

TRASLADO Y MANDATO DEL REPRESENTANTE

Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2016, de 11 de abril

M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES*

SUPUESTO DE HECHO: Los recurrentes en amparo trabajaban para la empresa FCC Logística S.A, como auxiliares de almacén, en el centro de trabajo de Palau de Plegamans, en el que se realizaban los servicios de logística para cinco clientes de la división de Farmacia. En dicho centro de trabajo fueron elegidos miembros del Comité de empresa por la candidatura del Sindicato CGT. Como consecuencia de la reestructuración orgánica de la empresa, se cierra el centro de trabajo de Palau de Plegamans, con una plantilla de 68 trabajadores, y se abre un nuevo centro en Parets del Vallés en el que son ocupados 14 trabajadores de dicho centro originario, dedicándose su actividad a uno de esos cinco clientes. Los restantes trabajadores son trasladados a otros centros de trabajo de la empresa o son despedidos. En cuanto al comité de empresa, los dos recurrentes fueron trasladados al centro de Parets del Vallés, otros dos miembros fueron destinados al centro de La Granada y el quinto decidió extinguir su contrato cuando le comunicaron su traslado a Guadalajara. Incorporados al nuevo centro de trabajo de Parets del Vallés los actores pretenden hacer uso de su crédito horario, lo que es denegado por la empresa por considerar que han perdido su condición de representantes legales de los trabajadores al cambiar de centro de trabajo.

RESUMEN: No se aprecia vulneración del contenido adicional de la libertad sindical en la negativa empresarial a reconocer a los actores como representantes y su derecho a crédito horario, pues no existe previsión que garantice el mantenimiento de la condición de representante legal en casos de traslado sin transmisión de la titularidad de la empresa o unidad productiva autónoma. **VOTO PARTICULAR:** el caso de autos se enmarca en el contenido esencial de la libertad sindical. Por consiguiente, se impone una garantía mínima: que durante el periodo necesario para la nueva designación de la representación de los trabajadores, debe asegurarse el mantenimiento de los derechos de los representantes.

* Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE:

1. REPRESENTACIÓN UNITARIA SINDICALIZADA Y LIBERTAD SINDICAL
2. CONTENIDO ESENCIAL Y ADICIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL Y REPRESENTACIÓN UNITARIA. LA PERVI-
VENCIA REAL DEL CENTRO DE TRABAJO
3. LA PERVIENCIA TRANSITORIA DEL MANDATO DEL REPRESENTANTE TRASLADADO

1. REPRESENTACIÓN UNITARIA SINDICALIZADA Y LIBERTAD SINDICAL

La STC 64/2016 resuelve el recurso de amparo núm. 528-2014, sobre vulneración del art. 28.1 CE, interpuesto contra la STSJ de Cataluña núm. 7648/2013, de 22 de noviembre de 2013, dictada en el recurso de suplicación núm. 4317/2013, que revocó la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granollers, de 18 de enero de 2013, en autos sobre tutela de derechos fundamentales núm. 952-2012.

En esta sentencia 64/2016 de 11 abril, el Tribunal Constitucional vuelve a abordar el significado de la representación unitaria sindicalizada en nuestro país desde la perspectiva del derecho de libertad sindical. Lo hace por primera vez respecto de la concreta cuestión que se le somete, y aprovecha para confirmar la doctrina sobre legitimación de la representación unitaria respecto del ejercicio de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales por vulneración de la libertad sindical, cuestión que no se discute en el recurso de amparo aún cuando sí ha sido objeto de debate tanto en la instancia como en suplicación.

Progresivamente se ha ido imponiendo una doctrina jurisprudencial coherente con la peculiaridad de nuestro sistema de doble canal de representación en la empresa. Por diferentes razones y con la anuencia de los Sindicatos, la representación unitaria en España se ha erigido en el instrumento por antonomasia de la acción sindical en la empresa por parte del Sindicato. De hecho, la regulación de nuestro doble canal de representación se ha saldado claramente a su favor en contraste con la sindical, tanto en lo que se refiere a estructura de la representación como a sus competencias y prerrogativas². Es cierto que en los últimos años el papel del Sindicato en la empresa se ha visto reforzado en el ámbito del derecho de consultas orientado a la consecución de un acuerdo

² Por todos: A. OJEDA AVILÉS, “La representación unitaria: el “faux ami”, RMTAS, n^o 58, págs. 343 a 347. También en este sentido: F. DURÁN LÓPEZ Y C. SÁEZ LARA, “Representación y participación de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV. (Coords. M^o E. Casas, F. Durán y J. Cruz), Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española, La Ley, Madrid, 2006, págs. 297 y ss.; C. SÁEZ LARA, “Representación y acción sindical en la empresa”, MTSS, Madrid, 1992, págs. 98 y 99.

colectivo (arts. 40, 41, 47, 51, 82 ET). Primero, al desprenderse claramente de la regulación de los arts. 40, 41, 47 y 51 a partir de 1994, que por “representaciones legales” debía entenderse tanto la representación unitaria como la sindical³. Posteriormente, tras el RD-L 7/2011, al establecerse una preferencia legal a favor de las secciones sindicales para la negociación de dichos acuerdos como del convenio colectivo de empresa o de ámbito inferior. Sin embargo, estos datos no han alterado la dependencia del Sindicato respecto de la representación unitaria en tanto su intervención preferente está condicionada a que tenga presencia en tales órganos, cuenten en su conjunto con la mayoría de aquéllos y, además, su representatividad en tales comisiones negociadoras como a nivel general se sigue midiendo en función de su audiencia electoral. Por otra parte, y aún cuando puede interpretarse como una revalorización de la representación del sindicato en la empresa frente a la representación unitaria, el hecho de que tras la reforma introducida en 2010 pueda actuar en estos casos en el supuesto de que no exista representación legal, también es verdad que este hecho se ha visto minimizado por la posibilidad de opción por la intervención directa de los trabajadores a través de sus representantes no sindicalizados designados también ad hoc, y sin que se haya previsto su intervención forzosa en caso contrario, dependiendo en todo momento de la voluntad manifestada democráticamente⁴.

El Sindicato en España presenta, por tanto, grandes dosis de dependencia respecto de “su” representación unitaria, tanto para poder realizar actividad sindical dentro de la empresa y aún más en una estructura empresarial de pequeña y mediana empresa, como al exterior, en una suerte de bucle imperfecto.

En este contexto y por tales razones, progresivamente se han ido eliminando las diferencias de tutela entre ambas representaciones puesto que, en definitiva, si la sección sindical es la mano del sindicato en la empresa, la representación unitaria sindicalizada es el sostén de su representatividad con todo lo que ello implica como cuasi-absoluto condicionante de su actividad sindical en los diversos ámbitos y niveles, y la herramienta más poderosa, a menudo la única, de su intervención en el seno de la empresa.

Es conocido que la tesis de partida fue, como declaró la STC 118/83, 13-12, que la libertad sindical (art. 28.1 ET) no alcanza a cubrir constitucionalmente

³ F. NAVARRO NIETO, “Los despidos colectivos”, Civitas, Madrid, 1996, págs. 139, 145 a 147; L.E. NORES TORRES, “El período de consultas en la reorganización productiva empresarial”, CES, Madrid, 2000, págs. 193 a 196.

⁴ J.L. MONEREO PÉREZ, J.L., “Estado democrático de Derecho, representatividad y afiliación sindicales: lecturas y relecturas desde un modelo de control difuso de convencionalidad”, en AAVV –coord. R. Quesada Segura-, “Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: perspectivas y retos. XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, CARL, Sevilla, 2016, págs. 82 ss.

la actividad de la representación unitaria. El contenido de la libertad sindical integraría aquellos derechos y facultades que por norma legal e incluso reglamentaria se atribuyan a los Sindicatos, no así a otros sujetos colectivos de las relaciones laborales sin reconocimiento constitucional como es el caso de aquélla. Por consiguiente, y según resulta de la referida sentencia, ni el comité de empresa ni sus miembros estarían amparados por dicho derecho fundamental ni tan siquiera, como es el caso, cuando de negociación colectiva de representación unitaria sindicalizada se tratase⁵. O cuando se alegase como tal comité, incluso íntegramente sindicalizado, la vulneración del art. 28.1 CE por la aceptación de pactos individuales en masa (STC. 74/1996, 30-4). La vulneración del derecho a la negociación colectiva de los órganos de representación unitaria puede suponer un atentado contra el art. 37.CE, pero no comporta una violación del art. 28.1

⁵ «La Constitución Española ha partido, en la institucionalización de los derechos colectivos laborales, de un amplio reconocimiento de los titulares de aquéllos eludiendo la consagración de un monopolio del Sindicato, de forma que si el derecho de huelga se atribuye a los trabajadores (artículo 28.2), el de conflictos lo es a los trabajadores y empresarios (artículo 37.2) y el de negociación a los representantes de éstos (artículo 37.1). *Pero si este punto de partida permite en nuestro ordenamiento positivo la existencia de un sistema sindical dual en el que la acción sindical, entendida en cuanto actividad dirigida a la representación y defensa de los intereses de los trabajadores, puede ser ejercida, sin entrar ahora en otras posibilidades, tanto por el Sindicato como por el Comité de Empresa, ello no significa ni que exista una indefinición constitucional ni una identidad entre todos los sujetos susceptibles del ejercicio de funciones sindicales. Por el contrario, el artículo 7 de la norma fundamental constitucionaliza al Sindicato, no haciendo lo mismo con el Comité de Empresa, que es creación de la ley y sólo puede encontrar, como dijera la sentencia de este Tribunal número 37/1983, de 11 de mayo, una indirecta vinculación con el artículo 129.2 de la Constitución.*

La constitucionalización del sindicato ofrece, como no podía ser menos, su influencia en el problema aquí debatido, porque, atribuyendo el art. 7 a tal organización la función de contribuir a la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, le atribuye consiguientemente el ejercicio de aquellos derechos necesarios para el cumplimiento de tal función y que constituyen manifestación ineludible de la libertad sindical reconocida en el art. 28.1 de la C.E., en su vertiente colectiva, de forma que el impedimento o la obstaculización a tal ejercicio constituye no sólo vulneración del precepto constitucional que consagra cada concreto derecho, sino también del propio art. 28.1. De más está señalar que lo mismo no puede ser predicado del Comité de Empresa que, en la medida en que la Ley le atribuya el papel de representante a que se refiere el art. 37.1 de la C.E., podrá ver vulnerado su derecho a la negociación pero no al de libertad sindical, pues ésta no alcanza a cubrir constitucionalmente la actividad sindical del Comité.»

En esta línea, la negociación colectiva sólo está amparada por la libertad sindical si negocia directamente el Sindicato y no cuando lo hace la representación unitaria aun sindicalizada y aun cuando impugne el sindicato: Auto TC 533/1985, 24-7. En similar sentido, respecto de ERE por fuerza mayor: Auto TC 25/1992, 27-1.

CE con lo que no tiene abierto el recurso de amparo ni el de tutela de derechos fundamentales⁶. Y, por supuesto, tampoco las garantías del representante unitario del que no consta ni su sindicación ni haber sido elegido por una candidatura sindical (STC 95/1996, 29-5). Ni hay vulneración del art. 28.1 CE en la imposibilidad de presentarse como candidato por parte de funcionario no afiliado (STC. 5/2011, 14-2).

Pero si a nivel teórico el Tribunal Constitucional podía sostener la tesis orgánica y subjetiva frente a la alternativa objetiva y funcional respecto del ámbito del art. 28.1 CE⁷, la realidad de la actividad de la representación unitaria como expresión auténtica de la actividad del Sindicato y condicionante de su representatividad exigió también desde el inicio la matización de aquella tesis en determinados supuestos. Uno, en el ámbito de las elecciones sindicales, y como una expresión más de la tesis subjetiva, el derecho de libertad sindical ampara el derecho del Sindicato a participar (convocatoria y presentación de candidaturas)⁸. Pero también en el ámbito de dichas elecciones, desde la perspectiva del contenido individual de la libertad sindical de libre elección de la afiliación y consiguiente actividad sindical, el Tribunal Constitucional ha declarado la tutela del art. 28.1 CE frente al despido del candidato proclamado en lista sindical; la titularidad y protección del derecho de libertad sindical se extiende a todos los trabajadores y reforzadamente frente al despido discriminatorio de sus representantes como injerencia ilícita, obstativa e impeditiva de la actividad sindical (STC 38/1981, 23-11)⁹. Amparo del art. 28.1 CE que desde una perspectiva puramente instrumental a los derechos del Sindicato de presentación de candidaturas y actividad sindical [art. 2.2.d) LOLS y art. 67.1 ET], como de los derechos individuales de libertad

⁶ R.M^a. GONZÁLEZ DE PATIO, “La tutela jurisdiccional del derecho a la negociación colectiva. Aspectos sustantivos y procesales”, en AAVV –dir. J.L. Monereo/N. Moreno-, “El sistema de negociación colectiva en España”, Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 1170, 1173, 1174, 1192 y 1193.

⁷ F. DURÁN LÓPEZ, “Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo”, MTSS, Madrid, 1992, págs. 143 a 145; J.L. MONEREO PÉREZ, “La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, núm. 73, p. 278; M^a M. RUÍZ CASTILLO, “Garantía y tutela de la libertad sindical”, en AAVV –coord. R. Quesada Segura-, “Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: perspectivas y retos. XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, CARL, Sevilla, 2016, pág. 374.

⁸ En cambio, el proceso electoral en sí permanece ajeno a ese derecho fundamental de libertad sindical; la finalidad primaria de las elecciones no se vincula al sindicato sino a la representación unitaria y, por tanto, no todos los actos relacionados con dicho proceso afectarían al citado derecho (F. DURÁN LÓPEZ, Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo, cit., págs. 146 a 147). Véase también sobre el tema: A COSTA REYES, “Tribunal Constitucional y elecciones a representantes de los trabajadores”, Temas Laborales, n^o 62/2001, págs. 101-126.

⁹ Con apoyo, además, en el art. 10.2 CE, y en el Convenio n^o 135 OIT y Recomendación de la O.I.T. -143.

sindical (art. 2.1.d) LOLS), también alcanza a los actos presindicales preparatorios de una actividad propiamente sindical, como es el caso de trabajadora no afiliada despedida por convocar asamblea para plantear la convocatoria de elecciones sindicales (STC 197/1990, 29-11), tanto más cuando la penetración de los Sindicatos en la empresa se hace muchas veces *«a través de las mencionadas elecciones y la representación unitaria es una vía de importante y muchas veces preferente de actuación de los Sindicatos dada la regulación legal vigente de la acción propiamente sindical»*¹⁰. Y, así mismo, a los trabajadores afiliados a los que la empresa despidió precisamente por motivos sindicales –ej. para impedir que se presenten a las elecciones como candidatos por lista sindical-; con ello se atenta contra su derecho de libertad sindical individual, como, igualmente, impedir o dificultar la participación del Sindicato o de sus miembros en la elecciones a representación unitaria vulnera el derecho de libertad sindical de contenido adicional de dicho Sindicato, y como tal tiene abierto el recurso de amparo (SS. TC 272/1993,20-9; 180/1994, 20-6; 44/2001, de 12-2)¹¹.

En otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en los que el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) ha amparado a representantes unitarios, se ha observado la afectación del derecho individual a la libertad sindical al entrar en consideración diversos datos, como son que se trate de un representante de los trabajadores afiliado a un Sindicato y que su actividad sindical sea la causa de la diferencia del trato empresarial. Desde esta perspectiva se observa la actividad del representante unitario afiliado como una vertiente más de su opción y acción sindical (art. 2.1 LOLS), con lo que en este ámbito, el Tribunal Constitucional ha sido muy flexible a la hora de entender aplicable el art. 28.1 CE¹² y la doctrina sobre la garantía de indemnidad o inmunidad se ha configurado más como vinculada al contenido esencial de la libertad sindical que al adicional, donde parece ubicarse la representación legal¹³. Entonces, ciertamente, la extensión de lo que

¹⁰ S. TC 197/1990, de 29 de noviembre..

¹¹ Más ampliamente, véase estudio jurisprudencial en: AA.VV. (Gabinete de Estudios Jurídicos CCOO), “Estudios de doctrina judicial II”, Altaban, Albacete, 2006, págs. 7 y ss

¹² F. DURÁN LÓPEZ, “Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo”, cit., pág. 152 y 153. Una muestra de la tutela de la libertad sindical del representante unitario afiliado en caso de despido discriminatorio: S. TC 2/2009, de 12 de enero; S. TC 227/2006, de 17 de julio; STC 1/1998, 12-1. Un sector doctrinal llegó a poner en cuestión que el Tribunal Constitucional mantuviese esta diferenciación entre la tutela de la representación unitaria y la sindical, en tanto la S. TC 79/2004, de 5 de mayo, otorgó tal amparo al representante unitario sin dejar constancia en dicho pronunciamiento ni plantearse si estaba o no afiliado.

¹³ Véase, por ejemplo, sobre libertad de expresión del representante unitario sindicalizado, enmarcada y tutelada por el art. 28.1 CE: STC 203/2015, 5-10.

parecía una excepción es relativamente fácil dado lo extendido del fenómeno de la sindicalización de la representación unitaria y la trascendencia de ésta en la estrategia del Sindicato.

Y algo similar ocurre cuando de derechos del Sindicato se trata, es decir, de los derechos colectivos de actividad sindical, como es el caso de la distribución proporcional de los puestos en el comité intercentros (art. 63.3 ET)¹⁴, o las comisiones creadas en su seno¹⁵ o en el del comité de empresa, o en el derecho a no ser excluido en las comisiones negociadoras o en la distribución proporcionada de los puestos en aquéllas¹⁶. Así, el Tribunal Constitucional sostiene el derecho del Sindicato a participar y a ver respetada su proporcionalidad representativa dentro del comité en relación con las comisiones de regulación de condiciones de trabajo creadas por la representación unitaria. Y ello se fundamenta en que al tener funciones negociadoras, la limitación u obstaculización de la participación de representantes unitarios vinculados al Sindicato supone la violación del derecho a la negociación colectiva de éste y, por consiguiente, del contenido esencial –aun cuando, repárese, la negociación colectiva estatutaria a un nivel más superficial es el adicional- de su libertad sindical (art. 28 CE en relación con el art. 37

¹⁴ STS 10-6-2009, rec 105/2008. P. NIETO ROJAS, “La representación de los trabajadores en la empresa. Estructura, ámbito y función”, tesis doctoral dirigida por J. R. Mercader Uguina, 2015, págS. 56 y ss. Ahora bien, el Comité Intercentros no es titular del derecho de libertad sindical: STS. de 25 de octubre de 1999, RJ. 9498.

¹⁵ El criterio de la proporcionalidad debe jugar también en las comisiones de desarrollo del Convenio Colectivo cuyos miembros son designados por el Comité Intercentros, sin exclusión de las minorías sindicales en las comisiones negociadoras y de más trascendencia, en tanto el Convenio Colectivo no prevé regla alguna al respecto y tan sólo le atribuye esa facultad de designación al Comité Intercentros [SS. TS de 24 de diciembre de 1993, 10010, y de 16 de mayo de 1994, 4202]. Sin embargo, niega el principio de proporcionalidad para las comisiones creadas por el Comité Intercentros sin funciones negociadoras: S. TS de 16 de mayo de 1994, RJ. 4202.

¹⁶ Véase en: F. NAVARRO NIETO, *La sindicalización de la representación unitaria y su reflejo jurídico en la jurisprudencia*, R.L., 2000, págs. 42 y ss. También, conforme al criterio extensivo del Tribunal Supremo, el derecho del sindicato firmante del convenio a participar en la comisión de seguimiento o aplicación del mismo, constituyendo su exclusión también una vulneración del art. 28.1 CE (R.M^a. GONZÁLEZ DE PATIO, “La tutela jurisdiccional del derecho a la negociación colectiva. Aspectos sustantivos y procesales”, cit, págs. 1176 y 1186).

CE)¹⁷. Esta exigencia de respeto de la proporcionalidad parece haberse erigido por el Tribunal Supremo en principio rector en la conformación de la generalidad

¹⁷ STC 73/1984, de 27 de junio de 1984: *“Forma parte del contenido esencial de la libertad sindical el derecho de los sindicatos de participar en la determinación de las condiciones de trabajo cuyo instrumento básico, según se desprende de la Constitución y de los Convenios Internacionales, es la negociación colectiva. Cuando en un sistema social dado el instrumento típico de determinación de las condiciones de trabajo es la negociación colectiva de eficacia general y, más todavía, cuando dicha negociación ya se ha producido y ha diseñado una unidad de negociación -las Cajas de Ahorros en el ámbito nacional que delimita funcional y territorialmente el ámbito de fijación de las condiciones de trabajo, la exclusión de la negociación supone de hecho la exclusión del sindicato de su función de participación en tal fijación y, en consecuencia, de una de sus funciones esenciales. Ciertamente que cabría siempre, en pura hipótesis, una negociación dirigida a la defensa de los intereses de sus afiliados que no se ha negado expresamente al sindicato, pero en un sistema como el nuestro se le ha privado sin duda de su función básica reduciendo su actividad.”*. Vulneración del derecho de libertad sindical que también acontece en los supuestos de pactos en masa en contra de convenio estatutario, admitido el recurso de amparo planteado por los sindicatos por ser la negociación colectiva un núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical y constituir aquélla práctica un obstáculo a dicho ejercicio contraria a la fuerza vinculante del convenio que garantiza el art. 37.1 CE (por todas: STC 105/1992, 1-7). En esta dirección, por ejemplo, afirma que cuando la actividad de negociación colectiva la ejerce un sindicato forma parte del contenido esencial de la libertad sindical: F. RODRÍGUEZ SANUDO, “Contenido y alcance de la acción sindical”, en AAVV –Coords. M^oE. Casas, F. Durán, J. Cruz-, “Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española”, La Ley, Madrid, 2006, pág. 285. Véase también: P. NIETO ROJAS, “La representación de los trabajadores en la empresa. Estructura, ámbito y función”, págs. 67 y ss.

Con todo, es contenido adicional de la libertad sindical aún cuando cumple una función esencial: STC 184/1991, 30-9 *“Este Tribunal ha entendido que puede incluirse dentro del contenido del derecho de libertad sindical protegible en la vía de amparo la protección de la legitimación legalmente reconocida a un sindicato para negociar un Convenio Colectivo (SSTC 70/1982, 4/1984, 23/1984, 37/1984, 118/1984, 9/1988, 51/1988 y 61/1989) ...esta ampliación de la tutela de la actividad sindical a la negociación colectiva, trata de asegurar la posibilidad efectiva de ejercicio de determinadas facultades legalmente reconocidas a los Sindicatos, que una vez establecidas por la ley se han considerado incluidas en el contenido del derecho de libertad sindical protegible en amparo, en tanto y en la medida en que la ley las reconozca. como en este momento establecen el art. 87 del Estatuto de los Trabajadores y los arts. 6 y 7 L.O.L.S. De este modo, esa especial tutela de la negociación colectiva como elemento de la libertad sindical no puede ser entendida como la constitucionalización de todos y cada uno de los poderes y facultades que corresponden al Sindicato en la fase de negociación misma, y en su ejecución y aplicación, y en la doctrina de este Tribunal ha venido referida fundamentalmente al acceso efectivo a la contratación colectiva, para impedir que los poderes públicos, la organización empresarial, el empresario u otros sindicatos rechacen arbitrariamente la participación en un proceso de contratación colectiva de un Sindicato legalmente legitimado para ello, convirtiendo dicha exclusión no sólo en un ilícito legal, sino también en un ilícito constitucional por contradicción con el derecho reconocido en el art. 28.1 C.E.”*.

de las comisiones aun sin funciones negociadoras¹⁸, salvo con la clara excepción del comité de seguridad y salud laboral¹⁹.

En definitiva, en la vertiente colectiva del derecho fundamental de libertad sindical, la titularidad originaria del mismo pertenece a los Sindicatos y no a otros sujetos colectivos, como los comités de empresa y los delegados de personal. Desde el punto de vista del derecho individual a la libertad sindical, los contenidos organizativos van referidos a los afiliados, y también principal, aún no exclusivamente a éstos, los de actividad²⁰. Por otra parte, la actividad representativa del representante unitario sindicalizado ha sido observada cada vez con mayor convicción como expresión de sus derecho individual de actividad sindical. Tanto, que se alcanza a afirmar con rotundidad en los últimos años que *«cuando el representante unitario de los trabajadores está afiliado a un sindicato su actividad, a la vista de las circunstancias que concurran en cada caso, podrá tener consecuencias desde la perspectiva del art. 28.1»*, lo que exige la valoración de la cuestión que se plantea desde tal dimensión constitucional (si existe un perjuicio o perjudica su actividad sindical) y no desde una mera perspectiva legal (STC 100/2014, 23-6, respecto de la percepción del complemento de productividad por liberado).

En la construcción y consolidación de esta tutela extensiva, la intervención del Tribunal Supremo probablemente ha sido decisiva. Así en sus sentencias de 30-6-2011, rec. 2933/2010, RJ. 2012/671 y 3511/2010, RJ 2011/6100 y de 19-12-2013, rec. 555/2013, se ha hecho eco de esta doctrina del Tribunal Constitucional sobre el amparo de la representación unitaria sindicalizada por el derecho de libertad sindical, formulándola de una forma muy concisa y amplia, que contribuye a clarificar sus límites. Así, ha concluido que la libertad sindical efectivamente protege al representante unitario elegido por una lista electoral sindical cuando ejerce sus pretensiones individualmente y fundadas en su derecho individual de libertad sindical (en los casos analizados, de actividad sindical individual) y no en la mera infracción de la legalidad ordinaria (arts. 28.1 CE

¹⁸ C. SÁEZ LARA, “Representantes del personal y acción colectiva en la empresa”, cit., pág. 358. Propensión a la generalización del principio de proporcionalidad que también detecta en los TSJ: F. NAVARRO NIETO, “La sindicalización de la representación unitaria y su reflejo jurídico en la jurisprudencia”, R.L., 2000, págs. 44 y ss Respecto de comisión negociadora, por ejemplo: S. TS de 13 de marzo de 1995, RJ. 1766.

¹⁹ S. TS de 15 de junio de 1998, RJ. 5702.

²⁰ Vid art. 12 LOLS y, por todas, SSTC 197/1990 y 134/1994, 9-5 –representante unitario que no consta afiliado y es sancionado por participar y apoyar un paro organizado por Sindicatos; STC 95/1996, el crédito horario del delegado de personal no afiliado no está amparado por el art. 28.1 CE-

y 2.1.d y 13 LOLS)²¹. Por tanto, aún cuando sigue siendo cierto que el art. 28.1 CE no ampara a la representación unitaria, resulta evidente que tal afirmación se limita al órgano de representación legal como tal, pero no a los derechos del Sindicato relacionados con aquélla ni a la actividad, garantías y prerrogativas de sus miembros. Y si a lo largo de estos años ha sido un clásico la distinción entre una acción sindical amparada por la Constitución y otra acción sindical en la empresa no amparada por la libertad sindical, tras la doctrina más reciente del Tribunal Supremo y su aceptación de partida por la STC 64/2016, el debate en torno a la tutela de la representación unitaria sindicalizada se ha reducido a una cuestión de fundamentación procesal.

2. CONTENIDO ESENCIAL Y ADICIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL Y REPRESENTACIÓN UNITARIA. LA PERVIVENCIA REAL DEL CENTRO DE TRABAJO

En la identificación de las conexiones entre el Sindicato y la representación unitaria, son varias las sentencias que las han calificado de contenido adicional de la libertad sindical, tanto en su vertiente colectiva como en la individual²². La promoción de elecciones a miembros de comités de empresa y delegados de personal por Sindicato o en nombre de un Sindicato, la presentación de candidaturas, así como la presentación en dichas elecciones como candidato,

²¹ *“De manera que si bien la titularidad del derecho de libertad sindical “no corresponde a los órganos de representación unitaria” sino que la misma reside en los Sindicatos.... es cierto que el Tribunal Constitucional (STC 134/1994 de 9-mayo) y esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo vienen reiteradamente afirmando que “la libertad sindical no ampara la actuación de otros sujetos sindicales a quienes la práctica o la legalidad vigente atribuyen funciones sindicales, como es el caso de los Comités de Empresa” (ATC 731/1986). Por ello, este Tribunal ha manifestado en múltiples ocasiones que la actividad sindical desempeñada por estas organizaciones queda fuera del ámbito del proceso constitucional de amparo (SSTC 118/198 , 98/1985 y 165/1986) “...Pero esa doctrina se refiere a la vertiente colectiva de los derechos de libertad sindical, permaneciendo siempre la posibilidad de ejercicio de tales derechos en la vertiente individual, que podrán hacerse valer por personas físicas en determinados supuestos (STC 134/1994), tal y como se desprende de la literalidad del art. 2.1 LOLS, en el que se describe el contenido individual de esos derechos y en concreto para el supuesto de autos en la letra d), el derecho a la actividad sindical. Además el art. 13 de la misma norma permite que “ cualquier trabajador o sindicato “pueda recabar la tutela jurisdiccional ante la eventual lesión de sus derechos de libertad sindical, de lo que es reflejo también el contenido del art. 175.1 LPL a la hora de regular la modalidad procesal de la tutela de los derechos fundamentales”.*

²² Por todas: SSTC 95/1996, 29-5; 44/2001, de 12-2.

son actividades amparadas bien por la vertiente colectiva, bien la individual del derecho de libertad sindical, formando parte del llamado contenido adicional del mismo²³. Como la garantía de crédito horario²⁴.

A la vista de lo expuesto, considero que en el caso analizado, lo criticable de la STC 64/2016 no estriba tanto en la identificación del supuesto en el contenido adicional de la libertad sindical. La delimitación entre uno y otro contenidos, como señaló DURÁN en su momento, no responde siempre a distinciones claras ni exentas de contradicciones²⁵. Y por esto, también parece tener sentido la disidencia del Voto Particular sobre la calificación del mandato del representante unitario en el contenido esencial de la libertad sindical, puesto que la vulneración de las garantías y actos de represalia del representante unitario se vienen analizando –según hemos visto– como actos contrarios a su libre actividad sindical, lo que sutilmente conecta con su contenido esencial, en los que el Tribunal Constitucional –además– entra de lleno en el análisis de la cuestión y exige a la resolución judicial una ponderación adecuada y respetuosa al derecho fundamental. Laxitudes, solapamientos o lógicas conexiones que también hemos visto, por ejemplo, en la confusión entre ambos en supuestos de vulneración del derecho a negociar el convenio colectivo *erga omnes* (contenido adicional) con la función esencial de negociación del Sindicato (contenido esencial de la libertad sindical). La extinción del mandato del representante unitario y el consiguiente vacío de representación que se provoca en estos casos de reestructuración orgánica de las empresas suponen una restricción de la capacidad real de actuación del Sindicato que bien podría equipararse a la afeción del contenido esencial de la libertad sindical.

Pero, en mi opinión, la clave de la sentencia y lo criticable de ella está en la utilización de dicho calificativo, el de adicional, precisamente para limitar su función revisora al extremo. Límite cognoscitivo, que por lo demás, parece esgrimirse por dicho Tribunal casuísticamente sin un claro criterio que pueda

²³ SSTC 104/1987, 9/1988, 51/1988, 164/1993, de 18 mayo y 1/1994, entre otras.

²⁴ “Si el delegado sindical de la LOLS no es una figura que venga impuesta por la Constitución, de manera que se integra en el contenido adicional y no en el esencial del derecho de libertad sindical (SSTC 173/1992 y 188/1995; en igual sentido, SSTC 61/1989 y 84/1989), con mayor motivo formará parte de aquel primer contenido el crédito horario retribuido que al delegado le pueda legal o convencionalmente corresponder.” (STC 95/1996).

²⁵ F. DURÁN LÓPEZ, “Jurisprudencia Constitucional y Derecho del Trabajo”, cit., págs. 130 y 131. Por ejemplo, la STC 272/1993, 20-9, se refiere al derecho de los sindicatos a presentar candidaturas en las elecciones sindicales en términos contradictorios cuando afirma que «La participación en el proceso electoral de los sindicatos, que se integra sin dificultad en el ejercicio de la actividad sindical en cuanto contribuye a la constitución de sus órganos de dirección, resulta así un derecho derivado de los arts. 7 y 28 de la Constitución...», para seguidamente admitir su configuración legal.

servir de parámetro cierto respecto de sus posibilidades hermenéuticas. Y que como vemos, alcanza la contradicción de permitirse analizar con profundidad y detalle si es o no arbitrario y razonable el criterio de la Administración sobre la determinación del complemento de productividad del representante liberado²⁶, y desechar el análisis profundo desde una perspectiva constitucional de las razones que justifican en este caso la extinción *ante tempus* del mandato representativo. Si es cierto que la existencia de derechos adicionales ha impuesto que la Constitución en cierto modo se tenga que interpretar a la luz de la legalidad ordinaria y convencional²⁷, también ésta tiene que ser observada, necesariamente, bajo el prisma de aquélla tanto en sus límites como en su interpretación.

²⁶ Véase, por ejemplo, STC 148/2015, de 6 de julio de 2015: *"Por lo que se refiere a la concreta cuantificación del complemento de productividad cuando resulta variable de unos trabajadores a otros por tratarse de un complemento vinculado a la calidad y cantidad del trabajo desarrollado, la STC 100/2014, de 23 de junio, ha establecido que si bien no corresponde a esta jurisdicción de amparo revisar la concreta cuantía del complemento de productividad reclamada ante los órganos judiciales, ya que esta es una cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales (art. 117.3 CE), sí le corresponde valorar, desde la perspectiva constitucional que le es propia y a la vista del invocado derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), la razón o el argumento en virtud del cual las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas niegan al solicitante de amparo el derecho a percibir el complemento en la cuantía reclamada y si el hecho de abonar al trabajador el complemento en una cuantía inferior a la del resto de trabajadores que prestan servicios en las mismas dependencias constituye o no una lesión de su derecho"*.

STC 100/2014, de 23 de junio de 2014: *"A los trabajadores corresponde el derecho a afiliarse o no afiliarse, y una vez que hayan optado por la afiliación, y en tanto que afiliados, el de participar en la actividad sindical (STC 134/1994). En consecuencia, cuando el representante unitario de los trabajadores está afiliado a un sindicato su actividad, a la vista de las circunstancias que concurren en cada caso, podrá tener consecuencias desde la perspectiva del art. 28.1 CE por lo que, el órgano judicial no ha valorado adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 28.1 CE de la cuestión que se le planteaba. De esta forma, el reproche que, desde la perspectiva del derecho de libertad sindical proclamado en aquel precepto merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo, es que no se haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado. Como señalamos en la STC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5, una vez que se esgrime para la no concesión del complemento de productividad su condición de liberado sindical, el órgano judicial no podía prescindir de analizar si la no percepción del complemento suponía un perjuicio para el demandante y obstaculizaba o perjudicaba su actividad sindical. En definitiva, el Tribunal Superior de Justicia se detiene en la mera perspectiva de la legalidad ordinaria, lo que es insuficiente cuando se esgrime la condición de liberado sindical y está involucrado el derecho de libertad sindical."*

²⁷ F. DURÁN LÓPEZ, cit., pág. 132.

La función revisora del Tribunal Constitucional, en cuanto a la aplicación de la normativa que establece el contenido adicional en cuestión de la libertad sindical, está limitada. Como derecho de configuración legal ha de ejercerse en los términos legalmente previstos [art. 2.2 d) LOLS], y no corresponde a este Tribunal determinar cuál es la interpretación más correcta de tal cuerpo normativo, ni resultaría constitucionalmente obligado que estando en juego una garantía legal del derecho fundamental se incline “a priori” por la interpretación aparentemente más beneficiosa para el titular de aquél, sino que basta con constatar si la interpretación llevada a cabo salvaguarda o no suficientemente dicha garantía legal. O dicho de otra forma, su función revisora debe limitarse a examinar el carácter motivado, razonable y no indebidamente restrictivo de la resolución impugnada, así como la justificación finalista de las normas que considera aplicables (por todas: SS. TC 272/1993,20-9; 185/1992, de 16 noviembre). Pues, debe tenerse presente, por ejemplo, que *«la violación del derecho fundamental se dará cuando se impida u obstaculice al Sindicato o a sus miembros participar en el proceso electoral por causas que no obedezcan a razones atendibles de protección de derechos o valores constitucionales, que el autor de la norma legal o reglamentaria haya podido tomar en consideración al establecer la normativa del proceso electoral»* (por todas, STC 1/1994).

Como se ve, aún esgrimidos estos límites y precisamente por su propia conformación, en absoluto han impedido al Tribunal Constitucional analizar en profundidad la corrección de la decisión judicial impugnada, pues aun cuando no le corresponde determinar cuál es la interpretación más idónea entre las posibles, sí que tiene que analizar si la escogida vulnera o no el art. 28.1 CE, lo que a su vez se apoya en la *«ineludible»* exégesis del/os precepto/s en cuestión y hasta en la detenida valoración casuística de los hechos²⁸. Y así, también ha afirmado el Tribunal Constitucional que *«el hecho de que la regulación del*

²⁸ De “*ineludible*” lo califica, por ejemplo y entre otras, la STC 1/1994, 17-1, sobre exclusión de candidatos de las listas electorales por pertenecer a otra unidad electoral. Es el caso, por ejemplo, de la STC 127/1989, de 13 de julio de 1989, sobre la designación de representante en los tribunales de la Banca prevista en la Reglamentación de Trabajo de la Banca Privada en consideración al antiguo Sindicato Vertical, y en el Convenio Colectivo. También, con claridad, el caso analizado con detalle respecto de la presentación de candidatura fuera de plazo en elecciones sindicales: STC 272/1993, 20-9. Y se entra a valorar también las circunstancias y convenio aplicable en caso de delegados sindicales adicionales previstos por convenio colectivo y facultades de control empresarial del cumplimiento de los requisitos exigidos. Y, por supuesto, tanto en el voto mayoritario como en el particular, se lleva a cabo con minuciosidad la debida ponderación en: STC 18/2001, 29-1 (exclusión de lista sindical por incompleta al no aceptarse la validez de las renunciaciones simultáneas de los miembros de la mesa). Y, por supuesto, también es necesario el análisis del art. 67.1 ET respecto de los sujetos legitimados para convocar elecciones: STC 36/2004, 8-3; 70 y 71/2006, de 13 de marzo; 62, 64 y 66/2004, de 19 de abril; 103/2004, de 2 de junio; 175/2004, de 18 de octubre; 60/2005, de 14 de marzo; 125/2006, de 24 de abril).

mismo corresponda al ámbito de disponibilidad del legislador ordinario no supone que, una vez establecida, tal regulación pueda ser inaplicada o aplicada en términos incompatibles con el sentido del derecho legal, so pena de que la eventual vulneración producida en la aplicación del mismo trascienda al derecho fundamental» (STC 18/2003, 30-1).

Por otra parte, tampoco el hecho de que en este caso se aprecie la existencia de una laguna legal puede justificar la aplicación e interpretación de las normas que regulan el mandato de los representantes y sus garantías de manera incompatible a sus finalidades y objetivos inspiradores. Por el contrario, tal vacío normativo no debía haber sido obstáculo para resolver en atención a semejantes criterios, pudiendo haberse hecho tanto desde la perspectiva casuística, como con un carácter abstracto a partir de la cobertura de ese vacío a través de la analogía y al carácter indebidamente restrictivo de la interpretación seguida por el Tribunal.

Más concretamente, en este caso habría que analizar si verdaderamente nos encontramos ante un cambio de centro de trabajo a efectos de la unidad electoral y, consiguientemente, de su representación. A tales efectos, el “centro de trabajo” se define como «la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral» (arts. 1.5 ET y 5.1 RER). A tenor de una sólida doctrina judicial y científica, y partiendo de que la exigencia de alta constituye una mera presunción *iuris tantum* carente de valor constitutivo, lo verdaderamente relevante para la apreciación de la existencia de un centro es que esa unidad productiva se constituya en una entidad organizativa autónoma con efectos y repercusiones específicas en el ámbito laboral²⁹. Una vez calificado como tal centro, esa identidad como organización específica no se altera por la reducción de su plantilla ni por la reducción cuantitativa –ni aún cualitativa– del volumen de negocio. Y desde luego, tampoco puede considerarse que aquella identidad se vea afectada por un mero cambio de domicilio de la unidad productiva, que es lo que realmente acontece en este supuesto particular,

²⁹ Por todas: STS. núm. 663/2016 de 14 julio, rec. 161/2015; STSJ. de Asturias, núm. 417/2016 de 8 marzo, rec. 158/2016.

Por la doctrina, véase: A ÁLVAREZ DEL CUVILLO, “El centro de trabajo como unidad electoral: un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo”, REDT 188, 2016, págs. 147 y ss. Identifica el autor como indicios de la existencia de esa “*organización específica*” y que le confieren ese mayor grado de individuación locativa, productiva o económica: que se realice la totalidad del proceso productivo de la empresa, la separación geográfica del resto de la organización, la existencia de un conjunto de medios materiales y de capital con vocación de continuidad, la independencia económica o productiva de la unidad (contabilidad, resultados diferenciados...), el ser un espacio con repercusión en el ámbito laboral, si previamente existían órganos de representación o negociación, la existencia de un grupo humano reconocible con vocación de estabilidad y permanencia, la aplicación de condiciones de trabajo diferenciadas, la dimensión cuantitativa, la existencia de encargado, etc.

tal y como lo califica la propia empresa en su comunicado a los trabajadores³⁰. Por el contrario, en la determinación de si hay “centro sucesor” del desaparecido originario, es decir, de si hay identidad esencial entre ambos, deben barajarse otros criterios materiales que prescindan de los meramente formales. Es cierto que el dato de la ubicación física o geográfica es un indicio de su existencia autónoma, pero en estos supuestos de deslocalización, aquéllos donde el centro originario no desaparece sino que se sustituye, el criterio determinante no puede ser otro que el de la identidad esencial de la unidad productiva. Y es que si permanece aquello que lo definió esencialmente como tal unidad autónoma, que lo individualizó como tal unidad socio-económica, entonces estamos ante el mismo centro. Y será esa identidad sustancial, a su vez, la que determinará el centro al que preferentemente deben adscribirse los representantes (art. 40.7 ET).

En mi opinión, la identidad entre una y otra unidad productiva se hace casi incontestable, si se tiene en cuenta que se trata de un centro de nueva creación cuya razón de ser es, precisamente, la desaparición del anterior al que sucede sin solución de continuidad y al que se trasladan a buen seguro los bienes muebles. Centro que, por lo demás, se sitúa a escasa distancia del centro originario, pues entre Palau de Plegamans y Parets del Vallés, en definitiva entre la localidad originaria y la nueva donde se ubica el nuevo centro de trabajo hay una distancia de aproximadamente 7.5 Km, lo que se traduce en unos 12 minutos en coche. Ambas localidades se encuentran en la misma provincia. Su área de influencia, por consiguiente, es idéntica o extraordinariamente similar y, asimismo, la actividad y clientela es la misma aun cuando se haya perdido parte de la actividad anterior. En cuanto a la identidad de los medios humanos, la integridad de la plantilla procede del centro originario. Este último indicio es además relevante porque nos encontramos en el ámbito de la representación de los trabajadores, con lo que el elemento subjetivo electoral es el más idóneo para resolver dudas en defecto de una clara identidad geográfica de ambos centros de trabajo. En definitiva, como señala en voto particular, tendría que haberse sopesado también en esta “sucesión de centros” la «*coincidencia predominante entre electos y cuerpo electoral*» como indicio elemental para la apreciación de aquélla.

³⁰ Conforme consta en los hechos probados, la razón fundamental que alegó la empresa para la adopción de la medida fue la menor necesidad de capacidad del almacén tras el traslado a otro centro de la actividad relativa a un cliente (Reckitt Benckisser), por lo que «*coincidiendo con la finalización del contrato de arrendamiento de las actuales instalaciones, se ha optado por un posicionamiento en un centro más pequeño, el cual cumple con los requisitos exigidos en cuanto a las características de las instalaciones para el depósito de los productos de clientes pertenecientes al sector farmacéutico y sanitario... Es necesario un cambio de domicilio del centro de trabajo...*».

Por tanto, el caso analizado se trataría de un mero cambio de domicilio del centro de trabajo, de un traslado de las instalaciones que ni siquiera tiene relevancia a los efectos del art. 40 ET y, que por tanto, quedaría exento de la consulta/negociación, exigencia y control de las causas empresariales, para pasar a una mera consulta previa (art. 64.5.c ET). Y sería un supuesto incluso más sencillo, pues aquí hay centro físico y no mera adscripción que pueda determinar circunscripción electoral, que el que examina la Audiencia Nacional en su sentencia de 23-12-2015 (rec 299/2015), en que se concluye que no supone la pérdida de la unidad electoral el cierre de los centros de trabajo físicos y la adscripción virtual de los teletrabajadores a un centro distinto sin modificación funcional o geográfica alguna ni de aquéllos ni de los trabajadores del departamento de ventas³¹. Y similar también a la «artimaña» de dar de baja un centro y continuar con idéntica actividad, con idénticas funciones de venta del cupón y prácticamente con el mismo número de trabajadores (STSJ. de Asturias, num. 417/2016 de 8 marzo, rec. 158/2016)³². O la desaparición de un centro de trabajo físico en Cornellá con adscripción formal a otro centro de trabajo en Madrid, sin alteración alguna de la forma de trabajar y organizarse de los trabajadores técnicos de instalación y mantenimiento de sistemas de seguridad y contra incendios³³.

Por eso, sorprende que el Tribunal Constitucional con su huída haya validado una peligrosísima práctica empresarial. Repárese, ¿acaso cambiar la ubicación de la nave o las oficinas -¿a la acera de enfrente?- altera la identidad de la empresa o del centro de trabajo?. La libertad de empresa (art. 38 CE) y el poder de dirección no pueden alcanzar a condicionar a través de tales decisiones la pervivencia de la representación legal, constituyéndose en caso contrario en una intolerable

³¹ En un supuesto de transmisión de empresa, tampoco la unidad transmitida pierde su autonomía ni, consiguientemente, su representación, si las facultades de gestión de los responsables directos siguen en esencia inalteradas dentro de las estructuras de organización del cesionario, en comparación con la situación existente antes de la transmisión (STJUE 29-7-2010, Caso Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) contra Ayuntamiento de La Línea de la Concepción y otros, asunto C-151/09).

³² Con lo que los trabajadores del centro supuestamente desaparecido y que subsiste de hecho, no se encuentran representados por el Comité del nuevo centro al que formalmente se hayan adscritos, debiéndose convocar las elecciones parciales para la cobertura de los puestos dejados vacantes por las dimisiones de los antiguos representantes pues “*la representatividad no puede quedar afectada por un acto discrecional del empresario, no siendo en definitiva a la Empresa a quien le incumbe, con la artimaña de dar de baja una agencia ante la autoridad laboral, determinar cuándo se produce la extinción de las funciones representativas de los trabajadores, sino a éstos*”.

³³ STSJ Cataluña num. 1088/2015, de 16 febrero, rec. 6932/2014, en tanto el centro de trabajo persiste como tal unidad autónoma se conserva también como unidad electoral, con apoyo también analógico en el art. 44.5 ET, manteniéndose el mandato de los representantes de los trabajadores entre tanto se convocan y eligen representantes en la nueva unidad electoral como interpretación más ajustada a la tutela del derecho de libertad sindical y garantías de los representantes

injerencia en la actividad sindical al privar desproporcionadamente de sus medios de acción –de casi todos, y desde luego de la negociación colectiva- tanto al Sindicato como a los representantes mismos. Y no sólo eso, sino que condiciona gravemente el cómputo de la representatividad, lo que entra en flagrante contradicción con la estricta configuración de la normativa sobre elecciones y configuración de la unidad electoral como derecho necesario, precisamente, para impedir su maleabilidad en función de los intereses electorales del convocante³⁴.

3. LA PERVIVENCIA TRANSITORIA DEL MANDATO DEL REPRESENTANTE TRASLADADO

Quizá un supuesto real, relativamente fácil de resolver, se convierte en complejo si se pretende con ello dotar de un cuerpo de doctrina que ponga coto o, por el contrario favorezca, las tesis judiciales en torno a la pervivencia del mandato de los representantes en supuestos de traslados colectivos por rearticulación orgánica de las empresas.

Es claro que el mandato del representante está vinculado a la unidad electoral en la que ha sido elegido, en definitiva, al centro de trabajo. Por consiguiente, el traslado definitivo a otro centro de trabajo supondría automáticamente la extinción del mismo. Precisamente por ello, con la intención de preservación de la representación de los trabajadores, se prevé la preferencia del representante para la permanencia en el centro de trabajo en los supuestos de traslados o desplazamientos del art. 40 ET. Sin embargo, en los últimos años en que se han llevado a cabo en numerosas empresas profundos cambios orgánicos que han supuesto no ya sólo su uso frecuente y masivo sino la misma desaparición de algunos centros, los planteamientos han cambiado. Y lo han hecho porque en tales tránsitos, donde además la necesidad de representación es particularmente intensa, la experiencia ha demostrado que tales reglas son insuficientes para proteger la representación de los trabajadores y aún más si se contrastan con supuestos asimilables de transmisiones de empresas. Por otra parte, la inestabilidad de tales estructuras orgánicas internas y la proliferación de otras formas de trabajo, organización, dirección y control, han dado pie a una mayor toma de conciencia de que tales son dependientes de los poderes directivos empresariales y que su tratamiento como un factor más de producción exige dotar a la pervivencia de la representación de un elemento racional de independencia respecto del antiguo criterio geográfico. Finalmente, en los supuestos en que el centro receptor carece de representación, la convocatoria de elecciones lleva su tiempo. Concretamente

³⁴ STS 20 de febrero de 2008 y de 28 de mayo de 2009, rec 77/2007 y 127/2008, respectivamente.

en el caso analizado, por ser un centro de nueva creación y considerarse distinto del anterior, la convocatoria de elecciones no podría ser anterior a los seis meses o, excepcionalmente tres, desde su apertura (art. 69.2 ET y art. 1.d) RER).

En los supuestos de transmisión de empresas, la pérdida de autonomía de la unidad transmitida no implica la desaparición de la representación de los trabajadores. Así lo ha afirmado con rotundidad la STJUE 29-7-2010, Caso Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) contra Ayuntamiento de La Línea de la Concepción y otros, asunto C-151/09, sosteniendo que la finalidad de la Directiva 2001/23 es la del mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los supuestos de cambio de empresario por lo que, por regla general, la representación de los trabajadores no ha de verse afectada por la transmisión (ap. 40). Más concretamente, cuando la unidad trasferida pierde su autonomía, la necesaria adaptación de la representación a los cambios que se han producido *«es la razón por la que, en tal supuesto, el mandato de los representantes de los trabajadores afectados por la transmisión debe limitarse únicamente al período necesario para la constitución de una nueva formación o designación de la representación de los trabajadores»* (ap. 46)³⁵. Por consiguiente, la correcta interpretación del art. 6.1 párrafo 4º de la Directiva 2001/23/CE, de 12-3, lejos de lo que se ha considerado durante largo tiempo³⁶, impide la extinción automática del mandato y la dilución y consiguiente subsunción también automática del antiguo cuerpo electoral en el órgano de representación elegido por los trabajadores de la empresa adquirente. El mantenimiento provisional del mandato no sólo se impone por aquélla en los casos de inexistencia de representación en el nuevo centro de trabajo, supuesto evidente en el que España incumple la Directiva, sino

³⁵ Así parece interpretar también la Directiva la STSJ. de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 417/2016 de 8 marzo, rec. 158/2016: *“Es decir, en casos de sucesión de empresa que pueda implicar subrogación legal en cuanto a los trabajadores, es criterio general que no se extingue el mandato de los representantes legales de aquéllos que deberán seguir ejerciendo sus funciones en los mismos términos y condiciones que regían con anterioridad, y ello, hasta que no se promuevan y celebren nuevas elecciones sindicales, no pudiendo el representante electo ser removido de su cargo ni usurparse la decisión de un representante electo de los trabajadores de continuar en el centro de trabajo en el que fue elegido mientras ese centro funcione.”*. En contra, también *obiter dicta*, considera que en aplicación de la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de de 23.07.90: *“si la organización de empresa tomada en consideración como unidad electoral desaparece tras su absorción, fusión o integración en una nueva organización empresarial, los mandatos se extinguen”* [STSJ. Cataluña núm. 2450/2011, de 5 abril, rec 6095/2010].

³⁶ M. DEL JUNCO CACHERO, “Transmisión de empresa: ¿transmisión de representantes de los trabajadores”, Temas Laborales, nº 71/2003, págs. 206 y ss. Expresamente, elude pronunciarse al respecto por no ser objeto del procedimiento: STS. 10-12-2013, rec 635/2012.

en todos los de pérdida de la autonomía tras la transmisión y en tanto se convocan elecciones globales o parciales que integren dicho cuerpo electoral³⁷. De hecho, la idea es tan simple que se vería con claridad a la inversa: los representantes de los trabajadores de la adquirida tampoco podrían actuar en principio como mandatarios de los trabajadores de la adquirente y que en modo alguno fueron sus electores.

Eludiendo la aplicación analógica de una norma que ni tan siquiera está prevista en nuestro Ordenamiento, aun cuando debería, para los supuestos de sucesión de empresa, el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 diciembre 2013 (rec 278/2013) ofrece una solución que está en la línea señalada –también por el Voto Particular– de conservación del mandato y elusión de vacíos de representación en un supuesto de traslado de una parte importante de la plantilla y dos representantes del comité de empresa a un centro de nueva creación en el que confluyen trabajadores procedentes de otros centros. Partiendo del art. 67.1 y 3 ET, rechaza la extinción del mandato por el traslado del representante por considerar que ello constituiría un supuesto equivalente a su revocación, única causa prevista legalmente para la extinción *ante tempus* del mandato, imposible para el empresario en tanto sólo está en manos de los representados y en tanto tampoco los ajustes de la representación por reducción de la plantilla pueden hacerse unilateralmente por el empresario³⁸.

La argumentación del Tribunal presenta algunos déficits. Por una parte, aún cuando las razones expuestas son generalistas y que sólo se toma en consideración «a mayor abundamiento» el hecho de que su traslado se haga con una parte significativa de su electorado así como la ausencia de representación en el nuevo centro, esta doctrina no puede sino plantearse como una excepción de la tradicional aceptación de la extinción del mandato por traslado. Por otra, las

³⁷ Para el caso de pérdida de autonomía en que en la empresa cesionaria no haya representación de los trabajadores, todo parece indicar que nuestro Ordenamiento presenta un déficit de traspaso de dicha norma comunitaria, aun cuando no hay consenso en que tenga que solventarse con el mantenimiento de los cargos por el tiempo imprescindible para la elección del nuevo órgano de representación (en contra SSTSJ Madrid 30-6-2008, AS. 1939 y Castilla y León/Burgos núm. 173/2012 de 15 marzo. AS 2012\301). En tal caso de pérdida de la autonomía, se ha considerado que decae el mandato de los representantes de la unidad cedida cuando hay representantes de los trabajadores en la adquirente (STSJ Madrid 30-06 y 27-11-2009. P. NIETO ROJAS, cit., pág. 347).

³⁸ “No puede el empresario revocar a los representantes, cualquiera que sean los avatares acaecidos en la empresa, pues tal posibilidad no está contemplada en la regulación vigente, que la reserva, de forma exclusiva y excluyente, a los propios electores...en ningún supuesto cabe que sea la propia empresa la que unilateralmente decida, a la vista de la disminución del número de trabajadores de la empresa, revocar el mandato de determinados representantes para adecuar su número a la nueva plantilla. Tal proceder podría ser atentatorio al derecho a la negociación colectiva ya que se estaría sustituyendo lo que debió ser regulado en el Convenio colectivo”.

previstas en el art. 67.3 ET no agotan el catálogo de las causas de la extinción *ante tempus* del mandato, derivando la extinción automática de aquél de la pérdida de sus requisitos de elegibilidad con su separación de la unidad electoral³⁹ y no, directamente, de la decisión empresarial. Con todo, cabe apreciar una incipiente tendencia de los Tribunales a negar que el traslado sea una causa de extinción válida del mandato⁴⁰. Además, esta doctrina tiene que ir encajándose en una normativa electoral que no ha previsto tales situaciones.

No obstante, parece obvio que lo que persigue el Tribunal es el vacío de representación o, más ampliamente, la desorbitada injerencia empresarial en la pervivencia de aquélla a través de lo que contextualmente podríamos llamar “revocación impropia”. Siguiendo esta línea doctrinal, la sentencia de la Audiencia Nacional de 23-12-2015 (rec. 221/2015) completa y perfecciona los argumentos señalados para puntualizar que *«La extinción del mandato cuando se produce la separación del representante de la base física del centro de trabajo responde a su apartamiento de la base electoral de los trabajadores que lo eligieron y sobre los que se extiende el mandato representativo, ante la conexión de funcionalidad del mandato representativo a la adecuada realización de las funciones de representación»*. Por consiguiente, nutrida por el tratamiento de la tutela de la representación en los supuestos de transmisión de empresa, lo que sustenta la decisión es una matización en la construcción de la adscripción del representante para pasar de la univocidad del centro de trabajo como unidad electoral a la dimensión subjetiva y funcional de aquélla. Son los trabajadores trasladados, grupo con identidad propia y relevancia colectiva—entre otros motivos por su dimensión—, los que portan la legitimidad del mandato del representante y es a éstos—aún sin exigir identidad absoluta— y en razón de la tutela de su representación a los que se remite la pervivencia transitoria de aquél en tanto se adaptan las estructuras representativas a las modificaciones organizativas de la empresa. Por otra parte, ante la falta de una regulación más específica, son las

³⁹ M. DEL JUNCO CACHERO, cit., pág. 330. R.I. PALOMO VÉLEZ, “La dimensión temporal del mandato de los representantes unitarios de los trabajadores”, REDT, N^o 147, 2010; P. NIETO ROJAS, cit., pág. 413.

⁴⁰ Por ejemplo, obiter dicta en un supuesto de traslado nulo por constituir una vulneración de la libertad sindical en tanto no está justificado el traslado al poder seguir realizando las labores en el centro de trabajo donde las venía realizando: STSJ. de C. Valenciana, núm. 38/2016, de 17 diciembre, rec 2771/2015. También, obiter dicta, en un supuesto de baja de un centro de trabajo que sigue existiendo de hecho como tal organización: STSJ de Asturias, núm. 417/2016, de 8 marzo, rec. 158/2016 [“Por otra parte la jurisprudencia ha señalado que el mandato de los miembros del comité de empresa únicamente pierde eficacia antes de concurrir los cuatro años de duración normal bien por acuerdo de los trabajadores que los hayan elegido, mediante Asamblea convocada al efecto, por dimisión del interesado o por extinción de la relación laboral”].

reglas sobre mandato y reducción/ampliación de la plantilla las que, interpretadas bajo el prisma del art. 28.1 CE, dan respuesta a los problemas que se plantean en torno a la pervivencia del mandato del representante trasladado.

Para concluir, podría decirse que aún queda un hilo de esperanza, pues parece que la problemática aquí abordada no está ni mucho menos cerrada por esta sentencia 64/2016. Por el contrario, y puesto que el propio Tribunal Constitucional ha considerado que es una cuestión de legalidad ordinaria, será a estos Tribunales a los que les corresponda dar la respuesta sobre la pervivencia del mandato del representante en los casos de traslado colectivo, y, en última instancia en unificación de doctrina, al Tribunal Supremo. Quizá, finalmente, prospere la tesis defendida por el Voto Particular que, como se ha podido comprobar a lo largo de estas páginas, comparto.

BIBLIOGRAFÍA:

- AA.VV. (Gabinete de Estudios Jurídicos CCOO), “Estudios de doctrina judicial II”, Altaban, Albacete, 2006.
- A ÁLVAREZ DEL CUVILLO, “El centro de trabajo como unidad electoral: un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo”, REDT 188, 2016.
- A COSTA REYES, “Tribunal Constitucional y elecciones a representantes de los trabajadores”, Temas Laborales, nº 62/2001.
- E DESDENTADO DAROCA, “Desaparición del centro de trabajo y extinción del mandato de los representantes de los trabajadores: una laguna en la legislación vigente. SAN 23 diciembre 2015 (AS 2016,120), REDT 188, 2016.
- F. DURÁN LÓPEZ, “Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo”, MTSS, Madrid, 1992.
- F. DURÁN LÓPEZ y C. SÁEZ LARA, “Representación y participación de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV. (Coords. M^a E. Casas, F. Durán y J. Cruz), Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española, La Ley, Madrid, 2006.
- R.M^a. GONZÁLEZ DE PATIO, “La tutela jurisdiccional del derecho a la negociación colectiva. Aspectos sustantivos y procesales”, en AAVV –dir. J.L. Monereo/N. Moreno- “El sistema de negociación colectiva en España”, Aranzadi, Pamplona, 2015.

- M. DEL JUNCO CACHERO, “Transmisión de empresa: ¿transmisión de representantes de los trabajadores”, *Temas Laborales*, nº 71/2003.
- J.L. MONEREO PÉREZ, J.L., “Estado democrático de Derecho, representatividad y afiliación sindicales: lecturas y relecturas desde un modelo de control difuso de convencionalidad”, en AAVV –coord. R. Quesada Segura-, “Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: perspectivas y retos. XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, CARL, Sevilla, 2016.
- J.L. MONEREO PÉREZ, J.L., “La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, núm. 73.
- F. NAVARRO NIETO, “La sindicalización de la representación unitaria y su reflejo jurídico en la jurisprudencia”, R.L., 2000.
- F. NAVARRO NIETO, “Los despidos colectivos”, Civitas, Madrid, 1996.
- L.E. NORES TORRES, “El período de consultas en la reorganización productiva empresarial”, CES, Madrid, 2000.
- A. OJEDA AVILÉS, “La representación unitaria: el “faux ami”, *RMTAS*, nº 58, págs. 343.
- R.I. PALOMO VÉLEZ, “La dimisión temporal del mandato de los representantes unitarios de los trabajadores”, *REDT*, Nº 147, 2010.
- F. RODRÍGUEZ SAÑUDO, “Contenido y alcance de la acción sindical”, en AAVV –Coords. M^oE. Casas, F. Durán, J. Cruz-, “Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española”, La Ley, Madrid, 2006.
- M^a M. RUIZ CASTILLO, “Garantía y tutela de la libertad sindical”, en AAVV –coord. R. Quesada Segura-, “Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: perspectivas y retos. XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, CARL, Sevilla, 2016.
- C. SÁEZ LARA, “Representación y acción sindical en la empresa”, MTSS, Madrid, 1992.