

REPRESENTACIÓN EXTRAESTADUTARIA, PARTICIPACIÓN DIRECTA Y POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA COMISIÓN *AD HOC* NO SINDICALIZADA

M.^a Inmaculada Benavente Torres

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

EXTRACTO

Tras descartar la capacidad negociadora tanto de los trabajadores directamente como del representante extraestatutario, el estudio defiende la inconstitucionalidad de la inaplicación del convenio y acuerdo colectivo por acuerdo con la comisión *ad hoc* no sindicalizada y pone en cuestión que esta sea en todo caso un sujeto colectivo.

Palabras claves: representantes de los trabajadores, comisiones *ad hoc*, libertad sindical, negociación colectiva e inaplicación de convenio colectivo.

Fecha de entrada: 16-12-2014 / Fecha de aceptación: 10-03-2015

EXTRASTATUTORY REPRESENTATION, DIRECT PARTICIPATION AND POSSIBLE UNCONSTITUTIONALITY OF THE *AD HOC* COMMISSION NON UNIONISED

M.^a Inmaculada Benavente Torres

ABSTRACT

After discarding the negotiating capacity of the workers directly as the extrastatutory representative, the study defends the unconstitutionality of the non-application of the convention and collective agreement by agreement with the *ad hoc* commission non unionised, and puts in question that this is in any case a collective subject.

Keywords: representatives of workers, *ad hoc* commissions, freedom of association, collective bargaining and non-application of collective agreement.

Sumario

1. Representantes extraestatutarios: Su incapacidad negociadora
2. Los escasos instrumentos legítimos de participación directa
3. Sujeto, interés y poder colectivo como base inexcusable de la representación: Cuestionamiento de la legitimidad de la comisión *ad hoc* no sindicalizada
4. La comisión *ad hoc* interna no sindicalizada y afectación del artículo 28.1 de la Constitución Española, en particular la inaplicación del convenio

1. REPRESENTANTES EXTRAESTATUTARIOS: SU INCAPACIDAD NEGOCIADORA

Las comisiones *ad hoc* de los periodos de consulta/negociación han venido a ocultar parte del debate sobre la posibilidad o no de negociación colectiva por sujetos distintos de los previstos en el artículo 87 del [Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#)¹. Aquellas resuelven concretamente a partir del [Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, el problema de la ausencia de interlocución sindical o unitaria hábil para la representación de los centros de trabajo afectados por las medidas colectivas de flexibilidad de los artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 del [ET](#)², a través de la creación de otra vía legal de representación con expresa atribución de capacidad negociadora. Desde luego, la pérdida de interés no deriva exclusivamente de aquellas, sino de la conjunción de la facilitación del descuelgue del convenio a través de una causalización débil, la introducción de un arbitraje obligatorio con el [Real Decreto-Ley 3/2012](#), y un listado de materias susceptibles de afectación más amplio y generoso que el previsto para la preferencia aplicativa del convenio de empresa en el artículo 84 del [ET](#).

Sin embargo, aún queda pendiente la cuestión de fondo que subyace en las posibilidades de la negociación asamblearia directa o indirecta a través de designación de representante extraestatutario, y que alcanza tanto a los convenios colectivos, como a la posibilidad de otros acuerdos colectivos distintos de aquellos, como, en última instancia, a la suplencia de las referidas comisiones *ad hoc*. No en vano y buceando en aguas más profundas, cabría plantearse si estas comisiones no son sino la legitimación de una mala práctica, quizá inconstitucional.

Durante años, nuestros Tribunales han venido sosteniendo posturas discrepantes. Así, algún pronunciamiento judicial atribuyó naturaleza estatutaria a dichos convenios negociados directa-

¹ Véase, al respecto: GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «La negociación colectiva en empresas sin representantes legales de los trabajadores, en especial tras la reciente reforma del mercado de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 70, 1995, págs. 228 y ss.

² Las comisiones *ad hoc* se introducen a través de dicho [real decreto-ley](#) como medida facilitadora de la flexibilidad interna en los artículos 40, 41 y 82.3 del [ET](#). En su posterior conversión en [Ley 35/2010](#) se extienden dichas comisiones a las consultas de los artículos 51, 49.1 g) –extinción de la personalidad jurídica del contratante– y 47 del [ET](#), este último por remisión a aquel y sea cual sea el número de trabajadores afectados y plantilla de la empresa. Con el [Real Decreto-Ley 3/2012](#), se extiende la aplicación del artículo 51 del [ET](#) al sector público (disp. adic. 20.ª [ET](#)) y más limitadamente el artículo 47 del [ET](#) (disp. adic. 21.ª [ET](#)) y, con ellos, las comisiones *ad hoc* (*vid.* MONEREO PÉREZ, J. L.: «El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012», *Temas Laborales*, núm. 115/2012, págs. 331 y 332).

mente por la mayoría de los trabajadores y, por tanto, carácter normativo y eficacia general³. Sus argumentos eran desde luego muy atractivos, la democracia directa lo es, pero a la postre harían cuestionar el valor mismo del sistema de representación, garante de un poder colectivo distinto del de la sumatoria de sus componentes y como tal merecedor de tutela y facultades instrumentales, y desde luego estarían al margen de nuestra Constitución y del Ordenamiento Laboral que establecen un sistema de negociación colectiva marcadamente institucional.

La mayoría de los pronunciamientos judiciales que abordaron la negociación colectiva por representantes extraestatutarios o mediante participación directa de los trabajadores negaron en buena lógica su carácter de convenio estatutario por estar este reservado al negociado por los sujetos del artículo 87.1 del ET. No obstante, un buen número de pronunciamientos admitieron su legitimidad como convenios extraestatutarios⁴, derivados directamente del artículo 37.1 de la Constitución Española (CE), y en consideración a la doctrina del Tribunal Constitucional más que conocida conforme a la cual el ET no agota el contenido de dicho precepto. De alguna manera, en estas sentencias el interés se centró en el descarte de su naturaleza de convenio estatutario y, por consiguiente, de eficacia general. Latía, en cambio, una cierta indiferencia respecto de su calificación como convenio colectivo en detrimento de su distinción conceptual como negociación plural; quizá se partía de su relativa intrascendencia práctica pues su eficacia subjetiva se limitaría por su calificación de extraestatutario a los propios negociadores.

Una tercera línea judicial negó el carácter de convenio, es decir, de producto de naturaleza colectiva, para identificar como negociación plúrima a aquel negociado por los trabajadores directamente. Carecería, por tanto, del amparo del artículo 37.1 de la CE por exigirse que esté negociado por los «representantes de los trabajadores» entendidos estos como representación legalmente establecida⁵.

Por su parte, el Tribunal Supremo con la Sentencia de 30 de octubre de 2007⁶ mantuvo en cierto modo el debate abierto pues aun cuando negó a la asamblea de trabajadores el carácter de canal de representación y afirmó la exclusividad de la legitimación de la representación unitaria

³ STSJ de Aragón de 26 de enero de 1994, rec. núm. 929/1993, respecto de pacto suscrito por seis trabajadores de los ocho que tiene la empresa: «... No es válido admitir, por su interpretación "ad absurdum", la restrictiva interpretación de supervaloración del representante, anulando la legal acción de los representados, pues con tal "modus operandi", la acción directa se satisface óptimamente por la autenticidad en la emisión de voluntades...».

⁴ Es convenio extraestatutario y nulo como estatutario, el negociado entre el empresario y todos los trabajadores de su plantilla por carecer estos de legitimidad conforme al artículo 87.1 del ET: SSTCT de 19 de junio de 1987 y 9 de mayo de 1989 –suscrito con el único trabajador de la empresa–; SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 7 de diciembre 1999, rec. núm. 3719/1999, y 23 de mayo de 2000, rec. núm. 2999/1999 –empresa de seis y cinco trabajadores, respectivamente, que negocia con todos ellos–.

⁵ STSJ de Andalucía/Granada de 22 de septiembre de 1992, rec. núm. 1706/1992. En esta línea, también, la STSJ de Murcia de 3 de junio de 1992, rec. núm. 825/1991.

⁶ Rec. núm. 3179/2005. Reitera doctrina en Sentencia de 21 de febrero de 2012, rec. núm. 45/2011.

y sindical para negociar convenios colectivos estatutarios, manifestó *obiter dicta* su duda sobre si podía acordar con carácter vinculante «la conclusión de convenios colectivos extraestatutarios». Repárese, no obstante, que el planteamiento del Tribunal al respecto no es en sí la posibilidad de negociación sino la de acordar su conclusión, lo que puede ser interpretado más como un –desde luego dudoso, en particular si se trata de negociación por secciones sindicales– condicionante de ratificación, es decir, de eficacia del acuerdo negociado por los sujetos hábiles para la negociación de aquel y no como capacidad negociadora directa de la asamblea. Con posterioridad parece que el debate judicial se salda a favor de esta última opción, asumida en unificación de doctrina por el Tribunal Supremo en su [Sentencia de 20 de febrero de 2008](#)⁷ respecto de un supuesto de negociación directa con la totalidad de la plantilla.

El Tribunal Supremo niega que en tal caso nos encontremos ante un convenio colectivo extraestatutario puesto que este «presupone un acuerdo plural entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, no ajustado a las exigencias del título III del Estatuto de los Trabajadores, sino acogido genéricamente al artículo 37 de la Constitución». Por consiguiente, cabe distinguir según el Alto Tribunal entre convenios colectivos estatutarios, extraestatutarios y plurales; el convenio extraestatutario sería colectivo, aun cuando lo designa como plural atendiendo a su eficacia limitada, y negociado por los «representantes de los trabajadores» a quienes atribuye el artículo 37.1 de la [CE](#) el derecho a negociar. En cuanto a quiénes son esos representantes del artículo 37.1 de la [CE](#), puede decirse que ensaya una auténtica definición de quienes sean tales: evidentemente la negociación colectiva, también la extraestatutaria, solo puede realizarse por un sujeto colectivo, que además goce de legitimación para lograr un acuerdo de carácter colectivo por ser portador de la representación sindical o legal de los trabajadores en cuyo ámbito despliegue la eficacia el convenio. En consonancia con tal doctrina, puede citarse también la previamente declarada imposibilidad de realizar las consultas y consiguiente acuerdo ni aun con representante designado por los trabajadores a tal efecto en los procedimientos de los artículos 40, 41, 47 y 51⁸. Y también, por similares razones así como por las vinculadas al respeto de la libertad sindical y eficacia vinculante del convenio (arts. 28.1 y 37.1 [CE](#)), es evidente la imposibilidad de alteración o descuelgue del convenio colectivo y negociación de nuevas condiciones mediante la concertación de pactos individuales en masa⁹ y ni tan siquiera mediando designación de representantes *ad hoc* hasta la reforma de 2010¹⁰.

⁷ Rec. núm. 4103/2006.

⁸ STS (Contencioso-Administrativo) de 22 de abril de 1989 [Roj: STS 2605/1989 - ECLI:ES:TS:1989:2605] –suspensión de los contratos de trabajo–. Por el contrario, en esta línea, se tienen que celebrar las consultas con todos los trabajadores y no puede ser aprobado el acuerdo por mayoría: SSTS (Contencioso-Administrativo) de 24 de septiembre de 1986 (Roj: STS 13839/1986 - ECLI:ES:TS:1986:13839) y 21 de septiembre de 1995, rec. núm. 994/1992.

⁹ Como recuerda la [SAN núm 104/2011, de 1 de julio de 2011](#), la doctrina constitucional, por todas [SSTC 92/1992, de 11 de junio](#), [105/1992, de 1 de julio](#); [208/1993, de 28 de junio](#) y [225/2001, de 26 de noviembre](#), que no se puede utilizar masivamente negociaciones individuales para modificar condiciones colectivas de trabajo.

¹⁰ Por todas: SSTSJ de Galicia 26 de febrero de 2004, rec. núm. 2889/2001 y de [Canarias/Las Palmas de 29 de mayo de 2008](#), rec. núm. 846/2006. En contra: SSTSJ del País Vasco de 12 de mayo de 2009, rec. núm. 547/2009 y 9 de junio de 2009, rec. núm. 683/2009. Claro está, el convenio puede prever la intervención directa de los trabajadores

Finalmente, es obvio que tendremos que indagar sobre lo que interpreta el Tribunal Constitucional por «representantes de los trabajadores» del artículo 37.1 de la CE. La doctrina del Tribunal Constitucional relativa al convenio extraestatutario necesariamente vino limitada al conocimiento de la vulneración del derecho de libertad sindical [arts. 53.2, 161.1 b) CE y 41 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), referida por consiguiente en exclusividad al sindicato y fundada sobre el contenido esencial de dicho derecho y la capacidad genérica de representación de aquel (arts. 7 y 28.1 CE)¹¹. Por consiguiente, ya de entrada queda descartado que esta sea extensible a cualesquiera otros sujetos colectivos¹². Es más, pretender a través de esta vía una equiparación entre el sindicato y la intervención directa de los trabajadores, la asamblea, o la designación de representante mediante esta, no solo no tiene fundamento constitucional, sino que contraviene directamente el modelo por ella establecido interpretados sus preceptos sistemáticamente, y que consagra al sindicato como el único sujeto colectivo laboral de relevancia constitucional, investido por la propia constitución de una capacidad representativa de carácter institucional garantizada al máximo nivel, y como demuestra la propia doctrina constitucional sobre convenios extraestatutarios, verdadero y principal, con escasas excepciones, destinatario constitucional del derecho a la negociación colectiva¹³. Es cierto que el artículo 37.1 de la CE no limita la negociación colectiva al sindicato, pero la indefinición constitucional de qué sean «representantes de los trabajadores», una vez salvaguardada la del sindicato (arts. 28.1 y 7 CE), no supone una garantía directa de negociación colectiva a cualesquiera de los representantes electos. Por el contrario, por la misma dicción del precepto «La Ley garantizará...» y hasta por la misma necesidad de definición de quién sea representante con capacidad de contratación colectiva, es a la ley a la que corresponde la regulación de esa atribución (art. 53.1 CE)¹⁴. Es

si no existe representación: SSTSJ de Galicia de 9 de julio de 1998, rec. núm. 2137/1998 y de Cataluña Sentencia núm. 15/2008, de 17 de septiembre.

- ¹¹ Por todas: SSTC 70/1982, de 29 de noviembre –doctrina general y en particular sobre legitimación para promover conflicto colectivo–; 57/1989, de 16 de marzo; 73/1984, de 27 de junio; 98/1985, de 29 de julio; 108/1989, de 8 de junio y 224/2000, de 2 de octubre. Límites del recurso de amparo que excluyen también el conocimiento de la vulneración del derecho a la negociación colectiva de la representación unitaria (por todas: STC 118/1983, de 3 de diciembre. Reitera doctrina, por ejemplo: STC 134/1994, de 9 de mayo). Como también impiden al Tribunal Constitucional examinar la pretensión de vulneración de un sindicato excluido de la negociación entre Administración y colegios profesionales, aun en el supuesto hipotético de que pudiese integrarse –que expresamente obvia hacerlo– en el artículo 37.1 de la CE (STC 51/1984, de 25 de abril). Véase, también ampliamente: CRUZ VILLALÓN, J.: «La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8 (2004), págs. 137-180, y más concretamente, por ejemplo, pág. 160; MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73, págs. 274 a 281.
- ¹² RUIZ CASTILLO, M.ª M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. [2013]: *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, Albacete: Bomarzo, págs. 41 y 42.
- ¹³ Vid. TOMÁS JIMÉNEZ, N. [2013]: *Los sujetos del convenio colectivo. Partes negociadoras*, Granada: Comares, págs. 51 a 59, 169, 343 y 344.
- ¹⁴ STC 118/1983, de 3 de diciembre. Lo que supone que ni tan siquiera la representación unitaria tenga garantía constitucional a la negociación colectiva, sino que el legislador estatutario puede restringirla a la sindical si se basa en

más, la representación unitaria ostenta competencias negociadoras porque así se lo ha atribuido la ley, pues carentes de reconocimiento constitucional, sus competencias no serán otras que las que la ley les atribuya¹⁵. Y ni tan siquiera en su desarrollo legal el legislador podría o debería prescindir libre, incondicionalmente, de esa prevalencia sindical negociadora, pues así lo impone la Constitución¹⁶ y los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). No en vano sectores doctrinales han ido más lejos, poniendo en cuestión la adecuación a los Convenios de la OIT n.ºs 135 –al que se remite el convenio n.º 158– y 154 y Recomendaciones de la OIT n.ºs 91 y 143¹⁷, del predominio de la representación unitaria sobre la sindical sostenida por la norma infraconstitucional respecto del grueso de la acción sindical en la empresa¹⁸. Sobre esto nos extenderemos en el epígrafe 4.

En mi opinión, la trampa de la defensa de la democracia directa y de la equiparación de un representante extraestatutario al sindicato o al representante estatutario, por lo demás predicados normalmente en la pequeña empresa, no está en que un sistema sea mejor o peor que el otro, sino en que tienen como trasfondo la individualización de las relaciones laborales, el cuestionamiento de la legitimidad del sindicato o, más ampliamente, del representante de los trabajadores como si de un extraño se tratase, un marco excelente susceptible de presión y de utilización contraria a la libertad sindical, una alternativa bastante más cómoda para el empresario que la representación unitaria y la sindical, que satisface –sin embargo– plenamente sus requerimientos, y una carga de profundidad ideológica en los cimientos del sindicato como movimiento de solidaridad.

criterios objetivos, razonables y proporcionados (TOMÁS JIMÉNEZ, N.: *Los sujetos del convenio colectivo. Partes negociadoras*, cit, págs. 53 y 54).

¹⁵ En este sentido, por ejemplo, respecto de la adopción de medidas de conflicto colectivo por el sindicato, deriva de la Constitución, en tanto la representación unitaria la tiene por atribución legal: STC 37/1983, de 11 de mayo; en similar sentido, previamente: STC 70/1982, de 29 de noviembre. En este sentido: DURÁN LÓPEZ, F. [1992]: *Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, págs. 141 y 142. Y en cuanto a la exigencia de litisconsorcio activo de los comités de empresa frente a la mayor facilidad de interposición del conflicto por el sindicato con implantación, también se ha afirmado que: «La preeminencia que tal planteamiento otorga a los Sindicatos no puede considerarse como irrazonable si se tiene en cuenta el distinto origen y carácter de la representación de estos frente a la ostentada por los Comités» (STC 74/1983, de 30 de julio).

¹⁶ RUIZ CASTILLO, M.ª M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., cit., pág. 44.

¹⁷ Artículo 5 del [Convenio OIT n.º 135](#), relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa; artículo 4 de la [Recomendación OIT n.º 143](#), sobre representantes de los trabajadores; artículo 3.2 del [Convenio OIT n.º 154](#), sobre la negociación colectiva, y la [Recomendación OIT n.º 91](#), sobre contratos colectivos. Por su parte, el artículo 13.3 del [Convenio n.º 158](#), sobre la terminación de la relación de trabajo, identifica como interlocutores de las consultas a los representantes de los trabajadores interesados reconocidos como tales por el [Convenio n.º 135](#).

¹⁸ OJEDA AVILÉS, A.: «La representación unitaria: el "faux ami"», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, págs. 347 a 358.

2. LOS ESCASOS INSTRUMENTOS LEGÍTIMOS DE PARTICIPACIÓN DIRECTA

Lo expuesto en el apartado precedente no niega que existan supuestos de participación directa de los trabajadores o asimilable a ella, pero son muy escasos. Quizá el caso más destacable sea el de la huelga. Cuando hablo de participación directa en la huelga no me estoy refiriendo obviamente a la titularidad y ejercicio individual del derecho, sino al ejercicio y titularidad de esas facultades colectivas que conlleva la huelga y, muy en particular, a la de convocatoria por parte de los trabajadores decidida mediante referéndum por mayoría simple¹⁹, y a la decisión de darla por terminada. Pero en este, como en el resto de los casos, está previsto un órgano de representación de los convocantes creado *ad hoc*, cual es el comité de huelga, compuesto por trabajadores y designados por aquellos entre los afectados por el conflicto. De manera similar a las comisiones *ad hoc* de los periodos de consulta/negociación, los participantes de dicho órgano no tienen por qué reunir la condición previa de representante, ya unitario, ya sindical. Y dicho órgano, sea cual sea su composición, tiene atribuida la competencia de negociación para la salida del conflicto. Sus acuerdos tendrán eficacia de convenio colectivo (art. 8.2 RDLRT), en este caso necesariamente extraestatutario, habida cuenta de que, entre otros, no se cumplen los requisitos subjetivos del título III del ET²⁰, pero con vocación de eficacia general dado que si esta está determinada por la representatividad de los negociadores²¹, no puede despreciarse que en estos casos el acuerdo es expresión directa de la voluntad mayoritaria de los trabajadores y de cuyo instrumento es el Comité de Huelga.

Bien, entonces aquí nos encontramos con un claro supuesto, ciertamente legal pero de imperativo constitucional, de sujetos legitimados para la negociación colectiva distintos de los previstos en los artículo 87 y ss. del ET. Desde esta perspectiva, podría resultarnos paradójico que lo que pueden hacer los trabajadores mediante huelga, es decir, obtener productos de negociación colectiva mediante comisiones *ad hoc* designadas y controladas por ellos asambleariamente, dis-

¹⁹ STC 11/1981, de 8 de abril. Al respecto, véase: MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: «La titularidad del derecho de huelga. Los sujetos titulares en el plano individual y en el plano colectivo», *Revista de Estudios Económicos*, núms. 2 y 3, págs. 81 y 82.

²⁰ Por todos: RENTERO JOVER, J. [2002]: *El Comité de huelga en el derecho español del trabajo*, Madrid: CES, págs. 202 a 206; SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M. [2002]: *Los acuerdos de fin de huelga*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 102 y ss., 204 y 295 a 306. En esta línea: SSTS de 2 de noviembre de 1999, rec. núm. 4786/1998, 9 de marzo de 1998, rec. núm. 2061/1997 y 28 de junio de 1994, rec. núm. 2847/1993. Y entre otras muchas: SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 12 de julio de 2011, rec. núm. 4018/2010 y 21 de octubre de 2010, rec. núm. 2507/2010; SSTSJ de Cantabria de 30 de septiembre de 2010, rec. núm. 871/2010 y 25 de mayo de 2010, rec. núm. 392/2010. No obstante, le confiere eficacia normativa, por ejemplo, la STSJ de Galicia de 15 de abril de 2011, rec. núm. 3132/2007.

²¹ Puesto que la eficacia personal, si general o limitada, se hará depender directamente de la representatividad de los sujetos firmantes (por todos: SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M., cit., págs. 302 a 306. Así, por ejemplo, tiene eficacia general en acuerdo realizado por el Comité de Empresa: SSTSJ de Canarias/Las Palmas de 31 de marzo de 2006, rec. núm. 1128/2005 y 20 de julio de 2004, rec. núm. 1491/2001. Y es de aplicación a empresas y asociaciones no firmantes, dada la representatividad de los negociadores y su equiparación al convenio colectivo de eficacia normativa: STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de octubre de 2005, rec. núm. 944/2005.

tintas e incluso potencialmente coexistentes a la representación del personal, no puedan hacerlo de ninguna manera, ni aun faltando dicha representación, para negociar un convenio extraestatutario o un acuerdo de empresa. Desde luego, la justificación jurídica inmediata se encuentra en el hecho mismo de que el [real decreto-ley sobre relaciones de trabajo](#) les atribuye dicha legitimación y consiguientes efectos. En definitiva, es negociación entre representantes de los trabajadores en conflicto, cuyas facultades de representación colectiva e institucional son atribuidas *ex lege*²². Pero si efectivamente dichas facultades no les son propias sino que les son delegadas por sus mandantes asamblearios y nunca abandonadas por estos so pena de violación del artículo 28.2 de la [CE](#)²³, realmente lo que subyace a nivel jurídico es la titularidad individual del derecho impuesta por el artículo 28.2 de la [CE](#) y, a nivel material, el reconocimiento de la realidad de un poder colectivo que en el *summum* de la expresión del conflicto se resiste a otros imperativos de racionalización jurídica o política que no sean los de su propio poder soberano. Y es que, los acuerdos de fin de huelga, aún enmarcados en el artículo 37.1 de la [CE](#), constituyen una exigencia del artículo 28.2 de la [CE](#) puesto que no podría negarse dicha capacidad de negociación una vez que la conformación constitucional del derecho ampara las huelgas no sindicales²⁴. La asamblea de trabajadores no es un órgano de representación²⁵ si bien, en lo que ahora interesa, es el medio de expresión directa de la voluntad de los trabajadores. Pero salvado este caso, máxima expresión de la solidaridad social, sus facultades negociadoras como sujeto colectivo son prácticamente nulas en tanto a nivel teórico, y una vez que se opta por la exclusividad del sistema representativo, carece de un carácter subjetivo autónomo de sus singulares componentes que le conviertan en portador de un interés colectivo ni aun *ad hoc* y ni tan siquiera, según hemos visto, mediando designación de portavoz.

²² SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M., cit., pág. 279.

²³ SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M., cit., págs. 181 y ss., muy en especial, págs. 191 a 194, 197, 202 y 203; BAUTISTA VIVERO SERRANO, J. [2007]: *La terminación de la huelga*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 40. En similar sentido, si bien le reconoce un funcionamiento autónomo: RENTERO JOVER, J. [2002]: *El Comité de Huelga en el Derecho Español del Trabajo*, Madrid: CES, págs. 72 y 73. Por nuestros Tribunales: STS de 21 de diciembre de 1982. Y con muchas cautelas, pues la sentencia necesita una enorme criba habida cuenta de que es anterior a la [STC 11/1981](#) y no asume sus consideraciones, no deja de tener valor: STS de 25 de febrero de 1981, sent. núm. 562/1981. Quizá ese poder fáctico justifique decisiones de dudosa técnica que, por ejemplo, afirman el carácter normativo y *erga omnes* de un acuerdo de fin de huelga en que la representatividad sectorial del Comité de Huelga podría haberse cuestionado por transfugismo sindical: STSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 17 de octubre de 2005, rec. núm. 970/2004. Y quizá por ello, tratando de encontrar una lógica, también cabe apreciar mayor generosidad en el valor atribuido al compromiso de referéndum como condición de eficacia del acuerdo de fin de huelga [*vid. STS de 9 de febrero de 2010*, rec. núm. 19/2009 –no obstante y aun cuando hipotéticamente lo extiende a ambos bandos, la falta de ratificación es de las empresas, no de los trabajadores–], que respecto del convenio colectivo o acuerdo de reestructuración empresarial [*vid. STS de 30 de octubre de 2007*, rec. núm. 3179/2005].

²⁴ Conforme a la [STC 11/1981](#) antes citada. En este sentido, por ejemplo: MONEREO PÉREZ, J. L.: «La titularidad del derecho de huelga y sus manifestaciones anómalas, ilegales o abusivas. Propuestas de reforma», monográfico dedicado a «La regulación del derecho de huelga en España», *Revista de Estudios Económicos*, núms. 2 y 3, págs. 175, 178 a 181. Véase: SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M., cit., págs. 111 y ss.

²⁵ SSTS de [30 de octubre de 2007](#), rec. núm. 3179/2005 y [21 de febrero de 2012](#), rec. núm. 45/2011. Véase: ESCRIBANO GUTIERREZ, J.: «Eficacia de los acuerdos adoptados en asamblea de trabajadores y negociación colectiva», *Temas Laborales*, núm. 103, 2010, págs. 197 y ss.

Pese a todo, la problemática sobre la negociación directa de los trabajadores o a través de representaciones extraestatutarias no queda completamente cerrada puesto que, difícilmente, puede limitarse el carácter de sujeto colectivo a las representaciones reguladas en el ET. Así, dicha teoría no parece encajar del todo con el hecho comúnmente aceptado, que la minoría del Comité de Empresa puede negociar un convenio colectivo extraestatutario²⁶. Téngase en cuenta que técnicamente el órgano de representación es el Comité, no sus miembros, y aquel decide por mayoría absoluta (art. 65.1 ET), luego, siguiendo la tesis anteriormente expuesta, sería cuestionable dicha calificación. De hecho, así lo asume el Tribunal Supremo en su [Sentencia de 12 de diciembre de 2006](#)²⁷ al conferirle a tal pacto o convenio «dimensión colectiva», no por el hecho de estar negociado por una minoría del Comité de Empresa, pues «... fuera de esa actuación reglada, los citados representantes unitarios ninguna voluntad representaban más que la propia», sino por haberse adherido al mismo una parte importante de la plantilla, con lo que «el tratamiento que a nivel de consecuencias hayamos de darle ha de ser el mismo que corresponde a todo convenio que ab initio revista cualidad colectiva extraestatutaria».

No obstante, aun siendo tan solo miembros del auténtico órgano de representación, no puede cuestionarse su carácter de representantes electos ni su independencia, salvo posible afección, en tantos casos, del derecho de libertad sindical. Algo similar sucede, aun manteniéndonos dentro –de los límites inciertos– del modelo legal de representación, en el caso del representante designado en elecciones sindicales con resultados no registrados, en tanto su carácter de representante surge con su elección y la oponibilidad de sus garantías con el conocimiento de su designación, siempre y cuando esta haya sido democrática²⁸.

²⁶ STSJ de Galicia de 26 de noviembre de 2010, rec. núm. 2402/2010. En esta línea, respecto de acuerdo en consultas del artículo 41 del ET, aprobado por minoría del Comité de Empresa: STSJ de Galicia de 28 de febrero de 1994, rec. núm. 237/1994. Pasa por alto la cuestión por cuanto junto a los representantes unitarios minoritarios negoció el convenio extraestatutario un sindicato con implantación en la empresa: [SAN 215/2013 de 27 de noviembre](#).

²⁷ Rec. núm. 21/2006.

²⁸ A efectos de garantías frente al despido de representante con resultado electoral no registrado: STSJ de Murcia de 9 de octubre de 1996, sent. núm. 966/1996. Otra cosa es el caso en que las elecciones sean fraudulentas ([STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de junio de 2003](#), rec. núm. 1783/2002) o que no se estime probada su designación (STS de 19 de abril de 1983). Tampoco se podrán reclamar tales garantías cuando no se hayan seguido los trámites de publicidad legales respecto de la sustitución por nuevo representante o sencillamente de la elección del mismo, pues no es exigible a la empresa el cumplimiento de tales garantías si, por ejemplo, en el momento del despido desconocía que el trabajador era representante [SSTS de 14 de julio de 1983, 23 de junio de 1983 y 1 de diciembre de 1983]. Pero sí se le reconocerá el derecho de opción una vez que sea conocido su carácter de representante –aun cuando el despido no sea nulo dado que en tal momento se desconocía por la empresa– [STS de 14 de octubre de 1986, Roj: STS 13300/1986 - ECLI:ES:TS:1986:13300]. Ahora bien, conocida su designación, la falta de proclamación oficial del candidato por el organismo correspondiente aun justificada, dará lugar a que no sean computables tales representantes a efectos de medidas de representatividad y negociación colectiva, pero no privará de eficacia al mandato del representante *ad interno* de la empresa por lo que, consiguientemente, gozará de las garantías previstas en el artículo 68 del ET en tanto no sea declarada nula la elección [SSTS de 25 de mayo de 1984 y [23 de mayo de 1990](#)]. Por consiguiente, no es representante de los trabajadores ni le corresponderán sus garantías, al elegido en asamblea sin cumplimiento de las previsiones legales: ni remisión de actas, ni convocatoria previa de elecciones, ni proclamación de candidatos y sin respeto de las previsiones sobre voto libre y secreto (*vid.* STS 25 de abril de 1983).

Ello no quiere decir que no existan vías directas de participación de los trabajadores, algunas de ellas previstas en la propia legislación laboral. Así, el problema de la ausencia de representación en la adopción de medidas con transcendencia colectiva es novedosamente abordado a partir de la [Ley 12/2001](#) en el [ET](#) por primera vez en el artículo 44.7 del [ET](#)²⁹, respecto de los deberes de información previa de los representantes de los trabajadores en caso de transmisión de empresa. En dicho caso, la información tendrá que ser remitida a todos y cada uno de los trabajadores, y es muy distinto al supuesto en que se tenga que abrir un periodo de consultas (apdo. 9), en el que el legislador, también en consonancia con la directiva que traspone dicha ley³⁰, se refiere únicamente a los representantes legales de los trabajadores, como asimismo en el informe previo que procede en los casos del artículo 64.5 d) del [ET](#). A la luz de una interpretación literal y sistemática del precepto, no parece que se trate de un olvido, ni de una laguna legal, sino, por el contrario, de una decisión muy consciente. La obligación de consultas lo es, pues y solo, con los representantes legales (art. 44.9 [ET](#)), salvo que también por remisión –incompleta– de dicho precepto sean de aplicación los especiales de los artículos 40, 41, 47, 51 y 83 del [ET](#)³¹. Repárese en que tras la reformas del 2010 a 2012, en ningún momento se ha extendido la regla subsidiaria del artículo 41.4 del [ET](#) en el referido 44.9 del [ET](#), y que por tanto solo será aplicable cuando de medidas colectivas se trate y estén además enmarcadas en los referidos artículos 40, 41, 47, 51 y 83 del [ET](#).

Es cierto, no obstante, que en el artículo 44.7 del [ET](#) se va más allá de lo previsto en la directiva en lo que se refiere a los sujetos de la información, pues no limita la obligación de información directa a los afectados a los supuestos en que no exista representación por causas ajenas a la voluntad de los trabajadores, extendiéndolo también a los casos en que aun siendo posible no cuenten con dicha representación (*vid.* art. 7.6 [Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo](#))³².

Técnicamente distinta de la sucesión de empresas es el caso de la compra, aun mayoritaria, de las acciones de una sociedad. No obstante, también en este caso el Ordenamiento Jurídico atiende a los intereses de los trabajadores, en su dimensión de derechos de información y consulta. No en vano, habitualmente dichas operaciones dan lugar posteriormente a cambios trascendentes en el

²⁹ Conforme a la redacción del artículo 44 del [ET](#) dada por el artículo 2.2 de la [Ley 12/2001](#), con objeto, según se reconoce en la Exposición de Motivos, de reforzar las garantías en los supuestos de subcontratación y de sucesión de empresa –junto a los de subcontratación– a través de una mejora de los instrumentos de información y consulta de los trabajadores y sus representantes, que permita dotar a estas situaciones laborales de la debida transparencia y seguridad jurídica.

³⁰ Se procede a incorporar al ordenamiento interno el contenido de la [Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio](#), por la que se modifica la [Directiva 77/187/CEE](#), sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

³¹ DEL REY GUANTER, S.; MARTÍNEZ FONS, D. y SERRANO OLIVARES, R.: «El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, pág. 277.

³² MARÍN CORREA, J. M.^a: «La sucesión de empresas: Reflexiones a la luz de la [Directiva CE 2001/23](#)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, pág. 93.

empleo y condiciones de trabajo de las sociedades implicadas, e incluso a auténticas sucesiones de empresa con motivo de una ulterior fusión. La Directiva 2004/25/CE, de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición, incide nuevamente de manera tangencial en los derechos de información de los trabajadores cuando no exista representación. Traspuesta parcialmente por la Ley 6/2007, de 12 de abril³³, en su artículo 8 modifica el artículo 60.5 o) de la Ley del Mercado de Valores, atribuye los correspondientes derechos de información sobre la oferta pública «a los propios trabajadores» de la sociedad afectada y del adquirente, en defecto de su representación³⁴, claro está, sin perjuicio de lo previsto en la legislación laboral³⁵ y del deber de información y consulta a los representantes de los trabajadores de la sociedad afectada por la oferta del informe del órgano de administración de la misma del artículo 24.2 del Real Decreto sobre Ofertas Públicas de Adquisición de valores (OPA), que atiende, entre otros, a los posibles efectos que tenga sobre el empleo, condiciones laborales y la localización de los centros de trabajo³⁶.

La [Ley de Prevención de Riesgos Laborales](#) (LPRL) también ofrece precedentes, en lo que ahora nos interesa, tanto de representación a través de sujetos distintos de los representantes estatutarios, como de participación directa de los trabajadores en defecto de la existencia de aquellos. Así respecto de los primeros, el delegado de prevención, representante de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo (art. 35.1 LPRL) es, conforme a la regla general, uno de los representantes unitarios, elegido por y entre la representación unitaria (art. 35.2 LPRL)³⁷. No obstante, dicha regla general es disponible por convenio colectivo, bajo la única condición de que su designación sea democrática, bien correspondiéndole a los representantes del personal, bien a los trabajadores (art. 35.4.1.º LPRL)³⁸. Consiguiente, y probablemente en atención al carácter en gran medida técnico de sus funciones representativas, se abre la vía de que dicha función la ejerza un trabajador de la empresa en el que no concorra tal condición de representante unitario aun existiendo estos³⁹. En tal caso, como no podría ser de otra manera, las facilidades y garantías, también las obligaciones, del delegado de prevención se le atribuyen al que no es sino un representante *ad hoc* para tales funciones, con las adaptaciones

³³ De reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores.

³⁴ Desarrollado por el artículo 25 del [Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio](#), sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores.

³⁵ Véase: MARTOS, F.: «La información de los trabajadores en las ofertas públicas de adquisición», *Working paper IE Law School*, núm. 3, de 5 de marzo de 2008, págs. 8 a 10.

³⁶ MARTOS, F., cit., págs. 2 y 3.

³⁷ Por todos: SANTIAGO REDONDO, K. M. [2004]: «Los órganos de representación y participación de los trabajadores en materia de Seguridad Social y Salud en el trabajo», en AA. VV. –coord. R. Escudero Rodríguez y J. R. Mercader Uguina–, *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Madrid: La Ley, págs. 564 y ss.

³⁸ Nunca se le puede conferir el convenio a otros sujetos, ni aun darles participación, como por ejemplo al empresario [STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 1996, rec. núm. 4443/1996].

³⁹ SIERRA HERNÁIZ, E.: «La designación de los representantes de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Actualidad Laboral*, núm. 12, 2007, tomo 1, pág. 6/19. En este sentido, *a contrario sensu*, véase [STS de 19 de octubre de 1998](#), rec. núm. 330/1998.

que en su caso se requieran de no estar expresamente previstas, por ejemplo, en relación con el crédito horario (*vid.* art. 37 LPRL). Ese mismo precepto autoriza implícitamente y si cabe con más motivo, a que el convenio colectivo establezca esa «otra forma de designación» del delegado de prevención para el caso en que –por el motivo que sea– no exista representación, como también la posibilidad de cubrir esas carencias a través de la atribución de sus funciones a un órgano específico creado por la negociación colectiva, mediante convenio colectivo o el acuerdo sobre materias concretas del 83.3 del ET, para el común de los centros a que resulte aplicable (art. 35.4.2.º LPRL). Y otro supuesto alternativo al común de designación del delegado de prevención es el previsto en la disposición adicional 4.ª de la LPRL, para el caso en que no se hayan celebrado elecciones sindicales por carecer de candidatos, al no contar los trabajadores con suficiente antigüedad para ello y entre tanto cumplen dichos requisitos.

Pero también están previstas fórmulas de participación directa de los trabajadores en el ámbito de la prevención. Es el caso de los centros de trabajo en los que no haya representación de los trabajadores por razones distintas de la arriba apuntada. Por tanto, necesariamente en aquellos de menos de seis trabajadores, pero también en centros de mayor dimensión en los que sencillamente no cuenten con representación. Y todo ello, salvo previsiones alternativas en negociación colectiva previstas en artículo 35.4 de la LPRL. En este sentido, los artículos 2.2, 14, 18, 33 y 34.1 de la LPRL consagran un derecho incondicionado de los trabajadores de información, consulta y participación en materia de prevención, canalizada –prevalente que no exclusivamente– a través de la representación unitaria o de la especializada solo si estas existen (en especial, arts. 18.1 y 2, 33.2, 34.1 LPRL, *a contrario sensu*, y disp. adic. 4.ª LPRL). La información y consulta de los trabajadores se podrá llevar a cabo, por consiguiente, con y por los trabajadores directamente, bien a través de fórmulas plurales, bien asamblearias o, finalmente volviendo a una suerte de representación especializada, mediante designación de representantes *ad hoc* permanentes u ocasionales⁴⁰ no asimilables, no obstante, al delegado de prevención en estricto, y cuyas funciones no pueden exceder de las reconocidas a los trabajadores individualmente considerados.

3. SUJETO, INTERÉS Y PODER COLECTIVO COMO BASE INEXCUSABLE DE LA REPRESENTACIÓN: CUESTIONAMIENTO DE LA LEGITIMIDAD DE LA COMISIÓN AD HOC NO SINDICALIZADA

En el primer apartado concluíamos que en el ámbito de la negociación colectiva enmarcable en el artículo 37.1 de la CE, la capacidad negociadora estaba reservada a los representantes sindicales o legales de los trabajadores, a los que habría que añadir a partir de la reforma de 2012 las

⁴⁰ SIERRA HERNÁIZ, E.: «La designación de los representantes de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., págs. 7/19. En este sentido, la disposición adicional 4.ª de la LPRL permite de manera transitoria la designación de delegado de prevención en tanto se celebran las elecciones sindicales impedidas por carecer los trabajadores de suficiente antigüedad.

comisiones *ad hoc* de los periodos de consulta negociación a las que se les atribuye legalmente la capacidad representativa para negociar acuerdos en el supuesto de inexistencia de representación unitaria. Dichas comisiones vendrían a resolver el problema evidenciado en la práctica administrativa y judicial de la imposibilidad de negociación de acuerdos de reestructuración o de descuelgue en los centros de trabajo o empresas sin representación legal de los trabajadores con los inconvenientes de gestión empresarial que ello suponía⁴¹. Ahora bien, si ello es así, cabría preguntarse si el legislador, a partir de la asunción de dicho problema, tendría plena libertad para crear un órgano *ad hoc* de representación con independencia de la realidad de su sustrato representativo y con independencia del ámbito material de la representación afectado o, desde otra perspectiva, atribuido. En definitiva, no nos estamos refiriendo a opciones de política del Derecho que puedan valorar la conveniencia o no, la necesidad o no, de articular un sistema de representación que excluya las unidades de producción con plantilla de escasa dimensión. Es sabido que al respecto el Tribunal Supremo ha validado el hecho de que «la Ley no permite la agrupación –de centros más allá de la prevista en el art. 63.2 ET–, posiblemente, por considerarla innecesaria, en atención a que los problemas que puedan surgir en los centros de pequeñas dimensiones pueden resolverse por los propios interesados, y no llegan alcanzar una problemática tan amplia y general que requiera el soporte de una representación de intereses generales» (SSTS de 31 de enero de 2001, rec. núm. 1959/2000, y 19 de marzo de 2001, rec. núm. 2012/2000). O por la presunción de una capacidad económica inferior de tales organizaciones productivas. Aun siendo ambas razones ilusorias como evidencian los supuestos de las empresas multicentros⁴² y, ya en un espectro empresarial más amplio, la misma creación final de las comisiones *ad hoc*, nuestro planteamiento ahora es otro, y formula la cuestión de si puede generarse a conveniencia y con un carácter puramente utilitarista a favor –por lo demás exclusivamente dado su carácter puntual y específico– de la flexibilidad en la gestión empresarial de una ficción de sujeto colectivo.

Parece razonable considerar que la libertad del legislador no puede alcanzar a la creación de un órgano de representación que solo artificiosamente pueda considerarse sujeto colectivo y portador de un interés y potestad de carácter colectivo. Para la apreciación de la existencia de uno y de otro será necesario como presupuesto básico la dimensión colectiva del conflicto sobre el que se construye dicho sujeto, a su vez determinada prevalentemente por el ámbito material y/o cuantitativo del mismo. Partiendo de tal exigencia, si la comisión *ad hoc* de naturaleza sindical, tanto por la configuración asociativa como por el papel institucional atribuido al sindicato (arts. 28.1 y 7 CE)⁴³, viene a cumplir los estándares requeridos subjetivamente para poder ser considerado un sujeto colectivo «representante de los trabajadores», la comisión *ad hoc* laboral, directa

⁴¹ Inconveniente que ya puso en evidencia el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su Sentencia de 19 de marzo de 2001, rec. núm. 2012/2000.

⁴² SÁEZ LARA, C.: «La representación colectiva de los trabajadores en la empresa», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 58, pág. 322, 323 y 326.

⁴³ Véase, por ejemplo, recientemente: RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «La representación institucional de los sindicatos y el Tribunal Constitucional», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, 2014 [BIB 2014\124]. Y, por ejemplo, la STC 70/1982, de 29 de noviembre.

o interna no sindicalizada, como prefiera llamársela, no garantiza en absoluto que responda a una auténtica subjetividad colectiva, es decir, a un sujeto que se caracterice por organizar las relaciones laborales en masa⁴⁴, por una capacidad de representación de un grupo social, de organización y síntesis de sus intereses latentes y de actuación como contrapoder mínimamente organizado⁴⁵.

Actualmente los procedimientos de consulta/negociación de los artículos 40, 41 y 51 del ET vendrán impuestos por la dimensión cuantitativa de afectación de la medida, computada prevalentemente en el ámbito de la empresa y no por afección en el centro de trabajo ni por la dimensión de la plantilla de aquel⁴⁶. Aún más, en el particular supuesto del descuelgue de convenio como en el de suspensión/reducción de jornada del artículo 47 del ET, la dimensión cuantitativa es suplida por la material, de manera que será necesario en todo caso seguir el procedimiento colectivo y, de no existir representación, la designación de la comisión *ad hoc* con independencia del número de trabajadores afectados y dimensiones de la plantilla. Y en todos los supuestos, el ámbito de las consultas y del consiguiente acuerdo, al menos con claridad a partir del [Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto](#)⁴⁷, vendrá determinado por el de los centros afectados por la medida y no por la circunscripción electoral de cada uno de aquellos.

Sucede entonces que la regulación de las comisiones *ad hoc*, que sigue la línea tradicional del centro de trabajo como único referente electoral –con la exclusiva salvedad del art. 63.2 ET–,

⁴⁴ OJEDA AVILÉS, A. [1995]: *Derecho Sindical*, Madrid: Tecnos, págs. 132 y 133.

⁴⁵ NAVARRO NIETO, F. [1993]: *La representatividad sindical*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, págs. 66 a 68.

⁴⁶ [STS de 18 de marzo de 2009](#), rec. núm. 1878/2008. Respecto de los traslados, por ejemplo, resume la [STS de 12 de febrero de 2014](#), rec. núm. 64/2013: «Será "individual", esto es, sin necesidad de periodo de consultas, si el centro de trabajo en el que se produzcan los traslados ocupa a 5 o menos de 5 trabajadores, aunque el traslado les afecte a todos ellos y, por tanto, lejos de ser realmente "individual" más bien debería calificarse como "plural". También tiene el tratamiento "individual", pese a que pueda no afectar, como en el supuesto anterior, a todos los trabajadores de un mismo centro, si en el periodo de 90 días los traslados no superan los umbrales numéricos, referidos ahora a la totalidad de la plantilla empresarial, previstos en la norma arriba transcrita. Será "colectivo" (con consultas) si el traslado afecta a todos los trabajadores de un mismo centro de trabajo y en él estuvieran ocupados más de 5 trabajadores. También será siempre "colectivo", sea cual fuere el número de trabajadores afectados por centro de trabajo (aquí carece de importancia el centro), en los casos en que, en un periodo de 90 días (cómo se computa o cuál deba ser esa referencia temporal también es un enigma difícil de resolver pero no es el problema que el presente recurso plantea), la empresa en su conjunto (este sí es aquí el parámetro decisivo) ocupe a un número de trabajadores que supere los umbrales legales». Por la doctrina, por ejemplo: NAVARRO NIETO, F.: «El despido colectivo: Novedades normativas y balance jurisprudencial», *Aranzadi Social*, núm. 7, 2013.

⁴⁷ Para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, que introduce una importante reforma en los periodos de consultas y, en particular, en el régimen jurídico de las comisiones *ad hoc*, de los artículos 40, 41, 47, 51, y 82.3 del ET, así como en el [Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre](#), que, entre otras medidas, dispone que el ámbito de la negociación será único, global, y que abarcará a todos los centros afectados y no, como se postulaba por un sector doctrinal, al conjunto de la empresa. Ya la Audiencia Nacional declaró *ultra vires* la posibilidad de fragmentación de la negociación prevista en el régimen precedente (por todas, entre otras muchas: SSAN de [22 de octubre de 2013](#), sent. núm. 184 y de [17 de junio de 2013](#), sent. núm. 127).

no ha previsto ni impedido la artificiosidad de las mismas como representantes de un sustrato, de un interés, de un poder colectivo inexistente que, en cambio, sí elude el sistema de representación orgánica dual de los artículos 62 y 63 del ET cuya delimitación reside, a más señas, en la dimensión de la plantilla de la unidad electoral.

La irremisible disonancia entre el ámbito de la representación unitaria —centro de trabajo— y el del cómputo de la medida de gestión empresarial —empresa—⁴⁸, dejan en evidencia la exigencia o posibilidad de designación de una comisión *ad hoc* de centro de trabajo sin garantía alguna de responder a una auténtica realidad subjetiva de carácter colectivo. Disonancia que ni tan siquiera es susceptible de ser superada por el comité intercentros al no poder representar este a los centros sin representación⁴⁹. Bien es verdad, que en el común de los casos esta vendrá paliada por la preferencia negociadora de las secciones sindicales que, en atención a su naturaleza y al cumplimiento de las mayorías exigidas «representarán a todos los trabajadores de los centros afectados» (art. 41.4 ET). También se verá eludida, en caso de negociar la representación unitaria, por la atribución subsidiaria de dicha capacidad a la representación legal de otros centros [art. 41.4 b) 2.ª 2.º ET], o finalmente y en el más extremo de los casos y aún no necesariamente, por el principio de proporcionalidad en función del número de trabajadores que representen en la constitución de la comisión negociadora, que forzará en muchos casos a la agrupación y/o dilución de la representación *ad hoc* de los centros minoritarios [vid. art. 41.4 b) 3.ª y párrs. ss. ET]⁵⁰. Pero con todo ello, ni está garantizado dicho efecto moderador, ni elude la consideración de tales comisiones —en tales casos— como entes de representación y a sus componentes como representantes, aun cuando ello no responda en absoluto —o necesariamente— a una realidad colectiva.

Aún más inconsistente resulta la previsión de una comisión *ad hoc* laboral en los casos en los que la exigencia de procedimiento de consulta/negociación es independiente del número de trabajadores afectados y muy en particular, en caso de descuelgue de convenio colectivo, que podrá serlo tanto de empresa como de centro de trabajo. En tales supuestos, bajo la apariencia creada por el legislador de representación colectiva se oculta potencialmente aún con mayor claridad un descuelgue de convenio puramente individual o si se prefiere «plural» en los casos de empresas y centros de reducida dimensión o, más ampliamente, con escaso número de afectados. Es claro que en todos estos supuestos lo que se está amparando, o al menos lo que no se evita, no puede

⁴⁸ En términos más amplios, critica el desajuste entre la regulación del ámbito de la representación unitaria y la realidad productiva y de los derechos de participación: SÁEZ LARA, C.: «La representación colectiva de los trabajadores en la empresa», cit., págs. 316, 322, 323 y 325 a 330.

⁴⁹ En esta línea, debe existir correspondencia entre el órgano de representación que interviene y negocia y el del personal afectado por el procedimiento, de manera que no puede abarcar a los centros de trabajo sin representación, a los que no les sea de aplicación el convenio que lo crea, o no hayan contribuido a su composición o lo hayan hecho solo de manera informal: SSTs de 30 de noviembre de 2010, rec. núm. 142/2009 y 25 de noviembre de 2013, rec. núm. 87/2013; SAN 85/2013, de 26 de abril.

⁵⁰ Vid. BENAVENTE TORRES, M.ª I.: «Las comisiones ad hoc en los periodos de consulta/negociación», *Temas Laborales*, núm. 124, 2014, págs. 133, 134, 153 y 154.

sino consignarse como negociación individual, a lo sumo en masa, vulneradora del artículo 37.1 de la **CE** y aún más grave, en su caso, del artículo 28.1 de la **CE**.

Es cierto que era necesario un ajuste legal de estas posibilidades de gestión para la pequeña empresa pues, caso contrario, se verían gravemente mermadas. Pero la regulación de las comisiones *ad hoc* no va dirigida exclusivamente a la empresa de pequeña dimensión, por corresponderse su ámbito con el centro de trabajo y no con la empresa y estar previstas para la ausencia de representación que no para su imposibilidad. Y, por otra parte, todo ello se podría haber solventado limitando para tales supuestos descritos la posibilidad de la comisión *ad hoc* de centro a la sindical, ya sea externa o interna, nunca a la laboral o interna no sindicalizada.

4. LA COMISIÓN AD HOC INTERNA NO SINDICALIZADA Y AFECTACIÓN DEL ARTÍCULO 28.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, EN PARTICULAR LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO

La **STC 119/2014, de 16 de julio**, viene a resolver sobre uno de los recursos de inconstitucionalidad planteados respecto de los artículos 82.3 y 84.2 del **ET**, entre otros extremos de la **Ley 3/2012**. Expresamente advierte (*vid.* FJ 4.º) que no se pronuncia sobre la cuestión básica que es objeto de nuestro interés, en definitiva, sobre los sujetos legitimados para actuar en nombre de los trabajadores y, más concretamente, sobre la capacidad y legitimidad negociadora de las comisiones *ad hoc* en los periodos de consulta negociación y, muy en especial, en los casos de inaplicación del convenio colectivo. No obstante, sí que hace algunas alusiones imprescindibles al artículo 37.1 de la **CE** y a la interpretación de quienes sean esos representantes a que dicho precepto atribuye la titularidad del derecho a la negociación colectiva.

Tal y como recuerda la referida sentencia, la Constitución «no contiene un "modelo" cerrado de relaciones laborales ni, en particular, de ninguno de los elementos del derecho a la negociación colectiva; se limita en su artículo 37.1 a reconocer el derecho, cuya garantía encomienda al legislador, a señalar quiénes son sus titulares (los representantes de los trabajadores y empresarios) y a establecer la eficacia de resultado de la actividad negociadora (fuerza vinculante de los convenios). El legislador dispone, en consecuencia, de un amplio margen de libertad de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva, aunque esa libertad no sea absoluta».

En ese marco de libertad, como ya se expuso al comienzo, puede legitimarse a la representación unitaria para la negociación de los convenios de ámbito empresarial o inferior, pero aquella no viene impuesta ni aun por la libertad de sindicación (**STC 12/1983, de 22 de enero**). Tampoco puede obviarse la preeminencia constitucional del sindicato como negociador tal y como asume el artículo 7 de la **CE**, en definitiva, de la existencia de intereses organizados institucionalmente (**STC 4/1983, de 28 de enero**). Y que en su traducción infraconstitucional, como sucede cuando se niega la legitimación negociadora sectorial a las representaciones unitarias, puede contar además con el apoyo de la normativa internacional (**STC 4/1983, de 28 de enero**) como también

anticipamos. No en vano, el artículo 5 del [Convenio n.º 135 OIT](#), relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, establece que «Cuando en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos, habrán de adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes». Predominio sindical que por remisión igualmente se aprecia en el [Convenio n.º 158 OIT](#) sobre terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador (art. 13.3). Y asume implícitamente respecto de la negociación colectiva el artículo 4 del [Convenio n.º 98 OIT](#) y muy explícitamente el artículo 3.1 y 2 del [Convenio OIT sobre fomento de la negociación colectiva y II.1\)](#) de la [Recomendación OIT núm. 91](#), donde claramente se deja en un segundo plano a las representaciones electas, que solo podrán actuar bajo la condición de que se adopten las medidas necesarias para que aquellas no sean utilizadas en menoscabo de las organizaciones sindicales, y, más concretamente, solo en ausencia de estas⁵¹.

Dicha prevalencia sindical puede asumir probablemente cierta dosis de aparente incoherencia constitucional. Me refiero a la asignación a la representación unitaria y sindical en términos de igualdad de la legitimación negociadora respecto de los convenios de empresa y de ámbito inferior y la posibilidad de descuelgue del convenio colectivo, también del sectorial que es necesariamente sindical. No en vano, y pese a que no puedan confundirse ambas vías, la representación unitaria, con la histórica anuencia de nuestros sindicatos, se ha constituido en un cooperador necesario, en un instrumento primordial de aquellos. Así la representación legal, que cuenta mayores medios que la sindical, se encuentra altamente sindicalizada, existiendo numerosas vías de conexión y dependencia de una respecto de la otra hasta el extremo de que la medición de la representatividad y los derechos de la sindical se conectan a su participación en aquella electa⁵². Por otra parte, la preferencia negociadora de las secciones sindicales que gocen de legitimación plena en el ámbito de la consulta o, más ampliamente, de la negociación del convenio colectivo, contribuye a la legiti-

⁵¹ Realmente se parte de una toma en consideración de los casos de los países donde las organizaciones sindicales no alcanzan un grado de desenvolvimiento suficiente y a fin de que los principios instituidos por la Recomendación pudieran aplicarse en esos países [Recomendación núm. 91 sobre contratos colectivos, y trabajos preparatorios (GERNIGON, B.; ODERO, A. y GUIDO, H.: *La negociación colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control*, Ginebra: OIT, 2000, pág. 13]. Así, por ejemplo, el CLS, en su informe 308, Camboya, caso núm. 1934, párr. 127, ha declarado que la preferencia negociadora de las representaciones electas (delegados de personal) en detrimento de un sindicato recientemente constituido supone una vulneración de la libertad sindical, pues el Gobierno no ha tomado todas las medidas necesarias para evitar que la existencia de los delegados electos debilite la situación del sindicato de reciente creación, ni tampoco para alentar la cooperación entre unos y otros, ni ha reconocido el derecho de los sindicatos a fomentar y defender los derechos e intereses de los trabajadores; el Comité concluye que tal actitud impidió que dicho sindicato organizara sus actividades y su funcionamiento, y obstaculizó su propia existencia.

⁵² Así, la STC 208/1989, de 14 de diciembre, ya se pronunció en el sentido de que «en cuanto que la representación unitaria o electiva de los trabajadores no se utiliza en detrimento de la representación sindical (de conformidad con lo establecido en el Convenio n.º 135 de la OIT) no puede apreciarse tampoco que la propaganda institucional en favor de las elecciones vulnere el derecho a la libertad sindical».

midad constitucional de dicha regulación del legislador ordinario respecto del convenio o acuerdo de eficacia general, como se ha ocupado de señalar la antes referida [STC 119/2014, de 16 de julio](#).

Desde la auténtica configuración de nuestra representación unitaria en las condiciones descritas, pueden asumirse otras afirmaciones de la meritada [Sentencia 119/2014](#), por lo demás muy genéricas pues, como ya se advirtió, solo aborda tangencialmente la titularidad del derecho. Además, lo hace en términos extremos dado que lo que descarta es una «prioridad absoluta» del convenio sindical y se alude sin más precisión a la representación unitaria –sindicalizada o no–, dejando quizá más margen de discriminación y tutela al recurso de amparo. Entonces, como dictamina aquella respecto de la preferencia aplicativa del convenio de empresa frente al sectorial del artículo 84.2 del ET «... desde la perspectiva constitucional tampoco es reprochable que un convenio de empresa negociado por la representación unitaria en virtud del art. 37.1 CE entre en concurrencia y goce de preferencia aplicativa sobre un convenio sectorial negociado por los sindicatos, pues del texto constitucional no se deduce que la negociación colectiva sindical haya de tener prioridad absoluta sobre la negociación colectiva realizada por otros representantes de los trabajadores». También en esta línea conciliadora se ha pronunciado ocasionalmente el Comité de Libertad Sindical de la OIT (CLS), de manera que «el Comité considera que no se quebranta ningún principio inherente a la negociación colectiva cuando se permite que tanto los sindicatos como los representantes electos participen en la negociación colectiva, siempre que se hayan adoptado garantías adecuadas a fin de evitar que la presencia de representantes electos perjudique a los sindicatos» (332.º informe, caso núm. 2.255, párr. 944).

Por tanto, la competencia negociadora de las representaciones unitarias en la pequeña empresa no constituye pues, en sí misma, una vulneración de la libertad sindical. Ahora bien, si junto a aquellas existen sindicatos en la misma empresa, es menester recordar que se tienen que adoptar las medidas necesarias para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados (informe 310.º informe, caso núm. 1.887, párr. 104). Como tampoco, en mi opinión, puede olvidarse que aun siendo la representación unitaria un instrumento cotidiano del sindicato, esta no debe ser observada homogéneamente, pues no tiene la misma dimensión ni su actividad negociadora semejante tutela cuando de representación independiente, no sindicalizada, se trata.

Al tratar las comisiones negociadoras *ad hoc* no sindicalizadas, no puede olvidarse que el CLS de la OIT ha asumido que «... La negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones representativas cuando las mismas existen, puede en ciertos casos ir en detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores». Podría considerarse razonable, conforme a los propios dictados de la normativa internacional, que la promoción de la negociación colectiva también pasa por facilitar aquella con representantes electos no sindicalizados en ausencia de tales organizaciones⁵³. Pero, si cabe con más razón en un contexto de libertad sindical sin exigencias

⁵³ Informe del CLS de la OIT núm. 290, caso 1612, Venezuela, apartados 8, 28 y 29.

de un mínimo de afiliación u otros requisitos limitadores para la constitución de organizaciones de trabajadores, aquello es muy diferente de una previsión oportunista mediante la que se crea *ex professo* una representación *ad hoc*, por consiguiente parcelada y provisional, sin experiencia y sin conocimiento profundo de la situación a través de una previa y progresiva información periódica, sin garantía de gozar de una auténtica base colectiva, y sin garantías legales ni convencionales reconocidas expresamente que le confieran una auténtica e indubitada posición tutelada⁵⁴, con objeto de lograr un acuerdo de inaplicación de un convenio o acuerdo negociado por unas organizaciones sindicales que, precisamente existen –a nivel sectorial o, incluso, presentes en la empresa– y a las que ni tan siquiera se les ha atribuido potestades tutelares, al menos desde la ley, que garanticen la independencia de la representación y legalidad del proceso. Es más, la tutela judicial se verá igualmente limitada pues dicho acuerdo será eficaz a efectos de presunción de concurrencia de causa. La comisión *ad hoc* laboral, a diferencia de la unitaria, no se erige en un cooperador del sindicato, sino en un competidor desleal –y, en consecuencia, con frecuencia ilícitamente promovido o impuesto por la empresa–, una alternativa que se impone en ausencia de la representación legal, que no de la sindical. Para mayor claridad, en lo que parece una obvia contravención de los referidos mandatos de la OIT⁵⁵, por ejemplo, puede llegar a darse el caso de descuelgue de convenio empresarial o modificación de acuerdo de empresa por una comisión *ad hoc* interna no sindicalizada si el ámbito de la medida afecta exclusivamente a centros sin representación, o a estas en concurrencia con la representación unitaria de otros centros afectados, sin que medie acuerdo mayoritario de la sindical –ni, en su caso, de la unitaria sindicalizada– que hipotéticamente lo negoció y ni tan siquiera intervención de sindicato representativo disidente.

El descuelgue del convenio es calificado por el propio Tribunal Constitucional en la [Sentencia 119/2014](#) como una limitación o excepción a su fuerza vinculante del convenio ordenada por el artículo 37.1 del [ET](#). Y, como reiteradamente se ha afirmado respecto de otros derechos constitucionales incluso fundamentales, es admisible que el legislador establezca restricciones a

⁵⁴ Por ello no pueden considerarse equiparables a la representación unitaria, ni en su naturaleza, ni en su fortaleza, ni en su experiencia negocial, en opinión de: MOLERO MARAÑÓN, M.ª L. [2012]: «La flexibilidad interna promovida por las sucesivas reformas laborales», en AA. VV. –dir. Rodríguez-Piñero, M. y Valdés, F.–, *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, Madrid: La Ley, págs. 357 y 358. No obstante, sectores doctrinales defienden la extensión a dichos representantes integrantes de las comisiones de dichas garantías y facilidades atribuidas a la representación unitaria, en tanto son y actúan –o quizá mejor, sobre todo después de lo expuesto en el apartado precedente, en tanto actúen– como auténticos representantes asimilables a aquellos que suplen: BENAVENTE TORRES, M.ª I. cit., 2014, págs. 139, 142, 155 y 156. De hecho, nuestros Tribunales están interpretando la referencia a los «representantes legales de los trabajadores» de los artículos 51 del [ET](#) y 124 de la [LRJS](#), como integrado también por las comisiones *ad hoc* (por todas: SSAN de [13 de mayo de 2013](#), sent. núm. 93/2013 y [15 de octubre de 2012](#), sent. núm. 112). En contra: DURÁN LÓPEZ, F.: «Modalidades procesales IV. Extintivas: extinciones objetivas y despidos colectivos», en AA. VV. –dir. Nogueira Gustavino, M. y García Becedas, G.–, *Lecciones de Jurisdicción Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pág. 466.

⁵⁵ Similar al Informe de la Comisión de Libertad Sindical de la OIT 322.º, caso núm. 2.046, Colombia, párr. 138 [reitera doctrina, en informe n.º 337 CLS, Colombia, 2005, caso 2.362, párr. 762]. También muy cercano al supuesto del caso núm. 2.046, Colombia, 334.º informe del CLS de 2004, párr. 345 y al supuesto de Perú, informe núm. 338, caso 2.386, párrs. 1.247 a 1.250.

la fuerza vinculante de los convenios colectivos en aras de la protección o preservación de otros derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes. La cuestión es por consiguiente de límites, en los que, en mi opinión, la causa debe ser necesariamente extraordinaria, y analizada –tal y como hace respecto de la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos dicho pronunciamiento– desde la perspectiva de su justificación objetiva, racionalidad y proporcionalidad, así como de la adecuación de la concreta medida adoptada. Es de reseñar que sobre la valoración de tales causas no resuelve la meritada sentencia –FJ 4.º–, pero sí lo ha hecho el CLS para advertir de dos aspectos cuestionables al respecto: ni todas las causas responden a situaciones excepcionales o de fuerza mayor, ni dicha [Ley 3/2012](#) es coyuntural (informe núm. 371/2014, caso núm. 2.947)⁵⁶.

Pero desde una perspectiva subjetiva, ¿cómo puede asumirse desde el prisma de la libertad sindical, no ya que negocien convenios colectivos los trabajadores –lo que en nuestro sistema, según hemos visto, queda descartado–, sino que un convenio negociado –directa o indirectamente– por los sindicatos, y por consiguiente amparado en los artículos 7, 28.1 y 37.1 de la [CE](#), y hasta un acuerdo, pacto colectivo o convenio extraestatutario también alcanzado con aquellos y, por consiguiente, merecedor de similar tutela desde la perspectiva de la libertad sindical⁵⁷, pueda ser excepcionado por una pretendida representación de los trabajadores con las características reseñadas de la comisión *ad hoc* no sindical⁵⁸? De hecho, es muy significativo y sumamente chocante que se le reconozca capacidad negociadora a tales comisiones en los periodos de consulta/negociación y, muy en especial, en el del descuelgue del convenio, y no se les reconozca en cambio capacidad para negociar un convenio colectivo en el artículo 87.1 del [ET](#). Si la causa

⁵⁶ Párr. 453: «El Comité subraya que los artículos 12, 13 y 16 de la ley permiten modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (jornada de trabajo, horarios, trabajo a turnos, etc.) por causas económicas (en particular en caso de pérdidas actuales o previstas o cuando se registre una disminución de ingresos ordinarios o ventas en la empresa durante dos trimestres consecutivos) pero también por causas técnicas, organizativas o de producción sin que sea necesario, como anteriormente, la existencia de situaciones excepcionales o de fuerza mayor; según la ley núm. 3/2012, que no tiene carácter coyuntural para situaciones de crisis económica sino permanente en caso de desacuerdo en las consultas y negociaciones al respecto cualquier parte puede someter el asunto al arbitraje... A juicio del Comité, el problema de si las dificultades económicas graves de las empresas pueden reclamar en determinados casos la modificación de los convenios colectivos debe abordarse y pudiendo ser tratado de diferentes maneras, estas deberían concretarse en el marco del diálogo social». Se refiere claramente a las modificaciones sustanciales del artículo 41 del [ET](#) relativas a acuerdos o pactos colectivos, pero que entiendo predicable también respecto del descuelgue del convenio colectivo.

⁵⁷ En defensa de extensión de la tutela de la libertad sindical al convenio extraestatutario y a la fuerza vinculante del mismo, si bien contractual: BENAVENTE TORRES, M.ª I.: «Poder de dirección, autonomía individual y negociación colectiva. A propósito de una revisión salarial unilateral», *Temas Laborales*, núm. 108, 2011, págs. 225 y 226. En una línea similar, defiende que la fuerza vinculante del convenio debería extenderse al acuerdo de empresa y al convenio extraestatutario y seguirse, por consiguiente, el procedimiento de modificación del artículo 82.3 del [ET](#) (CORREA CARRASCO, M.: *Acuerdos de empresa*, Madrid: Francis Lefebvre, 2012, págs. 72 y 73).

⁵⁸ En similar sentido, centrándose en la debilidad de esta forma de representación y en la consiguiente inexistencia de una auténtica negociación colectiva: MOLERO MARAÑÓN, M.ª L., cit., pág. 359.

es tan laxa que no puede ser calificable de excepcional y, a más señas, puede hasta verse restringido su control judicial, ¿qué es lo que justifica semejante régimen especialísimo tan limitador del derecho fundamental?

En este sentido cabría apuntar que ya el CLS de la OIT, en el referido informe 371 de 2014, recuerda que «... el principio de que el respeto mutuo de los compromisos asumidos en los acuerdos colectivos es un elemento importante del derecho de negociación colectiva y debería ser salvaguardado para establecer relaciones laborales sobre una base sólida y estable...» y asimismo «... destaca que la elaboración de procedimientos que favorecen de manera sistemática la negociación descentralizada de disposiciones derogatorias menos favorables que las disposiciones de nivel superior puede desestabilizar globalmente los mecanismos de negociación colectiva así como las organizaciones de empleadores y de trabajadores y debilita la libertad sindical y la negociación colectiva en violación de los principios consagrados en los Convenios núms. 87 y 98 [vid. 365.º informe, caso núm. 2.820 (Grecia), párr. 997]»⁵⁹. Es más, el CLS ha manifestado que la falta de aplicación del convenio colectivo aun con carácter temporal supone una violación del derecho a la negociación colectiva así como del principio de buena fe, y que en caso de necesidad, cuando el convenio colectivo no pueda aplicarse, el empleador deberá consultar a los sindicatos antes de emprender dichas medidas (327.º informe, caso núm. 2.118, párr. 639). Desde luego, la intervención de una comisión *ad hoc* no sindicalizada no cumple semejante requerimiento.

Finalmente, a la vista, por lo demás, de la conformación de nuestro tejido empresarial donde prevalece la pequeña y mediana empresa, el socavamiento del papel del sindicato (art. 7 CE) es doble: por una parte, porque en consecuencia lógica la apuesta generalizada de flexibilidad de aquellas y su separación del sectorial se está llevando preferentemente a través del descuelgue del convenio y no a través de la negociación del convenio de empresa afectando singularmente al papel de estos convenios, eminentes protagonistas del común de los procedimientos de inaplicación (91,3% en 2014)⁶⁰. Por otra, por cuanto la dimensión del conflicto es en gran medida independiente de la intervención de la comisión *ad hoc* no sindicalizada, solo descartada cuando negocien las secciones sindicales y, por tanto, desde la premisa de que la medida afecte a centros en las que estas tengan presencia en los órganos de representación. Así, de la misma manera que pueden darse supuestos de auténtica simulación legal de un sujeto colectivo⁶¹, pueden darse

⁵⁹ En este sentido, el CLS insiste en el necesario respeto de los compromisos asumidos por ambas partes (OIT: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5.ª ed., Ginebra: OIT, vid. párrs. 939 a 943, 2006, págs. 200 y 201).

⁶⁰ OIT: *Estudios sobre el crecimiento con equidad. España: crecimiento con empleo*, Ginebra, 2014, págs. 171 a 175.

⁶¹ Téngase presente que en la práctica no serían sino adhesiones individuales o la ocultación de una negociación individual plural, incompatible por consiguiente con su calificación como convenio colectivo «por cuanto los elementos constatados reflejan claramente la ausencia de un consentimiento colectivo y de una participación real en la supuesta negociación y que dichos convenios revisten el carácter de "contratos de adhesión" respecto de los cuales los trabajadores son emplazados a manifestar su aceptación individual frente a una propuesta contractual de la empresa... a este respecto, el Comité subrayó que la mencionada Recomendación pone énfasis en el papel de las organizacio-

otros en los que la dimensión de aquel no justifique en absoluto una representación tan precaria y unos efectos tan agresivos respecto del convenio sindical.

Por consiguiente, desde el derecho de libertad sindical (arts. 7, 10.2 y 28.1 CE), entiendo que a efectos de descuelgue de convenio debía haberse mantenido la legitimidad en exclusiva de la comisión *ad hoc* externa como también de la interna de naturaleza sindical, pero que debía en todo caso haberse excluido la posibilidad de designación de una comisión interna ajena al sindicato y/o completamente desasistida, sin cooperación alguna del mismo más allá de la gestión y vigilancia del proceso que pueda atribuirse a la comisión paritaria por el Convenio⁶². Por otra parte, considero que el pacto o acuerdo colectivo como asimismo el convenio extraestatutario deben recibir a tales efectos el mismo tratamiento que el convenio estatutario, pues su tutela viene impuesta por la necesaria protección del derecho de libertad sindical, elemento común a todos ellos de estar implicado el sindicato. De hecho, el concepto de convenio colectivo que barajan las normas de la OIT abarca tales instrumentos⁶³, sea cual sea su eficacia, general o limitada⁶⁴, y su naturaleza, contractual o colectiva.

nes de trabajadores en tanto que parte en la negociación colectiva. La negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones representativas cuando las mismas existen, puede en ciertos casos ir en detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores [*vid.* Recopilación de decisiones y principios del CLS, cuarta edición, 1996, párr. 786]. En estas condiciones, el Comité pide al Gobierno que tome medidas para que la empresa respete los principios de la negociación colectiva y en particular el artículo 4 del Convenio núm. 98 relativo al pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria con las organizaciones de trabajadores, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo. El Comité pide al Gobierno que tome medidas para que se modifique la legislación a fin de que se imposibilite claramente este tipo de prácticas de "contratos individuales cuando existe un sindicato representativo y que vele por que la negociación directa con los trabajadores no ponga en dificultades o debilite la posición de los sindicatos"» (325.º informe del CLS OIT, caso núm. 2107, Chile, núm. párr. 234).

⁶² Véase, descartando que la comisión paritaria pueda asumir labores de suplencia negociadora de la comisión *ad hoc*: BENAVENTE TORRES, M.ª I., cit., 2014, págs. 136 y 137.

⁶³ GERNIGON, B.; ODERO, A. y GUIDO, H., cit., págs. 8 a 12, *vid.* [Convenio n.º 154 OIT](#) sobre promoción de la negociación colectiva, artículo 2, y la [Recomendación n.º 91 OIT](#), sobre contratos colectivos, apartados II.1 y III.

⁶⁴ GERNIGON, B.; ODERO, A. y GUIDO, H., cit., pág. 15.