitros y la doctrina judicial han podido dar su beneplácito a acuerdos colectivos que establecen una unidad electoral distinta al centro de trabajo o a la empresa, siempre y cuando se trate de supuestos no previstos expresamente por el legislador y, además, sin empeoramiento evidente de la regulación legal²³. Esta desconexión con la realidad y con el consenso que puede

²⁰ Para la TS, “esta falta de concordancia entre el ámbito de la representación y el ámbito de la elección ha podido desvirtuar la voluntad de los trabajadores de dicho centro de trabajo que son, como es lógico, los únicos con derecho de sufragio activo en la elección de su delegado de personal” (STS 14 de junio de 2011, rec. ud. nº 140/2010).

²¹ STS de 27 de abril de 1995, rec. nº 2858/1993, en la cual los jueces afirman que “aunque el artículo 63.3 del Estatuto de los Trabajadores lo regula exclusivamente para una sola empresa, es admisible la validez de este órgano, pues el artículo 61 del Estatuto de los Trabajadores previene la posibilidad de otras formas de participación de los trabajadores, aparte de las previstas en la Ley”.

²² STS de 21 de junio de 2016, rec. 182/2015.

²³ Por ejemplo, el caso RENFE (acuerdo de 28 de noviembre de 2014 que establece centros de trabajo del grupo en su conjunto, eludiendo el ámbito empresarial). Ver Vivero Serrano, J. B., “La validez de las elecciones sindicales en el grupo de empresas RENFE y las deficiencias del modelo provincial de impugnaciones”, TRABAJO Y DERECHO, nº 6/2015, p. 145 y como. Álvarez del Cuvillo, A., “El centro de trabajo...”, op. cit., REDT, nº 188/2016.

existir en la práctica, hacen aún menos comprensible y convincente la posición del Tribunal Supremo²⁴.

Por otra parte, respecto al carácter voluntario de la constitución de la representación de los trabajadores en las empresas de entre 6 y 10 trabajadores, resulta llamativa la posición del Tribunal Supremo que parece eludir la del Tribunal Constitucional, muy en línea con la promoción sindical, que admite, por el contrario, el acuerdo mayoritario tácito en las empresas de entre 6 y 10 trabajadores, permitiendo a los sindicatos tomar la iniciativa con el respaldo posterior de la mayoría de los trabajadores afectados²⁵.

Finalmente, esta interpretación podría chocar con el marco constitucional y, sobre todo, europeo. En el plano constitucional, no da cabida al derecho de participación de los trabajadores del artículo 129.2 CE, que, aunque sea de carácter programático y subordinado al desarrollo legal, encomienda a todos los poderes públicos, incluido el judicial, a promover de forma eficaz las diversas formas de participación en la empresa. Igualmente, se podría invocar el artículo 9.2 CE que debería conducir, de nuevo, a todos poderes públicos a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” y a “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”²⁶.

En el plano europeo, un autor hace referencia al derecho fundamental de información y consulta del artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la directiva 2002/14 y a la jurisprudencia del TJUE²⁷. Otro autor

²⁴ Gómez Abelleira, F.J., “La representación de los trabajadores en pequeñas empresas”, en Mercader Uguina, J. (dir.), *Las relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas. Problemas actuales y perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 181, para quien el carácter imperativo de las reglas legales no convence ya que “permitir que por acuerdo entre empresa y trabajadores se celebren elecciones en centros de trabajo con menos de seis trabajadores no ha de producir efectos negativos en aquel sistema”. puesto que las elecciones a representantes unitarios proyectan sus efectos sobre el sistema de representatividad sindical, debiera permitirse la máxima extensión de aquellas, a fin de que este sistema sea justamente lo más representativo posible”.

²⁵ STC 36/2004 de 8 de marzo. Ver los argumentos de Cabeza, J., *Las elecciones sindicales*, 2ª ed., Bomarzo, 2018, p. 33, que afirma a modo de conclusión que “la doctrina del TS no guarda una coherencia suficiente con el principio de interpretación no restrictiva del derecho del art. 28.1 CE”

²⁶ Escudero Rodríguez, R. “Otras formas de acreditar la mayor representatividad: la dificultad de encontrar un criterio alternativo al de audiencia electoral”, *REVISTA DERECHO DE LAS RELACIONES LABORALES*, nº 1/2016, p. 48.

²⁷ Gómez Abelleira, F.J., “La representación...”, op. cit., p. 181, que ha hace referencia al considerando 16 de la Directiva 2002/14 (“La presente Directiva no afecta a los sistemas que prevén medios de participación directa de los trabajadores, siempre que éstos tengan en todo caso

elabora una crítica a la posición restrictiva del Tribunal Supremo, considerando que “la jurisprudencia del TS afecta negativamente los derechos de información, consulta y participación en materia de seguridad y salud” y “produce que haya una apariencia de incompatibilidad” entre los derechos de información, consulta y representación y defensa colectiva de los trabajadores, reconocidos en el art. 153 del TFUE”²⁸.

En todo caso, además de poder producir perjuicios a la parte patronal, especialmente en materia de negociación colectiva²⁹, esta jurisprudencia tiene la lamentable consecuencia de excluir a un número considerable de trabajadores de procesos electorales y, por ende, de privarles de representación.

Desde luego, ello no constituye una cuestión nueva y exclusivamente conectada con la equiparación entre centro de trabajo y unidad electoral.

En efecto, la fijación de un umbral de al menos 6 trabajadores para que exista una representación de los trabajadores estructurada y con garantías, afecta a las empresas con un solo centro de trabajo, las más numerosas en España, y a sus trabajadores. Se considera que, en estas estructuras, puede existir un diálogo directo entre el empresario y sus trabajadores.

Todo ello resulta aún más problemático a sabiendas de que son las elecciones reguladas en el Título II del ET las que permiten medir la audiencia electoral de las organizaciones sindicales a efectos de representatividad sindical³⁰. Entrar en más

la posibilidad de ejercer el derecho a la información y a la consulta a través de sus representantes”), así como a las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE C-382/92 y C-383/92: “la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas oportunas para que sean designados los representantes de los trabajadores con vistas a la información y consulta”.

²⁸ Cabeza, J., *Las elecciones...*, 2018, p. 35 y ss. Especialmente en relación con las directivas 2009/38/CE sobre constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta, 2001/86/CE y 2003/72/CE, sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea y en la sociedad cooperativa europea, y 2001/23/CE sobre transmisión de empresa.

²⁹ Salvo a negociar con la representación sindical, en las empresas de estructura compleja que no cuentan en todos sus centros de trabajo de una representación estatutaria, resulta imposible para el empleador contar con un convenio colectivo empresarial cuya aplicación preferencial respecto al ámbito sectorial se encuentra fuertemente consolidada a partir de la reforma de 2012 (art. 84.2 ET). Bien conocida es la posición del TS al respecto que declara, en virtud del principio de correspondencia, la nulidad de un convenio de empresa cuyo ámbito de aplicación contempla la empresa en su globalidad (ver STS, de 20 de mayo de 2015, nº rec. 6/2014). A su vez, la parte patronal ve su margen de acción aún más reducido, dada la STS de 10 de julio de 2019, nº rec. 49/2081, que afirma que el convenio colectivo de centro de trabajo no es un convenio de empresa a efectos de la prioridad aplicativa del art. 84.2 ET.

³⁰ Lahera Forteza, J., “Crisis de la representatividad sindical: propuestas de reforma”, *REVISTA INTERNACIONAL Y COMPARADA DE RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*, 2/2016, vol. 4, p. 6.

valoraciones nos conduciría a extremos que se apartan del propósito del presente trabajo. Sin embargo, no deja de ser lamentable que un número importantísimo de trabajadores no pueda participar en la determinación de la representatividad sindical de las organizaciones sindicales que, de hecho, defienden sus intereses en los ámbitos sectoriales o interprofesional. Esta situación resulta aún más lamentable cuando se trata de trabajadores que desempeñan su actividad en pequeños centros de trabajo que forman parte de grandes empresas implantadas en un extenso territorio.

Esta modelo de empresa ilustra un proceso de fragmentación de las empresas, favorecido por la diversidad de los modelos de estructuración empresarial³¹. Junto con la extensión masiva de las nuevas tecnologías, representan dos factores que hacen más visibles las carencias de una equiparación estricta entre centro de trabajo y unidad electoral.

3. FACTORES POTENCIADORES DE LAS CARENCIAS DE LA EQUIPARACIÓN Estricta CENTRO DE TRABAJO-UNIDAD ELECTORAL

3.1. La fragmentación de las empresas

Las políticas empresariales que tienden a fragmentar o reducir la dimensión de los centros de trabajo que forman la estructura empresarial, se plasman de manera paradigmática a través de las contrata y subcontratas, cuando los trabajadores de la empresa contratista ejecutan la actividad en los locales de la empresa principal.

Las reformas legales intervenidas desde el ET-80 en materia de contrata no han impactado directamente en a la cuestión de la determinación del centro de trabajo a efectos de elecciones sindicales³². Sin embargo, los supuestos de contrata agudizan las problemáticas antes señaladas y, ello, en un doble sentido.

Por un lado, el uso extensivo de la contrata reduce la plantilla de los centros de las empresas principales, recurriendo a trabajadores de otras empresas para llevar a cabo parte del proceso de producción o desempeñar actividades antes realizadas por ellas directamente. Así, se dificulta el cumplimiento de los umbrales necesarios para la instauración obligatoria de una representación de los trabajadores o se reduce el número de representantes exigidos.

³¹ Además de una economía basada en el tercer sector, centrada en los servicios (Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº194/2017, versión digital, p 4).

³² Así, RDL 5/2006 de 9 de junio y la posterior Ley 43/2006 de 29 de diciembre, así como Ley 32/2006 relativa al sector de la construcción.

Por otro lado, conduce a determinar si el lugar de ejecución de la prestación de los trabajadores de la empresa contratista en los locales de la empresa principal constituye o no un centro de trabajo y si, consecuidamente, se ha de elegir, en su caso, una representación de los trabajadores. No nos corresponde aquí analizar el marco de determinación de los centros de trabajo³³, pero sí contemplar sus consecuencias sobre la representación de los trabajadores.

Si el lugar de ejecución de la prestación de servicios de los trabajadores contratistas en los locales de la empresa principal se considera centro de trabajo, siempre y cuando se cumpla el umbral exigido, deberán existir representantes de los trabajadores. Podrán coordinarse con los representantes de los trabajadores de la empresa principal, respecto a las condiciones de ejecución de la actividad laboral (art. 42.7 ET). Si se considera centro de trabajo y que no se alcanza el umbral mínimo, no participarán en ningún proceso electoral y la implantación sindical resulta compleja y poco atractiva³⁴. En este caso, se aplican las previsiones del artículo 42.6 ET, que instaura un canal de representación limitado de los trabajadores de la contratista sin representantes ante la empresa principal. Ahora bien, si se considera lugar de trabajo, independientemente del número de trabajadores, los trabajadores deberán ser adscritos a un centro de trabajo donde podrán participar en un proceso electoral. En este caso, existirá un distanciamiento físico entre, de un lado, estos trabajadores y, de otro lado, el centro de decisión de la empresa y sus representantes³⁵.

Por otra parte, los supuestos de sucesión de contratistas dan pie, en muchas ocasiones, a la subrogación de los trabajadores de la empresa saliente, lo que puede surtir efectos sobre sus órganos de representación, así como sobre los de la empresa entrante.

Así, en caso de subrogación, se verán afectadas las plantillas de ambas empresas, la saliente y la entrante, lo que conduce a examinar el cumplimiento de los umbrales de ambas empresas, especialmente si no se reconoce la existencia de centro de trabajo en el lugar de prestación del servicio.

Justamente, respecto al reconocimiento de un centro de trabajo en el marco de la contrata cuando la actividad se ejerce en la empresa cliente, la subrogación otorga

³³ Ver, entre otros, Molero Marañón, M^a.L., “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación”, en Valdés Dal-Ré, F., y Molero Marañón, M^a.L., *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010, pp. 71 ss.; Álvarez del Cuvillo, A., “El centro de trabajo...”, op. cit., REDT, n^o 188/2016, p. 26.

³⁴ En efecto, no existe a priori un interés especial de las organizaciones sindicales de implantarse, pues estos trabajadores ni siquiera participan a ningún proceso electoral que sea destinado, al menos, a medir la representatividad sindical.

³⁵ Lahera Forteza, J., “Crisis de la...”, op. cit., RICRLDE, 2/2016, vol. 4, p. 7.

cierta estabilidad a la colectividad de trabajadores, lo que constituye un indicio que tiende a facilitar su reconocimiento³⁶, si bien el empleador entrante podría modificar la organización existente haciendo perder autonomía a la estructura transmitida³⁷ y neutralizar las reglas del artículo 44.5 ET³⁸.

3.2. La extensión masiva de las nuevas tecnologías

La extensión masiva y democratización de las nuevas tecnologías tienen varios impactos sobre los procesos de determinación de los centros de trabajo y sobre la constitución de la representación de los trabajadores.

En primer lugar y en eco con las consideraciones anteriores, las nuevas tecnologías participan en el fenómeno de fragmentación de las empresas, por el hecho de hacer aún más borrosos los elementos de definición del centro de trabajo, especialmente el de organización específica³⁹. En efecto, permiten fluidez e inmediatez en los intercambios de información y proporcionan herramientas de control que hacen inútil la presencia física del trabajador en los locales de los centros de trabajo de la empresa o la cercanía con un superior jerárquico. En este marco, se produce una centralización del poder de decisión, lo que puede conducir a diluir la organización específica y a convertir un centro de trabajo en un mero lugar de trabajo, sin representación de los trabajadores propia, desconectado del poder de decisión.

En segundo lugar, la democratización de las nuevas tecnologías ha permitido la emergencia de nuevas formas de trabajo.

Por un lado, en el marco del teletrabajo, como modalidad de trabajo a domicilio, los trabajadores han de ser adscritos formalmente a un centro de trabajo⁴⁰

³⁶ Fito Ortega, F., “La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de representación en la empresa”, DOCUMENTACIÓN LABORAL, nº 107/2016, p. 40-42 que repasa la jurisprudencia que reconoce la existencia de un centro de trabajo en estos supuestos. A su vez, señala que se trata en la mayoría de los casos, de centros de trabajo de pequeñas dimensiones, lo que provoca que el reconocimiento de centro de trabajo pueda tener un efecto, contrario al perseguido, de deber constituir un comité conjunto, provocando un alejamiento entre representantes y representados.

³⁷ Fito Ortega, F., “La incidencia...”, op. cit., DL, nº 107/2016, p. 42. Sin embargo, otro autor señala que, en la práctica, se suele mantener la representación de los trabajadores de la unidad transferida, o bien gracias a la aplicación de cláusulas convencionales de subrogación o de las condiciones de la concesión, o bien para evitar conflictos innecesarios (Álvarez del Cuvillo, A., “El centro de trabajo...”, op. cit., REDT, nº 188/2016).

³⁸ Que obliga a la nueva contratista a mantener la representación de los trabajadores, si hubiese.

³⁹ Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº 194/2017, versión digital.

⁴⁰ Art. 13.5 ET.

y participarán, en su caso, en los procesos electorales de su empresa. Ahora bien, en estos casos, se trata de determinar en qué centro, y en función de qué criterios, se han de adscribir los teletrabajadores, si la empresa se compone de varios. El Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia proclama el derecho de las personas trabajadoras a distancia “a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas”, pero remite esta cuestión a la negociación colectiva⁴¹.

Igualmente, el cambio organizacional de la empresa a esa modalidad de trabajo puede conducir a la desaparición del centro de trabajo físico en el cual los trabajadores desempeñaban anteriormente su actividad. En este caso, cabe plantearse la permanencia de la representación de los trabajadores constituida en los centros de trabajo físico suprimidos a consecuencia de la implantación del teletrabajo. Este supuesto ha sido objeto de una sentencia del Tribunal Supremo en 2017, que considera, si bien sin unanimidad y con excepciones, que “la desaparición de un centro de trabajo implica la finalización del mandato representativo de los representantes del indicado centro”⁴².

Por otro lado, cabe traer a colación el supuesto extremo de digitalización completa de la empresa. Para estos trabajadores, no existen centros de trabajo y la unidad electoral se traslada a la empresa en su globalidad, “bien es cierto que, a partir de una espiritualización del centro de trabajo, por lo demás perfectamente posible en el marco de la definición legal del artículo 1.5_ET”⁴³. Ahora bien, esta centralización de la representación de los trabajadores, produce una situación de aislamiento de los trabajadores y una desconexión aún mayor entre representantes y representados. En este sentido el artículo 19.2 del RD 28/2020 presta atención a la obligación de la empresa de garantizar y apoyar la comunicación entre representantes y representados. Sin embargo, no parece tomar en consideración la realidad de las empresas digitalizadas, pues sigue exigiendo la “participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales” (art.

⁴¹ Artículo 19. Derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia.

⁴² STS 28 de abril de 2017, rec. n.º 124/2016, ver García Campá, S., “La noción de centro de trabajo ¿varía según se constituya o extinga la representación legal de los trabajadores?: El caso de los teletrabajadores”, NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, n.º 202/2017, p. 289.

⁴³ Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, n.º194/2017, versión digital. De hecho, señala que, más que la determinación del centro de trabajo, la mayor dificultad a la celebración de elecciones sindicales en estas nuevas empresas tecnológicas y colaborativas, reside en “el perfil profesional y cultural de sus trabajadores asalariados más individual que colectivo” y en la poca implantación sindical. Igualmente, ver Garrido Pérez, E., “la representación de los trabajadores al servicio de empresas colaborativas”, REVISTA DE DERECHO SOCIAL, n.º 80/2017, p. 219

19.3 RD 28/2020), es decir, no parece muy adaptado a una empresa con actividad y trabajadores implantados en todo el territorio nacional, pero con un único centro físico de trabajo e, incluso, sin sede física como tal. Al contrario, la fórmula inicial del artículo 19 parece, al contrario, lo suficientemente amplia como para exigir obligación empresarial en todas las situaciones⁴⁴.

4. LA UNIDAD ELECTORAL: PROPUESTAS DE REFORMAS

Antes de abordar las propuestas de reformas avanzadas, resulta interesante formular algunas consideraciones respecto al derecho positivo que contempla ya, dentro y fuera del ET, alternativas al centro de trabajo del artículo 1.5 ET.

4.1. Las alternativas al centro de trabajo del artículo 1.5 ET, fuera y dentro del ET

Paradójicamente, desde su promulgación en 1980⁴⁵, el ET permite, en virtud de su vigente disposición final 2.2 ET, la adaptación del marco legal a la diversidad de las estructuras empresariales y la constitución de unidades electorales distintas al centro de trabajo. Sin embargo, esta posibilidad se ha aprovechado de manera aislada y puntual en los sectores de la marina mercante y la flota pesquera⁴⁶. En definitiva, el ET contempla la heterogeneidad de las estructuras empresariales en materia electoral, pero no se aprovechó la oportunidad brindada.

Si nos referimos a otras normas, el ordenamiento jurídico español reconoce ya el carácter polisémico del concepto de centro de trabajo, por lo que la construcción de un concepto propio y distinto de centro de trabajo como unidad electoral no resultaría extraño. En este sentido, el concepto de centro de trabajo tiene, hoy en día, diferentes significados según la materia considerada y la norma que lo regula⁴⁷.

⁴⁴ Art. 19.3 RD 28/2020: “Deberá garantizarse que las personas trabajadoras a distancia pueden participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales [...]”.

⁴⁵ Para una comparación con la regulación anterior, ver Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº194/2017, versión digital.

⁴⁶ Arts. 15 a 20 RD 1844/1994 en virtud de los cuales se fija como unidad electoral la empresa y no los diferentes buques (asimilados a los centros de trabajo).

⁴⁷ Dicho de otro modo, el concepto de centro de trabajo posee una “realidad maleable en función de las finalidades perseguidas por las distintas normas que al mismo se refieren” (Fito Ortega, F., “La incidencia...”, op. cit., DL, nº 107/2016, p. 37).

En las administraciones públicas, la unidad electoral de referencia se construye a partir de un concepto propio de centro de trabajo muy alejado del concepto general del artículo 1.5 ET⁴⁸.

En materia de PRL respecto a la coordinación de actividades empresariales en caso de que trabajadores de varias empresas desempeñen su actividad en un mismo centro, se entiende el centro de trabajo de forma muy extensa y flexible, como lo ilustra la definición del artículo 2 del RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales. El centro de trabajo corresponde a “cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”⁴⁹.

Para la representación sindical, el Tribunal Supremo considera, tras cambios jurisprudenciales, que la conjunción “o” del artículo 10.1 LOLS, ha de permitir la designación del delegado sindical tomando en cuenta la empresa en su globalidad o el centro de trabajo⁵⁰. Incluso, admite que se tomen en consideración la agrupación de algunos centros de trabajo de la empresa⁵¹.

Siguiendo la idea de la posibilidad de adoptar, según el caso concreto, la empresa en su globalidad o el centro de trabajo como ámbito de apreciación de una institución jurídica, cabe hacer referencia al impacto de la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación del artículo 51 ET realizada por el TS en materia de despido colectivo, en cuanto al ámbito de apreciación del número de trabajadores a partir del cual hay que considerar el despido colectivo⁵².

⁴⁸ DA 3.ª del RD 1844/1994: “En las Administraciones Públicas, [...], constituirá un único centro de trabajo la totalidad de establecimientos dependientes del departamento u organismo de que se trate, que radique en una misma provincia, siempre que los trabajadores afectados se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de un mismo Convenio Colectivo”.

⁴⁹ STS 22 de noviembre 2001, rec. ud. nº 3904/2001.

⁵⁰ STS de 18 de julio de 2014, rec. nº 91/2013. En un primer momento, el TS consideró que la exigencia de 250 trabajadores se había de apreciar en el centro de trabajo en caso de empresa de estructura compleja (por ejemplo, STS de 10 de noviembre de 1998, rec. ud. nº 2123/1998).

⁵¹ STS de 21 de junio de 2016, rec. nº 182/2015. Al respecto, la doctrina ha señalado con acierto que ello conduce a un “doble modelo de conformación de la plantilla de trabajadores objeto de representación colectiva” en las empresas complejas: “el modelo legal (y judicial) de representación unitaria o electiva basado imperativamente en los centros de trabajo y el modelo legal (y judicial) de representaciones sindicales basado alternativamente en la empresa compleja o en los centros de trabajo” (ver Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº194/2017, versión digital, p. 2 y ss.).

⁵² STS de 18 de marzo de 2009, rec. ud. nº 1878/2008 y STJUE de 13 de mayo de 2015, asunto C-392/13, Rabal Cañas (para profundizar, ver Cabeza Pereiro, Jaime “La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas”, Trabajo y Derecho, nº 10, 2015).

4.2. Propuestas de reformas

Sin ánimo de exhaustividad, podríamos distinguir las numerosas propuestas de modificaciones en función de su alcance y de su profundidad.

Respecto a las propuestas de reformas más puntuales, para hacer frente a la exclusión de los centros con menos de 11 trabajadores del comité de empresa conjunto, un sector de la doctrina propone la supresión de la exigencia de acuerdo mayoritario en estas empresas o centro para la constitución de una representación electiva, rebajando de hecho el umbral para la constitución de representación electiva a las unidades de al menos 6 trabajadores⁵³. Igualmente, para colmar la necesidad de instaurar un órgano en el ámbito de la empresa en su conjunto, se podría fortalecer el comité intercentros que se convertiría en obligatorio y se vería dotado de prerrogativas establecidas en la ley⁵⁴. Finalmente, para contrarrestar la interpretación del TS, se ha propuesto incluir a todos los trabajadores de los centros con menos de 11 trabajadores en el comité de empresa conjunto o, en su caso, mediante la figura del delegado de personal conjunto, todo ello otorgando disponibilidad a la negociación colectiva y eliminando la restricción geográfica del ámbito provincial⁵⁵.

Sin embargo, parece existir un consenso sobre la necesidad de una reforma de calado, en la cual se otorgue protagonismo a la negociación colectiva⁵⁶, alejándose de la determinación sindical de la unidad electoral en un marco legal encorsetado, que permita la asociación del empleador al proceso⁵⁷.

En este marco, se trataría de establecer, con una hábil combinación, reglas legales imperativas y subsidiarias, imponiendo algunos aspectos, pero dejando cierto margen de maniobra a la negociación colectiva⁵⁸.

En todo caso, la remisión a la negociación colectiva implica contemplar una solución alternativa en defecto de acuerdo. La doctrina más autorizada considera

⁵³ Cruz Villalón, J., “Una propuesta...”, op. cit., RGDS, nº 1/2016, p. 63.

⁵⁴ Cruz Villalón, J., “Una propuesta...”, op. cit., RGDS, nº 1/2016, p. 60. Señalando también la importancia del comité de centro, ver Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº194/2017, versión digital.

⁵⁵ Gómez Abelleira, F.J., “La representación...”, op. cit., p. 193.

⁵⁶ Papel actualmente limitado al comité intercentros (art. 63.3 ET) y la adaptación de la representación en materia de salud y seguridad (art. 35.4 LPRL).

⁵⁷ Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº194/2017, versión digital, que resalta que, dado el papel de la negociación colectiva en detrimento del reglamento en el derecho del trabajo, “si el reglamento permite la adaptación (DF 2.2. ET), cabe admitir, por lo tanto, la intervención de la negociación colectiva en la materia”.

⁵⁸ Cruz Villalón, J., “Una propuesta...”, op. cit., RGDS, nº 1/2016, p. 61 y Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº194/2017, versión digital.

que la regla legal de principio debería ser la fijación de la empresa como unidad electoral de referencia, salvo acuerdo colectivo que disponga otra cosa⁵⁹. Ello no impediría a la negociación colectiva establecer representantes en ámbitos más reducidos, para evitar los riesgos de desconexión entre representantes y representados⁶⁰.

Ahora bien, la elevación de la unidad electoral en el ámbito global de la empresa impacta sobre las condiciones de medición de las elecciones de los representantes y, por ende, de la representatividad sindical, pues resulta necesario contar con más votos para obtener un representante en una unidad de gran dimensión, que en una de dimensión más reducida. En este sentido y de forma coherente, se propone tomar como referencia para medir la audiencia electoral el porcentaje de votos obtenidos y no el porcentaje de representantes electos⁶¹.

Respecto al supuesto de contratas, para mayor seguridad jurídica y garantizar el derecho a la participación de los trabajadores, un autor señala la posibilidad de inspirarse de las reglas europeas previstas para las empresas de trabajo temporal⁶². Otra autora propone la instauración, mediante negociación colectiva, de estructuras específicas, como el comité intercontratas⁶³.

En todo caso, al margen de la definición legal, resulta imprescindible reforzar la seguridad jurídica en la materia. Para ello, la superación del ámbito provincial es una necesidad, especialmente en materia de convocatoria y de impugnación. En este sentido, un autor avanza la creación de un cuerpo de árbitros con competencias

⁵⁹ Cruz Villalón, J., *La representación de...*, op. cit., p. 42, que subraya que el ejercicio de las competencias de los representantes unitarios se encuadra en mayor medida en la empresa. Sobre la preferencia por el ámbito empresarial, ver también Casas Baamonde, M.E., “La necesaria reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores”, en Cruz Villalón, J.; Menéndez Calvo, R. y Nogueira Guastavino, M., *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*. Bomarzo. Albacete, 2017; y Lahera Forteza, J., “Crisis de la...”, op. cit., RICRLDE, 2/2016, vol. 4, p. 7; Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº194/2017, versión digital.

⁶⁰ Cruz Villalón, J., *La representación de...*, op. cit., p. 42 y Lahera Forteza, J., “Crisis de la...”, op. cit., RICRLDE, 2/2016, vol. 4, p. 7

⁶¹ Cruz Villalón, J., “Una propuesta...”, op. cit., RGDS, nº 1/2016, p. 61-62; Escudero Rodríguez, R. “Otras formas de acreditar la mayor representatividad: la dificultad de encontrar un criterio alternativo al de audiencia electoral”, *REVISTA DERECHO DE LAS RELACIONES LABORALES*, nº 1/2016, p. 48; También Lahera Forteza, J., “Crisis de la...”, op. cit., RICRLDE, 2/2016, vol. 4, p. 8 y 15.

⁶² Que contempla la inclusión de los trabajadores temporales para el cálculo del umbral que conduce a la constitución de órganos de representación de los trabajadores (art. 7.2 de la directiva 2008/104/CE de 19 de noviembre de 2008), ver Fito Ortega, F., “La incidencia...”, op. cit., DL, nº 107/2016, p. 44).

⁶³ Quintanilla Navarro, B., “La necesaria adaptación de las estructuras de representación en la empresa”, *CUADERNOS DE RELACIONES LABORALES*, nº 2/2007, p. 101.

supraprovinciales⁶⁴, así como la oportunidad de una reforma procesal que permitiría un labor de homogeneización de los tribunales superiores de justicia, la intervención de la Audiencia Nacional, así como la articulación entre arbitraje e intervención judicial⁶⁵.

5. LA PERSPECTIVA FRANCESA

En Francia, como desarrollo del derecho constitucional de participación, reconocido a los trabajadores a través de sus representantes⁶⁶, el artículo L. 2313-1 CT se refiere al comité social y económico (en adelante CSE) que se constituye en el ámbito de la empresa. Sin embargo, acto seguido, precisa que, en las empresas que cuentan con, al menos, 50 trabajadores y, al menos, dos centros de trabajo distintos, se constituyen CSE de centros y un CSE central de empresa.

En este marco, el núcleo de las cuestiones gira en torno a la definición del centro de trabajo distinto, que constituye la unidad electoral de referencia en las empresas de estructura compleja. Sin entrar ahora en mayores detalles, se ha de señalar que esta noción se limita a la representación del personal en las empresas y no se extiende a otras cuestiones.

Para contemplar la regulación francesa, resulta conveniente articular la exposición en tres etapas. En primer lugar, cabe formular algunas consideraciones en torno a la configuración de la representación de los trabajadores a partir de la ordenanza n° 2017-1386 de 22 de septiembre de 2017. En efecto, tras varias reformas de calado, se observa un acercamiento muy importante al derecho español en la materia.

En segundo lugar, se abordará el proceso de determinación de los centros de trabajo distintos en las empresas de estructura compleja, proceso que otorga un papel preferencial a la negociación colectiva.

En tercer lugar, convendrá tratar el proceso de determinación de los centros de trabajo distintos en caso de no alcanzar un acuerdo colectivo al respecto.

⁶⁴ A nuestro parecer, resulta imprescindible, al menos, la previsión de mecanismos y herramientas de coordinación entre los diferentes árbitros, no solo a nivel nacional sino incluso provincial.

⁶⁵ Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, n°194/2017, versión digital.

⁶⁶ En virtud del párrafo 8 del Preámbulo de la Constitución de 1946, “Todo trabajador participa, a través sus delegados, a la determinación colectiva de las condiciones de trabajo, así como a la gestión de la empresa” (Odoul-Asorey, I, “Principe de participation des travailleurs et droit du travail”, DROIT SOCIAL 2014, p. 356).

5.1. La configuración de la representación de los trabajadores a partir de la ordenanza nº 2017-1386 de 22 de septiembre de 2017

El marco normativo relativo a la representación de los trabajadores en la empresa ha sufrido una profunda modificación en las ordenanzas de septiembre 2017, especialmente en la ordenanza nº 2017-1386 de 22 de septiembre de 2017⁶⁷.

Anteriormente⁶⁸, existían los delegados de personal en las empresas o centros de trabajo de al menos 11 trabajadores. A partir de 50 trabajadores, se había de constituir un comité de empresa o de centro en las empresas múltiples. El marco legal permitía que ambas representaciones se acumularan y se superpusieran en una misma empresa, dado que, a pesar de algunos solapamientos inevitables pero solucionables⁶⁹, no tenían las mismas competencias y prerrogativas⁷⁰. Los delegados de personal tenía vocación de permanecer cerca de los trabajadores y representaban una vía de comunicación entre los trabajadores y el empresario⁷¹. El comité de empresa debía permitir “*la expresión colectiva de los trabajadores*” y la toma en consideración de sus intereses en las decisiones relativas a la gestión, organización y evolución financiera de la empresa. Se podían distinguir tres grandes ámbitos de actuación: en materia de información y consulta⁷²; durante un proceso de despidos colectivos ; y en materia de gestión de las actividades sociales y culturales.

Ni los delegados del personal, ni el comité de empresa podía negociar y celebrar convenios colectivos, siempre y cuando existía uno o varios representantes sindicales habilitados para ello en la empresa⁷³. Solo en caso de ausencia de estos agentes sindicales, podían celebrar acuerdos colectivos específicos⁷⁴.

⁶⁷ Loiseau, G., Lokiec, P., Pecaut-Rivolier, L. y Verkindt, P.Y., *Droit de la représentation du personnel*, Dalloz Action, 2019/2020.

⁶⁸ Para una aproximación del derecho entonces vigente, resulta ineludible la obra de Cohen, M. y Milet, L., *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 13ªed., Paris, LGDJ, 2017. Posteriormente a la reforma de 2017, ver *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 15ª ed., Paris, LGDJ, 2020.

⁶⁹ Borenfreund, G., “La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion dans la représentation”, *REVUE DE DROIT DU TRAVAIL*, 2017, p. 614-615.

⁷⁰ Art. L. 2314-19 CT-16.

⁷¹ Mediante la transmisión al empleador de las reclamaciones individuales y colectivas de los trabajadores relativas a la aplicación de la normativa vigente.

⁷² En materia económica y financiera, así como sobre las orientaciones estratégicas de la empresa, su política social y las condiciones de trabajo y el empleo (art. L. 2323-6 CT-16).

⁷³ Podía negociar otros tipos de acuerdos (por ejemplo, acuerdos en materia de participación a las ganancias o relativos al plan de ahorro salarial).

⁷⁴ Art. L. 2132-2 CT y art. L. 2232-21 y ss.

Igualmente, se ha de hacer mención al Comité de Higiene, de Seguridad y de las Condiciones de Trabajo (en adelante CHSCT) que desempeñaba funciones relacionadas con la salud y seguridad en la empresa⁷⁵.

La reforma de 2017 cambia sustancialmente la configuración anterior⁷⁶. Se procede a la fusión de las tres representaciones (delegados del personal, comité de empresa y CHSCT), en una sola, el CSE. Ahora bien, la dimensión de la empresa sigue teniendo relevancia⁷⁷, pues la naturaleza y las competencias de los CSE en las empresas de entre 11 y 49 trabajadores y de los CSE en las empresas de al menos 50 trabajadores, son distintas⁷⁸.

En las empresas de entre 11 y 49 trabajadores⁷⁹, el CSE se limita a presentar al empleador reclamaciones individuales y colectivas⁸⁰, a velar por la aplicación de la ley y de las normas convencionales, así como a promover la salud, seguridad y la mejora de las condiciones de trabajo; es decir, las antiguas atribuciones de los delegados del personal más la atribución en materia de salud y seguridad⁸¹. Dispone de atribuciones en materia de consulta sobre determinadas cuestiones muy concretas⁸². No dispone de recursos económicos, ni tiene personalidad jurídica, imposibilitando actuaciones judiciales para proteger sus propios intereses, si bien puede actuar para proteger el interés de los trabajadores, especialmente a través

⁷⁵ Cohen, M. y Milet, L., *Le droit des comités...*, op. cit., 2017, n° 251.

⁷⁶ Sobre las disposiciones transitorias que conducían a la aplicación de las nuevas reglas, a más tardar, el 31 de diciembre de 2019, ver Laffue, N. “La négociation de la transition entre les anciennes institutions représentatives et le CSE”, *DROIT SOCIAL* 2019, p. 373; Van Der Vlist, S., “Le sort des représentations élue et syndicale après le 31 décembre 2019”, *DROIT SOCIAL* 2020, p. 91.

⁷⁷ La reforma de 2017 hace más difícil alcanzar los diferentes umbrales, pues se modifican las condiciones de cálculo del número de trabajadores de la empresa. En adelante, el umbral debe alcanzarse durante doce meses consecutivos, mientras la regla anterior preveía, para el comité de empresa y los delegados de personal, una duración de doce meses, consecutivos o no, durante los últimos tres años (art. L. 2311-2 CT).

⁷⁸ El artículo L. 2312-1 CT afirma sin ambigüedad que “las atribuciones del comité social y económico se definen en función de la plantilla de la empresa”.

⁷⁹ Art. L. 2312-5 CT.

⁸⁰ Reclamaciones relativas a los salarios, a la aplicación de la ley y de los convenios y acuerdos colectivos. En las sociedades anónimas, el consejo de administración debe, en determinados casos, recibir a los representantes de los trabajadores del CSE.

⁸¹ Borenfreund, G., “La fusion...”, op. cit., RDT 2017, p. 612. Igualmente, dispone del derecho de alerta previsto en los artículos L. 2312-59 y L. 2312-60 CT.

⁸² Son consultas previstas en la parte correspondiente del Código de la materia considerada. Por ejemplo, en materia de accidente de trabajo (art. 1226-2 CT), de determinación de las vacaciones en defecto de acuerdo colectivo (art. 3141-16 o art. L. 3142-45 CT) o de prevención de los efectos a la exposición a factores de riesgos (art. L. 4162-2 CT).

de denuncias ante la inspección de trabajo. Así, más que un órgano, se trata del ejercicio individual de derechos reconocidos a cada representante⁸³.

En las empresas de al menos 50 trabajadores, el CSE posee personalidad jurídica y gestiona su patrimonio⁸⁴. En virtud del artículo L. 2312-8 CT, además de las atribuciones reconocidas al CSE en las empresas de entre 11 y 49 trabajadores, “tiene como misión asegurar una expresión colectiva de los asalariados, que permite tomar en consideración de manera permanente sus intereses en las decisiones relativas a la gestión y a la evolución económica y financiera de la empresa, a la organización del trabajo, a la formación profesional y a las técnicas de producción”⁸⁵. Las funciones encomendadas, que no cambian sustancialmente respecto al marco legal anterior⁸⁶, resultan más extensas y amplias en comparación al CSE en las empresas de entre 11 y 49 trabajadores. Convierten al CSE en estas empresas en un macro órgano⁸⁷, polivalente y multicompetente, lo que puede plantear dificultades, especialmente en materia de salud⁸⁸, en pequeñas estructuras donde el número de representantes es escaso⁸⁹.

⁸³ Art. L. 2315-19 CT. Para profundizar, ver Loiseau, G., “Le comité social et économique”, DROIT SOCIAL 2017, p. 1048 y Auzero, G. “Les transformations du comité social et économique”, JURIS-CLASSEUR PERIODIQUE (Semaine juridique), édition sociale, 2018, 1227.

⁸⁴ Art. L. 2315-23 CT.

⁸⁵ Para ello, se prevé procesos de información y consulta sobre “las cuestiones que interesan a la organización, gestión y marcha general de la empresa, especialmente” en materia de empleo (volumen y estructura), de modificación de la organización económica o jurídica, de condiciones de empleo y de trabajo, de formación profesional, de introducción de nuevas tecnologías, de modificaciones de las condiciones de trabajo y de salud y seguridad o, finalmente, de empleo de trabajadores con discapacidad o víctimas de accidentes de trabajo o enfermedad profesional.

⁸⁶ Ahora bien, muy criticada han sido la regulación de la participación patronal a la retribución de los expertos externos contratados por el CSE (Borenfreund, G., “La fusion...”, op. cit., RDT 2017, p. 618; Loiseau, G., “Le comité...”, Dr. Soc. 2017, p. 1049).

⁸⁷ Órgano que sigue teniendo una composición mixta, pues el empresario o su representante sigue ejerciendo de presidente, aunque no participe en las votaciones con ocasión de una consulta a los “miembros de la delegación del personal del comité social y económico” (art. L. 2315-32 CT; ver Champeaux, F., “La délicate question du vote de l’employeur”, SSL 2006, n° 1251). Igualmente, forman parte del CSE, con voz, pero sin voto, los representantes de las organizaciones sindicales representativas en la empresa. En las empresas de menos de 300 trabajadores, se trata de un delegado sindical de la organización (art. L. 2143-22 CT). En las empresas de al menos 300 trabajadores, cada organización sindical representativa puede designar un representante que no sea delegado sindical (art. L. 2314-2 CT).

⁸⁸ En este sentido, a pesar de ser la única comisión obligatoria contemplada en la ley (se contemplan otras de manera voluntaria), la constitución de una comisión de salud, seguridad y condiciones de trabajo solo es obligatoria en las empresas de más de 300 trabajadores (art. L. 2315-36 y ss. CT, para profundizar, ver Verkindt, P.Y., “Les conditions de travail et la santé au travail dans les ordonnances du 22 septembre 2017: faut-il mouiller son mouchoir?”, DROIT SOCIAL 2018, p. 41.

⁸⁹ Loiseau, G., “Le comité...”, Dr. Soc. 2017, p. 1044.

Es importante precisar que la ordenanza de 2017 aporta dos novedades de calado.

Por una parte, otorga un protagonismo importante a la negociación colectiva⁹⁰ para regular varios aspectos del funcionamiento del CSE. En este sentido, las partes del Código del Trabajo relativas a la consulta e información⁹¹, a la periodicidad de las reuniones obligatorias⁹² y a la instauración de comisiones en el seno del CSE⁹³, se organizan en tres bloques: las reglas legales imperativas (de orden público), el ámbito de la negociación colectiva y las reglas supletorias/subsidiarias⁹⁴.

Por otra parte, marca una ruptura conceptual importante en materia de negociación colectiva. En efecto, si bien no es automático, pues se requiere un acuerdo colectivo mayoritario celebrado con las organizaciones sindicales⁹⁵, se contempla la posibilidad de instaurar un consejo de empresa que desempeñará las funciones del CSE pero que, además, se verá dotado en exclusiva de la capacidad negocial⁹⁶.

En las empresas de estructura compleja, además de la determinación de comités de centro distintos, la ley, desde dos perspectivas, tiene una doble actuación, si bien de alcance distinto.

Desde la perspectiva centralizadora, como se ha apuntado, en virtud del artículo L. 2313-1 CT, en las empresas de al menos 50 trabajadores que disponen de “*al menos dos centros de trabajo distintos*”⁹⁷, se deberá constituir una representación en cada centro de trabajo distinto y una representación central de empresa⁹⁸. El

⁹⁰ Con la representación sindical mediante acuerdo mayoritario o, en su defecto, con el propio CSE.

⁹¹ Sea por lo que se refiere a su contenido como a su periodicidad (art. L. 2312-17 y a L. 2312-58 CT). Ver Sereno, S., “Les accords sur l’information-consultation du comités social et économique”, DROIT SOCIAL, 2019, p. 402.

⁹² Art L. 2315-27 a L. 2315-31 CT.

⁹³ Art. L. 2315-36 a L. 2315-56 CT. Ver VANILS, C., “Le règlement intérieur du comités social et économique”, DROIT SOCIAL, 2019, p. 395.

⁹⁴ SACHS, T., “L’ordre public en droit du travail: une notion dégradée”, REVUE de DROIT du TRAVAIL 2017, p. 585.

⁹⁵ Art. L. 2321-2 CT- El acuerdo ha de cumplir con la regla del párr. 1 del art. L. 2323-12 CT.

⁹⁶ Art. L. 2321-1 y ss. CT. Ver las reflexiones de Ferkane, Y., “Syndicats et négociation collective”, DROIT SOCIAL 2020, p. 123; Loiseau, G., “Le comité...”, Dr. Soc. 2017, p. 1044; Borenfreund, G., “La fusion...”, op. cit., RDT 2017, p. 620 y ss.

⁹⁷ Sobre la posibilidad de constituir comités de centro y un comité central en las empresas con estructura compleja de menos de 50 trabajadores, ver Adam, P., “Entreprises de moins de cinquante salariés, CSE d’établissement et CSE central”, DROIT SOCIAL 2020, p. 956.

⁹⁸ En virtud del artículo L. 2316-4 CT, forman parte del CSE central, el empleador o su representante, un número igual de titulares (como máximo 25) y suplentes (como máximo 25)

CSE central, que tiene personalidad jurídica, ejerce sus atribuciones cuando se trata de cuestiones que afectan a “la marcha general de la empresa y que superan los límites de los poderes de los responsables de centros de trabajo”⁹⁹. Paralelamente, el artículo 1. 2316-20, párr. 1, enuncia que los CSE de centro tienen las mismas atribuciones que el CSE de empresa, dentro de los límites de los poderes atribuidos al responsable del centro considerado.

Desde la perspectiva descentralizadora, cabe hacer mención de los representantes de proximidad¹⁰⁰. Se distinguen de los miembros del CSE central o de los CSE de centros de trabajos, pues intervienen en un ámbito más reducido. En efecto, dado que los centros de trabajo distintos pueden reagrupar a varios centros de trabajo físicos, los representantes de proximidad pueden existir en los centros de trabajo físicos donde no reside el CSE de centro, es decir, en los centros de trabajo incluidos en un centro de trabajo distinto. Sin embargo, la diferencia más sustancial reside en el hecho de que su existencia no es obligatoria, sino que se instauran voluntariamente por acuerdo colectivo que ha de establecer su número, sus atribuciones, sus modalidades de designación y sus reglas de funcionamiento, especialmente la previsión de un crédito de horas¹⁰¹. Se puede tratar de miembros del CSE de centro o de un trabajador designado a tal efecto por los miembros del CSE. En todo caso, estos representantes, pueden existir en una empresa con un único centro de trabajo distinto, pero con varios centros de trabajo físicos.

Para terminar, es importante señalar que el proceso electoral que conduce a la instauración del CSE tiene, como en derecho español, otra finalidad, pues permite medir la audiencia electoral de las organizaciones sindicales que constituye el criterio, no único pero sí decisivo, para reconocer la representatividad sindical.

elegidos en cada centro de trabajo distinto. De manera consultiva, cuando se tratan de cuestiones relativas a la salud, a la seguridad y a las condiciones de trabajo, participan el médico del trabajo, un representante de la inspección de trabajo, agentes de los servicios de prevención de la seguridad social. Igualmente, cuando existen más de tres colegios electorales en uno o varios centros de trabajo distintos, el personal directivo y los ingenieros disponen de espacios reservados (art. L. 2316-5 y 6 CT). Finalmente, cada organización sindical representativa en la empresa designa un representante en el CSE central (art. L.2316-7 CT). El reparto de miembros entre los diferentes centros y colegios es objeto de un acuerdo entre el empleador y las organizaciones sindicales interesadas. Cabe apuntar que las reglas de conclusión de este acuerdo son específicas (se aplican las reglas del protocolo preelectoral). Si no se alcanza un acuerdo, interviene la autoridad administrativa competente en función de la sede de la empresa.

⁹⁹ Art. L. 2316-1 CT.

¹⁰⁰ Art. L. 2313-7 CT.

¹⁰¹ Para profundizar, Jensen, E., “Les représentants de proximité, une représentation du personnel à dessiner”, JURIS-CLASSEUR PERIODIQUE (Semaine juridique), édition sociale 2018, 1084; Dabosville, B. “Les représentants de proximité: à la recherche des traits caractéristiques d’une nouvelle figure de représentants du personnel”, REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2019, p. 387).

Al respecto, al contrario del derecho español, no se toma en consideración el porcentaje de representantes elegidos, sino el porcentaje de votos¹⁰².

Por otra parte, las elecciones profesionales no representan el único proceso electoral tomado en consideración para medir la representatividad sindical. Así, en los ámbitos sectoriales e interprofesional, existen otros procesos electorales¹⁰³. Resulta de especial interés el escrutinio organizado a tal efecto en las empresas de menos de 11 trabajadores, cuya organización corresponde a la Administración cada cuatro años en el ámbito regional¹⁰⁴. Oportuno en su principio, este proceso electoral presenta una tasa de participación muy baja y disfuncionamientos prácticos importantes¹⁰⁵. En ningún caso este proceso electoral puede tener como finalidad o consecuencia la instauración de una instancia de representación de los trabajadores en la empresa, que corresponde a las comisiones paritarias interprofesionales.

En efecto, desde la perspectiva del derecho a la participación de los trabajadores, dado que la obligación legal de constituir un CSE solo existe en las empresas de al menos 11 trabajadores, existen, desde el año 2017, las comisiones paritarias regionales interprofesionales cuyo objetivo consiste en “representar a los trabajadores y a los empleadores de las empresas de menos de once trabajadores”¹⁰⁶.

¹⁰² Art. L. 2121-1 CT. Ver Favennec Hery, F., “La représentativité syndicale”, DROIT SOCIAL 2009, p. 633.

¹⁰³ En el ámbito interprofesional para ser considerado como representativo, un sindicato debe obtener, al menos, el 8% de los votos expresados, adicionando los votos de tres procesos electorales: 1) los votos expresados en la primera vuelta de las últimas elecciones de los comités sociales y económicos; 2) los votos expresados en el escrutinio organizado a tal efecto en las empresas de menos de 11 trabajadores; 3) los votos obtenidos en un proceso electoral específico de determinadas actividades agrícolas (art. L. 2122-9 CT). En el ámbito sectorial, se mantiene el mismo umbral y se adicionan los votos expresados en los dos primeros procesos electorales citados antes, apreciados en el ámbito sectorial (art. L. 2122-5 CT).

En el ámbito empresarial, el sindicato debe obtener, al menos, el 10% de los votos expresados en la primera vuelta de las últimas elecciones de los comités sociales y económicos, en todos los colegios (art. L. 2122-1 CT).

¹⁰⁴ Creado por la Ley n°2010-1215 de 15 de octubre de 2010 *complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008* y desarrollado por el Decreto n° 2016-548 de 4 de mayo de 2016 *relatif à la mesure de l'audience des organisations syndicales concernant les entreprises de moins de onze salariés*, se encuentra regulado en el art. L. 2122-10-1 CT y ss. (ver, PETIT, F., “Les scrutins sur sigle dans les très petites entreprises”, DROIT SOCIAL 2012, p. 48; Mazeaud, A., “Les élections dans les TPE: l'absence de courant ascendant, Libres propos”, DROIT SOCIAL 2013, p. 152.

¹⁰⁵ En las elecciones celebradas del 30 de diciembre de 2016 al 13 de enero de 2017, la participación fue del 7,35%, frente al 10,38% en 2012 (“Faible mobilisation pour les élections TPE”, SSL 2017, n° 1756).

¹⁰⁶ Art. L. 23-111-1 CT y art. 2122-10-4 y ss. CT. Tienen como funciones informar a empleadores y trabajadores sobre las disposiciones legales o convencionales aplicables; discutir sobre las problemáticas de las pequeñas empresas; facilitar la resolución de conflictos individuales

5.2. La determinación del centro de trabajo a efectos electorales mediante acuerdo mayoritario

Hasta la ordenanza n° 2017-1386 de 22 de septiembre de 2017, la determinación de los centros de trabajo distintos era objeto de discusión con ocasión de la elaboración del protocolo preelectoral¹⁰⁷, procedimiento impulsado por el empleador. Hoy en día, contempla exclusivamente cuestiones relativas a la organización técnica de las elecciones. Para su adopción, se requiere una doble mayoría. Debe contar con las firmas de la mayoría de las organizaciones que han participado en su negociación, entre ellas, las organizaciones representativas con mayoría de votos expresados en las últimas elecciones (en ausencia de resultados, la mayoría de las organizaciones representativas en la empresa, art. L. 2314-6 CT).

El empresario, si bien puede ser solicitada por los trabajadores o por los sindicatos, debe informar cada cuatro años de la celebración de elecciones a los trabajadores de la empresa, así como a las organizaciones sindicales presentes en la empresa¹⁰⁸.

La ordenanza de 2017 prevé que el acuerdo que determina la configuración de la empresa en centros de trabajo distintos, su número y ámbito, se ha de realizar, en adelante, a través de un acuerdo específico firmado en el seno de la empresa entre el empresario y las organizaciones sindicales representativas en la empresa¹⁰⁹. Se

o colectivos, si ambas partes lo deciden; y formular propuestas en materia de actividades sociales y culturales (para profundizar, J.Y. Kerbouc'h, "La discrète mais importante révolution des institutions représentatives du personnel après la loi du 17 août 2015", JURIS-CLASSEUR PERIODIQUE (Semaine juridique), édition sociale 2015, 1353; Nadal, S., "La représentation universelle des salariés des très petites entreprises: derrière l'ambition annoncée, le minimalisme d'une réforme", REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2015, p. 622; Beroud, S., "Le serpent de mer de la représentation des salariés des TPE", REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2015, p. 584; Morin, M.L., "Le droit à la représentation universelle des salariés des TPE, une traduction singulière du droit à la participation?", REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2015, p. 584).

¹⁰⁷ Art. L. 2314-4 y art. L. 2314-5 CT.

Sobre el protocolo electoral, ver Supiot, A. "Les accords préélectoraux", DROIT SOCIAL 1988, p. 115; Borenfreund, G., "Négociation préélectorale et droit commun de la négociation collective", in *Mélanges J. Pelissier*, Paris, Dalloz, 2004, p. 93; Landais C. y otros, "Le nouveau protocole préélectoral", DROIT SOCIAL 2012, p. 1048; Diringier J. y Petit, F., "La négociation préélectorale, une terre mouvante", DROIT SOCIAL 2019, p. 385.

¹⁰⁸ Pueden participar a la elaboración del protocolo las organizaciones sindicales representativas, las organizaciones que están afiliadas a una confederación representativa, las que cuentan con una sección sindical en la empresa y las que satisfacen los criterios de respeto de los valores republicanos y de independencia, que se han constituidos legalmente desde hace más de dos años y que tienen un ámbito funcional y geográfico que corresponde a la empresa considerada.

Art. L. 2314-5 CT.

Art. L. 2314-29 CT

¹⁰⁹ Art. L. 2313-2 CT.

ha de tratar de un acuerdo mayoritario, mayoría que se ha de apreciar según la regla del artículo L. 2232-12 párr. 1, que prevé que la validez del acuerdo queda subordinada a la firma de una o varias organizaciones sindicales representativas que cuenten con más del 50% de los votos expresados a favor de las organizaciones representativas en la primera ronda de las últimas elecciones profesionales, sea cual sea el número de votos.

Si no se alcanza un acuerdo con la representación sindical, el empleador puede negociar con los miembros del CSE. En este caso, el acuerdo ha de ser adoptado por la mayoría de los miembros titulares del CSE¹¹⁰.

Sin lugar a dudas, la intervención de la negociación colectiva permite tomar en cuenta los intereses específicos dentro de la empresa, sin establecer una opción predeterminada, disyuntiva entre centro de trabajo físico o empresa en su globalidad. El centro de trabajo distinto es una noción jurídica, no se refiere al centro de trabajo físico¹¹¹. Así, a priori, todas las opciones están abiertas. El centro de trabajo distinto puede corresponder a cada centro de trabajo físico, a la agrupación de varios, al ámbito global de la empresa, incluso una empresa con un único centro de trabajo podría dividirlo en dos centros de trabajos distintos.

Existe un límite, a semejanza del derecho español. La Corte de casación, previamente a la reforma de 2017, consideraba que no podía reconocerse la existencia de un centro de trabajo distinto en los centros cuyo umbral no permitía la elección de delegados de personal, es decir, en los centros con menos de 11 trabajadores. Ahora bien, a diferencia del derecho español, los trabajadores de este centro debían ser necesariamente vinculados a un centro de trabajo distinto¹¹². Así, se daba cobertura al derecho constitucional de participación, que permite a todos los trabajadores, a través de sus representantes, participar en la determinación colectiva de sus condiciones de trabajo y en la gestión de la empresa. Nada hacer pensar que la jurisprudencia cambie con el CSE. Así, existe un gran margen de maniobra para abordar la realidad organizativa y productiva de la empresa, sin dejar atrás trabajadores de una misma empresa, pero de centros de trabajo que, por su tamaño, no pueden contar con representación de los trabajadores.

5.3. La intervención patronal, administrativa y judicial en caso de desacuerdo

Si el proceso negocial no permite alcanzar un acuerdo, la ley prevé que corresponde al empleador fijar de manera unilateral el número y perímetro de los

¹¹⁰ Art. L. 2313-3 CT.

¹¹¹ Según el instituto nacional de estadísticas y de estudios económicos (INSEE).

¹¹² Cass. Soc 7 de diciembre de 2016 n°14-27.232.

centros de trabajo¹¹³. Ahora bien, la Corte de casación precisa que el empleador puede tomar unilateralmente su decisión siempre y cuando haya “un intento leal de negociación”¹¹⁴.

Por otra parte, según los documentos del Ministerio de Trabajo, esta decisión solo se impone para un mandato electoral, por lo que el empleador deberá convocar cada cuatro años una negociación a efectos de configurar la estructura de la empresa¹¹⁵.

Cabe afirmar que la decisión unilateral del empleador intervendrá en otro supuesto. En efecto, si se trata del primer proceso electoral, no existen ni organizaciones representativas¹¹⁶, ni CSE con quien el empleador pueda negociar, por lo que le corresponderá determinar la configuración de la empresa.

Esta decisión unilateral del empleador es susceptible de impugnación, previsible dado que se adopta en el marco de un desacuerdo con las organizaciones sindicales. En este momento, interviene la autoridad administrativa para fijar el número y el perímetro de los centros de trabajo¹¹⁷.

Se ha de señalar que la decisión unilateral siempre se puede impugnar ante la autoridad laboral, incluso si no hay organizaciones sindicales representativas o CSE. En efecto, además de las organizaciones sindicales representativas o del CSE, según el caso, los sindicatos que disponen de una sección sindical en la empresa pueden impugnarla en un plazo de 15 días¹¹⁸.

Finalmente, la decisión administrativa es susceptible, a su vez, de impugnación ante el juez judicial¹¹⁹, que deberá pronunciarse sobre la legalidad, externa e interna, de la decisión administrativa. Si confirma la decisión administrativa, se aplicará. En caso de anulación, el juez deberá proceder a la determinación del número y del ámbito de los centros de trabajo distintos.

¹¹³ Art. L. 2313-4 CT.

¹¹⁴ Cas. Soc., 17 de abril de 2019, n°18-22.948, REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2019, p. 589, obs. Nicod, C., que señala, con acierto, que ello pasa especialmente por la transmisión a los representantes de los trabajadores de la información necesaria para conocer el alcance de la autonomía de los responsables de centro y negociar en conocimiento de causa.

¹¹⁵ Comité Social et Economique, 117 questions-réponses
Disponible en <https://travail-emploi.gouv.fr/dialogue-social/le-comite-social-et-economique/>

¹¹⁶ Si se trata de la instauración por primera vez de la representación de los trabajadores, no existen organizaciones representativas, dado que el criterio de la audiencia electoral, medida también respecto de estas elecciones, es imposible por no disponer de resultados.

¹¹⁷ Art. L. 2313-5 CT.

¹¹⁸ Art. R. 2313-1, al. 3 y R. 2313-4, al. 3 CT.

¹¹⁹ Art. L. 2313-5 CT.

En este marco, resulta trascendental los elementos definitorios que la ley contempla a la hora de apreciar la existencia de centros de trabajo distintos.

Antes de abordarlos, cabe precisar que, hasta la ordenanza n° 2017-1386 de 22 de septiembre de 2017, la noción de centro de trabajo distinto no era objeto de regulación en el Código de trabajo, lo que proporcionó un papel muy relevante a la jurisprudencia. Al respecto, resulta llamativo que la jurisdicción administrativa era competente cuando se trataba de delimitar el centro de trabajo en relación con la constitución de un comité de empresa y la jurisdicción judicial cuando se trataba de la elección de delegados del personal¹²⁰. Esta duplicidad condujo a la adopción de definiciones distintas según el órgano de que se trataba.

Respecto al comité de empresa, en una sentencia de 1973, el Consejo de Estado estableció tres criterios para reconocer un centro de trabajo¹²¹: una implantación geográfica distinta, la estabilidad de la estructura y la autonomía del centro. Este último criterio se convirtió en el criterio decisivo y se declinaba en dos vertientes: una autonomía en la ejecución del servicio, es decir, en materia contable, bancaria, presupuestaria y de inversión, y una autonomía en materia de gestión del personal, es decir, en materia de contratación, de promoción, sanción y extinción de los contratos de trabajo.

Cuando se trataba de la elección de delegados del personal, para la Corte de Casación, el centro de trabajo distinto se reconocía “*cuando exista un grupo de al menos once trabajadores que constituye una comunidad de trabajo con intereses propios, susceptibles de generar reclamaciones comunes y específicas, y que trabaja bajo la dirección de un representante del empleado, independientemente de su poder de pronunciarse sobre ellas*”¹²². En este último caso, resultaba decisiva la existencia de una colectividad de trabajadores con intereses comunes y la mera presencia de un representante del empleador sin necesidad de que tuviera una importante capacidad de decisión o de gestión. Se fomentaba con fuerza la intermediación entre representantes y representados.

Ahora bien, la ordenanza de 2017 neutraliza la jurisprudencia anterior que contemplaba dos definiciones del centro de trabajo en función del tipo de representación de que se trataba, y establece elementos de apreciación de la existencia de centros de trabajo. Así, en virtud del artículo L. 2313-4 CT, existirá centros de trabajo dada “la autonomía de gestión del responsable del centro, especialmente en materia de gestión del personal”. Este criterio se impone al

¹²⁰ También era competente la jurisdicción judicial para apreciar el ámbito de designación del delegado sindical.

¹²¹ Arrêt Wagons-lits Cons. Etat 29 de junio de 1973, n° 77982, DROIT SOCIAL 1974, p. 42, obs. Savatier, J. ; concl. Questiaux, N.; Cons. Etat 5 de junio de 2002, *RJS*, 1/03, n°53.

¹²² Cass. Soc. 29 de enero de 2003, n° 01-60.628 DROIT SOCIAL 2003, p. 453, obs. Savatier, J. y RECUEIL DALLOZ, 2004, somm. comm. p. 99, obs. Desbarats, I.

empleador a la hora de determinar unilateralmente la distribución de la empresa en centros de trabajo distintos, pero no a los procesos negociales. Dicho de otro modo, la autonomía colectiva no tiene límite a la hora de configurar la empresa en centros de trabajo distintos.

Indubitablemente, esta definición se inspira de la definición del Consejo de Estado en materia de creación de comité de empresa en los centros de al menos 50 trabajadores¹²³, mediante la consagración legal de la autonomía de gestión del responsable de centro como criterio fundamental. Sin embargo, no se hace referencia al criterio geográfico, ni a la estabilidad de la estructura, ni a la existencia de una comunidad de intereses. Por otra parte, respecto a la autonomía de gestión del responsable de centro, solo hacer referencia a la autonomía en la gestión del personal sin hacer mención expresa a la autonomía en la ejecución del servicio.

Respecto a ello, la jurisprudencia ha tenido ocasión de afinar el contenido de la autonomía de gestión del responsable del centro y, aprovechando la presencia del adverbio “especialmente” del artículo 2313-4 CT, ha podido recurrir a otros criterios que la autonomía del responsable del centro en materia de gestión del personal.

En una primera sentencia de 2018, la Corte de casación considera que se ha de tratar de una “autonomía suficiente por lo que se refiere a la gestión del personal y a la ejecución del servicio”, lo que se aprecia, “en particular, respecto al alcance de las delegaciones de competencia de su responsable”¹²⁴. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte de casación se refiere, de nuevo, a la autonomía en la ejecución del servicio. Así, se contemplan dos aspectos al poder de gestión del responsable de centro: un aspecto de gestión del personal y un aspecto de gestión económica. Al contrario, parece no tener especial relevancia la proximidad entre representantes y representados. *Pues bien, en este marco, considerando que el responsable de centro preside las reuniones con los representantes de los trabajadores, si los hubiese anteriormente, organiza la actividad y las funciones de los trabajadores, propone sanciones que se adoptan definitivamente a nivel central*¹²⁵, *gestiona las funciones, la carrera y formación de los trabajadores del centro y maneja la ejecución del presupuesto elaborado en los ámbitos nacionales*

¹²³ En el mismo sentido, Pagnerre. Y. y Jeansen, E., “La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme”, REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2018, p. 318, p. 358, Favennec-Héry, F., “Le comité social et économique : une instance à construire”, SEMAINE SOCIALE LAMY 2017, n° 1790.

¹²⁴ Cass. soc., 19 de diciembre de 2018, n° 18-23.655, REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2019, p. 119, obs. Wolmark, C.

¹²⁵ Las competencias del responsable del centro se limitaban a garantizar el respeto del reglamento interior, pronunciar amonestaciones en caso de infracciones leves (las sanciones más graves se imponen por la sede de la empresa).

y regionales¹²⁶, los jueces realizan una interpretación muy restrictiva y exigente y afirman que no existe autonomía suficiente para reconocer un centro de trabajo distinto. En definitiva, la Corte de casación se orienta hacia una apreciación de los poderes reales y efectivos del responsable del centro que no han de corresponder a un poder de propuesta o de ejecución sino a un poder de decisión.

En una sentencia posterior de finales de 2019¹²⁷, la Corte de casación suaviza y matiza su interpretación afirmando que la centralización de los servicios de soporte (servicios de recursos humanos, administrativos, financieros, etc.) o la existencia de procedimientos de gestión definidos en la sede de la empresa no conducen a excluir de forma automática la autonomía de gestión del responsable del centro. Por otra parte, los jueces señalan la existencia de delegaciones de poderes en varias materias¹²⁸ y la celebración de acuerdos colectivos de centros de trabajo. Así, no se exige que la autonomía de gestión se equipare a una independencia absoluta de los responsables del centro respecto a la dirección central de la empresa. En este sentido, remite a los jueces de instancia la apreciación soberana de los elementos que pueden caracterizar la existencia de un centro de trabajo distinto, elementos que han de ser apreciados en función de un conjunto de indicios que convergen hacia la existencia de una autonomía suficiente.

En otra sentencia de principios de 2020, la Corte de casación sigue matizando su posición y admite que, el reparto de competencias en materia presupuestaria¹²⁹ y de gestión de personal¹³⁰ entre el centro de trabajo y la sede de la empresa, no impide el reconocimiento de centro de trabajo distinto¹³¹. Igualmente, da importancia a la

¹²⁶ Disponía de cierto margen de actuación en materia de política de compras.

¹²⁷ Cass. Soc. 11 de diciembre de 2019, F-P+B, n° 19-17.298. Ver Signoretto, F., “Etablissements distincts et mise en place d’un CSE : Le débat est relancé”, *REVUE DE DROIT DU TRAVAIL* 2020, p. 133.

¹²⁸ El responsable de centro tenía como funciones supervisar el centro de trabajo en materia de seguridad de los bienes y personas, de gestión económica y financiera, debía realizar el seguimiento de las relaciones individuales, tomar cualquier sanción en caso de incumplimiento de las reglas de seguridad, velar al respeto del tiempo de trabajo, realizar la previsión de los medios materiales y humanos necesarios al cumplimiento de los objetivos, así como los gastos imperativos inherentes al cumplimiento de la reglamentación, y asegurar la gestión de las relaciones sociales con los representantes de los trabajadores.

¹²⁹ En este asunto, cada centro de trabajo disponía de un presupuesto específico fijado por la sede de la empresa a propuesta del responsable del centro que participaba en la elaboración de los presupuestos de funcionamiento y de inversión con la sede.

¹³⁰ Por un lado, la sede de la empresa realizaba las contrataciones y pronunciaba las sanciones graves. El responsable de centro aseguraba la gestión del personal, velaba al respecto del reglamento interior, conducía las entrevistas individuales, podía pronunciar sanciones leves y era el interlocutor de la representación de los trabajadores.

¹³¹ Cass. Soc. 22 de enero de 2020, n° 19-12.011, *DROIT SOCIAL* 2020, p. 281, obs. Petit, F. y Signoretto, F., “Définition de l’établissement distinct pour la mise en place d’un CSE : le débat est clos”, *REVUE DE DROIT DU TRAVAIL* 2020, p. 558.

implantación geográfica distinta que, sin ser criterio decisivo, no deja de tener un papel a jugar en una apreciación global de las circunstancias de hecho. Por otra parte, aporta una precisión muy relevante en el terreno de la prueba. En efecto, considera que la autoridad administrativa y los jueces de instancia han de tomar en consideración “los documentos relativos a la organización interna de la empresa proporcionados por el empleador”, así como “por las organizaciones sindicales para apoyar la impugnación de la decisión unilateral del empresario”. Hay que saludar esta adaptación de la carga de la prueba, pues las organizaciones sindicales no disponen a menudo de toda la información pertinente. Así, el empleador habrá de justificar su decisión y aportar elementos fácticos que fundamentan su decisión. Dicho de otro, tendrá que adoptar una posición activa y no podrá esconderse tras las dificultades probatorias de las organizaciones sindicales recurrentes.

En una última sentencia de julio de 2020, los jueces niegan la calidad de centro de trabajo distinto a un centro en el cual la delegación de poder de los responsables de centro se refiere únicamente a la gestión individual del personal, sin atribuciones en materia de contratación¹³² o con atribuciones limitadas en materia disciplinaria¹³³. Así, los jueces, considerando que “la contratación y los procedimientos disciplinarios son de la competencia de los servicios de recursos humanos regionales o nacionales, no existe en el ámbito de las tiendas una autonomía suficiente por lo que se refiere a la gestión del personal para reconocer que cada tienda constituye un centro de trabajo distinto”¹³⁴.

Por otra parte, esta sentencia sienta la base de otra cuestión, relativa al momento de la apreciación de los elementos fácticos. En efecto, los jueces afirman que, si consideran ilegal la decisión administrativa, deben pronunciarse en función de las circunstancias de hecho en la fecha en la cual se han de pronunciar, permitiendo, por lo tanto, la toma en consideración de cambios empresariales operados tras la decisión unilateral del empresario impugnada e, incluso, tras la decisión administrativa.

En definitiva, la “autonomía suficiente” a la cual se refiere la Corte de casación no se limita a la cuestión de la gestión del personal, si bien representa una variable muy importante y central. Así, se han de tomar en consideración otros factores, económicos y financieros, para apreciar el alcance de la autonomía del responsable de centro. El adjetivo “suficiente” implica, por otra parte, excluir una interpretación restrictiva que conduciría a exigir una autonomía total en la toma de decisión¹³⁵. Por lo tanto, conviene contemplar todas las circunstancias

¹³² El responsable del centro se cantona a formular propuesta de contratación.

¹³³ Los responsables de centro solo podían pronunciar amonestaciones.

¹³⁴ Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 19-11. 918.

¹³⁵ Un autor distingue la toma de decisión y su puesta en marcha, otorgando importancia a la autonomía del responsable del centro en esta última (Wolmark, C., obs. sous Cass. soc., 19 de diciembre de 2018, n° 18-23.655, RDT 2019, p. 120).

fácticas, todos los indicios convergentes o no para determinar la existencia de centro de trabajo distinto. En este sentido, la Corte de casación opta por dejar un margen de interpretación importante a los jueces de instancia permitiendo así una apreciación casuística acorde con la realidad de cada empresa.

En todo caso, si, como lo resalta la propia Corte de casación, resulta importante que el CSE de centro pueda funcionar de forma adecuada¹³⁶, es deseable que la apreciación del centro de trabajo distinto tome en cuenta el número de trabajadores afectados, puesto que las competencias del CSE de centro varían en función de si el centro alcanza los 50 trabajadores¹³⁷. Dicho de otro modo, se trata de encontrar un equilibrio entre, por un lado, la deseable intermediación entre representantes y representados y, por otro lado, la presencia de un interlocutor patronal capaz de responder a las prerrogativas del CSE. La ley parece haberse dirigido más hacia la segunda exigencia, facilitando el reconocimiento de centro de trabajo y, por ende, la constitución de un CSE, en centros de trabajo de dimensión relativamente importante, donde se encuentra el poder de decisión. Dicho de otro modo, no se refiere a la existencia de una colectividad de trabajadores que puede tener intereses propios y colectivos por defender. Sin lugar a dudas, esta opción legal coloca al empleador en una posición de fuerza, pues le permitirá organizar la estructura de la empresa en función del alcance de la delegación de poderes que decide atribuir a los responsables de cada centro. En este sentido, hay que saludar la jurisprudencia de la Corte de casación que abre la puerta a más flexibilidad, permitiendo una interpretación, caso por caso, de los elementos fácticos propios de cada realidad empresarial.

5.4. Descentralización productiva y digitalización

No se trata de abordar aquí la regulación legal del fenómeno de descentralización productiva, especialmente a través de contrata, sino de poner de relieve como se toman en consideración los trabajadores de la empresa auxiliar¹³⁸.

¹³⁶ La autonomía de decisión del responsable de centro debe permitir “el funcionamiento normal de los comités de centro” (nota explicativa a Cass. Soc. 19 de diciembre de 2018. Disponible en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_arret_40938.html)

¹³⁷ En este sentido, ver Signoretto, F., “Plaidoyer pour une évolution de la notion d’établissement distinct”, REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2018, p. 337.

¹³⁸ Sobre las obligaciones en materia de salud y seguridad, ver art. L. 4231-1 y L. 8281-1 CT. Sobre las obligaciones y responsabilidad económica, ver art. L. 3245-2 CT. Igualmente, se prevé, para las grandes empresas que recurren a la contrata, la obligación de establecer un plan de vigilancia para controlar que las empresas contratistas respetan los derechos fundamentales y de las reglas en materia de seguridad (art. L. 225-102-4 del Código de Comercio).

El derecho francés se refiere a “los trabajadores puestos a disposición”¹³⁹ y contempla su inclusión en los efectivos de la empresa principal, así como su participación en sus procesos electorales. Por lo que nos interesa, la noción de trabajadores puestos a disposición, inicialmente contemplada para los supuestos de cesión legal de trabajadores¹⁴⁰, se refiere también, desde la ley de 20 de agosto de 2008, a los trabajadores de las empresas contratistas¹⁴¹.

A ello alude el Consejo constitucional cuando afirma que, en virtud del principio de participación, la ley debe prever la participación de los trabajadores puestos a disposición, siempre y cuando formen parte “de manera estrecha y permanente de la comunidad de trabajo”, a las elecciones profesionales¹⁴².

Aportar una definición del término “comunidad de trabajo” no resulta tarea fácil¹⁴³. Para el Consejo constitucional supone una integración “estrecha y permanente”¹⁴⁴. En el artículo L. 2143-3 CT relativo a la designación de los delegados sindicales, cuyo régimen jurídico es muy distinto al español, la comunidad de trabajo implica la existencia de intereses que le son propios y que son susceptibles de generar reivindicaciones comunes y específicas.

Pues bien, en realidad, no resulta conveniente proponer una definición intangible y definitiva de la “comunidad de trabajo” que, por esencia, ha de ser adaptable a la heterogeneidad de las estructuras empresariales y de su funcionamiento¹⁴⁵. En todo caso, parece existir un consenso para que se aprecie

¹³⁹ La puesta a disposición se puede definir como la operación a través de la cual el empleador pone a un trabajador al servicio de otra empresa, sin modificación del contrato de trabajo de origen (ver Vatinet, R., “La mise à disposition de salariés”, DROIT SOCIAL 2011, p. 656 y Kerbourc’h, J.Y., “Qu’est-ce qu’une mise à disposition de personnel ?”, DROIT SOCIAL 2009, p. 530).

¹⁴⁰ Así, además de trabajadores de empresas auxiliares, se trata de trabajadores en el marco de la cesión legal no lucrativa de trabajadores de derecho común (art. L. 8241-2), de trabajadores contratados por una agrupación de empleadores (art. L. 1253-1) o de trabajadores de empresas de trabajo a tiempo compartido (art. 1252-1).

¹⁴¹ Sin embargo, se excluyen los trabajadores de empresa de trabajo temporal que tienen reglas propias.

¹⁴² Cons. const. 28 de diciembre de 2006, n° 2006-545 DC y Cons. const. 7 de agosto de 2008, n° 2008-568 DC.

¹⁴³ Sargos, P., La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l’entreprise. Rapport annuel de la Cour de Cassation », La Documentation française, 2004, p. 97-102.

¹⁴⁴ Cons. const. 28 de diciembre de 2006, n° 2006-545 DC.

¹⁴⁵ Denis, J.M., “Asseoir la représentation sur la communauté de travail. À la recherche de la communauté perdue dans la branche de la propreté”, SOCIOLOGIE DU TRAVAIL, vol. 60, 1/2018. Disponible en <https://journals.openedition.org/sdt/1748#bodyftn11>

desde el prisma de la representación de los trabajadores e, in fine, desde el derecho a la participación de los trabajadores reconocido constitucionalmente¹⁴⁶.

Ahora bien, si la ley no define como tal la “comunidad de trabajo”, establece dos criterios para poder formar parte de ella: la presencia y la duración. Así, para el cálculo de la plantilla de la empresa¹⁴⁷ o para la participación en las elecciones profesionales¹⁴⁸, los trabajadores puestos a disposición deben desempeñar su actividad en los locales de la empresa usuaria y deben hacerlo desde al menos doce meses consecutivos.

Por lo que se refiere a la participación en las elecciones de los miembros del CSE, la participación en los procesos electorales en la empresa usuaria no se erige en obligación. En efecto, los trabajadores pueden optar por participar en una de las empresas (la usuaria o su empresa formal). En todo caso, no pueden votar en ambas empresas, sino que han de elegir en cuál de las dos empresas desean expresar su voto¹⁴⁹, y tampoco disponen del derecho de sufragio pasivo en la empresa usuaria¹⁵⁰.

Finalmente, se prevé que las atribuciones de la delegación del personal en el CSE se ejerzan a favor de “los trabajadores de empresas exteriores que, en el ejercicio de su actividad, no se encuentran bajo la subordinación directa de la empresa usuaria”, por lo que se refiere a “sus reclamaciones individuales y colectivas relativas a las condiciones de ejecución del trabajo que son de la competencia del responsable del centro usuario”¹⁵¹.

Al margen de ello, cabe señalar que el Código de Trabajo contempla, además del CSE de grupos, otros supuestos en los cuales la representación de los trabajadores se constituye en un ámbito superior a la empresa.

En primer lugar, existe la posibilidad de constituir un CSE interempresas, “cuando la naturaleza y la importancia de los problemas comunes a las empresas de un mismo sitio o de una misma zona lo justifican”¹⁵². De nuevo, se remite a la negociación colectiva la constitución de este comité que ha de ser instaurado por

¹⁴⁶ Sargos, P., La recherche de la vérité de..., op. cit., p. 97 y Kerbourc’h, J.Y., “Qu’est-ce qu’une...”, op. cit., DROIT SOCIAL 2009, p. 530.

¹⁴⁷ Art. L. 1111-2 CT. Sin embargo, no entran en el cálculo si sustituyen a un trabajador ausente o que tiene su contrato de trabajo suspendido.

¹⁴⁸ Art. L. 2314-23 CT.

¹⁴⁹ Cabe precisar que el hecho de que el trabajador decida votar en su empresa (empresa auxiliar) no impide que deba ser tomado en consideración en materia del cómputo de los efectivos de la empresa principal, si cumple las exigencias a tal efecto (Cass. Soc. 19 de enero de 2011, nº 10-60.296, Lexbase Hebdo, ed. Soc. nº 426, note Tournaux, S.).

¹⁵⁰ Art. L. 2314-23 CT.

¹⁵¹ Art. L. 2312-6-2ºCT y art. L. 2312-8 *in fine* CT.

¹⁵² Art. L.2313-9 CT. El ejemplo más claro puede un centro commercial.

acuerdo colectivo interempresas, celebrado entre los empleadores de las empresas del sitio o de la zona considerada y las organizaciones sindicales representativas en el ámbito interprofesional o en el ámbito provincial. Este acuerdo ha de definir el número de miembros de la delegación del personal, sus modalidades de elección o designación, las atribuciones del comité y sus modalidades de funcionamiento. Este comité se puede crear independientemente de la existencia de comités propios a cada empresa. En este caso, se puede contemplar, en el acuerdo que instaura el comité interempresas, la presencia de un representante de los trabajadores de los diferentes comités de centro.

En segundo lugar, se ha de hacer mención al CSE de la Unidad Económica y Social (en adelante UES)¹⁵³. Desde el año 1982, se ha considerado que empresas jurídicamente diferentes, pero que tienen una concentración del poder dirección y que presentan una comunidad de intereses, han de ser considerados como una UES, lo que las convierte en una sola empresa a efectos de aplicar las reglas legales relativas a la representación de los trabajadores¹⁵⁴.

En tercer lugar, existía en las redes de franquicia una representación de los trabajadores específica¹⁵⁵ que se ha sido suprimida a hurtadillas en la recta final de la aprobación de la ley de ratificación de las Ordenanzas de 2017¹⁵⁶.

6. CONCLUSIÓN

Siguiendo la secuencia del derecho francés y de acuerdo con el sentido de las propuestas de reformas españolas, parece que la negociación colectiva sea el cauce idóneo para la determinación de las unidades electorales en las empresas de estructura compleja o, como quiera, de los centros de trabajo a efectos electorales. En efecto, la determinación de las unidades electorales debe desprenderse del concepto de trabajo del artículo 1.5 ET o, al menos, poder tener una entidad propia.

¹⁵³ Art. L. 2313-8 CT.

¹⁵⁴ Nasom-Tissandier, H., “UES et “personnalités juridiquement distinctes”: un assouplissement de la jurisprudence dans les groups de sociétés”, *REVUE DE DROIT DU TRAVAIL* 2019, p. 51 y Ranc, S. y Pagnerre, Y., “La prise en compte de la variété des organisations productives: faut-il redéfinir l’unité économique et sociale?”, *REVUE DE DROIT DU TRAVAIL* 2019, Contreverse, p. 81.

¹⁵⁵ Introducida por el artículo 64 de la ley n° 2016-1088 de 8 agosto de 2016, esta instancia se constituía mediante acuerdo colectivo en las redes de franquicia de más de 300 trabajadores (Kerbouc’h, J.Y., “La réforme des institutions représentatives du personnel et du droit syndical”, *JURIS-CLASSEUR PERIODIQUE* (Semaine juridique), édition sociale 2016, 1303). Se regulaba por el decreto n° 2017-773 du 4 mai 2017 relatif à l’instance de dialogue social mise en place dans les réseaux d’exploitants d’au moins trois cents salariés en France liés par un contrat de franchise.

¹⁵⁶ Ver Bernaud, V., “Le Conseil constitutionnel valide pour l’essentiel la loi portant ratification des ordonnances réformant le code du travail”, *DROIT SOCIAL* 2018, p. 495.

Tanto el concepto de centro de trabajo, como el diálogo entre empresa y centro de trabajo, resultan proteiformes, debiendo acordarse con finalidades normativas distintas. En este sentido, el derecho francés se refiere al “centro de trabajo distinto”.

En este punto, se ha de formular la primera pregunta: ¿deben participar en la negociación todos los sindicatos susceptibles de presentarse a las elecciones o solo las organizaciones sindicales representativas? Sobre esta cuestión, parece oportuno mantener la participación de las organizaciones representativas, para garantizar la seguridad jurídica del proceso de configuración de la empresa a efectos electorales. En este caso, ¿deben ser representativas en la empresa o en el sector? La intervención de las organizaciones representativas en el sector tendría la ventaja de permitir una negociación con ocasión del primer proceso electoral en una empresa o centro de trabajo. Sin embargo, puede plantear dudas respecto a la capacidad de las organizaciones sindicales para comprender y tomar en cuenta las condiciones particulares de cada empresa.

A continuación, cabe preguntarse si la negociación colectiva debe tener límites a la hora de determinar las unidades electorales. El derecho francés responde de forma negativa, sin perjuicio de hacer obligatoria la constitución de varios órganos de representación que deriva de ello.

Una respuesta afirmativa conduce a un supuesto similar al de la ausencia de acuerdo colectivo, es decir, conduce a una intervención de la ley.

El derecho francés remite la determinación de los centros de trabajo-unidades electorales a la decisión unilateral del empleador, a la vez que establece un criterio que permite reconocer un centro de trabajo-unidad electoral y que se impone al empleador. A partir de ahí, se pone en marcha mecanismos de impugnación que requieren la intervención de la administración laboral y de los tribunales judiciales, a quienes corresponde en última instancia determinar los centros de trabajo-unidad electoral.

El criterio adoptado se refiere a la “autonomía de gestión del responsable del centro, especialmente en materia de gestión personal”. Se excluye, por lo tanto, la fijación de una alternativa estricta entre centro de trabajo o empresa en su globalidad y se presta una particular atención al reparto de poder y a las condiciones de ejercicio de ese poder. Esta solución permite, sin lugar a dudas, una respuesta más acorde con las distintas realidades de las estructuras empresariales, pero tiene el defecto de proporcionar cierta inseguridad jurídica.

En todo caso, ante una empresa con una estructura compleja, parece razonable y coherente abogar por una representación de los trabajadores con estructura compleja. Así, además de la configuración de la empresa en unidades electorales, resulta necesario la instauración de canales de representación tanto en la cercanía del poder de decisión empresarial (comité intercentro) como en la cercanía de los trabajadores (“representante de proximidad” en referencia a la terminología

francesa). En este sentido, se garantizaría dos exigencias fundamentales a la hora de configurar la representación de los trabajadores, exigencias que no han de ser antinómicas: el principio de intermediación y la participación en la gestión empresarial.

Esta opción parece conforme con el espíritu del artículo 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la directiva 2002/14 CE de 11 de marzo y su artículo 4.4 b) referido al principio según el cual la información-consulta de los representantes de los trabajadores debe desarrollarse en los niveles adecuados, es decir, en “el nivel pertinente de dirección y de representación, en función del tema tratado”.

Con algo más de perspectiva y volviendo al derecho español, los problemas inherentes a la determinación del centro de trabajo impactan sobre una cuestión tan trascendental como la medición de la representatividad sindical. En este sentido, parece paradójico que la jurisprudencia del TS excluya a un número considerable de trabajadores de esta medición, alegando el carácter imperativo de las reglas del Título II ET debido, justamente, a su relación con la representatividad sindical.

Cabe traer a colación dos cuestiones directamente conectadas. Por una parte, independientemente de fijar como unidad electoral básica la empresa, parece necesario abandonar la medición de la audiencia electoral a través del porcentaje de representantes electos y escoger el porcentaje de votos obtenidos. En efecto, desconectaría totalmente las reglas relativas al proceso electoral en cuanto al reparto de representantes o a la constitución de la representación de los trabajadores. Así, se consagraría la asociación una persona- un voto para la medición de la representatividad sindical, sin importar cómo se compute ese voto a efectos de constituir la representación de los trabajadores en la empresa. En este marco, perdería su sentido la interpretación restrictiva del Tribunal Supremo que podría ser guiado, en adelante, por la mera voluntad de permitir a un máximo de trabajadores poder participar en un proceso electoral.

Por otra parte, de manera general, no parece satisfactoria la exclusión de los trabajadores de las pequeñas empresas- cuando son las que constituyen la inmensa mayoría del tejido productivo español- del proceso de medición de la representatividad sindical. Incluso, podría ser muy beneficioso que la representatividad sindical se asiente en un cuerpo electoral más amplio para mayor legitimidad, si bien podría implicar un baño de realidad a las grandes centrales sindicales. En todo caso, el proceso electoral francés, en las pequeñas empresas a efectos de medir la representatividad sindical, demuestra que se trata de una cuestión compleja y difícil de poner en práctica.

Finalmente, dos últimas consideraciones en relación con el fenómeno de descentralización productiva y con la democratización de las nuevas tecnologías.

De forma previa, resulta patente que ambas cuestiones han demostrado la ineficacia o inadecuación del criterio geográfico como criterio determinante del reconocimiento de centro de trabajo.

La democratización de las nuevas tecnologías se aborda muchas veces como un elemento perturbador y perjudicial a los derechos de los trabajadores. Sin duda, plantea problemáticas para nada desdeñables, especialmente en cuanto a la representación colectiva de los trabajadores. Sin embargo, una vez constituidos los órganos de representación, las nuevas tecnologías representan una fantástica oportunidad de crear vías de comunicación fluida y constante entre representantes y representados. Sobre este punto, mucho queda por hacer, tanto en el plano legal como en el plano sindical.

Respecto a la descentralización productiva, se ha puesto de relieve como se hace necesario integrar a los trabajadores de la empresa contratista que desempeñan su actividad en los locales de la empresa principal, en la vida colectiva de esta última. Al respecto, si bien caracterizada por mucha indeterminación, la noción de “comunidad de trabajo” del derecho francés produce un cierto interés, dando cuenta de una realidad práctica, que no es otra que la influencia de la empresa principal sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa auxiliar.

En todo caso, este concepto de “comunidad de trabajo” podría representar una alternativa al criterio de la autonomía del responsable del centro de trabajo o a su autonomía técnica y organizativa. En vez de contemplar la constitución de centros de trabajo desde la perspectiva empresarial, se tomaría como referencia los intereses de una colectividad de trabajadores. Ahora bien, no cabe olvidar la representación sindical. Así, por su libertad de autoconfiguración, podría ser la más capaz de representar esta comunidad de trabajo. En este marco, tomaría todo su sentido la preferencia legal que se reconoce a las secciones sindicales para llevar a cabo la negociación de un convenio colectivo.