

## SEGUNDA PARTE CUESTIONES SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA A NIVEL DE EMPRESA

### SOLUCIONES A LA AUSENCIA DE REPRESENTACIONES LEGALES EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL. LA FÓRMULA FRANCESA COMO REFERENTE\*

Patricia Nieto Rojas\*\*  
Universidad Carlos III de Madrid

**SUMARIO:** 1. Introducción. –2. Los requisitos de legitimación previstos en el texto estatutario. –3. La descentralización de la negociación colectiva como objetivo prioritario de las últimas reformas normativas. –4. La negociación colectiva en empresas sin representación: alternativas posibles. –5. Las soluciones arbitradas en otros ordenamientos. La fórmula francesa como referente. –6. Conclusiones.

---

#### RESUMEN

*El hecho de que el último ciclo de reformas laborales quiera situar a la empresa como centro del modelo de negociación colectiva debería tener como efecto derivado la revalorización de los representantes legales, tanto de base unitaria como sindical, habida cuenta que las sucesivas reformas han mantenido incólume el art. 87.1 ET, de modo que la legitimación la ostentan, exclusivamente, las representaciones de base unitaria o, preferentemente, las secciones sindicales que acrediten la mayoría legalmente exigida.*

*Por el contrario, la Ley no ha dado una respuesta satisfactoria a la ausencia de estructuras estables de representación. El objetivo de este artículo trata entonces de valorar la viabilidad jurídica de una posible modificación del art. 87.1 ET que dé una solución a esta ausencia. Con la regulación vigente, esta carencia no sólo veda la posibilidad de suscribir convenios colectivos estatutarios sino también la celebración de pactos de empresas subsidiarios (v. gr. los acuerdos previstos en el art. 34.2 ET para introducir modelos de distribución irregular de la jornada) en los que el ordenamiento no contemple la intervención de las comisiones ad hoc.*

#### ABSTRACT

*Collective bargaining has been deeply modified in recent years. In Spain, legal reforms aims to decentralize of collective bargaining in favor of the enterprise level and this decision must be revalorized trade unions and enterprise committees because in our legislation for the exclusive*

---

\*Recibido el 16 de junio 2015, aceptado 20 de julio 2015

Este artículo es una versión revisada, y parcialmente modificada, de la comunicación presentada con idéntico título al XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social celebrado en León, la cual fue merecedora del Premio “Juan Rivero”.

\*\* Doctora en Derecho. Profesora Ayudante.

*right to collective bargaining of the representative union at enterprise level or of a trade union affiliated to a representative trade union federation, and subsidiary, for elected employees representatives.*

*This article evaluates the legal feasibility of a possible amendment of art. 87.1 ET to give an answer to the absence of stable structures of representation, then, with the current regulation, this lack not only ban the possibility of signing collective agreements but also statutory holding subsidiary companies agreements in which the system does not provide for the intervention of the ad hoc committees.*

**Palabras clave:** Representaciones legales, convenio colectivo, ausencia, comisiones *ad hoc*, trabajador mandatado, legislación francesa.

**Key words:** Stable structures of representations, collective agreements, ad hoc committees, French legislation.

## 1. INTRODUCTION

La opción asumida por el constituyente en el art. 37.1 CE al regular la titularidad el derecho de negociación colectiva fue la de configurar de una manera abierta y flexible esta posibilidad al referirse a los “representantes de los trabajadores”.

Esta “genérica y habilidosa”<sup>1</sup> redacción constitucional permitió incluir en su seno tanto a representantes sindicales como unitarios, sin perjuicio de que la recurrente relación entre los derechos a la libertad sindical y negociación colectiva dote al sindicato de un papel privilegiado a este respecto<sup>2</sup>. Y aunque, es cierto, que desde círculos sindicales<sup>3</sup> se insta a “reforzar los vínculos entre el sindicato y la empresa”<sup>4</sup>, proponiendo, para ello, que sean las secciones sindicales las que asuman de forma exclusiva las atribuciones vinculadas a la negociación colectiva, en el presente artículo no se puede compartir esta propuesta y ello en base a los siguientes argumentos:

De un lado, por la evidente consolidación de los órganos unitarios como cauce natural para la participación del sindicato en la empresa nos hace compartir que su hipotética “decapitación supondría una erosión en la defensa de los trabajadores. La función reivindicativa de los órganos unitarios está tan asumida en nuestra cultura jurídica que un encauzamiento de esta instancia representativa hacia funciones exclusivamente participativas traería un terremoto social”<sup>5</sup>. De

<sup>1</sup> ALARCÓN CARACUEL, M. A., “La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos”, en Alarcón Caracuel, M., Rey Guanter, S. (eds.) *La reforma de la negociación colectiva*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 63. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *La singularidad española de los sujetos negociadores en la empresa*, cit., p. 36.

<sup>2</sup> Por todos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *La singularidad española de los sujetos negociadores en la empresa: un estudio comparado*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986, p. 59. Más recientemente, TOMÁS JIMÉNEZ, N., *Los sujetos del convenio colectivo: partes negociadoras*, Comares, Granada, 2013, p. 48.

<sup>3</sup> BENITO VALENCIANO, R. (ED.), *Un nuevo sindicalismo para el futuro. Reflexiones sobre trabajo y cambio social*, Fundación 1o de mayo, Madrid, 2012, p. 255. Tesis que fue defendida por el histórico sindicalista López Bulla en el debate contenido en BAYLOS GRAU, A.; LÓPEZ BULLA, J. L., “Sobre el actual modelo de representación”, *Revista de Derecho Social*, vol. 22, 2003, pp. 227-229.

<sup>4</sup> MERINO SEGOVIA, A., “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012”, *Revista de Derecho Social*, vol. 57, 2012, p. 257.

<sup>5</sup> LAHERA FORTEZA, J., *La titularidad de los derechos colectivos de trabajadores y funcionarios*, CES, Madrid, 2000, p. 309. Se observa una cierta matización en esta postura, instando a una mayor sindicalización en LAHERA FORTEZA, J., “El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa: funciones y disfunciones”, en Valdés Dal-Ré, F., Molero Marañón, M. L. (eds.) *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Fundación Largo Caballero, Madrid, 2010, p. 34.

otro, porque cualquier propuesta<sup>6</sup> en clave sindicalizadora debe hacerse partiendo de que la referida sindicalización no sólo consolida a los propios órganos unitarios sino que les da mayor solidez.

Sin embargo, somos conscientes de que hay argumentos muy consistentes que podrían argüirse en sentido contrario, instando al reconocimiento en exclusiva de legitimación negociadora a las secciones:

a) En primer lugar, porque la normativa internacional insta a los ordenamientos nacionales a “garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes”—art. 5 Convenio núm. 135 OIT, relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los trabajadores en la empresa, de 23-6-1971, ratificado el 21-6-72 (BOE 4-7-1974)—.

b) Y, en segundo lugar, porque la diferente naturaleza de estas instancias representativas podría justificar la atribución en exclusiva de determinadas funciones a los sindicatos. Conviene recordar que la única conexión constitucional de las representaciones de base electiva es la genérica previsión contenida en el art. 129.2 CE sobre las diversas formas de participación en la empresa, siendo, por tanto, de estricta configuración legal su alcance funcional. O, dicho de otro modo, la representación reconocida a las instancias unitarias dimana directamente de la Ley<sup>7</sup>, pudiendo ser objeto de limitación en esta sede.

Conviene recordar que el derecho a la negociación colectiva no aparece entre los derechos y libertades contenidos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título Primero, de modo que su desarrollo no precisó de Ley Orgánica sino que bastaron los preceptos del ET<sup>8</sup> para establecer el modelo legal de negociación colectiva<sup>9</sup>, reconociendo desde su primera versión a representaciones sindicales y unitarias un poder “*ex lege*” de actuar y de afectar a las esferas jurídicas de otros a través de la singular eficacia concedida a los convenios colectivos estatutarios<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Para tratar de mitigar este riesgo, se ha propuesto la idea de “cruzar el doble canal de la figura del delegado sindical” es decir, manteniendo los dos canales representativos, los mismos se vincularían a través de uno o varios delegados sindicales, designados por los afiliados al sindicato entre aquellos miembros de la sección sindical previamente elegidos como representantes unitarios que serían los competentes para evitar duplicidades y disfunciones. Con esta solución, se reproduciría la solución acogida en su día por el Acuerdo Marco Interconfederal, LUJÁN ALCARAZ, J., *La acción sindical en la empresa: marco legal y desarrollo convencional*, CES, Madrid, 2003, p. 316.

<sup>7</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas; Universidad Granada, Madrid, 1992, p. 378. GARRIDO PÉREZ, E., *La información en la empresa: análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores*, CES, Madrid, 1995, p. 72. LAHERA FORTEZA, J., *La titularidad de los derechos colectivos de trabajadores y funcionarios*, cit., p. 229.

<sup>8</sup> RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE de 24 de octubre), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ET en lo sucesivo. La primera versión del art. 87.1, incluida en Ley 8/1980, señalaba que: “estarán legitimados para negociar: 1. En los convenios de empresa o ámbito inferior: el comité de empresa, delegados de personal en su caso o las representaciones sindicales si las hubiere”.

<sup>9</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *Los sujetos de los convenios de empresa: representantes unitarios y representantes sindicales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985, p. 59.

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., “La legitimación para negociar colectivamente (En torno al artículo 87)”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 100, 2000, p. 1527. Monográficamente, SOLANS LASTRE, M. A., *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004. Centrándose en las modificaciones operadas por el RDL 7/2011, de 10 de junio, (BOE 11 de junio) de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. TOMÁS JIMÉNEZ, N., “El nuevo marco de negociación colectiva en los grupos de empresas y empresas red”, *CEF. RTSS*, vol. 356, 2012.

## 2. LOS REQUISITOS DE LEGITIMACIÓN PREVISTOS EN EL TEXTO ESTATUTARIO

Los requisitos de legitimación estatutarios traducen el “doble significado de constituir una garantía de la representatividad de los participantes y expresar un derecho de los más representativos a participar en las negociaciones, en orden a asegurar la representación del conjunto de trabajadores y empresarios”<sup>11</sup>, afectados por el convenio. Y aunque es obvio que no hubiese sido necesario establecer esta exigencia si los convenios estatutarios tan sólo vincularan a los firmantes y a los directamente representados por los signatarios sin alcanzar, por tanto, a empresas o trabajadores que no están unidos por un nexo de representación a las organizaciones pactantes pero como quiera que el art. 82.3 ET reconoce eficacia personal general al convenio estatutario, el mismo ha establecido rígidas reglas de delimitación de los sujetos legitimados<sup>12</sup>.

En nuestro ordenamiento, representaciones electivas y sindicales no comparten sino que ostentan simultáneamente la titularidad del derecho<sup>13</sup> sin que la preferencia legal reconocida por el RD Ley 7/2011 haya alterado esta dinámica negocial, pues aunque es obvio que la misma viene a recoger una histórica pretensión sindical<sup>14</sup>, la realidad muestra perfiles más complejos.

La preponderancia de la representación unitaria en la negociación colectiva de empresa es un hecho indiscutible en la realidad social; comportamiento que, además, presenta una notable consistencia temporal como evidencia el hecho de que la inmensa mayoría de convenios de empresa son negociados por representantes de base electiva<sup>15</sup>. Tanto en los convenios de empresa firmados en el año 2012, último período en el que se tienen datos agregados definitivos, como en los suscritos en el año 2013 se evidencia la abrumadora participación de representantes de base electiva ya que sólo en un 22,56% de estos convenios participaron secciones sindicales, habiendo experimentado un ligero descenso en el año 2013.

### CONVENIOS DE EMPRESA SEGÚN COLECTIVO DE PARTICIPACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN, POR AÑO DE FIRMA Registrados hasta noviembre 2014

	TOTAL CONVENIOS DE EMPRESA	HAN NEGOCIADO COMITÉ DE EMPRESA Ó DELEGADOS		HAN NEGOCIADO SECCIONES SINDICALES		HAN NEGOCIADO OTROS	
		SI	NO	SI	NO	SI	NO
<b>2012</b>							
- Valor absoluto	1.241	1.163	78	280	961	215	1.026
- Porcentaje	100	93,71	6,29	22,56	77,44	17,32	82,68
<b>2013</b>							
- Valor absoluto	1.866	1.779	87	415	1.451	233	1.633
- Porcentaje	100	95,34	4,66	22,24	77,76	12,49	87,51

Fuente: Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo (S.G. Estadística. MEYSS)

<sup>11</sup> STC 37/1984.

<sup>12</sup> Las mismas constituyen la manifestación principal de lo que se ha denominado “garantías legales de la negociación colectiva estatutaria”, SOLANS LASTRE, M. A., *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, cit., p. 207.

<sup>13</sup> NOGUEIRA GUASTAVIANO, M., “La negociación colectiva”, en Escudero Rodríguez, R., Mercader Uguina, J. R. (eds.) *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2004, p. 628.

<sup>14</sup> CCOO., *Reforma legal de la negociación colectiva. Real Decreto-ley 7/2011 de medidas urgentes de negociación colectiva. Guía de acción sindical*, CCOO, Madrid, 2011, p. 58. Tesis reiterada en los Criterios para la negociación colectiva y la acción sindical aprobados para los años 2012-2013, p. 33.

<sup>15</sup> Comportamiento que, además, presenta una evidente consistencia temporal. ELORZA GUERRERO, F., “La representación sindical en la empresa: viejos y nuevos problemas”, en Rodríguez Sañudo, F., Carrizosa Prieto, E. (eds.) *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 190; FALGUERA BARÓ, M. A.; SENRA BIEDMA, R., “Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 184-217, 1996, p. 24; PÉREZ ANAYA, R. M., *La coexistencia de los canales de representación de los trabajadores en la empresa*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2011, p. 296; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., “La legitimación para negociar colectivamente (En torno al artículo 87)”, cit., p. 1537.

Cuestión distinta es que la negociación colectiva empresarial, a pesar de articularse a través de instancias de base electiva, esté altamente sindicalizada como se puede comprobar en la conformación efectiva de las mesas negociadoras. Y así, si tomamos como base el año 2012, último con datos agregados definitivos, en más del 80% de las mesas negociadoras de convenios de empresas participaron representantes de UGT y CCOO lo que confirma la abrumadora sindicalización de la representación de base electiva; tendencia que, de otra parte, se mantiene en los convenios registrados en el año 2013 y 2014.

CCT-I-4

REGISTRADOS HASTA OCTUBRE DE 2014  
FIRMADOS EN 2012

## COMPOSICIÓN DE LAS MESAS NEGOCIADORAS, SEGÚN ÁMBITO FUNCIONAL. CONVENIOS FIRMADOS EN 2012.

REPRESENTANTES	TOTAL CONVENIOS					CONVENIOS DE EMPRESA					CONVENIOS DE ÁMBITO SUPERIOR A EMPRESA				
	Convenios	Trabajadores		Representantes		Convenios	Trabajadores		Representantes		Convenios	Trabajadores		Representantes	
		Valores absolutos	En % (1)	Valores absolutos	En % (2)		Valores absolutos	En % (1)	Valores absolutos	En % (2)		Valores absolutos	En % (1)	Valores absolutos	En % (2)
CC.OO.	1.071	3.137.513	98,2	4.565	31,6	742	240.651	83,2	2.969	27,2	329	2.896.862	99,7	1.596	45,6
U.G.T.	1.068	3.149.329	98,6	4.502	31,2	749	251.407	87,0	2.957	27,1	319	2.897.922	99,7	1.545	44,1
Otros sindicatos	591	1.137.404	35,6	4.818	33,4	507	210.469	72,8	4.527	41,4	84	926.935	31,9	291	8,3
Grupo de trabajadores	180	43.897	1,4	544	3,8	173	35.418	12,2	474	4,3	7	8.479	0,3	70	2,0

(1) Existe solapamiento al intervenir varias organizaciones sindicales en la negociación. Recoge el porcentaje de trabajadores afectados por convenios respecto al total de trabajadores afectados en el total de convenio de cada ámbito.

(2) Existe solapamiento al intervenir otros representantes en la negociación. Recoge el porcentaje de representantes de cada grupo negociador respecto al total de representantes en la negociación.

CCT-I-4

REGISTRADOS HASTA OCTUBRE DE 2014  
FIRMADOS EN 2013

## COMPOSICIÓN DE LAS MESAS NEGOCIADORAS, SEGÚN ÁMBITO FUNCIONAL. CONVENIOS FIRMADOS EN 2013.

REPRESENTANTES	TOTAL CONVENIOS					CONVENIOS DE EMPRESA					CONVENIOS DE ÁMBITO SUPERIOR A EMPRESA				
	Convenios	Trabajadores		Representantes		Convenios	Trabajadores		Representantes		Convenios	Trabajadores		Representantes	
		Valores absolutos	En % (1)	Valores absolutos	En % (2)		Valores absolutos	En % (1)	Valores absolutos	En % (2)		Valores absolutos	En % (1)	Valores absolutos	En % (2)
CC.OO.	1.575	5.144.801	97,9	8.503	39,9	1.011	311.960	84,2	3.173	32,1	564	4.832.841	98,9	5.330	46,7
U.G.T.	1.571	5.138.846	97,8	8.299	38,9	1.008	304.547	82,2	2.914	29,5	563	4.834.299	99,0	5.385	47,1
Otros sindicatos	1.027	1.691.267	32,2	3.647	17,1	842	225.781	61,0	2.954	29,9	185	1.465.486	30,0	693	6,1
Grupo de trabajadores	301	56.291	1,1	866	4,1	297	51.185	13,8	851	8,6	4	5.106	0,1	15	0,1

TABLA 1.5

REGISTRADOS HASTA DICIEMBRE DE 2014

COMPOSICIÓN DE LAS MESAS NEGOCIADORAS, SEGÚN ÁMBITO FUNCIONAL. CONVENIOS FIRMADOS EN 2014

REPRESENTANTES	TOTAL CONVENIOS					CONVENIOS DE EMPRESA					CONVENIOS DE OTRO ÁMBITO				
	Convenios	Trabajadores		Representantes		Convenios	Trabajadores		Representantes		Convenios	Trabajadores		Representantes	
		Valores absolutos	En % (1)	Valores absolutos	En % (2)		Valores absolutos	En % (1)	Valores absolutos	En % (2)		Valores absolutos	En % (1)	Valores absolutos	En % (2)
CC.OO.	810	1.868.281	97,54	2.600	34,95	566	148.118	79,48	1.743	32,22	244	1.720.163	99,49	857	42,24
U.G.T.	836	1.874.738	97,88	2.560	34,41	586	151.262	81,17	1.671	30,89	250	1.723.476	99,68	889	43,81
Otros sindicatos	533	449.473	23,47	1.758	23,63	455	123.395	66,22	1.488	27,50	78	326.078	18,86	270	13,31
Grupo de trabajadores	210	25.339	1,323	521	7,00	205	22.289	11,96	508	9,39	5	3.050	0,18	13	0,64

### 3. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO OBJETIVO PRIORITARIO DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS NORMATIVAS

La Ley 3/2012<sup>16</sup> dota de un papel central al ámbito empresarial al situar este espacio como centro de gravedad<sup>17</sup> del modelo de negociación colectiva, incorporando, para ello, una regla de enorme transcendencia práctica, cual es que las condiciones establecidas en un convenio de empresa (solución extendida a los convenios de grupo de empresas o de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1 ET), tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior vigente. La misma se establece, eso sí, con una evidente limitación material<sup>18</sup>, toda vez que el elenco de aspectos que pueden ser negociados en el convenio de empresa son aquellas materias que el legislador ha considerado “como más cercanas a la realidad de las empresas, y en las que, en mayor medida, encuentra justificación una regulación particularizada, en aras de conseguir una mejor acomodación de las relaciones laborales al entorno económico y productivo en que se desenvuelven” (Preámbulo del RDL 7/2011), aunque ciertamente están todas las que cuentan con una evidente proyección económica y con un mayor valor estratégico desde el punto de vista de una gestión eficiente de los recursos humanos.

<sup>16</sup> Ley 3/2012, de 6 de julio, (BOE de 7 de julio) de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

<sup>17</sup> En expresión de MERCADER UGUINA, J. R., “La empresa como centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva”, en García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J. R.. (eds.) *La regulación del mercado laboral: un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012. p. 441.

<sup>18</sup> La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa. f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal y g) aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

El efecto del art. 84.2 ET no es otro que permitir a esos convenios de empresa una vigencia temporalmente anticipada, de modo que la regla *prior in tempore* experimenta “una relajación o moderación temporalmente transitoria y materialmente parcial, paralizando su vigencia no respecto del conjunto del clausulado sino, más limitadamente, de las materias que integran la lista legalmente establecida”<sup>19</sup>. Con esta decisión se manifiesta “una abierta intención del legislador por el reforzamiento en nuestro ordenamiento laboral de un principio de intermediación en las relaciones laborales, según el cual la negociación a nivel de empresa otorga mayores posibilidades de acercamiento real y de elaboración de respuestas paccionadas de las partes a los problemas actuales de la empresa y facilita que la negociación colectiva responda de manera más eficaz y adecuada a las demandas flexibilizadoras en materia laboral que la coyuntura económica y las nuevas estructuras empresariales reclaman”<sup>20</sup>.

La reforma en los términos antedichos ha sido objeto de unánimes críticas por la doctrina laboralista española<sup>21</sup>, entendiéndose que el precepto referido impide la ordenación de la negociación colectiva por los sindicatos más representativos al tiempo que vulnera su derecho de negociación colectiva y de acción sindical. Sin embargo, esta tesis no es mantenida por el máximo intérprete constitucional<sup>22</sup>, el cual ha considerado que “la descentralización de la negociación colectiva constituye un objetivo que el legislador puede legítimamente pretender, atendiendo a las consideraciones de política social y económica que estime relevantes”, de forma que “la modificación introducida por el art. 14.tres de la Ley 3/2012 en el art. 84.2 LET, tanto en lo relativo a la posibilidad de negociación de convenios de empresa dotados de prioridad aplicativa en cualquier momento de la vigencia de un convenio sectorial de ámbito superior, como en lo referido a la prohibición a los acuerdos interprofesionales y a los convenios colectivos sectoriales de disponer de tal prioridad aplicativa, no vulnera el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE), ni tampoco la libertad sindical (art. 28.1 CE)”.

A juicio del TC, “no existe un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva, sino que el art. 37.1 CE se limita a reconocer el derecho de negociación colectiva y a encomendar su garantía al legislador (mandato que ha llevado a cabo a través de la regulación contenida en el título III LET), a señalar quiénes son los titulares del derecho (los representantes de los trabajadores y empresarios) y a establecer la eficacia del resultado de la actividad negocial (fuerza vinculante de los convenios). El legislador dispone, por tanto, de un extenso margen de libertad de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva, como ya hemos advertido desde nuestra STC 11/1981, FJ 24. En este sentido, no hay que olvidar que la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone, entre otras consecuencias, “el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva” (STC 58/1985, de 30 de abril, FJ 3)”.

<sup>19</sup> MERCADER UGUINA, J. R., “La empresa como centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva”, cit., p. 443.

<sup>20</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 72.

<sup>21</sup> Se muestran muy críticos con el proceso de reformas de negociación colectiva y con el papel asignado a los sindicatos, en parte porque consideran que la negociación colectiva se centrará especialmente en microempresas lo que supondrá una rebaja generalizada de las condiciones laborales, CORREA CARRASCO, M., “La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales”, *Revista de Derecho Social*, vol. 59, 2012, p. 49. VALDÉS DAL-RÉ, F., “Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos”, en Valdés Dal-Ré, F., Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, M. (eds.) *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2012, p. 80.

<sup>22</sup> Véanse SSTC 119/2014 y 8/2015.

El máximo intérprete constitucional ha defendido, en consecuencia, que el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) es “un derecho de configuración legal, corresponde al legislador ordenar los resultados del proceso de negociación y determinar las reglas de concurrencia y articulación de convenios; puede pues, en función de la opción que en cada momento considere más oportuna, ampliar o restringir el margen de intervención de la autonomía colectiva en la fijación de dichas reglas”.

Sin perjuicio de las fundadas críticas que cabe efectuar a esta doctrina constitucional, y aunque todavía sea pronto para valorar los efectos de la reforma en este aspecto, los primeros datos conocidos nos permiten afirmar que el convenio sectorial ha conservado su fuerza a pesar de la preferencia aplicativa referida. Es más, la negociación colectiva desplegada en el ámbito empresarial está claramente condicionada por el tamaño de las empresas, y así el Ministerio de Empleo cifra en 270,5 la dimensión media de las empresas en las que se han suscrito convenios en este ámbito<sup>23</sup>, pareciéndonos positivo este comportamiento, pues sólo en aquellas empresas que acrediten una determinada dimensión podremos hablar, en puridad, de una verdadera negociación que se traduzca en la existencia de una contraparte que actúe en este proceso en interés de los trabajadores<sup>24</sup>.

De ahí que hayamos calificado como totalmente lógico que los sindicatos traten de establecer ciertas cautelas en relación a la negociación en el ámbito empresarial<sup>25</sup>, como evidencia el Programa de Acción aprobado en el X Congreso de CCOO<sup>26</sup> en el que se insta a “no promover unidades de negociación en empresas ni centros de trabajo con menos de 50 trabajadores, salvo que haya circunstancias excepcionales que, para la federación correspondiente, justifiquen esta iniciativa”.

Sentado lo anterior, en la medida que el RDL 7/2011 no alteró ninguno de los presupuestos subjetivos que establece el art. 87.1 ET<sup>27</sup>, la falta de representantes de base electiva impide, de facto, la negociación colectiva empresarial estatutaria, sin perjuicio de la posibilidad de que, en escenarios críticos, sea factible la inaplicación temporal del convenio colectivo mediante negociaciones canalizadas a través de las representaciones *ad hoc* previstas en el art. 41.4 ET<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Sobre la negociación desplegada en el ámbito empresarial, RODRÍGUEZ MILLÁN-HERENCIA, M. J., “El convenio de empresa: su posición en la estructura de la negociación colectiva y la legitimación en este ámbito”, en Rodríguez Sañudo, F., Carrizosa Prieto, E. (eds.) *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 170.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La negociación colectiva en el Real-Decreto Ley de medidas urgentes de reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, vol. 115, 2012, p. 90.

<sup>25</sup> Me permito remitir a los argumentos expuestos en NIETO ROJAS, P., “La representación de los trabajadores en la empresa. Estructura, ámbito y función”, 2015, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, p. 259.

<sup>26</sup> Puede consultarse el documento en:

[http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/pub71345\\_Programa\\_de\\_Accion\\_y\\_documentos\\_aprobados\\_en\\_el\\_X\\_Congreso\\_Confederal.pdf](http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/pub71345_Programa_de_Accion_y_documentos_aprobados_en_el_X_Congreso_Confederal.pdf).

<sup>27</sup> STS 20.2.2008 (R° 4103/2006) en la que se recuerda que “la negociación colectiva laboral sólo puede darse entre sujetos también colectivos, portadores de la representación, sindical o legal de los trabajadores en cuyo ámbito despliegue su eficacia el convenio, lo que excluye otorgar la naturaleza de pacto o convenio colectivo al acuerdo entre el empresario y una pluralidad de trabajadores, aunque se trate de la totalidad de la plantilla, porque quienes intervienen de este modo no están legitimados para lograr un acuerdo de carácter colectivo”.

<sup>28</sup> Los sindicatos están llamados a hacerse presente en las empresas sin representación, especialmente en las pymes, para soslayar el temido riesgo de abuso empresarial si la interlocución en estos procesos es asumida por fórmulas quasi-asamblearias en la multiplicidad de procedimientos en los que cabe el recurso a las comisiones *ad hoc*, MATORRAS DIAZ-CANEJA, A., “Reforma del régimen de inaplicación de las condiciones previstas en convenio colectivo”, en Thibault Aranda, J. (ed.) *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2012, p. 346. Advierte el mismo riesgo, CORREA CARRASCO, M., “La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales”, *Revista de Derecho Social*, vol. 59, 2012, p. 47, pues, a su juicio, “tras la reforma, el mencionado control sobre la oportunidad y alcance del descalque se transfiere al ámbito empresarial, lo que no siempre va a garantizar la existencia de una verdadera ne-

Esta decisión de política legislativa supone que para un elevado número de asalariados: todos los que prestan servicios en empresas que carecen de instancias representativas de base unitaria, la única vía de cobertura convencional reside en productos negociados en ámbitos superiores. Hecho que se confirma con la Estadística de Convenios Colectivos, elaborada por el Ministerio de Empleo<sup>29</sup>, en la que se muestra con claridad que, pese a que la mayor parte de los convenios firmados son de ámbito empresarial (junto con los grupos de empresas suman un 74%), su importancia en cuanto al número de trabajadores cubiertos se sitúa en torno al 10% del total, debiendo recordar que el grado de descentralización de nuestra negociación colectiva es uno de los más bajos a escala internacional<sup>30</sup>.

El problema es que no existen datos oficiales del número de empresas o, más correctamente, de centros de trabajo que carecen de instancias representativas de base electiva aunque una de las presunciones que inspiró la presente comunicación es la existencia de este déficit representativo.

Esta afirmación debe sostenerse en una de las escasas fuentes de información a este respecto; concretamente en la Encuesta de Calidad de Vida en el Trabajo (ECVT'2010)<sup>31</sup> que cifra la tasa de cobertura de estas instancias en un 47,4% al tiempo que constata una correlación entre el tamaño de la empresa y la efectiva presencia de estas instancias electivas.

Desde círculos sindicales se muestran más optimistas. Un estudio de la Secretaría de Acción Sindical de CCOO<sup>32</sup> recoge la proporción de empresas que cuentan con representación de base estatutaria, destacando que si bien sólo se ha procedido a su elección en una de cada cuatro empresas con entre 6 y 49 trabajadores, en empresas de una dimensión mayor (a partir de 50 trabajadores), las elecciones han tenido lugar en tres de cada cuatro. Llama la atención que los datos proporcionados por el sindicato se refieran al porcentaje de empresas cuando bien es sabido que la elección se efectúa por centros.

---

gociación colectiva, sobre todo en aquellas empresas de pequeña dimensión donde el acuerdo puede ser adoptado, en última instancia, por una representación *ad hoc*'. En los criterios para negociación colectiva y acción sindical aprobados por CCOO en 2011 se establecen una serie de pautas para favorecer la opción sindical, p. 24; recomendación que sigue incorporándose en los vigentes criterios. Puede consultarse el texto en el siguiente enlace (p. 37):

[http://www.ccoo.es/cscceo/Areas:Accion\\_Sindical:Cuadernos\\_Accion\\_Sindical:56003--Cuadernos\\_de\\_\\_Accion\\_Sindical\\_Confederal&flash=1](http://www.ccoo.es/cscceo/Areas:Accion_Sindical:Cuadernos_Accion_Sindical:56003--Cuadernos_de__Accion_Sindical_Confederal&flash=1).

<sup>29</sup> Debido a la posibilidad de que los convenios que inician sus efectos económicos en 2012 se firmen posteriormente y a la lentitud en el proceso de registro de las hojas estadísticas, se trata de datos provisionales. En particular, se trata de datos sobre convenios cuyos efectos económicos se iniciaron en 2011. Según recoge el propio Anuario, los datos no se consideran definitivos hasta aproximadamente un año y medio después. En todo caso, la experiencia de años anteriores muestra que la divergencia entre los datos provisionales y definitivos, a los efectos del presente análisis, es irrelevante.

<sup>30</sup> MERCADER UGUINA, J. R., "La empresa como centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva", cit. p. 442.

<sup>31</sup> Es importante recordar que la misma se dirige a ocupados residentes en viviendas familiares principales de todo el territorio español, salvo Ceuta y Melilla, utilizándose como marco una relación de viviendas y habitantes de las mismas, obtenida a partir del Padrón Continuo a febrero de 2010, siendo el tamaño de muestra teórico a nivel nacional de 9.240 ocupados. Y en lo que hace a su distribución, la misma se efectúa por estratos utilizando una solución de compromiso entre afijación uniforme y proporcional al número de ocupados en cada uno de ellos según los resultados de la Encuesta de Población Activa del primer trimestre de 2010, de manera que se asegure una representatividad mínima de la misma a nivel de comunidad autónoma asignando un tamaño de muestra mínimo en cada una de ellas de 200 ocupados. Puede consultarse la encuesta en: <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/ecvt/Ecvt2010/ANE/ECVT2010i.htm>.

<sup>32</sup> DEL CAMPO, A., "Las elecciones sindicales legitiman el sindicato", *Revista de la Fundación 1o de Mayo*, nº 37, 2012, p. 8.

**Proporción de empresas con elecciones sindicales según tamaño**

De 6 a 49 trabajadores	24,80%
De 50 a 250	66%
De 251 a 500	76,10%
501 o más trabajadores	77,50%

Fuente: Secretaria de Organización de la C.S. de CCOO.  
"Informe elecciones sindicales"<sup>33</sup>.

Este mismo sindicato, tomando como referente las últimas elecciones celebradas de manera generalizada a finales de 2011, señala que en dicho proceso se celebraron elecciones en más 115.820 empresas o centros de trabajo, tanto del sector público como privado, en las que participaron más del 70% de trabajadores afectados y en el que resultaron elegidos 309.846 representantes<sup>34</sup>.

Un informe comunitario eleva el porcentaje referido, cifrando la presencia de representantes de base electiva en un 65% de las empresas españolas<sup>35</sup> si bien consideramos que este dato ha de tomarse con una cierta prevención, pues está basado exclusivamente en las respuestas de las empresas encuestadas y en los informes remitidos por los expertos nacionales al Observatorio Europeo de Relaciones Industriales (*EIRO*).

Sea como fuere, la totalidad de informes referidos sugieren una elevada extensión de las instancias representativas de base electiva en las empresas españolas<sup>36</sup> al tiempo que destacan que existe una notable correlación entre la dimensión de la empresa y la presencia efectiva de representantes. Ahora bien, el hecho de que nuestro ordenamiento exija que las empresas o, más correctamente, los centros de trabajo ocupen a un volumen mínimo de trabajadores para poder constituir instancias representativas de base electiva supone un límite absoluto para la creación de estos órganos en empresas que ocupen a muchos trabajadores en múltiples centros de muy reducida dimensión.

<sup>33</sup> Pueden consultarse los resultados en el informe elaborado por CCOO sobre las "Elecciones Sindicales" para el año 2011 en:

[http://blog.comfia.net/gallery/96/Informe\\_eess\\_31122011.pdf](http://blog.comfia.net/gallery/96/Informe_eess_31122011.pdf)

<sup>34</sup> Con datos de cómputo hasta 31 de diciembre de 2011, DEL CAMPO, A., "Las elecciones sindicales legitiman el sindicato", cit., p. 7. CCOO ha sido el sindicato que ha obtenido más delegados, concretamente 116.132 que representan el 37,8% de los elegidos, seguido por UGT, bajo cuyas siglas han sido elegidos 109.728 delegados que representan el 35,7% del total. Estas cifras se mantienen bastante estables, véanse con datos de enero de 2011 y enero de 2013, respectivamente, el informe español elaborado por los profesores Baylos y Castelli en LA MACCHIA, C. (ED.), *Sistemi nazionali di rappresentanza sindacale*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 280 y PALOMQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho Sindical*, 1a, CEF, Madrid, 2013, p. 56, especialmente cuadro 2.

<sup>35</sup> Esta cobertura es especialmente alta en comparación a otros países de nuestro entorno en empresas de menos de cincuenta trabajadores (46%) y se incrementa hasta un 70% en empresas de más de cincuenta EUROFOUND, *Employee representation at establishment level in Europe. European Company Survey 2009*, Eurofound, Dublin, 2011, p. 36, accedido en

<http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2011/43/en/1/EF1143EN.pdf>.

<sup>36</sup> EUROFOUND, *Works councils. Workplace representation and participation structures*, p. 25,

[http://www.eurofound.europa.eu/eiro/other\\_reports/works%20councils\\_final.pdf](http://www.eurofound.europa.eu/eiro/other_reports/works%20councils_final.pdf).

Pero es que, además, no se puede afirmar que exista una correlación directa entre la superación de los umbrales estatutarios y la efectiva constitución de estas instancias. Entre las razones que explican esta desviación, difícilmente cuantificable, debemos recordar que en España, al igual que ocurre en varios ordenamientos próximos<sup>37</sup>, se exige de un acto promocional de diferentes actores (sindicatos, los propios trabajadores e incluso la empresa); hecho que puede explicar que exista un número de empresas en las que aun pudiendo constituirse instancias representativas de base unitaria no se haya procedido a su elección.

A diferencia de lo que ocurre con las elecciones políticas, la promoción de elecciones en el ámbito laboral no es obligatoria, y así todas las previsiones normativas aluden a la posibilidad de promoverlas pero nunca a su necesidad; regulación que implica que en todas las empresas o centros de trabajo en los que no exista representación unitaria, las instancias sindicales presentes en la empresa puedan asumir funciones de representación de alcance general, es decir, de afectación a la totalidad de la plantilla.

#### 4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EMPRESAS SIN REPRESENTACIÓN: ALTERNATIVAS POSIBLES

El arbitrio de soluciones para la negociación estatutaria en empresas o centros carentes de estructuras estables de representaciones presenta una notable complejidad, pues tanto las fórmulas dirigidas a reconocer legitimación a representaciones sindicales externas –delegaciones y comisiones paritarias de zonas– como, en su caso, a las representaciones *ad hoc* se enfrenta a numerosas reticencias aunque creemos que ambos mecanismos pudieran representar una buena combinación de las ventajas de la centralización y descentralización que las últimas reformas normativas pretendían conseguir.

El hecho de que el RDL 7/2011 no arrojase ninguna solución al respecto no deja de mostrar muchas de las deficiencias de nuestro modelo legal, máxime cuando un porcentaje muy significativo de empresas no cuentan con ningún tipo de representación legal de base estatutaria lo que no sólo veda la posibilidad de suscribir convenios colectivos estatutarios sino también la celebración de pactos de empresas subsidiarios (v. gr. los acuerdos previstos en el art. 34.2 ET para introducir modelos de distribución irregular de la jornada<sup>38</sup>).

Ante este silencio legal, hemos planteado la virtualidad de una posible modificación normativa de la que pudiera derivarse de un hipotético reconocimiento de legitimación a otras instancias representativas (v. gr. comisiones *ad hoc*, el sindicato, etc.)<sup>39</sup>, conscientes de la dificultad de incorporar como un deber empresarial la promoción electoral de manera obligatoria, especialmente ante la complejidad que supondría que el aparato estatal fuera capaz de controlar su cumplimiento<sup>40</sup>.

La escasa ambición de la reforma a la hora de resolver el problema en el ámbito empresarial contrasta con la expresión solución incorporada en el nivel sectorial, pues, como bien es sabido,

---

<sup>37</sup> EUROFOUND, *Employee representation at establishment level in Europe. European Company Survey 2009*, cit., p. 2.

<sup>38</sup> Advertía que la ausencia de representantes podría considerarse (al menos, hasta la aprobación de las comisiones *ad hoc*) “un obstáculo a la conclusión de pactos subsidiarios en las empresas de reducido tamaño, lo cual puede ser una garantía para los intereses de los trabajadores”, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Unidad y pluralidad en los acuerdos de empresa en la reforma de 1994”, en Alarcón Caracuel, M., Rey Guanter, S. (eds.) *La reforma de la negociación colectiva*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 191.

<sup>39</sup> Fórmula expresamente admitida por PÉREZ DE LOS COBOS, F.; THIBAUT ARANDA, J., “La reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, vol. 14, 2010, p. 126.

<sup>40</sup> ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Vicisitudes del contrato de trabajo en las pequeñas empresas*, Universidad de Cádiz. Tesis doctoral, Cádiz, 2006, p. 407.

el RDL 7/2011 introdujo la regla de legitimación subsidiaria para los sectores en los que no existan órganos de representación unitaria, en cuyo caso, la comisión negociadora estará válidamente constituida cuando esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativa en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma. Esta solución reproduce la regla prevista en el art. 13 Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, que señala que “en ausencia de órganos de representación legal de los trabajadores, estarán legitimados para negociar los convenios colectivos que afecten a las empresas de trabajo temporal las organizaciones sindicales más representativas, entendiéndose válidamente constituida la representación de los trabajadores en la comisión negociadora cuando de ella formen parte tales organizaciones”.

Si el objetivo declarado de la reforma era el de “extender la negociación colectiva hacia mayores niveles de cobertura”, cobra pleno sentido que se admita que “en aquellos sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma”.

Conocida esta solución, la doctrina científica ha sostenido la necesidad de extenderla a los convenios de empresa en base a que parece lógico que “quien puede lo más, pueda lo menos<sup>41</sup>” aunque, a nuestro juicio, su traslación a la negociación colectiva empresarial plantea una notable complejidad. Y aún así, entendemos que podría ser interesante introducir algún criterio legal en el sentido de admitir esta posibilidad en empresas carentes de representación siempre que la misma se realice de forma que garantice la excepcionalidad de la medida y la autenticidad del proceso negociador.

En esta línea se movía precisamente la propuesta de modificación propuesta por los sindicatos en el año 2001 en la que preveía que se añadiera un párrafo al art. 87 ET que posibilitara la negociación por representantes *ad hoc* aunque limitaba tal posibilidad a las empresas en las que fuera imposible la promoción de elecciones sindicales por no alcanzar los trabajadores la antigüedad precisa para ser elegible<sup>42</sup>.

Pues bien, si se optase por reconocer legitimación a las organizaciones sindicales y, por tanto, se permitiese que las mismas pudiesen negociar en empresas en las que no hubiesen elegidos representantes unitarios, tendría que preverse cuál sería la fórmula de designación, es decir, si se abriría un proceso electoral *ad hoc*, esto es, que los mandatados del sindicato fuesen elegidos por los trabajadores, en línea similar a la solución planteada en el art. 41.4 ET, o si, por el contrario, sería decisión del sindicato el sujeto que asumiría esta interlocución, acreditando, eso sí, la representatividad para formar parte de la comisión negociadora.

---

<sup>41</sup> OLARTE ENCABO, S., “El papel de los interlocutores sociales ante la reforma de la negociación colectiva: retos y opciones”, *Revista de Derecho Social*, vol. 58, 2012, p. 38. También en los criterios de negociación colectiva aprobados por la UGT en relación al RDL 7/2011 se plantea esta posibilidad. El documento puede consultarse en:

[http://www.ugt.es/actualidad/2011/julio/guia\\_sindical\\_para\\_reforma\\_nc\\_2011.pdf](http://www.ugt.es/actualidad/2011/julio/guia_sindical_para_reforma_nc_2011.pdf)

<sup>42</sup> GOERLICH PESET, J. M., “La reforma de la negociación colectiva: procedimiento negociador y eficacia de los convenios colectivos”, en AAVV. (ed.) *La reforma del sistema de negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, p. 75. Hace un recorrido excelente por las diferentes propuestas GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La reforma de la regulación legal de la negociación colectiva: estructura y contenido”, en AAVV. (ed.) *La reforma del sistema de negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, p. 38; SALA FRANCO, T.; LAHERA FORTEZA, J., “La reforma de la negociación colectiva”, en AAVV (ed.) *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 538.

De otra parte, tendrían que plantearse los criterios que servirían para conformar la comisión negociadora, es decir, si estas representaciones se repartirían los puestos por igual, proporcionalmente a su representatividad general, o en función de su implantación en la empresa concreta.

La última cuestión a resolver pasaría por determinar si esta legitimación tendría alcance general o si, por el contrario, las posibles materias negociables quedarían acotadas, quizá tomando como marco de referencia el listado material que prevé el vigente art. 84.2 ET o no estableciendo ninguna limitación a este respecto.

La propuesta aquí defendida debiera ser, en todo caso, incorporada en el texto estatutario, pues la reserva de ley establecida en el art. 53.1 CE para la regulación de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del texto constitucional, en el que se incardina el derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, implica que la determinación de los “representantes de los trabajadores” previstos en este artículo (es decir, los sujetos legitimados para la negociación colectiva cuyo efecto vinculante se garantiza) compete únicamente a la Ley en sentido formal, que deberá respetar el contenido esencial del derecho a la negociación y la libertad sindical.

Advertidas las dificultades de esta reforma, consideramos que una propuesta menos ambiciosa, pero igual de necesaria, pasa por avanzar en la senda iniciada por el RDL 7/2011 en lo que hace a la negociación en empresas vinculadas por razones organizativas. Lamentablemente no es éste un empeño fácil, al menos a la luz de los datos que arroja el Boletín de Estadísticas Laborales, el cual señala que el número de convenios de grupos de empresas (denominación en la que se incluye a grupos y a redes)<sup>43</sup>, registrados en el año 2012, asciende a 72 convenios, no observando ningún incremento significativo respecto al año anterior, en el que se firmaron 55 convenios en este ámbito.

Los datos conocidos para el año 2014 tampoco nos permiten ser muy halagüeños, toda vez que sólo han sido 15 convenios los suscritos para este nuevo ámbito negocial.

TABLA 1.3

REGISTRADOS HASTA DICIEMBRE DE 2014  
FIRMADOS EN 2014

CONVENIOS FIRMADOS POR NUEVAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA POR ÁMBITO FUNCIONAL Y SECTOR DE ACTIVIDAD (1).

ÁMBITO FUNCIONAL Y SECTOR DE ACTIVIDAD	CONVENIOS	TRABAJADORES
<b>TOTAL</b>	<b>453</b>	<b>117.057</b>
<b>ÁMBITO FUNCIONAL</b>		
Convenios de empresa	430	36.617
Convenios de grupo de empresas	15	6.644
Convenios de sector	8	73.796

<sup>43</sup> Ya advertía de la dificultad de este proceso, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Problemas y retos de la negociación colectiva en un contexto de crisis económica”, en Llopis Sánchez, E. (ed.) *Anuario 2010. Fundación 1º Mayo*, Fundación 1º de mayo, Madrid, 2010, p. 142.

## 5. LAS SOLUCIONES ARBITRADAS EN OTROS ORDENAMIENTOS. LA FÓRMULA FRANCESA COMO REFERENTE

La existencia de fórmulas alternativas a la representación legal para la asunción de esta atribución no es una solución desconocida en ordenamientos jurídicos próximos. Quizá el ejemplo más acabado lo encontremos en la regulación francesa<sup>44</sup>, pues en una decisión no exenta de polémica, pero que obtuvo el respaldo expreso del Consejo Constitucional, se reconoció legitimación para negociar convenios colectivos en el ámbito empresarial a un sujeto distinto al sindicato, concretamente se preveía que pudiesen asumir esta interlocución los representantes de base electiva, siempre que hubiesen sido mandatados a estos efectos por una organización sindical representativa y así se previese en el convenio sectorial de aplicación<sup>45</sup>.

Al igual que ocurre en España, la solución adoptada devenía inaplicable para todas aquellas empresas que no contasen con ningún tipo de representación electiva. Hubo que esperar a la reforma de la Ley de Democracia Sindical, efectuada a través de la Ley de 4 de mayo de 2004, modificada en el año 2008, para enmendar esta situación<sup>46</sup>, pues, como bien es sabido, esta regulación dio carta de naturaleza a la designación de una fórmula similar a la contenida en el art. 41.4 ET a través del denominado “salarié mandaté”<sup>47</sup> (o trabajador designado) que actúa, a los exclusivos efectos negociales, como sujeto legitimado<sup>48</sup>, siempre que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Debe haber sido mandatado por las organizaciones sindicales reconocidas como representativas en el ámbito geográfico y sectorial en el que radique la empresa sin que necesariamente esta autorización tenga que contenerse en el convenio sectorial.

---

<sup>44</sup> El Tribunal de Casación (Cass. Soc. 25.1.1995) admitió que las empresas que no cumplían con los requisitos legales para designar delegados sindicales –art. L 2231.1 Code du Travail- pudiesen negociar a través de estos trabajadores designados. Sobre esta posibilidad, YSAS MOLINERO, H., “Representación de los trabajadores en la empresa y negociación colectiva: el caso francés”, *Revista de Derecho Social*, vol. 58, 2012, p. 213. Y sobre los términos reguladores de los requisitos de legitimación en el ordenamiento francés, deben consultarse, por orden alfabético, BORENFREUND, G., “Pouvoir de représentation et négociation collective”, cit. p. 1013; BORENFREUND, G., “La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel”, *Droit Social*, vol. 11, 1988, p. 837. BORENFREUND, G., “Le nouveau régime de la représentativité syndicale”, *Revue du Droit du Travail*, vol. 12, 2008, p. 721. MORVAN, P., “L’articulation des normes sociales à travers les branches”, *Droit Social*, vol. 6, 2009, p. 682. PETIT, F., *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, L.G.D.J., París, 2000, p. 369.

<sup>45</sup> CASAS BAAMONDE, M. E., “Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas”, *Relaciones Laborales*, vol. 1, 1997, p. 96.

<sup>46</sup> Loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010 complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

<sup>47</sup> Sobre la titularidad negocial, extensamente, CESARO, J. F., “La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux”, *Droit Social*, vol. 6, 2009, p. 663. GAURIAU, B., “Les représentants des syndicats dans l’entreprise”, *Droit Social*, vol. 6, 2009, p. 641. PETIT, F., “Les périmètres de l’entreprise en matière syndicale et électorale”, *Droit Social*, vol. 6, 2010. PETIT, F., “Représentation syndicale et représentation élue des personnels de l’entreprise depuis loi no 2008-789 du 20 août 2008”, *Le Droit Ouvrier*, vol. 726, 2009, p. 25. En relación a la designación de delegados sindicales, Cass. Soc. 11.2.2009 y el comentario a la misma en *Le Droit Ouvrier*, Julio 2009; VERKINDT, P. Y., “Les élections professionnelles dans l’entreprise”, *Droit Social*, vol. 6, 2009, p. 651. MAZEAUD, A., “La négociation des accords d’entreprise en l’absence de délégué syndical”, *Droit Social*, vol. 6, 2009, p. 672.

<sup>48</sup> Article L2232-24 « Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et lorsqu’un procès-verbal de carence a établi l’absence de représentants élus du personnel, les accords d’entreprise ou d’établissement peuvent être négociés et conclus par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche. Ces accords collectifs portent sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, à l’exception des accords collectifs visés à l’article L. 1233-21. A cet effet, une même organisation syndicale ne peut mandater qu’un seul salarié ».

b) Esta representación sólo alcanza a las materias cuyo desarrollo o aplicación se subordinen por ley a la conclusión de un acuerdo o convenio de empresa<sup>49</sup>.

c) Los trabajadores finalmente deben aprobar el acuerdo en referéndum (por mayoría de los participantes en el mismo).

La segunda vía impulsada en aquel ordenamiento para paliar este déficit representativo ha sido la creación de unidades de negociación en empresas vinculadas por un mismo espacio geográfico que pueda determinar y, en su caso, enmarcar sus relaciones contractuales sin que necesariamente las mismas tengan que dedicarse a la misma actividad productiva.

Esta posibilidad fue acogida en el art. L. 2322-4 del *Code du travail* que impone la constitución de un comité de empresa conjunto “cuando una unidad económica y social compuesta por empresas jurídicamente distintas y con al menos cincuenta trabajadores haya sido reconocida en cuanto tal a través de una sentencia o de un convenio”. Pues bien, a los efectos aquí analizados, esta unidad se crea para instituir una singular fórmula de representación unitaria con el objetivo de poder designar, inmediatamente después, a uno o varios delegados sindicales a los efectos de negociar un convenio.

Como se podrá intuir, los empresarios franceses se mostraron renuentes a acogerse a esta singular unidad de negociación, deseando permanecer en otros niveles de negociación más tradicionales (empresa y sector), y buena prueba de la afirmación anterior la evidencia el hecho de que el mayor número de estas unidades fueron reconocidas tras un previo litigio planteado por la parte social, y no tras un acuerdo, aunque esta tendencia parece que se está invirtiendo tras la aprobación de la Loi n. 2008-789 ya referida mediante la cual se consagró la aplicación preferente de ciertas materias contenidas en un convenio de empresa, pero también de grupo o unidad económica y social, frente a uno de sector<sup>50</sup>.

A pesar de las reticencias empresariales referidas, creemos que estas emergentes unidades presentan dos ventajas evidentes:

En primer lugar, su constitución dota a las empresas de un amplio margen de flexibilidad<sup>51</sup>, especialmente ante la posibilidad de que el convenio de sector parezca demasiado alejado de la realidad de una microempresa (con diez o menos trabajadores) e incluso de una pequeña empresa<sup>52</sup>. Y, en segundo lugar, porque coadyuvan al papel del sindicato como eje vertebrador de un modelo de negociación que necesariamente exige la superación de los ámbitos clásicos: sector y empresa, dando cabida a la pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas que estarán regidas por un único producto convencional.

## 6. CONCLUSIONES

El hecho de que el último ciclo de reformas laborales, en una opción legislativa legítima, quiera situar a la empresa como “centro de gravedad” del modelo de negociación colectiva, en una expresión ya clásica del profesor MERCADER UGUINA, debiera tener como efecto derivado la revalorización de la presencia de representantes legales, tanto de base unitaria como sindical,

---

<sup>49</sup> NERON, S., “La rénovation de la démocratie social: perspectives et prospectives”, *Revue du Droit du Travail*, vol. 1, 7-8, 2009, p. 430. En relación a los requisitos para la conclusión de convenios, OLIVIER, J. M., “Rapport de synthèse”, *Droit Social*, vol. 6, 2009, p. 696.

<sup>50</sup> FERRERO REGUEIRO, C., “La unidad económica y social: una institución ambivalente de Derecho francés con predicamento en el Derecho español”, *Actualidad Laboral*, vol. 19, 2012, p. 1953.

<sup>51</sup> CASAS BAAMONDE, M. E., “Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas”, cit., p. 99.

<sup>52</sup> FERRERO REGUEIRO, C., “La unidad económica y social: una institución ambivalente de Derecho francés con predicamento en el Derecho español”, cit., p. 1961.

habida cuenta que las sucesivas reformas han mantenido incólume el art. 87.1 ET, de modo que la legitimación la ostentan, exclusivamente, las representaciones de base unitaria o, preferentemente, las secciones sindicales que acrediten la mayoría en los términos referidos.

Esta exigencia supone, al tiempo, la principal disfunción de nuestro sistema de legitimación para descentralizar la negociación colectiva al ámbito empresarial. A nuestro juicio, el silencio del legislador ante la ausencia de representaciones estables supone un evidente escollo para el objetivo declarado de las últimas reformas normativas, cual era situar la empresa como centro de gravedad del modelo negocial, y sin que, a estos efectos, se pueda valorar siquiera, en el plano teórico, el recurso a las comisiones ad hoc como una respuesta satisfactoria a esta carencia, máxime porque la activación de estas instancias no se contempla para la hipotética negociación colectiva.

Esta anomia nos insta a concluir este trabajo urgiendo a una reforma del Título II ET, la cual ha de partir de una reflexión profunda sobre las implicaciones del proceso electoral en el modelo legal de representación. Que la representatividad se vincule en nuestro sistema al número de representantes contamina hasta tal punto la elección que no parece probable que los sindicatos quieran alterar este sistema de cómputo, máxime cuando éstos concentran, todavía hoy, muchos de sus esfuerzos organizativos en la obtención del máximo de número de representantes unitarios en las elecciones mal denominadas sindicales, incluso en los centros donde no haya presencia sindical.

Si se impulsase por una reforma legal que acreditase la representatividad a través de otros criterios (v. gr. número de votos, combinación de ambos resultados, es decir, la suma de votos y representantes, o niveles de afiliación en un concreto ámbito), en línea similar con la modificación efectuada en la legislación francesa referida, no sólo se desconcentraría el proceso electoral sino que posibilitaría la discusión de modificaciones normativas que tratasen de garantizar la presencia sindical en empresas de muy reducida dimensión<sup>53</sup>, siendo uno de los primeros exponentes del debate que necesariamente se ha de efectuar este trabajo. Es más, de no hacerlo, se hurtará a todas las empresas que no cuentan con representantes de base electiva del privilegio aplicativo del convenio de empresa previsto en el art. 84.2 ET; mecanismo que, al menos, en su configuración legal habría de permitir una negociación que garantice una mayor adecuación del convenio a las necesidades de la concreta empresa pero que, insistimos, se condiciona a la existencia de representaciones unitarias, pues su ausencia vedará esta posibilidad.

---

<sup>53</sup> Me permito remitir a los argumentos que a este respecto he desarrollado en NIETO ROJAS, P., "La representación de los trabajadores en la empresa. Estructura, ámbito y función", cit., p. 445.