

## **Soluciones a la ausencia de representaciones legales en el ámbito empresarial. La fórmula francesa como referente**

Patricia Nieto Rojas  
Profesora Ayudante. Universidad Carlos III de Madrid  
[patricia.nieto@uc3m.es](mailto:patricia.nieto@uc3m.es)

Sumario:

1.	Introducción .....	1
2.	La legitimación negocial en el texto estatutario .....	2
3.	Los efectos sobre el modelo legal de representación del favor por el ámbito empresarial .....	4
4.	La negociación colectiva en empresas sin representación: posibles alternativas .....	8
5.	Las soluciones arbitradas en otros ordenamientos. La fórmula francesa como referente .....	10
6.	Conclusiones .....	12

El objetivo de esta comunicación es valorar la viabilidad jurídica de una posible modificación del art. 87.1 ET que dé una respuesta a la ausencia de estructuras estables de representación, pues, 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 cuestionadas comisiones *ad hoc*.

### 1. Introducción

El convenio núm. 154 OIT de 1981, ratificado por España el 11 de septiembre de 1985, señala que “la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”. Y encomienda dicha función a los representantes de los trabajadores cuando la ley o la práctica nacional reconozcan dicho poder a los referidos sujetos—art. 3 Convenio-.

En nuestro ordenamiento, la capacidad convencional como concepto que atiende a la identificación de los sujetos titulares del poder genérico o abstracto para negociar se contempla en términos amplios al referirse el art. 37.1 CE a los “representantes de los trabajadores”, garantizando la fuerza vinculante de lo pactado. La opción asumida por el constituyente fue la de configurar de una manera abierta y flexible la titularidad del derecho, sin perjuicio de que la recurrente relación entre los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva alce al sindicato a la consideración de sujeto privilegiado del modelo<sup>1</sup>. Es más, el carácter “genérico” del dictado constitucional no debe interpretarse como una “inhibición”<sup>2</sup> sino que la “CE ha partido, en la

<sup>1</sup> 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>2</sup> NAVARRO NIETO, F., *La representatividad sindical*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, p. 244.

institucionalización de los derechos colectivos laborales, de un amplio reconocimiento de los titulares de aquéllos, eludiendo un monopolio del sindicato sin que de dicha afirmación se pueda inferir que “exista una indefinición constitucional ni una identidad entre todos los sujetos susceptibles del ejercicio de funciones sindicales”-STC 118/1983-. Cuestión distinta es que el protagonismo en la defensa de los intereses colectivos se garantice en el texto constitucional con la utilización de la “genérica y habilidosa”<sup>3</sup> expresión “representantes de los trabajadores”, y que dicha amplitud permita integrar en torno a ella tanto a los representantes sindicales como a los unitarios.

## 2. La legitimación negocial en el texto estatutario

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 la CE, de modo que su desarrollo normativo no precisó de ninguna Ley Orgánica sino que bastaron los preceptos del ET<sup>4</sup> para establecer el modelo legal de negociación colectiva<sup>5</sup>, el cual estuvo claramente condicionado por la asunción de funciones negociales por los representantes de base unitaria en las postrimerías de la transición. Y así, desde el primigenio texto estatutario<sup>6</sup>, se reconocía 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>7</sup>.

Los requisitos de legitimación establecidos en el texto estatutario traducen, desde esta perspectiva, 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>8</sup>, afectados por el convenio. Como se puede intuir, 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>9</sup>, debiendo analizar la atribución estatutaria

<sup>3</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>4</sup> RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE de 29 de marzo), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ET en lo sucesivo.

<sup>5</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>6</sup> 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>7</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, TOMÁS JIMÉNEZ, N., “El nuevo marco de negociación colectiva en los grupos de empresas y empresas red”, *CEF. RTSS*, vol. 356, 2012.

<sup>8</sup> STC 37/1984.

<sup>9</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.

como el mecanismo que permite que se produzca el tránsito de una representación voluntaria a una representatividad de intereses<sup>10</sup>.

En nuestro ordenamiento, representaciones electivas y sindicales no comparten sino que ostentan simultáneamente la titularidad del derecho, ofreciendo el modelo legal un doble cauce alternativo, pero excluyente<sup>11</sup>, sin que la preferencia reconocida por el RD Ley 7/2011<sup>12</sup> haya sido capaz todavía hoy de alterar muchos de los presupuestos configuradores del modelo dual, en parte porque la virtualidad de la reforma parte de una decisión nada neutral, cual es que el modelo español responde a un paradigma no sindicalizado<sup>13</sup>.

Y aunque, ciertamente, la preferencia legal 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 como prueba que la inmensa mayoría de convenios de empresa son negociados por representaciones de base unitaria<sup>15</sup>. En el cuadro que se adjunta, vigente ya el RD Ley 7/2011, se constata que de los convenios de empresa firmados en el año 2012, último período en el que se tienen datos agregados definitivos, sólo en un 22,56% de los convenios suscritos en este ámbito participaron las secciones sindicales, habiendo experimentado un ligero descenso en el año 2013.

---

<sup>10</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 88. BAYLOS GRAU, A., *¿Para qué sirve un sindicato?: Instrucciones de uso*, Libros de la Catarata, Madrid, 2012, p. 35.

<sup>11</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>12</sup> Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, (BOE 11 de junio), de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

<sup>13</sup> LAHERA FORTEZA, J., “Modelos y reformas de la negociación colectiva”, *Papeles de economía española*, vol. 124, 2010, p. 171.

<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.

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

	TOTAL CONVENIOS DE EMPRESA	HANEGOCIADOCOMITÉDEEMPESA 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)

### 3. Los efectos sobre el modelo legal de representación del favor por el ámbito empresarial

La Ley 3/2012<sup>16</sup> dota de un papel central al ámbito empresarial al situar este espacio como centro de gravedad del modelo de negociación colectiva<sup>17</sup>, incorporando, para ello, una regla de enorme transcendencia práctica, cual es que la regulación de 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 las que se refiere el artículo 87.1 ET, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior vigente. La referida regla 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.

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,

<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 ya clásica 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.

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 acción sindical. Sin embargo, esta tesis no es mantenida por el máximo intérprete constitucional<sup>22</sup>; el TC 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)”.

Y aunque todavía es 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. 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, pareciéndonos positivo este comportamiento, pues sólo en aquellas empresas que acrediten una determinada dimensión podremos hablar de una verdadera negociación colectiva que se traduzca en la existencia de una contraparte que actúe en este proceso en interés de los trabajadores<sup>23</sup>.

<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.

<sup>23</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.

Sentado lo anterior, en la medida que el RDL 7/2011 no alteró ninguno de los presupuestos subjetivos que habrán de sujetarse, sin excepción o reserva alguna, a las reglas de legitimación que establece el art. 87.1 ET<sup>24</sup>, la falta de representación 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>25</sup>.

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. Este hecho se confirma con la Estadística de Convenios Colectivos, elaborada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 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>26</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, debiendo sostener esta afirmación en una de las escasas fuentes de información a este respecto, cual es la Encuesta de Calidad de Vida en el Trabajo (ECVT'2010)<sup>27</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.

---

<sup>24</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>25</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 cuasi-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 descuelgue se transfiere al ámbito empresarial, lo que no siempre va a garantizar la existencia de una verdadera negociación 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.

<sup>26</sup> MERCADER UGUINA, J. R., “La empresa como centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva”, cit. p. 442.

<sup>27</sup> Puede consultarse la encuesta en:

<http://www.empleo.gob.es/estadisticas/ecvt/Ecvt2010/ANE/ECVT2010i.htm>

Desde círculos sindicales se muestran más optimistas. Un reciente estudio de la Secretaría de Acción Sindical de CCOO<sup>28</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.

#### 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>29</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>30</sup>. Un informe comunitario eleva el porcentaje referido, cifrando la presencia de representantes de base electiva en un 65% de las empresas españolas<sup>31</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 analizados sugieren una elevada extensión de las instancias representativas de base electiva en las empresas españolas<sup>32</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

<sup>28</sup> DEL CAMPO, A., “Las elecciones sindicales legitiman el sindicato”, *Revista de la Fundación Iº de Mayo*, nº 37, 2012, p. 8.

<sup>29</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>30</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 PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho Sindical*, 1ª, CEF, Madrid, 2013, p. 56, especialmente cuadro 2.

<sup>31</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>32</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)

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. 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>33</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, pudiendo constituir instancias representativas de base unitaria, no se haya procedido a su elección.

Pero como quiera que en nuestro ordenamiento la promoción de elecciones en el ámbito laboral, a diferencia de lo que ocurre con las elecciones políticas, no es obligatoria ya que todas las previsiones normativas al respecto aluden a la posibilidad de promoverlas, pero nunca a su necesidad, es perfectamente posible que no exista representación unitaria; carencia que, al tiempo, impide que las instancias sindicales presentes en la empresa puedan asumir funciones de representación de alcance general.

#### 4. La negociación colectiva en empresas sin representación: posibles alternativas

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>34</sup>).

Ante el silencio legal, en la presente comunicación nos 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*

<sup>33</sup> EUROFOUND, *Employee representation at establishment level in Europe. European Company Survey 2009*, cit., p. 2.

<sup>34</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.



*hoc*, el sindicato, etc.)<sup>35</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>36</sup>.

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

Pues bien, 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 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>37</sup> aunque, a nuestro juicio, su traslación a la negociación colectiva empresarial plantea una notable complejidad.

Aún así, 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>38</sup>.

De prosperar esta propuesta, esto es, si se optase por reconocer legitimación a las organizaciones sindicales y, por tanto, se permitiese que las mismas pudiesen negociar

<sup>35</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>36</sup> ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Vicisitudes del contrato de trabajo en las pequeñas empresas*, Universidad de Cádiz. Tesis doctoral, Cádiz, 2006, p. 407.

<sup>37</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.

<sup>38</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.

en empresas en las que no hubiesen elegidos representantes unitarios, tendría que preverse:

De un lado, 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.

De otro, 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.

Y 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, reproduciendo la solución francesa que analizaremos en el siguiente epígrafe o quizá tomando como marco de referencia el listado material que prevé el vigente art. 84.2 ET.

Y, en todo caso, la propuesta aquí defendida tendría que ser 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 implica que la determinación de los “representantes de los trabajadores”, es decir, los sujetos legitimados para la negociación colectiva cuyo efecto vinculante se garantiza en el art. 37.1 CE compete únicamente a la Ley en sentido formal, que deberá respetar el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y a 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, o, al menos, esta es la conclusión que se obtiene 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>39</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.

##### 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>40</sup>, pues en una

<sup>39</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.

<sup>40</sup> El Tribunal de Casación (Cass. Soc. 25.1.1995) admitió que las empresas que no cumplieran 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

decisión no exenta de polémica, pero que obtuvo 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>41</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>42</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>43</sup> (o trabajador designado) que actúa, a los exclusivos efectos negociales, como sujeto legitimado<sup>44</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.
- 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>45</sup>.

---

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>41</sup> CASAS BAAMONDE, M. E., “Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas”, *Relaciones Laborales*, vol. 1, 1997, p. 96.

<sup>42</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>43</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 n° 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>44</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 ».

<sup>45</sup> NERON, S., “La rénovation de la démocratie sociale: 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.

- 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 *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 designar después a uno o varios delegados sindicales que serían los legitimados para negociar un convenio. Como se podrá intuir, los empresarios franceses se mostraron renuentes a esta posibilidad, 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 ciertamente la 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>46</sup>.

Debemos concluir insistiendo en que estas emergentes unidades presentan, a nuestro juicio, dos ventajas evidentes:

En primer lugar, porque con su constitución se trata de evitar la pérdida de derechos que pueden derivarse de la subcontratación pero, al tiempo, dotan a las empresas de un amplio margen de flexibilidad<sup>47</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>48</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 geográficas u organizativas, muchas de ellas con un evidente déficit representativo.

## 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, debiera tener como efecto derivado la revalorización de la presencia de representantes legales, tanto de base unitaria como sindical, habida cuenta que las sucesivas reformas han mantenido

<sup>46</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>47</sup> CASAS BAAMONDE, M. E., “Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas”, cit., p. 99.

<sup>48</sup> FERRERO REGUEIRO, C., “La unidad económica y social: una institución ambivalente de Derecho francés con predicamento en el Derecho español”, cit., p. 1961.

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. Ahora bien, los datos conocidos, vigente ya el RDL 7/2011, nos permiten afirmar que los órganos unitarios siguen asumiendo la negociación en el ámbito empresarial de forma preponderante: el Ministerio de Empleo señala que en un 95,34% de los convenios de empresa firmados en el año 2013 han negociado comités o delegados.

Este comportamiento evidencia que los sindicatos no son capaces de capitalizar la negociación en el ámbito empresarial a pesar de la preferencia legal referida y, aún así, no creemos que esta atribución dual sea la principal disfunción de nuestro modelo legal sino que la más relevante obedece al silencio del legislador ante la ausencia de representaciones estables sin que se pueda valorar siquiera el recurso a las comisiones *ad hoc*.

Esta anomia nos insta a concluir esta comunicación 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, pues que la representatividad se vincule al número de representantes contamina hasta tal punto el modelo vigente que no parece probable que los sindicatos quieran alterar este sistema de cómputo, máxime cuando los mismos 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, postergando la petición de reformas que viabilicen la elección de representantes legales en centros de trabajo de menos de seis trabajadores, que gocen de toda la protección y garantías que ofrece el ordenamiento, máxime cuando esta presencia es una exigencia inequívoca en el desarrollo de modelos de flexibilidad negociada en el ámbito empresarial.

Y, aun así, ya hemos sostenido<sup>49</sup> que si se abogase 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, siendo uno de los primeros exponentes del debate que necesariamente se ha de efectuar la comunicación aquí presentada. Pero es que, además, de no hacerlo, se hurtará a todos 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>49</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”, 2015, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, p. 445.