



PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

PROMOCIÓN DE ELECCIÓN DE DELEGADO DE PERSONAL, POR SINDICATOS MÁS REPRESENTATIVOS EN PEQUEÑAS EMPRESAS

STC 36/2004, de 8 de marzo

MARÍA DEL JUNCO CACHERO *

SUPUESTO DE HECHO¹: La Confederación Sindical de Comisiones Obreras² promovió elecciones en la Empresa D. y C. F. T., S. L. El día 4 de julio de 2001 se celebró la votación, en la que, participando seis de los siete trabajadores de la Empresa, resultó elegido un delegado de personal perteneciente al Sindicato CC.OO., única candidatura que se había presentado y que obtuvo cinco de los seis votos emitidos. De todo ello se levantó acta de escrutinio que fue registrada en la Oficina Pública de elecciones sindicales el día 9 de julio de 2001.

Con fecha 11 de julio de 2001, el Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana, presenta ante la Oficina Pública escrito de impugnación de las elecciones, por considerar que a tenor de lo dispuesto en el art. 62.1 E.T.³, en tanto que se trataba de una empresa con una plantilla de entre seis y diez trabajadores, el preaviso electoral tenía que haberse formalizado por decisión mayoritaria de los empleados y no mediante promoción sindical⁴.

* Profesora Titular E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Posteriormente y, hasta la fecha el Tribunal Constitucional, ha dictado diversas Sentencias donde reitera la doctrina que establece en ésta que vamos a comentar: STC 62/2004, de 19 de abril de 2004; STC 64/2004, de 19 de abril de 2004; STC 66/2004, de 19 de abril de 2004; STC 103/2004, de 2 de junio de 2004.

² En adelante CC.OO.

³ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Re-fundido del Estatuto de los Trabajadores, en adelante E.T.

⁴ Aparte de estas cuestiones, en la Sentencia que se comenta se plantea otro supuesto que por motivo del tema elegido no va a ser comentado: «El día 13 de marzo de 2003 la representación procesal del Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana presenta escrito

RESUMEN: La impugnación electoral fue desestimada por Laudo de 23 de julio de 2001 en el que se rechazaba la interpretación del art. 62.1 E.T. postulada por el Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana para negar validez al procedimiento electoral, al entender que la capacidad de promoción de CC.OO. se deriva de lo dispuesto en el art. 67 E.T., precepto que regula específicamente la promoción de elecciones y que reconoce la capacidad de ciertos sujetos sindicales (sindicatos mas representativos y los que cuenten con un mínimo del 10 % de representantes en la empresa) para llevar a cabo aquélla.

El Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana presentó demanda de impugnación del citado Laudo arbitral, que fue estimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Valencia de 4 de octubre de 2001 que declaraba la nulidad del proceso electoral llevado a efecto ya que conforme a la doctrina judicial⁵, cuando se trata de elegir delegados sindicales en empresas entre seis y diez trabajadores, los únicos legitimados para promover el proceso electoral son estos últimos, sin que su voluntad pueda ser suplida por los demás legitimados.

Por escrito registrado ante el Tribunal Constitucional con fecha 16 de noviembre de 2001, se interpuso recurso de amparo núm. 5994-2001, promovido por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valenciano, por considerar que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la libertad sindical⁶.

El Tribunal Constitucional estima que procede otorgamiento del amparo previsto en el art. 53.a) L.O.T.C.⁷, y reconoce el derecho a la libertad sindical de la recurrente en amparo y anula la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Valencia de 4 de octubre de 2001, dictada en los autos 11784-2001, declarando la firmeza del Laudo arbitral de 23 de julio de 2001.

de alegaciones interesando la denegación del amparo solicitado. En primer término, sostiene que el recurso resulta inadmisibile por falta de agotamiento de la vía previa (art. 44.1.a) L.O.T.C.) dado que aunque la resolución impugnada no era susceptible de ser recurrida en suplicación, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valenciano pudo y debió interponer recurso de queja como hizo el Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana en otro procedimiento sobre impugnación de laudo arbitral, en el que a través de la interposición de tal recurso se tuvo acceso a la suplicación al apreciar la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Auto de 1 de octubre de 2002) que se trataba de una cuestión que ya había sido objeto de debate ante esa Sala en anteriores ocasiones y que afectaba a un gran número de trabajadores». STC 36/2004, de 8 de marzo de 2004.

⁵ Cita STS de 19 de marzo de 2001, STSJ Navarra de 16 de marzo de 1991 y STSJ Castilla León-Valladolid de 27 de mayo de 1991.

⁶ Art. 28.1 Constitución.

⁷ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional.



ÍNDICE

1. ALCANCE DE LA LIBERTAD SINDICAL: PROMOCIÓN DE ELECCIONES
2. PROMOCIÓN DE ELECCIONES EN EMPRESA DE ENTRE SEIS Y DIEZ TRABAJADORES
 - 2.1. Sujetos legitimados
 - 2.2. Decisión por mayoría de los trabajadores

1. ALCANCE DE LA LIBERTAD SINDICAL: PROMOCIÓN DE ELECCIONES

No pretende este apartado del Comentario ser un exhaustivo estudio de un tema tan amplio e importante como es la libertad sindical; sólo se pretende una aproximación a la doctrina constitucional desde el tratamiento que por las distintas partes presentes en esta Sentencia se ha dado al tema. Es por ello por lo que, a través de la petición de amparo por vulneración de un Derecho Fundamental, la libertad sindical, llegamos al tema de la promoción de elecciones.

El Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana, presenta escrito de alegaciones interesando la denegación del amparo solicitado por CC.OO. y manifiesta que niega la vulneración del derecho a la libertad sindical, art. 28.1 Const., porque entiende que el art. 67 E.T.⁸ establece una regla general que define los agentes que tienen capacidad para promover un proceso electoral, mientras que el art. 62 E.T.⁹ es una especie dentro del género aplicable a centros de trabajo con un determinado número de trabajadores, en relación con los que se exige el acuerdo mayoritario de éstos para ser representados por un delegado de personal. Y argumenta, que la interpretación de los preceptos anteriormente citados (arts. 67 y 62 E.T.) «no cercena el derecho a la libertad sindical sino que se modaliza por las circunstancias concurrentes (unidad electoral muy pequeña, ergo acuerdo mayoritario previo, que además debe ser documentado tal y como establece el reglamento correspondiente)»¹⁰.

Por su parte el Sindicato recurrente, CC.OO., alude a que la interpretación que hace el Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana, vulnera su derecho a la libertad sindical, al negarle la capacidad de promoción

⁸ Art. 67.1 E.T.: «Podrán promover elecciones a delegados de personal y miembros de Comités de Empresa las organizaciones sindicales más representativas, las que cuenten con un mínimo de un diez por ciento de representantes en la empresa o los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario...».

⁹ Art. 62.1 E.T.: «La representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tenga menos de cincuenta y más de diez trabajadores corresponde a los delegados de personal. Igualmente podrá haber un delegado de personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, si así lo decidieran éstos por mayoría...».

¹⁰ Antecedente 6, STC 36/2004, de 8 de marzo de 2004.

de elecciones que los arts. 67 E.T. y 6.3 L.O.L.S.¹¹ le reconocen sin efectuar distinción alguna en función del número de trabajadores de la empresa en la que hayan de celebrarse. Añade que tal derecho, reconocido tanto en ley ordinaria como orgánica, no puede negarse en aplicación de lo dispuesto en un precepto (art. 62.1 E.T.) que no regula la «promoción de elecciones» (tal y como hace el art. 67 E.T.) pues, únicamente establece que «podrá haber un delegado de personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, si así lo decidieran por mayoría», previsión esta que no limita la capacidad de promoción reconocida a los sindicatos en el art. 67 E.T. sin exclusión de tal tipo de empresas. «Tampoco el art. 62.1 E.T. exige requisito alguno *ad solemnitatem* para poner de manifiesto esa decisión mayoritaria de los trabajadores de tener un delegado sindical que les represente, ni determina el momento en el que tal voluntad haya de comunicarse»¹².

Y por último, el Ministerio Fiscal propone la estimación de la demanda al considerar que la Sentencia impugnada contiene una interpretación que no garantiza suficientemente el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 Const.) del recurrente en amparo, al otorgar plena validez a la interpretación del art. 62.1 E.T. propuesta por el Sindicato Independiente «marginando toda toma en consideración de la normativa que otorga la facultad de preaviso a los sindicatos más representativos, dado que tal promoción se integra en su derecho de libertad sindical y que en el supuesto de autos la mayoría de los trabajadores había acudido a votar y había elegido un delegado de personal»¹³.

Ante estas posturas vertidas por las partes, el Tribunal Constitucional manifiesta, de forma pormenorizada, cual es la posición mantenida al respecto:

- a) «Este Tribunal reiteradamente ha declarado que el art. 28.1 CE integra, además de la vertiente organizativa de la libertad sindical, los derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos —huelga, negociación colectiva, promoción de conflictos— que constituyen el núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical. Pero también que, junto a los anteriores, los sindicatos pueden ostentar también derechos o facultades adicionales atribuidos por normas

¹¹ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. Art. 6.3: «Las organizaciones que tengan la consideración de sindicato más representativo según el número anterior, gozarán de capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales para: ...e) Promover elecciones para delegados de personal y comités de empresa y órganos correspondientes de las Administraciones Públicas...».

¹² Fundamento Jurídico 1, STC 36/2004, de 8 de marzo de 2004.

¹³ Fundamento Jurídico 1, STC 36/2004, de 8 de marzo de 2004.



legales o convenios colectivos que se añadan a aquel núcleo esencial. Así el derecho fundamental se integra no sólo por su contenido esencial sino también por esos derechos o facultades adicionales, de modo que los actos contrarios a estos últimos son también susceptibles de infringir dicho art. 28.1 CE ¹⁴. Estos derechos adicionales, en la medida que sobrepasan el contenido esencial que ha de ser garantizado a todos los sindicatos, son de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical ¹⁵» (STC 76/2001, de 26 de marzo, FJ 4).

- b) «La promoción de elecciones sindicales constituye parte de este contenido adicional.... Los derechos de los sindicatos de presentar candidaturas y de promoción, en su caso, de aquéllas, pese a derivar de su reconocimiento legal, constituyen facultades que se integran sin duda en la libertad sindical, tanto en su aspecto colectivo como en su aspecto individual. De ahí que cualquier impedimento u obstaculización al sindicato o a sus miembros de participar en el proceso electoral puede ser constitutivo de una violación de la libertad sindical» ¹⁶ (STC 76/2001, de 26 de marzo, FJ 4).

Quizá toda esta controversia, de si pueden o no, los sindicatos más representativos promover elecciones en centros o empresas que cuenten entre seis y diez trabajadores, se deba a la excesiva sindicalización que la representación unitaria tiene en nuestro país. Sin ir mas lejos, en la propia Sentencia que comentamos se señala indistintamente «delegado sindical», «delegado de personal». Y sin dejar de lado que este tema va unido a los índices de representatividad que los Sindicatos pretenden alcanzar. Sin duda, será más fácil tener un representante en una pequeña empresa, pues solo harán falta unos pocos votos para que el candidato sea elegido, que en una de mayor dimensión, donde el número de votos para ser elegido es superior. Así, las disfunciones derivadas del sistema electoral consagrado por

¹⁴ Cita SSTC 39/1986, de 31 de marzo; 104/1987, de 17 de junio; 184/1987, de 18 de noviembre; 9/1988, de 25 de enero; 51/1988, de 22 de marzo; 61/1989, de 3 de abril; 127/1989, de 13 de julio; 30/1992, de 18 de marzo; 173/1992, de 29 de octubre; 164/1993, de 18 de mayo; 1/1994, de 17 de enero; 263/1994, de 3 de octubre; 67/1995, de 9 de mayo; 188/1995, de 18 de diciembre; 95/1996, de 29 de mayo; 145/1999, de 22 de julio; 201/1999, de 8 de noviembre; 70/2000, de 13 de marzo y 132/2000, de 16 de mayo.

¹⁵ Cita SSTC 201/1999, de 8 de noviembre, y 132/2000, de 16 de mayo.

¹⁶ Cita SSTC 104/1987, de 17 de junio, 9/1988, de 25 de enero, y 51/1988, de 22 de marzo.

el ordenamiento español estriba en la muy desigual distribución del número de votos necesarios para elegir a un miembro de los órganos de representación unitaria, pues la dimensión de la unidad electoral influye, decisiva e injustificadamente, en el valor del voto emitido¹⁷.

Es mas se llega a «infravalorar el sindicalismo de las grandes unidades electorales frente a las pequeñas, toda vez que, en muchísimos casos, se realizan con el único fin de que sus resultados sean tenidos en consideración para el cómputo de la representatividad sindical»¹⁸.

2. PROMOCIÓN DE ELECCIONES EN EMPRESAS DE ENTRE SEIS Y DIEZ TRABAJADORES

2.1. Sujetos legitimados

Señalaremos en primer lugar los sujetos legitimados para promover procesos electorales y posteriormente analizaremos lo establecido al respecto en la Sentencia que comentamos.

Es el art. 67.1 E.T. quien señala los sujetos legitimados para promover elecciones a delegado de personal y a miembros de Comités de Empresa. De esta forma, la promoción de elecciones podrían llevarlas a cabo:

- Los Sindicatos más representativos a nivel estatal o de Comunidad Autónoma. En este caso no hace falta que estos Sindicatos tengan una representatividad en la empresa en el sector a que ésta pertenece.
- Los Sindicatos que cuenten ya con una presencia de al menos el 10% de los miembros de los Comités de Empresa que se van a renovar.
- Los trabajadores de la empresa directamente, en cuyo caso deberá hacerse por acuerdo mayoritario¹⁹.

Visto así, parece pues no existir problema alguno para que un Sindicato más representativo, como es el caso que nos ocupa, promueva elecciones

¹⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*. Tecnos. Madrid 1990. Págs. 133 y 134.

¹⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: *La representatividad ... op. cit.* Pág. 135. Al respecto cita el autor al prof. CRUZ VILLALÓN, J.: «El desarrollo del proceso electoral “sindical” a través de las resoluciones judiciales». *Temas Laborales* núms. 10-11. Pág. 73, señala que la flexibilidad en la interpretación jurisprudencial del requisito del acuerdo mayoritario para la designación de delegados de personal en los centros entre seis y diez trabajadores también ha podido influir en ello.

¹⁹ GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F.: *La Regulación Legal de los Representantes de los Trabajadores en la Empresa*. Fundación Confemetal. Madrid 2000. Pág. 96.

en una pequeña empresa. Pero, la norma estatutaria va mas allá y establece una particularidad para este tipo de empresas, art. 62.1 E.T.: «Igualmente podrá haber un delegado de personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, si así lo decidieran éstos por mayoría». Y es justamente, de la unión de estos dos preceptos, 67.1 y 62.1 E.T., de donde nace el problema. La cuestión es sí un Sindicato más representativo puede promover elecciones allí donde la ley marca que para que pueda existir un representante, deben los trabajadores acordarlo por mayoría. Por tanto, los interrogantes pueden ser muy diversos: si podrían o no promover sólo los trabajadores; si podrían o no los Sindicatos promover previa comunicación a los trabajadores; si podrían o no promover con el acuerdo de los trabajadores; si de determinados actos previos y de la votación se entendería o no el acuerdo de los trabajadores...

Centrándonos en la Sentencia, encontramos claramente, posturas opuestas. Por un lado la del Sindicato Independiente, por otro la de CC.OO., y la solución constitucional. Así, el primero, el Sindicato Independiente expone que «cuando se trata de elegir delegados sindicales en empresas de entre seis y diez trabajadores, los únicos legitimados para promover el proceso electoral son éstos últimos, sin que su voluntad pueda ser suplida por los demás legitimados para promover el proceso electoral»²⁰.

Por su parte CC.OO. señala que cuando tal precepto condiciona a una decisión mayoritaria de los trabajadores la elección de un delegado de personal, no se está refiriendo a la «capacidad de promoción», sino a celebrar o realizar elecciones, pues, en definitiva o con independencia de quien promueva el proceso electoral, éste sólo se celebrará o culminará si los trabajadores así mayoritariamente lo deciden. Afirma que la distinción entre los conceptos de promover y celebrar es esencial, ya que la promoción no implica de forma indefectible la celebración sino únicamente la fijación de la fecha en la que se ha de constituir la mesa electoral que ha de regir el procedimiento electoral. Partiendo de tal distinción, entiende que el art. 62.1 E.T. no regula la capacidad de promover sino la decisión de celebrar y que el art. 67.1 E.T., que se refiere expresamente a la promoción de elecciones, reconoce a los sindicatos más representativos la capacidad para promoverlas sin distinción en razón de la dimensión de la empresa. Añadiendo finalmente, que como los trabajadores habían aportado tanto en la comparecencia arbitral como en sede judicial un escrito firmado por todos ellos en el que se declaraba la conformidad con el proceso electoral y ratificaban la candidatura que fue elegida, se tiene que dar por cumplido lo previsto en el art. 62.1 E.T.

²⁰ Antecedente 2. e), STC 36/2004, de 8 de marzo de 2004.

El Tribunal Constitucional intenta pacificar los dos preceptos: «Ante todo, los arts. 6.3.e) L.O.L.S. y 67.1 E.T. reconocen a los sindicatos más representativos capacidad para promover elecciones para delegados de personal, sin que aparezca excepción o salvedad expresa en relación con las empresa o centros de trabajo de entre seis y diez trabajadores. Por otro lado, el art. 62.1 E.T., respecto de los casos de tal número de operarios, exige para la existencia de delegado de personal que así lo decidan los trabajadores por mayoría». Cabe entender, manifiesta el Tribunal Constitucional, que los citados preceptos admiten y reclaman una conciliación interpretativa que permita su plena aplicabilidad. Partiendo de la base lógica de que las elecciones sólo son viables cuando se haya previsto legalmente la existencia de delegado de personal, ha de tenerse en cuenta: a) que la finalidad del art. 62.1 E.T. es la de habilitar tal existencia en los centros de trabajo como el que aquí se examina contando con la voluntad de los trabajadores, o, lo que es lo mismo, desde otro punto de vista, la de no imponer a éstos la figura del delegado contra su voluntad; b) que la legitimación sindical para la promoción de elecciones opera con carácter general, cumpliendo los requisitos establecidos en el art. 67.1 E.T.

La armonización de los preceptos examinados, ha de desarrollarse entendiendo que la promoción de elecciones por parte de los sindicatos más representativos exigirá siempre la decisión de los trabajadores, que podrá producirse bien antes de aquella promoción, bien después. En definitiva, esa decisión opera como condición de eficacia y no como presupuesto de admisibilidad²¹.

Pero esta solución no es sin duda la única, pues existen argumentos en contra que ponen de manifiesto la negativa a la promoción por Sindicatos en empresas de entre seis y diez trabajadores. Así, «la promoción electoral que se reconoce a los sindicatos más representativos no comprende los supuestos de empresas entre seis y diez trabajadores, en que la adopción de este instrumento representativo de participación en la empresa no cuenta con el apoyo mayoritario de la plantilla, al punto de sustituir por la suya propia la voluntad de la mayoría de los trabajadores a la que la ley ha supeditado tal asunción»²². U opiniones que manifiestan la imposibilidad de sustituir la decisión de los trabajadores por actos varios: «Cierta doctrina (CRUZ VILLALÓN) considera que en ningún caso debe identificarse la votación de una determinada candidatura con el presente apoyo a la celebración de elecciones, pues el trabajador en tal momento se puede encontrar ante un hecho consumado de un proceso electoral en marcha y decidirse a depositar su voto,

²¹ Fundamento Jurídico 4, STC 36/2004, de 8 de marzo de 2004.

²² ALBIOL MONTESINOS, I.: *Los representantes de los trabajadores en la jurisprudencia laboral*. Tirant lo blanch. Valencia 1995. Pág. 42.



no tanto porque sea partidario de una sindicalización o colectivización de las relaciones laborales en el seno de la empresa, sino porque, dado que las elecciones se van a celebrar, al menos ocupe el cargo representativo una persona de su confianza»²³.

En definitiva estas matizaciones nos conducen a conocer el cauce en el que debe llevarse a cabo ese acuerdo de los trabajadores. Es decir, sobre todo a saber en qué momento tienen que acordar su decisión y en qué forma o manera han de hacerlo.

2.2. Decisión por mayoría de los trabajadores

Ya ha quedado de manifiesto que los trabajadores son sujetos legitimados para promover elecciones y que en empresas entre seis y diez trabajadores son ellos, por mayoría, los que decidirán si quieren o no un delegado de personal. Es justamente en esta decisión por mayoría en la que nos vamos a centrar.

En la Sentencia que comentamos, el Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana impugnó el Laudo arbitral que declaraba válido el proceso electoral en la Empresa D. y C. F. T., S. L., porque consideró que el Sindicato CC.OO. no podía promover las elecciones en la citada empresa, al contar ésta con siete trabajadores y por tanto a quién correspondía era a los trabajadores por mayoría. «Cuando se trata de elegir delegados sindicales en empresas de entre seis y diez trabajadores, los únicos legitimados para promover el proceso electoral son éstos últimos, sin que su voluntad pueda ser suplida por los demás legitimados para promover el proceso electoral»²⁴.

Por su parte el Sindicato CC.OO., aparte de todo lo comentado anteriormente sobre su legitimación para poder ser promotores electorales en esta Empresa, manifiesta que «la decisión mayoritaria de los trabajadores debe entenderse que se puede producir en cualquier momento, a saber, antes de la promoción de las elecciones, en el ínterin (entre la promoción y la constitución de la mesa electoral), e incluso a través de la participación efectiva, real y mayoritaria de trabajadores en el acto de votación.

Dado que en el caso de autos los trabajadores habían aportado tanto en la comparecencia arbitral como en sede judicial un escrito firmado por todos ellos en el que declaraban la conformidad con el proceso electoral y ratificaban la candidatura que fue elegida, se tiene que dar por cumplido lo previsto en el art. 62.1 E.T.»²⁵.

²³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., LANTARÓN BARQUÍN, D., AGUT GARCÍA, C.: *Los laudos arbitrales de las elecciones sindicales*. Lex Nova. Valladolid 1997. Pág. 47.

²⁴ Antecedente 2, STC 36/2004, de 8 de marzo de 2004.

²⁵ Antecedente 3, STC 36/2004, de 8 de marzo de 2004.

Es el propio Tribunal Constitucional quien delimita la decisión de los trabajadores, haciendo una comparación con el acuerdo por mayoría, pues quizás de ambos (decisión, acuerdo) es de donde surja el problema. Así manifiesta en su Fundamento Jurídico 4 que, «ha de señalarse que así como el acuerdo mayoritario de los trabajadores para la promoción electoral ha de acreditarse mediante acta²⁶, la decisión mayoritaria exigida por el art. 62.1 E.T. no está sujeta a formalidades específicas, pudiendo ser expresa o tácita, siendo de destacar como supuesto claro de decisión tácita el de la participación de la mayoría de los trabajadores en la votación.

Así pues, el requisito de la decisión mayoritaria previsto en el art. 62.1 E.T., inciso segundo, es imprescindible sí, pero en el aspecto temporal, puede ser anterior o posterior a la promoción de las elecciones y, en el terreno formal, puede ser expresa o tácita.

Y, en definitiva, esta es la doctrina recogida en el ATC 1036/1988, de 26 de septiembre, FJ 2, que, refiriéndose al requisito del art. 62.1 E.T. «señala que tal requisito puede entenderse cumplido no sólo de una forma determinada (si los trabajadores decidieron promover elecciones), sino de otras (entre ellas, si los trabajadores intervinieron en la votación)».

En el caso que se examina, de los siete trabajadores de la empresa, participaron en la votación seis, de los cuales cinco votaron al candidato presentado, de suerte que resulta claro que de forma concluyente se produjo la decisión mayoritaria tácita de contar con delegado de personal»²⁷.

Tantas posibilidades —expresa, tácita, que se presume del resultado de la votación, etc.—, para dar por cumplimentado el art. 62.1 E.T. en vez de despejar dudas, quizás hace perder fuerza al requisito de la decisión mayoritaria. A lo que parece, cualquier momento es bueno, o algún acto que los trabajadores realicen —votación mayoritaria—, es válido para cumplir con el art. 62.1 E.T. Parecería más lógico, que ciertamente el mandato del art. 62.1 E.T. estuviera presente para conocer a priori qué empresa de entre seis y diez trabajadores quiere tener un delegado de personal, aunque posteriormente los propios trabajadores comunicaran esa decisión a un Sindicato, que sin duda alguna son los «profesionales» de las elecciones a órganos de representación de los trabajadores, para que llevaran a cabo todo el proceso²⁸.

²⁶ Art. 2.2 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, que aprueba el Reglamento de Elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la Empresa.

²⁷ Fundamento Jurídico 5, STC 36/2004, de 8 de marzo de 2004.

²⁸ No entramos a analizar aquí la promoción de elecciones llevada a cabo de forma expresa por los trabajadores, porque en la Sentencia que comentamos, la promoción la realiza un Sindicato más representativo. De ahí que no aparezca el tema de al asamblea, con todos los



Visto esto, no es de extrañar encontrar posturas enfrentadas en la doctrina, la jurisprudencia y arbitraje electoral. De esta forma, se argumenta que el art. 62.1 E.T. tan solo exige que aflore la voluntad, libre, de los trabajadores de ser representados, cuando se trate de empresas o centros de trabajo que tengan entre seis y diez trabajadores. En estos casos la voluntad de los trabajadores podría manifestarse de forma expresa o tácita²⁹.

O, por el contrario «la promoción electoral que se reconoce a los sindicatos más representativos no comprende los supuestos de empresas entre seis y diez trabajadores en que la adopción de este instrumento representativo de participación en la empresa no cuenta con el apoyo mayoritario de la plantilla, al punto de sustituir por la suya propia la voluntad de la mayoría de los trabajadores a la que la ley ha supeditado tal asunción»³⁰.

La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia y de los Juzgados de lo Social, parece haberse inclinado por exigir en estos casos el previo acuerdo de los trabajadores, que no podrá ser sustituido por la convocatoria sindical³¹, ni confirmado por la participación mayoritaria de los empleados en el posterior proceso electoral³².

Por lo que se refiere a laudos arbitrales, baste citar como ejemplo: «ERV 71/99: El art. 62.1 dispone que en las empresas o centros de 6 a 10 trabajadores habrá delegado de personal si aquéllos lo deciden por mayoría. Por su parte, el art. 67.1 faculta para promover elecciones no sólo a los trabajadores por acuerdo mayoritario, sino también a los sindicatos.... En el presente caso nos encontramos con una promoción a la que no se achaca ilegal-

requisitos que par ello exige el art. 2.2 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, que aprueba el Reglamento de Elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la Empresa y las consecuencias de su incumplimiento conforme al art. 67.2 E.T.

²⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J. y PÉREZ BORREGO, G.: *Procedimiento de Elecciones a Representantes de Trabajadores y Funcionarios*. Aranzadi. Pamplona 1995. Pág. 91. Los autores, en referencia a la forma expresa ponen de manifiesto una Consulta de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 14 de octubre de 1994, donde se establece que en empresas entre seis y diez trabajadores ni la ley ni el reglamento imponen la convocatoria de Asamblea al efecto, dado que las relaciones personales entre ellos no precisan de la realización de una serie de actos solemnes.

³⁰ ALBIOL MONTESINOS, I.: *Los representantes de los trabajadores... op. cit.* Tirant lo blanch. Valencia 1995. Pág. 42.

³¹ SJS núm. 2 de Navarra de 27 de julio de 1998 (AS 3102/1998).

³² STSJ Castilla y León de 27 de junio de 1991 (AS 3350); STSJ Navarra de 15 de marzo de 1991 (AS 2133) y STSJ Andalucía (Málaga) de 8 de mayo de 1992 (AS 2583). En este mismo sentido SJS núm. 1 de Castellón de 29 de enero de 2002 (AS 2002/410); STSJ Navarra de 15 de marzo de 2001 y STSJ Andalucía (Málaga) de 8 de marzo de 2000; SJS núm. 4 de Granada de 11 de septiembre de 2001 (AS 4572). CALVO GALLEGOS, J.: *Capítulo II, procedimiento electoral*. (Borrador). Pág. 56.

lidad alguna, pero no consta el acuerdo de los trabajadores, que sería su complemento para la válida celebración de las elecciones. El proceso así, al no contar efectivamente con el refrendo de la voluntad de la mayoría de los 8 trabajadores de la empresa, debe ser considerado inválido»³³.

A la vista de todo ello, quizás lo que debiera dejar más claro el Tribunal Constitucional, es que al establecerse en el art. 62.1 E.T. el acuerdo mayoritario de los trabajadores para poder tener un representante, esa decisión siempre estuviera tomada antes de iniciar la promoción electoral, pues de esa forma siempre se garantizaría la voluntad individual de cada uno de ellos, que la ley parece quiere dar a estas empresas de reducido tamaño. El dejar que actos posteriores, o que incluso de forma tácita se de por supuesto que quieren mayoritariamente a un representante, parece no acercarse a lo establecido en la ley, pues realmente si algo se hace es porque antes se ha tomado un acuerdo en tal sentido. Y no al revés: primero se hace y como consecuencia se da por supuesto que antes hubo un acuerdo. De esta última forma la decisión mayoritaria del art. 62.1 E.T. no tendría demasiado sentido³⁴.

³³ GARCÍA MUÑOZ, M.: *Proceso de elecciones sindicales y laudos arbitrales* (Sevilla, 1994-2000). Tecnos. Madrid 2002. Pág. 29.

³⁴ Vid. RÍOS MESTRE, J.M.ª: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8.3-2004 (R.º Amparo 5994/2001) sobre libertad sindical y promoción de elecciones sindicales en empresas o centros de trabajo de entre seis y diez trabajadores». *Revista de Derecho Social* núm. 25. Págs. 151 y ss.