

LAS COMISIONES *AD HOC* EN LOS PERÍODOS DE CONSULTA/ NEGOCIACIÓN

M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES

Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras clave: periodos de negociación y consulta, comisiones ad hoc

Las comisiones *ad hoc* de los periodos de consulta/negociación de los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET se introducen en nuestro Ordenamiento Jurídico a partir de la reforma de 2010, iniciada por el RDL 10/2010, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo. Con posterioridad, en los desarrollos reglamentarios que regulan los ERES y las reformas sucesivas de 2011 y 2012, el régimen jurídico de esta novedosa figura se va perfilando hasta alcanzar su expresión más madura y meditada con el RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. En este artículo se aborda el régimen jurídico de tales comisiones, tratando de darles una lectura integrada y coherente a la luz de nuestro sistema de representación. Un figura nueva, indudablemente distinta, que sin embargo no nace en la nada, y cuya transcendencia económica, sindical y social es, sencillamente, impresionante.

ABSTRACT

Keywords: periods of negotiation and consultation, ad hoc commissions

The ad hoc commissions for periods of consultation/negotiation include in the arts. 40, 41, 47, 51 and 82.3 ET (Workers Statute/Act) are introduced into our legal system from the 2010 reform, initiated by the RDL 10/2010, on 10 February, on urgent measures for the reform of the labour market. Later, in the regulatory developments that regulate the ERES (redundancy) and successive reforms in 2011 and 2012, the legal regime of this new figure will profiling until reaching its expression more mature and thoughtful with RDL 11/2013, of August 2nd, for the protection of workers, part-time and other urgent measures in the economic and social order. This article deals with the legal regime of such commissions, trying to give a coherent and integrated reading in the light of our system of representation. A new, undoubtedly different figure not yet born into nothingness, and whose economic, Trade Union and social significance is simply impressive.

ÍNDICE

1. UN PROBLEMA POR RESOLVER: LA FALTA DE CAPACIDAD PARA NEGOCIAR COLECTIVAMENTE
2. UN REQUISITO DE PARTIDA: LA AUSENCIA DE REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES
 - 2.1. Cuestiones previas: representación hábil y ámbito de las consultas
 - 2.2. El escaso espacio de las comisiones *ad hoc* frente a las secciones sindicales
 - 2.3. El mayor espacio de las comisiones *ad hoc* frente a la representación unitaria
3. NATURALEZA, COMPOSICIÓN, IMPLICACIONES CON LA LIBERTAD SINDICAL Y MANDATO DE LA COMISIÓN *AD HOC*
 - 3.1. La comisión *ad hoc* externa
 - 3.2. La comisión *ad hoc* interna
 - 3.3. Número de miembros, forma de actuación y mandato
4. ATRIBUCIÓN DE REPRESENTACIÓN: ÁMBITO Y PROCEDIMIENTO
 - 4.1. Ámbito
 - 4.2. Los plazos y demás cuestiones relativas al preaviso
 - 4.3. La decisión y posibles efectos sobre el funcionamiento interno de la comisión
5. LA FALTA DE DESIGNACIÓN, CONEXIONES CON LA COMISIÓN REPRESENTATIVA Y EL PESO EN LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS
6. LAS GARANTÍAS Y FACILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS COMISIONES *AD HOC*

1. UN PROBLEMA POR RESOLVER: LA FALTA DE CAPACIDAD PARA NEGOCIAR COLECTIVAMENTE

Entre los posibles antecedentes de las comisiones *ad hoc*, la doctrina ha reconocido como el más cercano y directo el art. 4 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos. Sin embargo, dicho precepto no vino a identificar a los interlocutores en los períodos de consultas sino, de acuerdo con las previsiones comunes de la LRJAP-PAC (vid. arts. 30 y ss), a los legitimados para intervenir en el correspondiente procedimiento administrativo¹. Ni tan siquiera alcanzaba expresamente a clarificar si era o no obligada su apertura². No en vano, sectores doctrinales descartaron que en estos casos se pudiese hablar “técnicamente” de período de consultas por carecer de sujeto e interés de carácter colectivo, siendo el acuerdo con los trabajadores un mero elemento de convicción de la Administración, nunca equiparable al acuerdo colectivo y por consiguiente, no susceptible de mera homologación³.

¹ Véase: F. Navarro Nieto, “Los despidos colectivos”, Civitas, Madrid, 1996, págs. 150 y 151.

² Por ejemplo, niega la obligatoriedad de las consultas caso de inexistencia de representación legal de los trabajadores: L.E. Nores Torres, “El período de consultas en la reorganización productiva empresarial”, CES, Madrid, 2000, págs. 200, 201 y 244.

³ Por todos: F. Durán López, “Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España”, Documentación Laboral, nº 22, pág. 81; F. Navarro Nieto, “Los despidos...”, cit., págs. 150, 152 y 153. Véase, un supuesto en: STSJ Cataluña 8-6-2005, JUR 2006/40522.

En cualquier caso, tanto la doctrina judicial previa a la reforma de 2010 como el sector mayoritario de la doctrina científica, sostuvo la obligatoriedad de la apertura de los períodos de consulta previstos en los arts. 40, 41, 47 y 51 ET también en los casos de inexistencia de representación unitaria. En tal caso debía darse participación a todos y cada uno de los trabajadores en unidad de procedimiento para la totalidad de la plantilla y no sólo de los disidentes o afectados. Además, no había posibilidad de aprobación por mayoría dado el déficit de representación colectiva impositivo de afección de intereses individuales⁴.

No sin vacilaciones iniciales, dicho déficit igualmente concurriría en caso de intervención de comisión o representante extraestatutario designados *ad hoc* mediante asamblea, pues siempre toparía con la inexistencia de capacidad de obrar y legitimación negocial de carácter colectivo⁵, sólo atribuible mediante Ley (arts. 37.1 y 53.1 CE)⁶ o derivada del derecho fundamental de libertad sindical o de huelga (arts. 7 y 28 CE). Desde luego, la doctrina barajó esta posibilidad y fue aceptada por un amplio sector. Al ser el acuerdo producto de la negociación colectiva e incardinado en el art. 37.1 CE⁷, los paralelismos con la legitimación para negociar convenios colectivos nutrieron en parte dicha solución, así como la amplia admisión del convenio extraestatutario y del

⁴ SSTs (c-a) 24-9-1986, RJ. 4646 y 21-9-1995, RJ. 6616. En esta línea: STSJ Cataluña 21-11-1985, AS. 4476. Recopilando las Resoluciones de la DGE respecto de la etapa del RD. 696/80, de 14-4: F. Durán López, “Análisis...”, cit., págs. 78, 79 y 82. En contra: STSJ (soc) 22-1-2010, JUR 113846.

⁵ STS (c-a) de 22-4-1989, RJ 2878.

⁶ Vid., por ejemplo: STC 118/1983, 3-12. Ni tan siquiera la representación unitaria tiene garantía constitucional a la negociación colectiva (N. Tomás Jiménez, “Los sujetos del convenio colectivo. Partes negociadoras”, Comares, Granada, 2013, págs. 53 y 54). Y de hecho, a diferencia del sindicato, la representación unitaria no tiene otras competencias que las atribuidas por Ley [ej.: adopción de medidas de conflicto colectivo (SSTC 70/1982, 29-11 y 37/1983, 11-5)]. En este sentido: F. Durán López, “Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo”, MTSS, Madrid, 1992, págs. 141 y 142]. Así, se ha justificado la restricción de la legitimación para negociar convenios supraempresariales estatutarios y la exclusión de las representaciones unitarias, de los independientes y, en definitiva, de otras formas de designación y representación, pues ni directa ni indirectamente viola el artículo 28 CE, es coherente con la potenciación de la negociación colectiva y con el papel institucional del sindicato, y dado el carácter normativo del convenio, «legitimación» significa más que representación en sentido propio un poder «ex lege» de actuar y de afectar a las esferas jurídicas de otros, con suficiente fundamento en los arts. 7 y 37.1 CE: SSTC 4/1983, de 28-1 y 12/1983, 22-2.

⁷ M. Correa Carrasco, “Acuerdos de empresa (Instrumentos de regulación flexible de las relaciones laborales: RDL 7/2011; RDL 3/2012), Francis Lefebvre, Madrid, 2012, págs. 38. Por todas: STS 16-11-2012.

concepto de “*representantes de los trabajadores*” del art. 37.1 CE⁸. Sin embargo esta opción interpretativa, aparte de suponer la extensión de una doctrina limitada por definición al sindicato⁹, debía ser descartada como poco a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 20-2-2008 (RJ. 1634), que vino a negar el carácter de pacto colectivo, ni aún extraestatutario, al celebrado entre los trabajadores directamente y la empresa, para referir tal facultad de negociación colectiva exclusivamente a la representación unitaria o sindical. Y, a mayor abundamiento, también de la sentencia de dicho Tribunal de 30-10-2007, en la que se negó a la asamblea de trabajadores el carácter de canal de representación¹⁰, aun cuando aún sostuviese la duda de si la asamblea puede o no adoptar con carácter vinculante acuerdos de conclusión de convenios extraestatutarios.

En cualquier caso, el período de consultas y la intervención de los representantes está y siempre ha estado encaminado a la conclusión de un acuerdo

⁸ En este sentido: T. Sala Franco, “El derecho constitucional a la negociación colectiva”, en AAVV –coords. M^ªE. Casas, F. Durán, J. Cruz-, “Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española”, La Ley, Madrid, 2006, pág. 325; R. Roqueta Buj, “La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 61 y 62. Extensamente una exposición completa de la cuestión en: N. Tomás Jiménez, “Los sujetos...”, cit, págs. 42 y ss. En cuanto a nuestros Tribunales, mantuvieron el carácter extraestatutario del acuerdo llevado a cabo por representantes extraestatutarios o mediante participación directa de los trabajadores: SSTCT 19-6-1987, RTCT 14715; 9-5-1989, RTCT 209; SS TSJ Andalucía/Sevilla 7-12-1999, AS 2000/539 y de 23-5-2000, AS 4643. Incluso en alguna ocasión, se ha atribuido naturaleza de convenios estatutarios a los negociados directamente por la mayoría de los trabajadores [STSJ Aragón 26-1-1994, AS 34, -pacto suscrito por seis trabajadores de los ocho que tiene la empresa-]. En contra, negaban el carácter de pacto colectivo para identificarlo como negociación plúrima a aquél negociado por los trabajadores directamente, carente del amparo del art. 37.1 CE por exigirse que esté negociado por los “representantes de los trabajadores”, aun en sentido amplio y no limitado al sindicato y a la representación unitaria o sindical en la empresa (STSJ Murcia 3-6-1992, AS 3275) o, aún más restrictivamente, por la representación legalmente establecida (STSJ Andalucía/Granada 22-9-1992, AS. 4667).

⁹ La doctrina del TC 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 LOTC), referida por consiguiente en exclusividad al sindicato y fundada sobre el contenido esencial de dicho derecho y la capacidad genérica de representación de aquél (arts. 7 y 28.1 CE) [Por todas: SSTC STC 70/1982, 29-11; 118/1983; 51/1984, 25-4; 3-12; 57/89,16-3; 73/1984, 27-6; 98/1985, 29-7; 108/1989, 8-6; 134/1994, 9-5; 224/2000, 2-10]. Véase: J. Cruz Villalón, “La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español”, AFDUAM 8, 2004, pág. 160; J.L. Monereo Pérez y J.A. Fernández Avilés, “La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional”, RMTAS, n^o 73, págs. 274 a 281; N. Tomás Jiménez, “Los sujetos...”, cit, págs. 51 a 59, 169, 343 y 344.

¹⁰ RJ. 2008/797 y STS. 21-2-2012, RJ. 3900. M.A. Limón Luque, “Derecho de reunión y relaciones laborales. El derecho de asamblea en la empresa”, CES, Madrid, 1996, págs.364 y ss.

de eficacia general¹¹, lo que ya de por sí descarta tal opción¹². Acuerdo obviamente de carácter estatutario, regulado conforme a dicho cuerpo legal y por los representantes por él establecidos y en cuya virtud gozan de dicha capacidad de representación y afectación general¹³.

Las dificultades de gestión se incrementaban en caso de descuelgue salarial extraconvencional o cuando de alguna forma el convenio primase su bilateralidad; la ausencia de una representación colectiva hacía en puridad imposible el acuerdo de empresa tanto de descuelgue como la determinación las nuevas condiciones (art. 82.3 ET)¹⁴, dejándose a lo sumo y como única salida en manos de la Comisión Paritaria y subsiguientes medios de solución extrajudicial de conflictos¹⁵. La aceptación de los trabajadores, aún mediando designación de representación *ad hoc*, devenía imposible a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre vulneración de libertad sindical y pactos en masa y por supuesto, del necesario respeto a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios¹⁶. Finalmente y por descontado, estaba descartada la posibilidad de modificación de condiciones pactadas en convenio estatutario.

A la vista de lo expuesto y de manera cada vez más evidente, era necesario articular un sistema de representación colectiva de los trabajadores para el caso en que no existiese representación legal de aquéllos. En este caso la adaptación

¹¹ M. Correa Carrasco, “Acuerdos de empresa...”, cit., págs. 40, 41, 46 y 47.

¹² Los convenios extraestatutarios tienen eficacia limitada y que ni tan siquiera pueden pretender fijar condiciones de trabajo con proyección de generalidad (M^aM. Ruiz Castillo, “Los límites de los llamados convenios colectivos extraestatutarios”, *Temas Laborales*, n^o 98, 2009, págs. 190 a 197. Por todas: STS. 9-3-2011, rec. 118/2010. Sobre la diferencia entre acuerdo y convenio extraestatutario y su mayor similitud al estatutario: M. Correa Carrasco, “Acuerdos de empresa...”, cit., págs. 53, 54, y nota anterior.

¹³ A. Álvarez del Cuvillo, “Los acuerdos de reestructuración empresas sin representantes unitarios de los trabajadores”, *Temas Laborales*, n^o 67, 2002, pág. 122. En contra, la eficacia *erga omnes* deriva de la elección democrática y del art. 37.1 CE: R. Roqueta Buj, “La flexibilidad...”, cit., págs. 61 y 62.

¹⁴ J. Molins García-Atance, “El descuelgue salarial y la reducción temporal de jornada”, *Aranzadi Social*, n^o 2/2010; D. Toscani Giménez, “El descuelgue salarial”, comunicación a las XXII JCDS, 2011.

¹⁵ SSTSJ Galicia 26-2-2004, JUR 118544; Canarias/Las Palmas 29-5-2008, AS. 1600. En contra: SSTSJ País Vasco 12-5-2009, JUR 371937 y 9-6-2009, JUR 370672. No obstante, el propio convenio puede prever el descuelgue mediando información y acuerdo con los trabajadores en defecto de tal representación (STSJ Galicia 9-7-1998, AS 1928); ahora bien, constituye un atentado contra la libertad sindical orillar la exclusiva intervención de los representantes de los trabajadores en aquellos centros en los que efectivamente exista representación (STSJ Cataluña 17-9-2008, JUR\2009\28825). No hay modificación convencional en la modificación horaria de los turnos, admitida en el mismo convenio mediando información y consulta con los representantes de los trabajadores, y sin exigir negociación (STS. 16-11-2012).

¹⁶ M^a E. Casas Baamonde, “Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses (y II)”, *Relaciones Laborales*, T. I, 1995, págs. 37 y 38.

al derecho comunitario no ha sido una razón¹⁷. Era necesario facilitar o hacer posibles para el importantísimo sector económico de la pequeña y mediana empresa, los instrumentos de gestión flexible interna y externa de los referidos preceptos¹⁸, simplificando, introduciendo la regla de las mayorías, y dotando de eficacia general y directa a un novísimo acuerdo colectivo. Un acuerdo hábil por fin a efectos de autorización/homologación por la autoridad laboral, que permitiese el descuelgue del convenio, y que sirviese igualmente a efectos de la presunción de concurrencia de causa justificativa de la medida y restricción de la causa de impugnación. Finalmente, era más que evidente la necesidad de dotar de seguridad jurídica a tales instrumentos de gestión en esa franja tan importante como es la pequeña y mediana empresa.

Los objetivos comienzan a cumplirse con el RDL 10/2010, de 10-2, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, si bien su configuración y régimen jurídico se irá perfilando a lo largo de las sucesivas reformas de 2010 a 2012. Ya de partida, las comisiones *ad hoc* se introducen a través del referido RDL como medida facilitadora de la flexibilidad interna en los arts. 40, 41 y 82.3 ET. Con la L. 35/2010 se extienden las consultas con las comisiones *ad hoc* al despido colectivo, y a su través a la suspensión y reducción de

¹⁷ Sectores doctrinales apuntaron un posible incumplimiento del efecto útil de la Directiva comunitaria 75/129/CEE a la luz de la STJCE de 8-6-1994 [B. Fernández Docampo, “La información y la consulta en los despidos colectivos: la necesaria adaptación del ordenamiento jurídico interno al comunitario en materia de representación”, en AAVV, “Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de las empresas”, MTAS, Madrid, 2006, págs. 456 y ss; F. Navarro Nieto, “Los despidos...”, cit., págs. 155 y 156. Véase también sobre transmisión de empresa: STJCE 8-6-1994, TJCE 1994/96]. No obstante, los arts. 62 y ss. ET garantizan la posibilidad de elección de delegado de personal en los centros de trabajo de más de 5 trabajadores, con lo que sólo quedarían excluidos de la representación legal aquéllos que materialmente no podrían cumplir los cánones cuantitativos del despido colectivo de la Directiva, referidos éstos por lo demás al centro de trabajo en tanto nuestro Derecho interno los remite al nivel de empresa [por todos: A. Costa Reyes, “Transmisión de empresa, despidos e insolvencia del empleador”, en AAVV –dir. F. Navarro, M.C. Rodríguez-Piñero y J.M. Gómez-, “Manual de Derecho Social de la Unión Europea”, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 314 a 316]. Y la inexistencia de representación derivaba de la propia voluntad de los trabajadores o a causa a ellos imputable, no sería en absoluto equiparable a su existencia condicionada respecto de la voluntad del empresario [J. Cruz Villalón, “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *Temas Laborales*, nº 44, 1997, págs. 62 y 63]. De hecho, la Directiva 92/56/CEE, de 24-6, por la que se modificaba la Directiva 75/129/CEE, finalmente prescindió de la expresa regulación de los supuestos de ausencia de representación en centros de menos de 50 trabajadores que sí incluía la propuesta de Directiva de la Comisión y que, por lo demás, se reducía a la obligación de información directa a los trabajadores [propuesta de 20-9-1991 (DOCE 30-11-1991, N^oC 310/5) y de 31-3-1992 (DOCE de 8-5-1992, N^o 117/10)]. En la redacción final tan sólo incluyó el art. 5 bis –actual art. 6-, una escueta referencia a la exigencia de garantías de tutela administrativa y/o judicial efectiva respecto de los representantes y/o los trabajadores. Exige que en todo caso se lleven a cabo las consultas con los trabajadores directamente en virtud de dicho art. 5 bis: J.L. Monereo Pérez, “Los despidos colectivos en el Ordenamiento interno y comunitario”, Civitas, Madrid, 1994, pág. 86.

¹⁸ Vid.: C. Sáez Lara, “Medidas de flexibilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, *Temas Laborales*, nº 115/2012, págs. 224 y ss.

jornada del art. 47 ET, por remisión al art. 41.4 ET., técnica que se generaliza en la regulación de las comisiones *ad hoc* de las consultas de los arts. 40, 47 y 82.3 ET. Unificado su régimen jurídico, el grueso de las previsiones que al respecto se integren en la regulación reglamentaria de los despidos colectivos, suspensiones y reducciones de jornada, deben serle en principio igualmente extensibles por analogía o, al menos, servir de pauta para el intérprete, hechas las salvedades derivadas de las especialidades de cada instrumento de gestión.

La última gran etapa, al menos de momento, se lleva a cabo con el RDL 11/2013, de 2 de agosto¹⁹, donde se introducen importantes reformas en la regulación estatutaria de los períodos de consultas/negociación de los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET y en los apartados 2 y 6 del art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. A la par, en adaptación impuesta por las modificaciones legales, se confiere nueva redacción en el mismo cuerpo normativo a diversos preceptos del RD. 1483/2012, 29-10 (Disp. final 4ª). Las razones declaradas para las importantes rectificaciones tanto estatutarias como reglamentarias son las muy urgentes de aportar seguridad jurídica, “*crucial tanto para las empresas como para los trabajadores, como se ha señalado en diversos pronunciamientos judiciales*”, y común a todos los supuestos de intervención de comisiones representativas de trabajadores en procedimientos de consulta. Como veremos, es evidente que dicha necesidad de seguridad jurídica deriva de la doctrina de la Audiencia Nacional. Ahora bien, de la Exposición de Motivos en absoluto se desprende una confesión, pues “*la necesidad de eliminar con carácter inminente las contradicciones derivadas de la existencia de una diferente regulación reglamentaria y legal*”, no se refieren a la regulación precedente, sino a lo que supondría cambiar el régimen legal, y no adaptar a la vez la regulación reglamentaria, con lo que se justifica su modificación simultánea en el RDL, “*permitiendo la aplicación inmediata de los cambios efectuados*”.

Es conveniente tener presente la dimensión social y económica que tienen como trasfondo las comisiones *ad hoc*. Medida en datos es realmente impo-

¹⁹ Para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 3-8). Respecto de la vigencia del nuevo régimen jurídico, tanto legal como reglamentario vid: Disp. Final 10ª y Trans.2ª.

nente²⁰, no ya sólo por la población laboral ocupada en pequeñas empresas, ni por la posibilidad -marginal o no- de que no se hayan celebrado elecciones en el centro de trabajo aún siendo posibles, sino porque también son beneficiarias las medianas y grandes empresas organizadas en una multiplicidad de centros de pequeña dimensión²¹.

2. UN REQUISITO DE PARTIDA: LA AUSENCIA DE REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES

2.1. Cuestiones previas: representación hábil y ámbito de las consultas

La posibilidad de designación de la comisión *ad hoc* como interlocutor válido en los períodos de consultas/negociación parte desde su origen en 2010 de un presupuesto habilitante, pues estaba destinado a “*las empresas en las que no exista representación legal*” de los trabajadores. Este era y sigue siendo un requisito *sine qua non*, como se ocupaba de aclarar ya entonces el primer párrafo art. 41.4 ET, pues “*en las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores*” el período de consultas se deberá realizar con los mismos, entendiéndose por tales tanto la representación unitaria como la sin-

²⁰ Para hacernos una idea aproximada, conforme a los datos publicados por el INE (DIRCE), del total de las empresas activas a enero de 2011, aproximadamente el 39,9% de ellas tenían de 1 a 9 trabajadores, y de las empresas que contaban con asalariados el 89,3%, contaba con menos de 10 trabajadores. En la distribución de la ocupación de los asalariados, de un total de 14.596.859, las microempresas de 0 a 9 trabajadores han ocupado en 2010 al 31,6% de los trabajadores, en definitiva, 4.617.159. Las siguientes en dimensión, las pequeñas empresas de entre 10 a 49 trabajadores, han ocupado al 17,4% de los trabajadores, es decir, 2.535.800. En lo que se refiere al año 2011, a 1 de enero de 2012 la distribución en porcentajes se mantiene en términos aproximados. Nuevamente, las microempresas vienen a suponer un 30,2% del empleo (4.076.179), y las pequeñas empresas, de entre 10 a 49 trabajadores, supone un 17,5% (2.360.300), frente a un total de 13.503.479 asalariados [Vid. “Retrato de las PYME 2012”, y “Retrato de las PYME 2013”]. Conforme a los datos del MTSS, en 2011 las empresas afectadas por los expedientes autorizados fueron un total de 16.094, de las que 8.612 eran de entre 1 y 9 trabajadores, 4.222 eran de 10 a 24 trabajadores, y 1.617 de 25 a 49. En cuanto a número de trabajadores afectados, fueron un total de 343.629, de los que 34.306 correspondían a empresas de entre 1 a 9 trabajadores, 52.415 de empresas de entre 10 y 24 trabajadores, y 41.744 en las de 25 a 49 [Anuario de Estadísticas del MESS 2011].

²¹ Una causa, la doctrina sobre Comité de empresa conjunto: SSTS 20-2-2008, RJ 1901; 28-5-2009, RJ 4553; y 7-2-2012, RJ 3752.

dical²².

Ahora bien, la redacción precedente podía, y de hecho así ha sido, inducir a confusión, pues exigía del intérprete un esfuerzo integrador de la regulación de ambas vías de representación que en absoluto innovaba ni podía. Cuando exigía que no hubiese representación legal de los trabajadores, entiendo que asumía que tal representación tenía que ser “hábil” para negociar el acuerdo que se pretendiese con el período de consultas. Caso contrario, de existir “en la empresa” pero no estar legitimada para negociar por los trabajadores afectados, sería un supuesto de ausencia de representación, con lo que estaríamos en un caso abierto a las comisiones *ad hoc*. El RDL 11/2013 viene a poner orden; introduce en la redacción legal no sólo la prelación entre los sujetos negociadores, sino que desciende –diríamos casi didácticamente- a clarificar la capacidad o ámbito de legitimación de aquéllos en aplicación de los principios generales de cada una de las representaciones y, por consiguiente, los supuestos concretos habilitantes de las comisiones *ad hoc*.

Y claro está, la legitimación para negociar depende del ámbito de las consultas. También en ésto y en contraste con la regulación precedente, el RD-L 11/2013 aporta claridad. Por un lado, eleva a rango legal lo que siempre se hizo reglamentariamente, y se generalizó por la doctrina y Tribunales para todos los procedimientos de consultas²³. Me refiero a la circunscripción de aquéllas y

²² En el caso de los períodos de consultas/negociación desde la reforma de 1994 se deducía de la literalidad de los arts. 40, 41, y 51 ET que debía entenderse incluida también la representación sindical [F. Navarro Nieto, “Los despidos...”, cit., págs. 139, 145 a 147; L.E. Nores Torres, “El periodo...”, cit., págs. 193 a 196]. La expresión originaria en el ET/80 sí debía entenderse limitada a la representación unitaria, aún cuando progresivamente, probablemente bajo la influencia de la promulgación de la LOLS y de la necesidad de resolver los problemas de representación en las empresas de estructura compleja, la Autoridad Laboral se fue abriendo a una interpretación más amplia que abarcaba a las secciones sindicales [véase: F. Durán López, “Análisis...”, cit, pág. 81. En este sentido, representación legal es exclusivamente la unitaria hasta la reforma del 1994: SSTS –sala de lo contencioso-administrativo- 15-12-1986, RJ 7152 y 16-12-1999, RJ 9562; y STS. sala de lo social de 29-6-1995, RJ. 6251]. También entre 2010-2013, deben entenderse por tales tanto los unos como los otros [R. Escudero Rodríguez, “Los márgenes dejados por la Ley a la negociación colectiva en materia de expedientes de regulación de empleo”, en AAVV –coord. R. Escudero-, “La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo”, MESS, Madrid, 2012, págs. 28 y 29; L.E. De la Villa Gil, “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, RGDTS, n° 23, 2011, pág. 4].

²³ Sin embargo, asume como ámbito la empresa, con centros no afectados, por ser el nivel legal y sin ponderación de voto: SAN 24-7-2013, n° 150. Críticamente, postulan su realización a nivel de empresa en todo caso: J.R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla, “Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 121; F. Navarro Nieto, “Los despidos...”, cit., págs. 140 y 142. Y lo reconoce como práctica general, salvo en caso de ERE esté muy focalizado por razones geográficas y productivas: M^aL. Molero Marañón, “El procedimiento en los expedientes de regulación de empleo”, en AAVV –coord. R. Escudero Rodríguez-, “La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo”, MESS, Madrid, 2012, págs. 180, 181, 183 y 200.

consiguiente interlocución, a la representación de los centros de trabajo afectados (arts. 40.2, 41.4, 47.1, 51.2 y 82.3 ET, éste último por remisión al 41.4). Por otro, dispone también a nivel legal que dicho ámbito de negociación será único, global, con una sola comisión negociadora. Con esto renuncia a la alternativa de negociación fragmentada, admitida y regulada a través de los RRDD 801/2011 y 1483/2012 en recepción de la práctica administrativa, y declarada *ultra vires* por la Audiencia Nacional en una ya consolidada doctrina por ser abundantemente reiterada²⁴.

2.2. El escaso espacio de las comisiones *ad hoc* frente a las secciones sindicales

La prioridad las secciones sindicales en la negociación de estos acuerdos como de los convenios de empresa o ámbito inferior, se establece a partir del RDL 7/2011, de 10 de junio. Pudiéramos pensar que con ello se les pretende dar por fin el trato merecido conforme a su supremacía constitucional (arts. 7, 28.1 y 37.1 CE) y a los Convenios y Recomendaciones de la OIT²⁵, en coherencia por lo demás con el art. 87.1 ET. Pero como se desprende de su Exposición de Motivos está muy presente el de facilitar acuerdos. Por un lado, aquéllas sólo podrán hurtar la negociación a la representación unitaria si son capaces, si de entrada están dispuestas, a alcanzar un acuerdo de eficacia general y así lo comunican²⁶. Por otra parte, el acuerdo con las secciones sindicales simplificará la negociación y permitirá su alcance a la empresa o a todos los centros de trabajo afectados. La reforma del RDL 11/2013 insiste aún más en ello, y por si cabía alguna duda añade que, en tal caso “*representarán a todos los trabajadores de los centros afectados*”.

Ahora bien, sin la existencia de tales representaciones legales en sentido estricto, es decir, si no hay representantes unitarios, la negociación con las

²⁴ SSAN 25-7-2012, AS 167; 28-9-2012, AS. 2515; 16-11-2012, AS. 2013/212; 22-10-2013, nº 184; 21-11-2012, AS. 2409, todas ellas respecto del art. 11.2 RD. 801/2011. Respecto del 27.2 y 28.3 RD. 1483/2012: SSAN 1-4-2013, JUR 2013/111737; 22-4-2013, nº sent. 80; 31-5-2013, nº sent. 112; 4-6-2013, nº sent. 113; 17-6-2013, nº sent. 127/2013; 4-7-2013, nº sent. 140. En contra: STSJ Las Palmas 26-2-2013, proc 18/2012.

²⁵ Convenios de la OIT nº 135 –al que se remite el convenio nº 158- y 154 y Recomendaciones OIT nº 91 y 143. Vid: A. Ojeda Avilés, “La representación unitaria: el “*faux ami*”, RMTAS, nº 58, págs. 347 a 358.

²⁶ R. Escudero Rodríguez, “Los márgenes dejados por la Ley a la negociación colectiva en materia de expedientes de regulación de empleo”, en AAVV –coord. R. Escudero-, “La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo”, MESS, Madrid, 2012, pág. 30. En este sentido, por ejemplo: SSAN 18-6-2012, JUR 217485; 28-9-2012, AS. 2515.

secciones sindicales está por completo descartada²⁷, pues no hay prevista en los preceptos estatutarios de aplicación –a que se remite el art. 8.2.b) LOLS– una fórmula de representatividad alternativa a la de la audiencia electoral. Y así lo deja muy claro el art. 41.4, párr. 2º tras el RD-L 11/2013, en expresión de las exigencias generales de legitimación inicial y plena para negociar tales acuerdos –y por descontado convenios de eficacia general–, ahora sin género de dudas circunscritas legalmente al conjunto de los centros afectados²⁸.

Por tanto, caso de empresas con un solo centro de trabajo o con un solo centro de trabajo afectado, la apreciación del presupuesto era y es sencilla; de no existir representación unitaria en dicho centro, tampoco podrían negociar las secciones sindicales. De ser una pluralidad los centros de trabajo afectados y la comisión negociadora –ahora necesariamente– única, las secciones sindicales de empresa que ostenten la mayoría de dicha representación en el conjunto del ámbito afectado estarán legitimadas para negociar por todos ellos²⁹. Y esto es así aún cuando tan sólo uno de aquéllos cuente con representación unitaria; la distinta naturaleza de la representación sindical, sostiene esta capacidad representativa genérica del sindicato³⁰ sin necesidad alguna de un aditamento democrático por parte de los trabajadores a través de la designación de las comisiones *ad hoc*. Es más, la designación en tales casos de comisiones *ad hoc* por parte de los centros carentes de representación unitaria con pretensión de constitución de una comisión negociadora “híbrida” constituiría en puridad un atentado contra la libertad sindical (art. 28.1 y 37.1 ET), a salvo, claro está, de su libre aceptación por todos y cada uno de los sindicatos legitimados, y con posibilidad, en todo caso y en cualquier momento, de prescindir del consenso de aquéllas³¹. Y lo mismo cabe decir de la participación en las negociaciones de los representantes unitarios una vez esgrimido el derecho de las secciones sindicales. En este sentido la nueva

²⁷ J. Cruz Villalón, “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010, R.L., nº 21-22, pág. 98; J.R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla, “Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 121, 124 y 125; MºL. Molero Marañón, “El procedimiento...”, cit., pág. 190.

²⁸ En contra, y aún aceptando que la inaplicación del convenio no se extienda a toda la empresa, parece remitir el ámbito de la negociación al de la causa y no de la aplicación de la medida: F. Navarro Nieto, “El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos”, *Temas Laborales*, nº 120, págs. 251 y 252.

²⁹ F. Navarro Nieto, “Los despidos...”, cit., pág. 147.

³⁰ En esta línea: J.L. Monereo Pérez, “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *Temas Laborales*, nº 115/2012, pág. 338.

³¹ Podría quizá compararse la solución aportada por las SSAN 26-4-2013, nº sent 84 y 11-11-2013, nº sent. 198, puesto que faltó, según parece, objeción, si bien la razón no es la dificultad en la ponderación del voto, que podría resolverse, y desacertado, como hace la primera, hablar del “incremento de la legitimidad democrática del proceso” con la participación de las comisiones *ad hoc*, salvo cuestionamiento del sistema general de medición de la representatividad sindical. Por otra parte, la vulneración de la libertad sindical es indiferente de si el acuerdo obtenido es más favorable: STC 225/2001, 26-11.

regulación promueve el abandono de las prácticas más informales de negociación³²; el orden de prelación es incuestionable y, como veremos, la comisión representativa tendrá que constituirse antes del inicio del período de consultas.

2.3. El mayor espacio de las Comisiones ad hoc frente a la representación unitaria

Por ser nuestra representación unitaria electiva y de centro de trabajo³³, tiene capacidad negociadora exclusivamente en dicho ámbito o, unidad electoral³⁴, sin posibilidad de su extensión a otros centros de trabajo de la misma empresa (arts. 62.1 y 2, y 63.1 ET)³⁵. Sin embargo, no ha sido ésta la postura mantenida por la Audiencia Nacional, separándose de su criterio inicial por el que exigía, caso de negociar la unitaria, la designación de las comisiones *ad hoc* por centro sin representantes, y en cambio, reconocía la habilidad de las secciones sindicales para negociar en toda la empresa³⁶. Por el contrario, ha interpretado como requisito habilitante de las comisiones *ad hoc*, al menos hasta la reforma de 2013, la más absoluta inexistencia de representantes unitarios en la empresa, asumiendo que éstos pueden representar a los trabajadores más allá de su ámbito electoral y tolerando en tal caso las comisiones *ad hoc* como meros aditamentos de representación, innecesarios y bajo condición de su aceptación no ya por las secciones sindicales, sino por la referida representación unitaria externa a tales centros y aseguramiento de la ponderación del voto en

³² Como es el caso de negociación simultánea con secciones sindicales, representación unitaria y trabajadores sin representación o –una vez prevista legalmente- con su representación designada (Véase: M^oL. Molero Marañón, “El procedimiento...”, cit., págs. 185 y 186).

³³ C. Sáez Lara, “La representación colectiva de los trabajadores en la empresa”, RMAS, n^o 58, págs. 317, 321 y ss.

³⁴ Vid, por ejemplo: STSJ Madrid 17-1-2006, JUR 2006/90346.

³⁵ SSTS (c-a) 24-3-1988, RJ 2507 y 15-3-2002, RJ 5046. Por eso el Tribunal Supremo ha declarado la nulidad total del convenio cuyo ámbito se extiende a toda la empresa cuando es negociado por la representación unitaria de un centro por carecer de capacidad convencional para ello (arts. 62.2, 87.1 y 88.1 ET) SSTS. 7-3-2012, Roj. 2266/2012; AN 24-4-2013, n^o sent. 81/2013 –separándose de la solución dada previamente en la SAN. 16-4-2012, n^o sent. 36/2012 en que declara tan sólo la nulidad parcial-. También, respecto de legitimación en conflicto colectivo, por todas: SSTS 30-9-2008, RJ 7360 y 2-7-2012, RJ 8562. En este sentido, respecto de la inaplicación del convenio y modificación de condiciones: STSJ. Canarias/Las Palmas 5-3-2013, n^o sent 319.

³⁶ SAN 18-6-2012, JUR 217485 –modificación sustancial que afecta al conjunto de la empresa-; véase también SAN 28-9-2012, AS. 2515 –despido colectivo-; SAN. 26-4-2013, n^o sent 85 –comité intercentros-. En este sentido, declaran conforme a derecho el despido colectivo, por ejemplo: SAN 6-3-2013, n^o sentencia 36/2013, Roj. 1022.

la subsiguiente comisión “híbrida”³⁷. No repara en que con que con ello está contraviniendo la regulación básica y el carácter democrático de aquéllas.

Siguiendo con nuestros postulados, y así lo refleja el actual art. 41.4 ET, de negociar la representación unitaria necesariamente nos encontraríamos ante el supuesto de inexistencia de representación en los centros afectados que careciesen de aquélla. En la prelación de sujetos establecida por el RDL 11/2013, caso de ser varios los afectados se reconoce al Comité Intercentros su intervención preferente a las representaciones parceladas de centro de trabajo, por supuesto, “*siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación*” (art. 41.4.b) ET). Por tanto, se eleva a rango legal y con carácter promocional lo que no era sino una especificación –que no una innovación reglamentaria-³⁸ ya establecida tanto en el RD 2011 (art. 4.1) como en la redacción originaria de su sucesor 2012 (art. 26.2). Clarifica también a nivel legal su carácter secundario frente a la preferencia de las secciones sindicales, despejando así las dudas que se suscitaban bajo las precedentes normas, prontamente resueltas en el mismo sentido por la doctrina bajo la amenaza, caso contrario, de ilegalidad³⁹.

Pero el Comité Intercentros no puede soslayar su naturaleza. Como órgano de representación unitaria de segundo grado y no sindical⁴⁰, no puede desprenderse de los límites sobre los que se asienta: no tiene posibilidad de abarcar a los centros de trabajo sin representación o a los que no les sea de aplicación el convenio, o en términos más generales no hayan contribuido a su

³⁷ Por todas: SSAN 16-11-2012, AS. 2013/212; 21-11-2012, AS. 2409; SAN 22-3-2013, nº sent. 54; 1-4-2013, nº sent. 59; 22-3-2013, nº sent. 54; 22-4-2013, nº sent. 78/2013, Roj. 1675, reitera doctrina *obiter dicta*; SAN 26-4-2013, nº sent. 84 –reitera doctrina, si bien negocian las secciones sindicales; 17-6-2013, nº sentencia 127/2013; 24-7-2013, nº sent. 150; 9-10-2013, nº sent. 176; 11-10-2013, nº 177; 22-10-2013, nº 184; 18-11-2013, nº sent. 202. En contra: STSJ. Canarias/Las Palmas 5-3-2013, nº sent. 319.

³⁸ A tenor de su configuración legal (art. 63.3 ET), el Comité Intercentros siempre ha podido asumir el papel de interlocutor en las consultas y adopción de los acuerdos objeto de estudio si así se lo reconocía la norma colectiva. No parece exigible una atribución específica pues se ha impuesto una suerte de presunción de su competencia negociadora, y su identificación como el interlocutor, respecto de las cuestiones que trascienden al ámbito del centro de trabajo [por ejemplo: SS. TS 7-4-2004, RJ. 2984; 23-9-2003, RJ. 7311; 25-7-2000, RJ. 7644; 14-10-1993, RJ. 7599]. En el tránsito del reglamento a la ley tan sólo se ha perdido la referencia al “*órgano de naturaleza similar creado mediante la negociación colectiva*”, simplificación que evita errores interpretativos respecto de una alusión a auténticos comités intercentros sencillamente designados de forma diversa por el Convenio Colectivo [Vid.: R. Escudero Rodríguez, “Los márgenes dejados por la ley...”, cit., pág. 29].

³⁹ J. Cruz Villalón, “El nuevo reglamento de los procedimientos de regulación de empleo”, *Temas Laborales*, nº 111/2011, pág. 43; SAN. 26-4-2013, Roj. 1825.

⁴⁰ SSTs -6-1996, RJ. 5746; 12-12-1990, RJ. 9776; 14-7-2000, RJ. 9642; 5-2-2001, RJ. 2143; 6-10-2001, RJ. 2002/2018. Por tanto, no será titular del derecho de libertad sindical (STS 25-10-1999, RJ. 9498), salvo que se vea afectada la libertad sindical de los sindicatos presentes en ella, como pueda ser en el caso de que tenga atribuidas facultades negociadoras (S. TC 137/1991, de 20-6).

composición⁴¹. Por consiguiente, su prevalencia lo es tan sólo respecto de la representación de los centros que cuentan con ella. Para los centros sin representación quedan abiertas las posibilidades previstas en el art. 41.4.b).2^a ET; en definitiva, designación de comisión *ad hoc* o atribución de su representación al Comité Intercentros, entendiéndose también a él atribuida en defecto de opción por aquélla en interpretación sistemática con el resto de la letra b) del art. 41.4 ET. Como vemos sí es posible la extensión de su ámbito de representación a través de esta vía legítima y automática.

En la misma línea argumental resulta necesario matizar la primera impresión que puede dar el apartado b.2^a del art. 41.4 ET, y que inmediatamente se corrige en su 2º párrafo. No es que el período de consultas/negociación se realice sólo con los representantes legales de los trabajadores salvo que los centros sin representación designen la comisión *ad hoc*. Por el contrario, aquéllos requieren de su propia representación y en puridad sólo a ellos corresponde atribuir dicha representación electiva, aún cuando en su defecto, ante su expresa decisión o pasividad sólo a ellos imputable –que no a los restantes representantes de los trabajadores ni a la empresa⁴²–, es decir, cuando de sus propios actos se desprenda que “*que opten por no designar la comisión*” en tiempo y forma, se establece una atribución legal de dicha capacidad representativa al conjunto de la representación unitaria de los centros afectados. El asunto tiene su trascendencia, como demuestra el hecho de su inclusión en un párrafo que caso contrario no tendría sentido por reiterativo respecto de lo dicho en el inmediatamente precedente; no puede hurtarse a los trabajadores la posibilidad de elección, participación y dificultar o de alguna forma disminuir su libertad de decisión⁴³. Caso contrario, lejos de considerarse un defecto menor susceptible de fácil compensación, por ejemplo, por su menor trascendencia hipotética en los resultados⁴⁴, debe someterse a una rigurosa valoración que podría provocar bien la nulidad del procedimiento, bien –de ser la opción de la comisión *ad hoc* sindical la especialmente afectada– la declaración de la

⁴¹ F. Navarro Nieto, “Los despidos...”, cit., págs. 143 y ss; C. Sáez Lara, “La representación...”, cit., pág. 323. En esta línea: STS 30-11-2010, RJ. RJ 2011\1359; SAN. 26-4-2013, nº sent 85 – respecto de un comité intercentros compuesto por representantes de todos los centros por decisión arbitral, superando el ámbito del convenio–.

⁴² SAN 19-12-2012, nº sent 168.

⁴³ Así, del análisis de los expedientes de los ERES tras la L. 35/2010 se desprende la práctica habitual de información de la empresa a los trabajadores exclusivamente de la opción de la comisión interna, dirigiendo así a los trabajadores y promoviendo ésta en detrimento de la sindical o externa (M^aL. Molero Marañón, “El procedimiento...”, cit., pág. 192.

⁴⁴ Considero un exceso de tibieza lo contrario, así como sacralizar la tesis de los actos propios en detrimento de la defensa de la legalidad [vid, por ejemplo: SAN 11-10-2013, nº sent. 177].

vulneración de la libertad sindical⁴⁵.

En mi opinión, la estructura y formulación del art. 41.4.b).2ª ET obedece, entre otras a la impuesta necesidad de conciliar el régimen jurídico de la representación unitaria con la doctrina de la Audiencia Nacional, soslayando prudentemente los errores en que incurre ésta para reformularla en una regulación promocional de la representación unitaria frente a la comisión *ad hoc*, claro está compatible con su régimen legal.

3. NATURALEZA, COMPOSICIÓN, IMPLICACIONES CON LA LIBERTAD SINDICAL Y MANDATO DE LA COMISIÓN *AD HOC*

La composición de la comisión *ad hoc* está actualmente prevista en el art. 41.4.a) ET. De conformidad con dicho precepto a elección de los trabajadores del centro afectado, la comisión *ad hoc* podrá componerse bien por sujetos externos a la empresa o bien por los propios trabajadores. Y por tal motivo he optado por designar distintivamente a tales comisiones según este criterio subjetivo o característica consignada expresamente por el legislador⁴⁶. Se han utilizado otras denominaciones, entre las que destaca aquella que designa como sindicales nuestras comisiones externas, y como laborales nuestras comisiones internas⁴⁷. En mi opinión la comisión interna puede eventualmente ser una clara expresión de una opción sindical amparada por el art. 28.1 CE, sin que ni una ni otra comisión se ajuste plenamente a los parámetros clásicos de diferenciación entre ambas representaciones.

3.1. La Comisión ad hoc externa

Es relativamente fácil advertir la naturaleza sindical de la comisión *ad hoc* externa que impone, precisamente, que la designación de sus componentes quede en manos de los propios sindicatos como expresión de su derecho de libertad sindical en sus vertientes de autoorganización y acción sindical (arts. 28.1 CE y 2.2.a) y d) LOLS)⁴⁸. En puridad, por tanto, los trabajadores

⁴⁵ Debería abordarse desde esta perspectiva y ofrecer una tutela real frente a los obstáculos a la comisión externa, como son aquéllos que privan de visibilidad a dicha opción [vid, restando trascendencia: SSAN 28-9-2012, nº sent 106 y 30-7-2013, nº sent. 154; STSJ Madrid 8-4-2013, nº sent 251]. En esta línea, denuncia la tendencia legislativa a la degradación de los derechos fundamentales: A. Baylos Grau, “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral de 2012”, Revista de Derecho Social, nº 61, págs. 26, 27 y 32.

⁴⁶ J. Cruz Villalón, “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, cit., pág. 100.

⁴⁷ L.E. de la Villa Gil, “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, RGDTS, nº 23, 2011, pág. 3.

⁴⁸ L.E. de la Villa Gil, “Comisiones...”, cit., págs. 10, 12, 14 y 17. Cfr. también con el art. 88.3 ET.

no podrían condicionar los nombres de dicha designación. Y por los mismos motivos y porque además supondría interpretado literalmente una inadmisibile injerencia de la patronal⁴⁹, tampoco podría hacerlo la comisión paritaria del convenio. Desde esta perspectiva podría considerarse acertada la corrección por la L. 35/2010 de la redacción inicial ofrecida por el RDL 10/2010, que atribuía la designación de los miembros de la comisión externa a la comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a la empresa. Pero no lo es tanto si para darle sentido y salvar su constitucionalidad, tal atribución se interpretase como una competencia, no por ello menos importante y necesaria, de gestión centralizada del proceso⁵⁰.

Con el RDL 7/2011 la intervención de la comisión paritaria en relación a las comisiones *ad hoc* pasa a formularse como contenido mínimo del convenio pero de significado excesivamente ambiguo, pues tan sólo se refiere a “la intervención que se acuerde”. De nuevo, no podrá ser en propiedad la de designación de la comisión sindical, pero sí alcanzar ese relevante papel de gestión en la formación de la comisión externa o facilitar, asistir o vigilar de algún modo la constitución de las comisiones internas y el desarrollo de las consultas⁵¹. Pero la letra de la ley daba pie a interpretar que se pretendía también abrir la posibilidad de atribución a la comisión paritaria de un papel de suplencia de tales comisiones, así como de priorización de la comisión sindical⁵² al menos cuando de la modificación del convenio se tratase, a la vista de los procedimientos expresamente referidos y en consonancia del novedoso 85.3.h).2º ET. No parece ser esa la interpretación correcta, tanto por las razones arriba expuestas, como porque a falta de mayor claridad, supondría una flagrante contravención del art. 41.4 ET que deja en manos de los trabajadores la elección entre una y otra comisión y a los sindicatos la de designación de los

⁴⁹ S. González Ortega, “El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación”, en AAVV –coords. F. Rodríguez Sañudo y E. Carrizosa Prieto-, “El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa”, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 153.

⁵⁰ R. Escudero Rodríguez, “Negociación colectiva, empleo y flexibilidad de entrada e interna a la luz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de reforma del mercado de trabajo”, en AAVV. “La contratación y el empleo en la negociación colectiva. XXII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva”, Madrid, CCNCC, 2011, pág. 54).

⁵¹ J.M^a Goerlich Peset, “Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de la ultratractividad”, en AAVV –dir. I. García-Perrote Escartín y J.R. Mercader Uguina-, “La reforma de la negociación colectiva”, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 115.

⁵² P. Nieto Rojas, “Comisiones *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores”, en AAVV –coord. R. Escudero Rodríguez-, “La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012”, Cinca, Madrid, 2012, págs. 66 y 67, 70 y 71 –si bien no puede hurtar la decisión entre una y otra comisión, pues corresponde a los trabajadores-. Cuestión que también se plantea: J.M^a Goerlich Peset, “Contenido...”, cit., pág. 115.

miembros de su composición⁵³. De hecho, el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014 no asume tal posición, y sencillamente trata de promocionar la comisión sindical en el ámbito de dicha inaplicación convencional (Cap. IV). Como vemos, si de la inexactitud se pasó a la imprecisión, finalmente con el RDL 3/2012 en adelante, se omite toda referencia a las posibles competencias de la comisión paritaria en relación a las comisiones *ad hoc*. Sin embargo, y aún cuando ahora nada se diga al respecto, parece indudable que este sería un medio correcto, recomendable y muy útil de gestión y vigilancia del proceso, muy en especial, de pretenderse la modificación de convenio.

Volviendo sobre la naturaleza sindical de la comisión externa, en consecuencia se encuentra amparada por el art. 28.1 CE⁵⁴, que a su vez garantiza la presencia en la comisión de los sindicatos legalmente seleccionados en proporción a su representatividad. Queda excluida, por tanto, la posibilidad de que los trabajadores elijan una comisión externa compuesta por sindicatos distintos de los consignados en el art. 41.4.a) ET, como también la libre elección entre ellos en vulneración de dicha regla de proporcionalidad⁵⁵. La limitación de los sujetos sindicales intervinientes se erige así en una renovada expresión de un apoyo selectivo a los sindicatos cuya legitimidad constitucional, aún tratándose del ámbito de la empresa⁵⁶, viene garantizada entre otras razones por no ser exclusiva de los más representativos al estar compartida por los suficientemente representativos del sector⁵⁷; aparte del hecho de ser subsidiaria a la intervención voluntaria de las secciones sindicales de la empresa, que en

⁵³ F. Navarro Nieto, “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, en AAVV, “Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma de 2012”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDT, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 953. En esta línea, vid: STSJ Islas Canarias/Las Palmas 19-6-2013, nº sent 978. Véase también, con carácter general: STSJ Andalucía/Granada 22-5-2013, nº sent 1030.

⁵⁴ R. Escudero Rodríguez, “Los márgenes...”, cit., pág. 34.

⁵⁵ Críticamente: F. Navarro Nieto, “La reforma...”, cit., pág. 957.

⁵⁶ Téngase presente que la utilización del criterio de la mayor representatividad como selectivo –o al menos exclusivo– respecto de mejora o atribución de derecho en el ámbito de la empresa es más que cuestionado, pues no se puede considerar razonable desatender la representatividad efectiva que en dicho ámbito ostente el sindicato y que debe ser, precisamente, el criterio indudablemente lícito o prevalente [SS. TC 137/1991, de 20 de junio; 188/1995, de 18 de diciembre; SS. TS de 23-11-1993, RJ. 8933; 25 de abril de 2005, RJ. 6285; 15 de julio de 2005, RJ. 9236; de 16 de enero de 2006, RJ. 2293; de 5 de marzo de 2007, RJ. 2128. Véase también: SSTS 3-2-1998, RJ 1431; 2-6-1997, RJ. 4617; 23-7-2008, RJ. 7212; STSJ Castilla y León/Valladolid 7-3-2005, AS. 544; STSJ Canarias/Las Palmas 30-4-2004, AS. 1884; Madrid 19-11-2002, AS. 2003/95717].

⁵⁷ El RDL 10/2010 se refería a los representativos del sector. La versión de la L. 35/2010 evita cualquier duda pues éstos son los que están legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio de aplicación a la empresa (arts. 7.2 LOLS y 87.2.c ET).

el común de los casos será posible sin requerir tal designación, posible como veremos, a través de la comisión *ad hoc* interna junto al resto de sindicatos con implantación en la empresa⁵⁸.

Los cánones de su presencia proporcionada se remiten al convenio colectivo de aplicación en dicha empresa que, según parece a tenor de los sindicatos seleccionados se presume sectorial. Y ello, podría pensarse, debido a la también presunción de que en el común de los casos no habrá representación de los trabajadores en la empresa que negocie el convenio. Si fuese así, la solución no debería ser la misma caso de ser de aplicación el convenio de grupo o pluralidad de empresas, empresa o de ámbito inferior.

Como se evidencia en particular en el caso de descuelgue del convenio colectivo, y recordemos las soluciones son comunes a todos los supuestos abordados de consulta/negociación para las comisiones *ad hoc*, en un primer acercamiento parece que lo más indicado –y hasta impuesto– a la luz del art. 28.1 en conexión con el 37.1 CE, es adaptar la selección de sindicatos intervinientes cuando se trata de un convenio de ámbito distinto al del sector. Así parece obvio en el supuesto muy particular de modificación del convenio franja, de manera que debería ajustarse su modificación a las reglas de su negociación⁵⁹. También parece la solución correcta si se trata de un convenio de grupo o pluralidad de empresas, solución viene además facilitada por su asimilación a efectos de legitimación con el convenio de sector. Y podría llegar a considerarse también la opción lógica de ser aplicable un convenio de empresa o incluso de centro, caso de que los afectados carezcan de representación. Pero en este caso, como en el del convenio franja de ámbito no sectorial, afirmar tal adaptación no haría sino limitar las posibilidades de la comisión externa. Téngase en cuenta que la comisión *ad hoc* sólo tiene cabida precisamente tras el desistimiento de las secciones sindicales, con lo que remitir necesariamente a los trabajadores a ellas –opción autodescartada–, sería tanto como restringir e incluso impedir la opción sindical “sectorial” que puede cubrir, precisamente, la ausencia o inactividad de las regentes en los niveles inferiores. Por otra parte, caso que éstas, por el motivo que fuese, no alcanzasen tal significación, tendrían abierta, como veremos, su participación a través de la comisión interna si así lo deciden los trabajadores.

⁵⁸ Vid, por todas: SS. TC 4/1983, 28-1; 12/1983, 22-2; 73/1984, 27-6; y 98/1985, 29-7 (negociación colectiva); 147/2001, 27-6 (subvenciones públicas); 263/1994, 3-10 (excedencia forzosa).

⁵⁹ Véase, una argumentación en este sentido, si bien la inaplicación del convenio franja lo remite necesariamente al sindicato del colectivo (art. 87.1 ET), en los demás periodos de consulta-negociación no es posible la negociación por franjas, por abarcar ésta global: SSAN 4-7-2013, n^o sent. 140 y 31-5-2013, n^o sent. 112/2013. El Comité de empresa puede alcanzar el acuerdo en caso de ERE que afecte a una franja de trabajadores del centro de trabajo: STSJ Madrid 17-1-2006, JUR 90346.

Desde esta perspectiva, como desde su consideración como un apoyo selectivo del sindicato que permite la presencia de unos intereses de más amplio alcance, los sindicatos del art. 41.4.a) ET, en los niveles de empresa e inferiores son los que efectivamente se mencionan.

3.2. La Comisión ad hoc interna

La legitimidad constitucional del referido apoyo selectivo a los sindicatos seleccionados por el legislador también queda salvaguardada por la posibilidad de designación de la comisión *ad hoc* interna, alternativa que no estaba prevista en el RDL 10/2010, y que se introduce con la L 35/2010. No en vano, la comisión interna estará integrada por “trabajadores de la propia empresa”, con lo que se faculta para la designación de trabajadores, no sólo de otros centros de trabajo, afectados o no afectados, sino presentados por cualquier sindicato o sección sindical con –menor o mayor- implantación en la empresa⁶⁰. Es cierto que en este aspecto la dicción literal del art. 41.4.a) ET es exacta a su precedente, como también que en su desarrollo reglamentario la especificación de tal posibilidad, asumiendo una consolidada práctica administrativa⁶¹, se hizo sólo respecto de la delegación en los representantes legales de otro centro (arts. 4.2.a) RD. 801/2011 y 26.3.a) RD 1483/2012)⁶². Sin embargo en mi opinión, dicho desarrollo no precluía ni explícita ni implícitamente otras posibilidades, que quedaban y aún quedan abiertas en la letra de la Ley, toda vez que claramente en el mismo párrafo el legislador utiliza ambos términos (centro/empresa) sin que sea posible en esta ocasión considerarlos equivalentes.

Por tanto, y pese a que la naturaleza de la comisión interna sea con mayor facilidad asimilable a la unitaria ya que viene a cubrir directamente su ausencia, es electiva y representa unitariamente al conjunto de los trabajadores de la, por así decirlo, unidad electoral, puede ser merecedora de idéntica tutela constitucional si la adscripción sindical ha sido tomada en especial consideración para su elección. Además tales características son comunes a ambas comisiones salvo, a lo sumo, la electiva, que en cualquier caso puede quedar matizada, como de hecho se admite respecto de la negociación del convenio franja por

⁶⁰ Ubica clara y exclusivamente dicha comisión, vagamente, en el art. 129.2 CE (R. Escudero Rodríguez, “Los márgenes...”, cit., pág. 34). La perspectiva que propongo no vincula la comisión interna a requerimientos derivados de la libertad sindical negativa, pues ésta no se vería cuestionada por el hecho de establecer la sindical como única pues en absoluto condiciona la afiliación ni financiación del sindicato (vid., por ejemplo, si bien respecto de convenios sectoriales: SSTC 4/1983, 28-1 y 12/83, 22-2).

⁶¹ Plantea su posible carácter *ultra vires*, pese a defender su carácter democrático, más favorable, y recoger una práctica administrativa consolidada: M^aL. Molero Marañón, “El procedimiento...”, cit., pág. 197.

⁶² Admite su validez: SAN 18-11-2013, n^o sent. 202.

las secciones sindicales, pues su designación se puede articular como un pseudo-procedimiento electoral⁶³. Como se ve, ni la comisión *ad hoc* externa ni la interna se ajustan exactamente a los cánones hasta ahora barajados respecto de la diferenciación entre las dos vías de representación en la empresa⁶⁴.

Puede ya adivinarse que por las mismas razones considero que también tras la reforma del RDL 11/2013 es posible la atribución de la representación a los “representantes legales de los trabajadores” de un concreto centro de trabajo de la empresa –afectado o no- tal y como se preveía en referidos precedentes. Es más, el art. 41.4.b).2^a ET/2013 para el supuesto de que sean varios los centros afectados, prevé su atribución legal al conjunto de la representación unitaria de aquéllos, subsidiaria a la efectiva designación de la comisión *ad hoc*. Por consiguiente y con más motivo, nada puede impedir, que los trabajadores por su libre voluntad decidan atribuir su representación a la de otros centros concretos, afectados o no –¿competidores o no?-, o a otra u otras comisiones *ad hoc*. De hecho, caso de ser centros afectados, la delegación se podría articular en cualquier caso a través de la selección de representantes de la comisión negociadora (art. 41.4.b).3^a y párrafo siguiente ET).

3.3. Número de miembros, forma de actuación y mandato

La comisión se compondrá de un máximo de tres miembros, lo que parece corresponderse con máximo previsto para las elecciones a delegados de personal, probablemente en atención a que el supuesto típico será el de un centro de menor dimensión a la prevista para la elección de comité de empresa. Como se desprende de la literalidad del art. 41.4.a) ET, el número de miembros posibles es un máximo, siendo factible una comisión *ad hoc* de un número inferior, ya sea uno o dos⁶⁵. Ello, por otra parte, también está en la línea del régimen de las elecciones a delegados de personal en que ni tan siquiera se exige que las candidaturas estén completas⁶⁶; claro está, no tendría sentido exigir unos

⁶³ F. Fuentes Rodríguez, “Los convenios colectivos de franja”, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 158 a 163; A. Merino Segovia, La legitimación para negociar convenios colectivos de eficacia general, Bomarzo, Albacete, 2005, pág. 37 y ss.; M. Nogueira Gustavino, La negociación colectiva”, en AA.VV. (Coords. R. Escudero y J. R. Mercader), Manual jurídico de los representantes de los trabajadores, La Ley, Madrid, 2004, págs. 641 y ss.; N. Tomás Jiménez, “Los sujetos...”, Comares, Granada, 2013, pág. 326.

⁶⁴ L.E. de la Villa Gil, “Comisiones...”, cit., págs. 23 y 24.

⁶⁵ R. Roqueta Buj, “La flexibilidad...”, pág. 54; S. González Ortega, “El ejercicio...”, cit, pág. 151.

⁶⁶ Arts. art. 71.2.a) ET y 8.2 y 3 RER. Véase: J. Cruz Villalón, “Presentación y proclamación de candidaturas”, en AAVV-coord. M^a José Romero Rodenas-, “Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales”, Bomarzo, Albacete, 2006, pág. 165.

requisitos más rigurosos que los previstos para tales elecciones⁶⁷. Entonces, la utilización del término “comisión” no impone la pluralidad de sus componentes, pero sí supone la actuación conjunta de los mismos regida bajo la regla de las mayorías⁶⁸, en definitiva, lo que el art. 62 ET denomina “mancomunadamente”, evitando no obstante el uso de dicho término quizá por las numerosas críticas que en su día mereció. En cuanto a su carácter colegiado⁶⁹, el legislador tampoco se lo atribuye probablemente porque el carácter informal, sencillo, exprés, de ésta fórmula de representación *ad hoc* se compadece mal con las exigencias de institucionalización propias del un órgano colegiado. En cualquier caso, puede ser realmente intrascendente el número de miembros que lo integren⁷⁰, pues como veremos tan sólo afectará a su funcionamiento interno y no, así, en sus relaciones externas. Por otra parte, nada impide la elección, a la par y sin esperar eventualidades, de sus sustitutos⁷¹.

En particular respecto de la comisión externa, cabría plantearse si mediante la distribución de los puestos se tiene que garantizar que los miembros de la misma alcancen igualmente la legitimación plena⁷². Los términos legales se remiten exclusivamente a la legitimación inicial⁷³, lo que se confirma por la ausencia de exigencia de unos mínimos de representatividad global y su limitación a tres miembros. La distribución de los puestos se hará en función de la representatividad que ostente cada cual en el sector de actividad de que se trate⁷⁴. Por consiguiente, los sindicatos más representativos podrán resultar ocasionalmente desplazados⁷⁵, como por otra parte no impide el art. 6.3.b) y 7.1 LOLS, que en materia de negociación remiten a los preceptos estatutarios. Finalmente, caso de no existir representación unitaria en el sector de actividad a que pertenezca la empresa o centros de trabajo afectados, corresponderá en exclusiva a los más representativos, en aplicación del art. 88.2.º ET.

Finalmente, por razón de su finalidad negociadora de eficacia general y su atribución legal incondicionada, su mandato constituye una representación

⁶⁷ En contra, el máximo de miembros es una exigencia ineludible: L.E. de la Villa Gil, “Comisiones laborales y comisiones sindicales...”, cit., págs. 8 a 10.

⁶⁸ Vid.: SAN. 13-5-2013, nº sent. 93/2013 –F.J. 4º.

⁶⁹ Son órganos colegiados: L.E. de la Villa Gil, “Comisiones laborales...”, cit., pág. 23.

⁷⁰ No siempre se respeta (vid. M^ºL. Molero Marañón, “La negociación colectiva...”, cit., pág. 193).

⁷¹ Vid., por ejemplo: SAN 22-3-2013, nº sent. 54.

⁷² S. González Ortega, “El ejercicio...”, cit., págs. 153 y 154; P. Nieto Rojas, “Comisiones...”, cit., pág. 70.

⁷³ J. Cruz Villalón, “La flexibilidad interna...”, cit., pág. 101.

⁷⁴ Y en su caso el voto ponderado [sobre comisión negociadora en general: STS. 23-1-2012, RJ 2146].

⁷⁵ Por el contrario, un sector doctrinal parece sostener la presencia incondicional del sindicato más representativo y sólo adicional del representativo del sector o del ámbito de que se trate: L.E. de la Villa Gil, “Comisiones laborales...”, cit., pág. 14; J. Cruz Villalón, “La flexibilidad interna...”, cit., pág. 101.

de intereses y no de voluntades, con lo que sus decisiones no son susceptibles de condicionamiento mediante asamblea, salvo indirectamente si se considera revocable a través de vía similar a la de su designación, sin operar por tanto los límites procedimentales, y ni tan siquiera por analogía los materiales –no es un convenio colectivo– del art. 67.3 ET⁷⁶. Delimitado el mandato material y objetivamente, no culmina con el período de consultas y, en su caso, la adopción del acuerdo, sino que se extiende potencialmente a los asuntos vinculados a aquél, cual es la participación en la comisión de seguimiento de su aplicación caso de estar prevista⁷⁷, así como para la impugnación de la medida o del acuerdo⁷⁸. De la misma manera, y en cuanto firmantes del acuerdo, estarán legitimados pasivamente caso de su impugnación como en la acción de jactancia (art. 124.3 y 4 LRJS)⁷⁹.

4. ATRIBUCIÓN DE REPRESENTACIÓN: ÁMBITO Y PROCEDIMIENTO

4.1. Ámbito

El ámbito de la atribución de representación y en su caso designación de la comisión *ad hoc* es el centro de trabajo, siguiendo los parámetros básicos de la representación unitaria que, en definitiva, viene a suplir. Así se desprende del art. 41.4.a).1 ET, que se refiere al “centro de trabajo”. También al regular

⁷⁶ SJuzgado nº 3 Girona 8-6-2000, AS 2746.

⁷⁷ R. Escudero Rodríguez, “Negociación...”, cit., pág. 56; P. Nieto Rojas, “Comisiones...”, cit., pág. 67.

⁷⁸ La referencia a “representantes legales de los trabajadores” tanto del art. 51 ET como del 124.1 LRJS engloba a las comisiones *ad hoc*. Carece de sentido y sería contrario al derecho de tutela judicial efectiva limitar esta capacidad de impugnación a una representación que conforme al art. 51 ET es representación legal de los trabajadores, con capacidad de acordar o de no acordar los despidos [SAN. 13-5-2013, nº sent. 93/2013 –señala además que la comisión sindical tendría legitimación por tratarse de una representación sindical con implantación suficiente al ser los más representativos y representativos del sector y además ser elegidos democráticamente por los trabajadores de la empresa; STSJ Cataluña 23-5-2012, núm. sent. 13/2012]. En esta línea, también: SAN 15-10-2012, nº sent. 112. Y ello con independencia de que algunos trabajadores concilien a título individual su despido: SAN 19-11-2013, nº sent. 203. Por la doctrina: F. Cavas Martínez, “El procedimiento de impugnación de despido colectivo tras la reforma laboral de 2012”, Aranzadi Social, nº 2/2013. En contra, les niega dicha legitimación en interpretación restrictiva del término “representantes legales”: F. Durán López, “Modalidades procesales (IV). Extintivas: extinciones objetivas y despidos colectivos”, en AAVV –dir. M. Nogueira Gustamino y G. García Becedas, “Lecciones de Jurisdicción Social”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 466.

⁷⁹ SAN. 13-5-2013, nº sent. 93/2013. Véase también codemandados: SAN 24-9-2013, nº sent. 166. Por la doctrina: F. Navarro Nieto, “Los despidos colectivos: novedades normativas y balance jurisprudencial”, Aranzadi Social, nº 7/2013, BIB 2136, pág. 21.

el caso de afección de una pluralidad de centros de trabajo queda claro que el ámbito de dicha comisión es el centro de trabajo [art. 41.4.b).2ª ET y definitivamente, tanto en el 2ª.1 como en el 3ª del art. 41.4.b) ET que usan el plural “comisiones”]. Realmente, no tendría mucho sentido hacerlo de otra manera, en definitiva, tratar de resolver el problema de la ausencia de representación unitaria –de centro- forzando la elección de una única comisión *ad hoc* sobre una base laboral carente de una mínima organización, por cierto en muy poco tiempo y ciega a la diversidad de la estructura empresarial (ej. dispersión y dimensión de los centros)⁸⁰.

No obstante, el ámbito real la comisión *ad hoc* externa supondrá la agrupación de la representación de todos los centros sin representación que hayan optado por ella. Respecto de la comisión *ad hoc* interna, y pensando en la enorme diversidad que pueda presentar la estructura de la empresa, creo que no sería descabellado admitir la designación de una comisión *ad hoc* en supuestos territoriales equivalentes a los del art. 62.2 ET⁸¹, siempre y cuando fuese voluntaria para los centros agregados o estuviese prevista por convenio colectivo y, en todo caso, con escrupuloso respeto de la autónoma decisión de cada uno de los centros de atribución de su representación a la comisión externa. Más allá de éste supuesto y a la vista de la detallada regulación que ahora se incorpora en el art. 41.4.b) ET, su conexión con la representación unitaria y el necesario respeto a la voluntad autónoma de cada centro, es dudoso, desde luego más difícil, que pueda optarse con carácter general por la elección directa de una comisión interna unificada de todos o varios de los centros de trabajo sin representación. En definitiva, la regulación legal configura una decisión sobre atribución y, en su caso, elección de los miembros de la comisión *ad hoc* interna decidi-

⁸⁰ En contra, la Audiencia Nacional en algún pronunciamiento ha mantenido bajo la regulación anterior al RDL 11/2013 que la comisión *ad hoc* debía ser una, aún cuando la designación y constitución por centros no provocase por sí sola la nulidad de las consultas caso de haberse logrado la finalidad de las mismas [SAN 16-11-2012, AS 2013/212; 21-11-2012, AS. 2012/2409]. En otras ocasiones, en cambio, se refiere a estas comisiones en plural sin añadido de tacha alguna, partiendo según parece de su designación por centros y no a nivel de empresa, y ello con independencia de la obligatoriedad de que se trate de un proceso negociador único [por todas: 18-6-2012, JUR 2012/217485; 28-9-2012, AS 2012/ 2515; 26-4-2013, nº sentencia 84/2013]. Dicha interpretación, con fundamento principal en la utilización del singular y su aparente remisión al ámbito de la empresa tanto por el art. 41.4 ET -en su versión anterior- como por el reglamento (arts. 4 RD 801/2011 y 26 RD. 1483/2012), pese a lo ciertamente confusa de la precedente regulación, resulta sorprendente al desconsiderar, no sólo la tradición y las razones prácticas y finalistas señaladas en texto, sino el carácter abstracto de la regulación legal, su necesaria interpretación integradora y sistemática con los arts. 62 y ss. ET, así como con el reglamento, que a más señas partía de la posibilidad de negociación parcelada. También resultaba claro que el referente era el centro de trabajo en la etapa 2010-2011 para MªL. Molero Marañón, “El procedimiento...”, cit., pág. 191. No se admite la designación de representante *ad hoc* a nivel de grupo de empresas no patológico en caso de despido colectivo: SAN 31-5-2013, nº sent. 111.

⁸¹ Un ejemplo: SAN 15-10-2012, nº sent. 112.

das –ambas- democráticamente por centro, y una comisión representativa de segundo grado elegida por y entre los miembros de las comisiones designadas en proporción al número de trabajadores que representen.

5.2. Los plazos y demás cuestiones relativas al preaviso

La regulación sobre plazos para atribución y designación de los componentes de la comisión *ad hoc* se ha visto intensa y afortunadamente modificada por el RDL 11/2013. En la regulación precedente, es más desde su origen en el RDL 10/2010, la designación de la comisión *ad hoc* se tenía que realizar en el perentorio plazo de cinco días a contar desde el inicio del período de consultas, sin que la falta de designación pudiese suponer la paralización del mismo (arts. 41.4.5^o ET, 4.3 RD. 801/2011 y 26.4 RD. 1483/2012). En dicho plazo también tales sindicatos deberían corresponder al llamamiento designando los concretos componentes de la comisión y comunicarla al empresario, lo cual sería difícilmente posible salvo previsión de carácter general anticipada⁸². La lógica exigía conferir un plazo previo al inicio del período de consultas con objeto de dar tiempo a la constitución de la comisión negociadora, muy en particular en las empresas complejas, y, por supuesto, a la designación de la/s comisión/es *ad hoc*. Pero la lectura de tales preceptos era taxativa y pese a los intentos de interpretación correctora del mismo⁸³, su literalidad justificaba que sin la voluntad concordante del empresario, el plazo de 5 días computase a efectos de los plazos máximos de duración de las consultas/negociación⁸⁴.

Como decimos, la imposible conciliación de iniciar unas consultas sin dar un plazo por muy reducido que fuese para la identificación del interlocutor no sólo afectaba a la designación de la comisión *ad hoc*, sino al común de

⁸² R. Escudero Rodríguez, “Negociación colectiva...”, cit., pág. 57.

⁸³ C. San Martín Mazzuconi, “La reforma de los arts. 40 y 41 ET”, en AAVV-dir. A. Montoya Melgar y F. Cavas Martínez-, “Comentario a la reforma laboral de 2010”, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pág. 201.

⁸⁴ El plazo máximo del período de consultas impide que cualquiera de las partes pueda compeler a mantener abiertas artificialmente las negociaciones, pero no a que éstas efectivamente las mantengan (SSAN 13-5-2013, Roj: SAN 1026/2013, 13-3-2013, n^o sent. 43). Con lo que su superación no vicia de nulidad el despido (SSTSJ Castilla y León, 18-4-2013, sentencia 178/2013; Galicia 6-7-2012, n^o sent. 3967/2012).

los supuestos⁸⁵. Y probablemente se debía a que el legislador partía de que dicha labor de concreción de los interlocutores y acuerdos sobre el nivel de negociación se haría con carácter previo a dicho inicio, mediante negociación informal, no institucionalizada, entre empresa y trabajadores, y en su caso a través de su representación⁸⁶. ¿Cómo podría si no pretenderse la primera reunión no antes de transcurridos tres días en lugar de al menos cinco? (art. 7.3 RD 1483/2012).

Afortunadamente el RDL 11/2013 ha corregido en este punto la regulación precedente, exigiendo en los arts. 40.2, 41.4, 47.1, 51.2 y 82.3 ET –éste último

⁸⁵ Así, teóricamente al inicio del período de consultas se desconocía si las secciones sindicales decidirían o no ejercer su preferencia negociadora, con lo que comenzaban sin certeza sobre el interlocutor (secciones sindicales versus representación unitaria y comisiones *ad hoc*) y el ámbito global o fraccionado de la negociación. Al preverse reglamentariamente la posibilidad de negociar por centros o conjuntamente (RD. 801/ 2011, y versión originaria del RD. 1483/2012) por lógica también era necesario un plazo para la adopción de dicha decisión, sin que recayese sobre las exclusivas manos de la empresa sino, fundamentalmente, de la negociación [J. Cruz Villalón, “El nuevo...”, cit, pág. 44; J.R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla “Los procedimientos...”, cit., pág. 137; -pese a otorgar a la empresa mayor peso en la decisión al corresponder a ella la iniciativa- M^ºL. Molero Marañón, “El procedimiento...”, cit., pág. 199]. De hecho si se observa el art. 6.2 RD 2012, no se desprendía –hasta se dispone en apartado distinto- que la información en él contenida se tuviese que hacer simultáneamente a la comunicación del inicio del procedimiento a la autoridad laboral. Y es que realmente su contenido era de cumplimiento imposible en tales fechas de inicio de las consultas, pues es imposible que el empresario designe la comisión negociadora -banco social-, y ni tan siquiera conocerla, pues su constitución sólo puede ser posterior a la comunicación de su apertura (arts. 27 RD 1483/2012). También era imposible por lo que hemos dicho antes que el empresario supiese en la mayoría de los casos si se va a realizar la negociación globalmente o parcelada, pues sólo podría imponer esta última en caso de negociación de la representación unitaria, es decir, si las secciones sindicales declinasen, y aún siendo su voluntad la de la negociación global el veto –de negociar la representación unitaria- podría ser opuesto por cualquiera de los centros. Más concretamente, era imposible la remisión de las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión *ad hoc*. De manera similar habría que interpretar el art. 8 RD 801/2011 puesto en relación con el art. 11.2, si bien, en correspondencia con la exigencia de autorización administrativa del despido, se refiere a documentación que acompaña a la solicitud de iniciación del expediente ante la autoridad laboral y simultánea apertura del período de consultas (art. 5).

⁸⁶ De hecho, se ha admitido la validez del acuerdo obtenido antes de la formalización de la solicitud de inicio del procedimiento ante la autoridad laboral (vid. STS, sala de lo contencioso-administrativo, 14-2-2007, RJ20072543). Véase también que dicha posibilidad se incluía en el borrador del RD 801/2011: J.M^º Fusté i Miquela y E. Rojo Torrecilla, “El desarrollo de la reforma laboral en materia de ERES y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos. Estudio del RD. 801/2011, de 10 de junio”, en AAVV –dir. F. Pérez Amorós y E. Rojo Torrecilla-, “La intervención pública en los procesos de modificación y reestructuración empresarial”, Bomarzo, Albacete, 2012, págs. 148 y 149). En particular, el art. 4.3 RD. 801/2011 admite que las comisiones *ad hoc* se constituyan antes del inicio de las consultas y de hecho parece práctica habitual que las negociaciones se inicien y concluyan incluso antes de la apertura del procedimiento: M^ºL. Molero Marañón, “El procedimiento...cit, págs. 198, 205 y 206. Y lo mismo cabría decir del art. 26.4 RD. 1483/2012, previo a su reforma por el RDL 11/2013. En este sentido, lo reconoce como práctica habitual con la que se venían resolviendo tales problemas: F. Navarro Nieto, “Los despidos colectivos: novedades normativas...”, pág. 13.

por remisión al “*desarrollo de un período de consultas en los términos del art. 41.4*”- que la comisión representativa de los trabajadores esté constituida antes de la comunicación empresarial del inicio de las consultas. Para ello se introduce un plazo de constitución de la comisión representativa, que oscila entre los 7 días máximo para el caso en que todos los centros afectados cuenten con representación, o los 15, también máximo, para el supuesto de que alguno de los centros no cuente con aquélla, y, en ambos casos, a computar desde la fecha de su comunicación. Y supone a su vez lo que podríamos llamar un preaviso de dimensión correspondiente a tales plazos, formulado en la comunicación fehaciente “*a los trabajadores o a sus representantes*” de su intención de iniciar el procedimiento. Repárese en que el plazo lo es no para la designación de la comisión *ad hoc*, sino para la constitución de la comisión representativa. Ya que el estatuto otorga un plazo máximo superior en 8 días para el caso en concurren centros sin representación, parece que éste puede servir de orientación para la designación de dicha comisión en la regulación interna o convencional de dicho proceso.

A falta de precisión o remisión, debe descartarse que su configuración legal en términos de máximos legitime su reducción ni aún mediante convenio colectivo. Por el contrario, lo que supone es que, caso de constituirse en un plazo menor, nada impedirá el inicio de las consultas. También al ser un plazo máximo, de superarse aquél y conforme a los preceptos citados, la dirección de la empresa “podrá”, que no “deberá” comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del período de consultas, sin que la falta de constitución de la comisión negociadora sea obstáculo alguno para el inicio y transcurso del período de consultas, ni imponga su posterior constitución ampliación del mismo⁸⁷. Los 7 y 15 días máximos lo son naturales, y deben ser computados a partir del siguiente día a su recepción (art. 5.1 y 2 C Civil). En cuanto al carácter fehaciente de la comunicación a los trabajadores, el tenor de los arts. 3.1.f) y 17.2.f) RD. 1483/2012 parece admitir la colectiva siempre y cuando sea a través de medio apto para sus fines, pero en caso de practicarse ésta de manera individual puede ser particularmente útil la posibilidad de comunicación fehaciente a través de medios electrónicos, telemáticos, etc, que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos de forma tal que esté garantizada su autenticidad y resguardo acreditativo de su recepción⁸⁸.

⁸⁷ Tampoco supuso su ampliación la incorporación tardía de un representante despedido y en tanto lo estaba, y cuya improcedencia fue reconocida tras finalizar las consultas (SAN 20-2-2013, Roj SAN 820/2013).

⁸⁸ Así, por ejemplo, ha sido aceptada como forma de notificación de jura de cuentas en aplicación del art. 162 LEC, y Ley 59/2003, de 19 diciembre, de firma electrónica, que contempla los certificados reconocidos (artículos 11 y siguientes) y los dispositivos de firma electrónica y sistemas de certificación de prestadores de servicios de certificación y de dispositivos de firma electrónica (a partir del artículo 24): ATS 21-3-2013, JUR\2013\105097.

Como se ve los destinatarios pueden ser los trabajadores directamente, lo que significa que deben ser ellos en caso de carencia de representación legal en el centro de trabajo afectado y en tanto no designen la comisión *ad hoc*. Una vez designada nos encontraríamos en el supuesto de existencia de tal representación colectiva, con lo que los restantes trámites se entenderán exclusivamente con ella. En cualquier caso, siempre cabe mejora por convenio colectivo, claro está, siempre que ésta no desplace a los destinatarios naturales según exista o no representación. Desde esta perspectiva, cabe admitir que la comunicación se remita, por ejemplo, a los sindicatos más representativos y representativos del sector⁸⁹ o, como hemos visto, a la comisión paritaria, pero por añadidura a la de los trabajadores, y no es sustitución de ésta.

En cuanto al contenido de la comunicación, tanto el Estatuto de los Trabajadores como la sola referencia que se incorpora en los arts. 3.1.f) y 17.2.f) RD. 1483/2012, parece limitarlo en una primera lectura a la declaración de intenciones de iniciar el procedimiento correspondiente. Sin embargo, al vincular dicha comunicación al plazo de constitución de la comisión representativa de los trabajadores, parece obvio que su contenido debe ir encaminado a tales fines por parte del que toma la iniciativa conforme al deber de buena fe. Por consiguiente, y aún cuando haya desaparecido con el RDL 11/2013 la expresa obligación de información del originario art. 26.4 RD.1483/2012 y su precedente art. 4.3 RD. 801/2011, es lógico que en la comunicación, aparte por supuesto del plazo para la constitución de la comisión representativa y consecuencias de su inobservancia, se tenga que indicar una orientación si quiera básica, muy en especial si concurren centros sin representación⁹⁰; en definitiva, pautas sobre la formación de la comisión representativa así como respecto de las comisiones *ad hoc*, las distintas posibilidades de su designación, y las consecuencias elementales de la ausencia de atribución expresa de representación. De hecho, no es esa la única información que tendrá que transmitir la empresa a los trabajadores en esta fase previa pues, no ya para permitirles barajar la posibilidad de dejar su representación en manos de la representación unitaria de los centros afectados, sino en general para la efectiva constitución de la comisión representativa, será imprescindible que la empresa les comuniqué qué centros se verán afectados así como, salvo previsión de otra forma eficaz de gestión del proceso, la información –a medida que la vaya obteniendo– prevista en el actual art. 6.2 y 19.2 RD. 1483/2012.

⁸⁹ Vid. J. Cruz Villalón, “La flexibilidad...”, cit., pág. 99.

⁹⁰ J. Cruz Villalón, “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, cit., pág. 99.

5.3. La decisión y posibles efectos sobre el funcionamiento interno de la comisión

La decisión de la atribución de representación a la comisión *ad hoc* externa o interna, así como la elección de los componentes de esta última se hará sin necesidad de sometimiento a las reglas de la asamblea y ni tan siquiera a los requisitos del art. 80 ET⁹¹. Las razones que barajo para tal conclusión son las que siguen.

Ni en el texto legal, en ninguna de sus versiones, ni en los sucesivos reglamentos y sus distintas redacciones, se exige o se remite ni a la asamblea y sus reglas, como tampoco, más concretamente, al art. 80 ET. Lo único que se ha exigido en todo momento es el carácter democrático de la decisión y, en su caso, de la elección, y sin sometimiento a formalismo alguno salvo la necesaria constancia mediante acta de dicha atribución de la representación (arts. 6.2, 19.2 –versión anterior al RDL 11/2013-). Tal carácter informal es consecuente con la exigüidad de los plazos previstos para su designación que –particularmente– bajo la regulación precedente la hacían materialmente incompatible con la regulación de la asamblea, cuyo art. 79 ET exige en principio comunicación de la convocatoria al empresario con una anticipación mínima de 48 horas. Plazo que también parece excesivo desde la óptica de su contraste con las 24 horas que exige el Estatuto en las elecciones sindicales en centros de hasta 30 trabajadores (art. 74.2 ET). De hecho, los aspectos esenciales del régimen de la asamblea no encajan en el supuesto de estudio. Así, tampoco se ajusta a la exigencia de presidencia de aquélla por una inexistente representación unitaria (art. 77.1 ET)⁹², ni a los límites temporales previstos para sucesivas convocato-

⁹¹ R. Fernández Fernández, “El papel negociador de los trabajadores en caso de ausencia de representación legal tras la reforma laboral de 2010”, Comunicación al X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Sevilla, del 21 a 23 de septiembre de 2010, pág. 9; P. Nieto Rojas, “Comisiones...”, cit., pág. 69. En contra: R. Roqueta Buj, “La flexibilidad...”, págs. 53 y 54. En la práctica y desde el RD. 43/1996, efectivamente, se ha impuesto un procedimiento de designación completamente informal, con la única exigencia de acreditación documental de que el resultado ha sido adoptado por mayoría (M^aL. Molero Marañón, “El procedimiento...”, cit., págs. 186, 187 y 192). Ya se advirtió por la doctrina que nuestro Ordenamiento en ocasiones somete la adopción del acuerdo a las reglas del art. 80 ET, en tanto en los restantes casos deja libertad de procedimiento y, por supuesto, sin necesidad de que el mismo se adopte mediante asamblea (M.A. Limón Luque, “Derecho...”, cit., pág. 128). En contra, exige que se decida a través de asamblea: SAN 16-11-2012, AS 2013/212.

⁹² Aunque no sea un requisito insalvable; por todas sobre asamblea revocatoria: SS TS 19-1-2004, RJ. 2034; TSJ. Andalucía/Granada 21-3-2012, AS. 2087; TSJ. Comunidad de Madrid 3-7-2006, AS. 2007/535; Cantabria 26-4-2002, AS. 1547). En general, para el supuesto en que no haya representación unitaria, como por otra parte prueba la posibilidad de convocatoria de elecciones por los trabajadores (arts. 67.1 ET y 2.2 RDE) (M.A. Limón Luque, “Derecho...”, cit., págs. 173, 216 a 229, en especial 220).

rias (art. 78.b) ET)⁹³. También debe descartarse la presunción de su realización fuera de la jornada (art. 78.1 ET), dado que no es sino tiempo necesario dedicado a la atención de la iniciativa empresarial⁹⁴, presupuesto imprescindible directamente instrumental a la labor de negociación, y que, a mayor abundamiento, merecería al menos un tratamiento similar al tiempo de votaciones en las elecciones sindicales (art. 75.1 ET) cuya inexistencia, a la postre y para este supuesto específico, vienen a solventar.

Según vemos, la fórmula legal parece estar más en la línea de aligeramiento de los requisitos que supone la exigencia de adopción del acuerdo mediante asamblea que también se ha seguido en la sustitución de ésta por el referéndum en la designación de las secciones sindicales legitimadas para negociar el convenio franja a partir de la reforma de 2011 (art. 87.1.4º ET)⁹⁵. Ahora bien, para la designación de la comisión *ad hoc*, y a diferencia de lo que acabamos de ver respecto del referéndum del art. 87.1.4º ET, ni tan siquiera se exige que el voto sea personal, directo y secreto; la libertad del voto, es connatural al carácter democrático de la decisión, no así el resto. Si a ello se añade que el Tribunal Supremo limita las exigencias del art. 80 ET a las votaciones para aprobar los acuerdos vinculantes específicos que son competencia de la asamblea⁹⁶, es claro que la ausencia de formalismos en las decisiones relativas a las comisiones *ad hoc* alcanzan también, por ejemplo, al secreto del voto⁹⁷. Y por similares razones, tampoco se exige el carácter personal y directo del voto, con lo que es posible el voto a través de fax, telegrama, teléfono, correo electrónico... e incluso el voto delegado.

Tampoco se exige en el art. 41.4 ET que las decisiones adoptadas democráticamente (opción por la designación –o no- de la comisión, si externa o interna y en éste último caso, la designación de sus componentes) se acuerden por mayoría alguna, bastando por consiguiente la mayoría simple, sin que en principio se le pueda dar ningún significado concreto a la abstención en tanto ésta puede derivar de múltiples causas⁹⁸. También esta postura recibe apoyo de contraste en la diferente redacción del 87.1.4º ET⁹⁹. Al fin y al cabo, tampoco para la elección de la representación unitaria se exige mayoría absoluta, salvo

⁹³ En esta línea, diferencia entre el derecho de asamblea y otras expresiones del derecho de reunión como el de asistir a reuniones informativas sobre los convenios colectivos que les sean de aplicación: L.E. de la Villa Gil, “La participación de los trabajadores en la empresa”, IES, Madrid, 1980, pág. 168. Integra en la excepción a estos límites los descuelgues y excluye los restantes procedimientos de negociación que no supongan modificación de convenio (M.A. Limón Luque, “Derecho...”, cit., pág. 268).

⁹⁴ Vid: L.E. de la Villa Gil, “La participación...”, cit., pág. 168.

⁹⁵ Véase: A. Ojeda Avilés, “Compendio de derecho sindical”, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 385.

⁹⁶ Por todas: SSTS 21-2-2012, R.J. 3900; 30-10-2007, R.J. 2008/797.

⁹⁷ P. Nieto Rojas, “Comisiones...”, cit., pág. 69.

⁹⁸ En este sentido, por ejemplo: S. TC 23/1983, de 25 de marzo.

⁹⁹ Propone que se aplique por analogía: F. Navarro Nieto, “La reforma...”, cit., págs. 956 y 957.

en el supuesto del centro de trabajo con plantilla de entre 6 y 10 trabajadores y ésta referida no a la necesariamente obtenida por el candidato sino a la promoción de las elecciones por los trabajadores o a su celebración medida su voluntad tácita mediante participación mayoritaria en las convocadas por el sindicato¹⁰⁰. Todo ello por supuesto, sin menoscabo de la aplicación de las reglas generales sobre validez del consentimiento (arts. 1262 y ss. CCivil) y buena fe, lo que debe suponer el razonable aseguramiento de la posibilidad de participación de todos los trabajadores del centro.

Hasta ahora me he venido refiriendo a la votación, como medio por antonomasia de expresión de esa voluntad democrática. Sin embargo ante la ausencia de exigencia de formalismo alguno y hasta de votación, nada impide aceptar que tales decisiones se realicen mediante asentimiento, salvo en los supuestos en que pueda verse afectada la libertad sindical individual negativa (vid. art. 11.2 LOLS)¹⁰¹. Sí parece necesario que se deje constancia más o menos explícita de los resultados de la elección mediante acta de atribución de la representación o documento adjunto; ésta sigue siendo necesaria, si quiera a efectos de prueba, aún cuando ya no se explicita en los modificados arts. 6.2 y 19.2 RD, que tras el RDL 11/2013 refieren las actas a la atribución de la representación a la comisión negociadora del art. 27 y no a las del 26¹⁰². Téngase presente que caso de haberse realizado una votación para la elección de la comisión laboral, el número de votos obtenidos será en principio y salvo previsión en contrario un criterio útil en el funcionamiento interno de la comisión y no sólo a efectos de la adopción de acuerdos, siendo válido por consiguiente para dirimir empates caso de que sean dos los designados¹⁰³. Si bajo la regulación precedente el funcionamiento interno de la comisión se regía al menos conforme a la previsión legal por el criterio del voto favorable de la mayoría de sus miembros¹⁰⁴, aún matizado en el caso de la comisión sindical por el de proporcionalidad, la nueva redacción de los preceptos estatutarios tras el RDL 11/2013, como también el reformado art. 28.1 RD 1483/2012, parecen seguir esta dirección reconociendo mayor fuerza a la ponderación del voto, que se erige claramente en criterio rector frente al “per cápita”. Así en lo que respecta a la adopción de acuerdos, y aún cuando elude una referencia directa a la comisión, implícita-

¹⁰⁰ Arts. 6.3.e) LOLS, 62.1, 67.1 LET y 2.2 RD 1844/1994, 9-9. Véanse: SS. TC 36/2004, 8-3; 70 y 71/2006, 13-3; 62, 64 y 66/2004, 19-4; 103/2004, 2-6; 175/2004, 18-10; 60/2005, 14-3; 125/2006, 24-41. En similar sentido: STS 10-3-2004, RJ. 2595.

¹⁰¹ J. Cruz Villalón, “La flexibilidad interna...”, cit., pág. 100.

¹⁰² En este sentido: SAN 19-12-2012, n^o sent 168.

¹⁰³ Por ejemplo: -porcentaje de representatividad para resolver los empates en el seno de la comisión negociadora: SSTS 22-12-2008, RJ. 7172 y 22-11-2002, RJ 2700; SAN 28-3-2006, AS 1467. También empates en la composición del Comité Intercentros: STS 4-12-2000, RJ. 10416.

¹⁰⁴ Quizá siguiendo los parámetros normales de actuación de la representación unitaria (vid. : arts. 65.1, 66.2 y 19.5 ET y 21.3 LPRL).

mente la aborda al exigir que la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la comisión representativa de los trabajadores, represente siempre y en ambos casos, a la mayoría de los trabajadores del centro o centro de trabajo afectados conforme al porcentaje de representación que tenga cada uno de sus integrantes.

Por último, tampoco ha extendido el legislador a estos supuestos las reglas previstas en el art. 69.2 ET sobre electores y elegibles¹⁰⁵, sin que quepa su aplicación por analogía; no existe laguna legal en la imprevisión de lo que no es sino una limitación que no viene impuesta por principio general alguno, ni es un supuesto equiparable a las elecciones sindicales ni en procedimiento ni en finalidad¹⁰⁶.

5. LA FALTA DE DESIGNACIÓN, CONEXIONES CON LA COMISIÓN REPRESENTATIVA Y PESO EN LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS

Desde su origen en 2010 la designación de la comisión *ad hoc* se ha configurado como una mera opción en manos de los afectados, una posibilidad y no una obligación ni aún derivada del deber de negociar o del deber buena fe (“podrán optar”)¹⁰⁷. Con ello se deja abierto el cuestionamiento de otras posibles vías y, en cualquier caso, cuáles serían las consecuencias de esa falta de designación.

De no designarse comisión *ad hoc* quedarían descartadas como alternativas válidas las vías de intervención que se vinieron utilizando antes de la reforma¹⁰⁸. Concluíamos en el primer epígrafe que si bien las consultas son en todo caso obligatorias, lo cierto es que sin la comisión *ad hoc* no podrían

¹⁰⁵ En este sentido: P. Nieto Rojas, “Comisiones...”, cit., pág. 69.

¹⁰⁶ No obstante, de manera similar a como se viene considerando respecto de las elecciones sindicales, estará integrado el colectivo por los trabajadores con contrato vigente o suspendido con reserva de puesto de trabajo o asimilable, quedando en todo caso excluidos los prejubilados [véanse, respecto de los prejubilados: STS 1-6-2004 [RJ 2004, 5040]; y por la doctrina, por todos: J. Cabeza Pereiro, “Las elecciones sindicales”, Bomarzo, Albacete, 2009, págs. 52 a 54. Véase también: CCOO, “Elecciones sindicales. Sentencias y Laudos arbitrales”, Bomarzo, Albacete, 2010, págs. 227 a 230, y 261 y 262].

¹⁰⁷ En esta línea: L.E. de la Villa Gil, “Comisiones...”, cit., págs. 7, 19 y 20; R. Fernández Fernández, “El papel...”, cit., pág. 10; S. González Ortega, “El ejercicio...”, cit., pág. 154; F. Navarro Nieto, “La reforma...”, cit., pág. 956; R. Roqueta Buj, “La flexibilidad interna...”, cit., pág. 54. En contra: J.R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla, “Los procedimientos de despido colectivo...”, pág. 127.

¹⁰⁸ Cfr. epígrafe 1. En similar sentido: M^oL. Molero Marañón, “El procedimiento...”, cit., págs. 187 a 189 y 193. En contra: S. González Ortega, “El ejercicio...”, cit., pág. 155.

cumplir con su finalidad esencial de lograr un acuerdo colectivo¹⁰⁹. De hecho, el art. 28.1 RD. 1483/2012 –de manera similar a como hacía el art.14.3 RD. 801/2011- reconoce que “*sólo se considerará acuerdo colectivo en el período de consultas aquél que haya sido adoptado por los sujetos a que se refiere el art. 26*”, que por supuesto nos remite al art. 41.4 ET.

Pese a todo, tras la regulación de las comisiones *ad hoc* en 2010 la falta de designación en plazo no legitimaría sin más al empresario para dar por concluido el período de consultas, ni aún en caso de ser sólo uno el centro afectado¹¹⁰. La única consecuencia prevista para el caso de inexistencia de la comisión *ad hoc* con anterioridad al RDL 11/2013 es la no paralización del período de consultas y la continuación del procedimiento (art. 4.3 RD. 801/2011 y 26.4 RD. 1483/2012), lo que viene a significar la ausencia de obligación de ampliación del período de consultas y su teórica continuación hasta el plazo legal máximo de finalización de aquéllas, quizá ante la expectativa de su consignación extemporánea¹¹¹. Al carecer de representación, queda descartada igualmente la mediación, aún cuando sí sería posible acudir al arbitraje, bien voluntario mediante acuerdo del empresario y la mayoría de los trabajadores, caso de considerarse prescindible la opción más técnica de designación de representante para tal menester, bien obligatorio, como es el previsto en el art. 83.3 ET en el supuesto de descuelgue una vez finalizado el período de consultas¹¹².

Pero, ¿y si en lugar de tratarse de un único centro de trabajo afectado fueren varios, con o sin representación?. Con anterioridad a la reforma era desde luego posible alcanzar acuerdos parciales pues era factible la negociación fragmentada. Sin embargo, una vez impuesta la negociación conjunta, en puridad y salvo previsión subsidiaria de atribución legal de representación, no sería posi-

¹⁰⁹ En este sentido, la SAN 1-7-2011, n^o sent. 104/2011, JUR 245636; STSJ Madrid 9-5-2013, n^o sent 342. Véase también, por ejemplo, en esta línea, respecto de negociación paralela con la representación de los trabajadores y los trabajadores representados: SAN. 25-7-2012, núm. sent. 90/2012; 8-2-2013, n^o sent. 257 –obviando a la representación–.

¹¹⁰ En contra: R. Roqueta Buj, “La flexibilidad...”, cit., pág. 54. Se exige, por lo demás, una conducta activa por parte de la empresa, solicitando comunicación de la decisión de los trabajadores y convocando a reunión: STSJ Madrid 8-4-2013, n^o sent 251.

¹¹¹ Así se ha sostenido doctrinalmente la admisibilidad de la designación extemporánea de la comisión *ad hoc*, siempre y cuando tuviese lugar antes de la finalización del plazo legal previsto para las consultas, sin más consecuencia que el consiguiente acortamiento del período de negociación (L.E. de la Villa Gil, “Comisiones ...”, cit., pág. 20; R. Fernández Fernández, “El papel...”, cit., pág. 9).

¹¹² No obstante, en el ámbito del concurso, el art. 64.2 L 22/2003, de 9-7, establece que en defecto de designación el juez podrá acordar la intervención de la comisión externa. Recuérdese que la Ley 38/2011, de 10-10, adaptó la Ley concursal a la reforma de la L 35/2010, y dio así solución al silencio legal precedente respecto de los supuestos en que no exista representación de los trabajadores. Como se ve desde aquellas fechas, la L Concursal presenta una notable diferencia respecto de la normativa laboral a que se remite y que supone un reforzamiento de la representación sindical y de dicho apoyo selectivo.

ble alcanzar un acuerdo colectivo si por no negociar la representación sindical fuese necesaria la constitución de la comisión *ad hoc* en alguno o varios de los centros y, efectivamente no se hiciese¹¹³. Este problema se solventa por el art. 41.4.b).2ª.2º ET¹¹⁴, de manera que se atribuye *ex lege* la representación legal de los trabajadores de los centros que opten por no designar la comisión *ad hoc* al conjunto de las representaciones legales de los centros afectados. Esta asignación no supone alteración alguna de los equilibrios previos pues se proporciona en función del número de trabajadores que representen. Pero lo que sí se establece, añadidamente, es una velada preferencia a favor de la representación unitaria para la representación de aquéllas unidades inactivas, lo que supone a su vez un debilitamiento global de las representaciones *ad hoc* de otros centros concurrentes. De hecho, no se ha previsto abiertamente una regla similar para el caso en que ninguno de los centros afectados cuente con representación legal, aún cuando podría defenderse salvaguardada la plena eficacia erga omnes del acuerdo por latir aquélla igualmente en el art. 41.4.b).3ª ET, y aún más en interpretación sistemática con el párrafo antes dicho, al consignar que la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros afectados; la omisión de designación sencillamente supondrá una dejación en manos de las existentes, nuevamente, en proporción al número de trabajadores que representen.

En consecuencia, caso de tratarse de una pluralidad de centros de trabajo afectados, ahora cabría defender que el plazo de designación y constitución de la comisión representativa, y más concretamente su efectiva constitución, precluye en principio el acceso a la misma, pues debe quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial¹¹⁵. No en vano ahora se remite a la falta de ésta —y no de la comisión *ad hoc*— las consecuencias antes previstas para la designación de la comisión *ad hoc*.

El RDL 11/2013 no sólo fuerza a la constitución de una única comisión negociadora, sino que establece un máximo de 13 miembros¹¹⁶, opción razonable que tiene presente el máximo previsto para el comité intercentros (art. 63.3 ET)

¹¹³ Vid. epígrafes 1 y 2.

¹¹⁴ Previamente a la reforma, la SAN 22-4-2013, nº sent. 78, lo solventa, parece, atendiendo al bajo porcentaje de trabajadores que aquéllos centros sin designación representan y a las limitadas consecuencias previstas legalmente.

¹¹⁵ De la misma manera que la constitución de la comisión negociadora impide con carácter general que las secciones sindicales puedan ejercer su preferencia negociadora frente a la representación unitaria (vid. N. Tomás Jiménez, “Los sujetos...”, cit., pág. 263). Otra cosa es la sustitución del representante *ad hoc* durante el proceso [vid. SAN 22-3-2013, nº sent. 54].

¹¹⁶ La composición numérica de la comisión pertenece a la autonomía de las partes y los Tribunales no pueden entrar a corregir o valorar tales acuerdos salvo ejercicio abusivo del derecho (por todas: STC 137/1991, 20-6; SSTS 13-11-1997, 5-11-1998, 5-12-2000, y 7-3-2002. [Solans Latre, págs. 116 y 117].

y la comisión negociadora de convenios no sectoriales (art. 88.4 ET). Ahora bien, la comisión representativa se configura como un órgano de representación conjunta de los centros afectados. Así se deduce de sus reglas de adopción de acuerdos por mayoría de sus miembros que representen a la mayoría de los trabajadores de los centros de trabajo afectados, como también de su tendencial composición electiva por y entre los miembros de las comisiones *ad hoc* (art. 41.4.b).3^a ET) y los representantes legales de los trabajadores (párr., siguiente), siempre en proporción al número de trabajadores que representen. Con este modo de designación se salvaguarda el peso representativo del conjunto de las comisiones *ad hoc*¹¹⁷. *Por tanto se promueve la constitución de una auténtica comisión negociadora conjunta*¹¹⁸ *que supera las limitaciones que supondría la mera sumatoria de la representación parcelada por centros –y, por tanto, su posible veto por aquéllos–, que sin embargo quedaba abierta bajo la regulación precedente*¹¹⁹. *Por otra parte, el criterio de proporcionalidad sindical*¹²⁰ *ahora se completa con el de la dimensión de la plantilla de cada una de las unidades electorales*¹²¹. *Téngase presente que esta ponderación resulta imprescindible, no ya a la vista del problema común de que el número de representantes legales no se corresponda proporcionalmente con el número de representados (arts. 62 y 66 ET), sino sobre todo porque en el caso de las comisiones ad hoc esa falta de correspondencia se agrava pues su número de miembros es completamente indiferente de la dimensión del centro que representan. Como se anticipó, el número de miembros de la comisión ad hoc importará a efectos de su funcionamiento interno, pero al exterior, en orden a decidir y en su caso formar parte de la comisión negociadora, el voto de cada comisión no vale más que el número de trabajadores que representan.*

¹¹⁷ Y se permiten alianzas posteriores. No sucede así en el caso de las candidaturas independientes que no concurren a las elecciones coaligadas o en grupo, pues no se admiten pactos posteriores: STS 3-10-2001, RJ 8979 –comité intercentros–; 21-10-1997, RJ 9154 –ni afiliaciones posteriores para la comisión negociadora–. Véase, también: STC 12/1983.

¹¹⁸ Algo que ya parece postular de la comisión negociadora la AN, al afirmar dicho carácter conjunto y una ponderación del voto, en principio, en función del porcentaje de trabajadores que los hayan elegido [por ejemplo: SAN 22-4-2013, n^o sent. 78].

¹¹⁹ En este sentido: F. Navarro Nieto, “Los despidos colectivos: novedades...”, cit., pág. 15.

¹²⁰ Como del comité intercentros y de cualquier comisión negociadora, aplicándose en su caso el voto ponderado frente al criterio “per capita” [por todas: STS. 23-1-2012, RJ 2146].

¹²¹ Vid, comité intercentros y distribución por centros: STSJ Andalucía/Sevilla 16-3-2000, AS 3654. He insiste en la necesaria ponderación del voto en función de los representados: SAN 22-10-2013, n^o 184.

6. LAS GARANTÍAS Y FACILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS COMISIONES AD HOC

Ya hemos hecho referencia a la tutela que pueda alcanzar la comisión *ad hoc* sindical así como sus miembros a través de los arts. 28.1 y 37.1 CE. La falta de previsión legal de las facilidades y garantías de los miembros de las comisiones *ad hoc*, debe saldarse a favor de la aplicabilidad de la totalidad de aquéllas, puesto que son “representantes legales de los trabajadores”¹²², tal y como refiere el art. 68 ET. No obstante, de apreciarse una laguna legal, igualmente le serían extensibles por analogía, pues le son trasladables por su identidad de razón (art. 4.1 CCiv).

Así, puesto que efectivamente son y actúan como representantes de los trabajadores suplentes de la representación unitaria, considero les son extensibles aquéllas cuyo fundamento último o razón es la protección de la actividad de representación de los trabajadores, su independencia y pervivencia a corto y largo plazo, y que permite configurar a grandes trazos su ámbito subjetivo. Este es el caso de las garantías de indemnidad e inmunidad y las instrumentales a ésta de expediente contradictorio y efectos de su revisión en sede jurisdiccional reconocidas a aquélla (arts. 14 CE, 68.a) y c), 55.4 ET, y 108.1, 110.2 y 4, 115, 282.2, 283 y 284, 286.1, 297 y ss, y en particular el 302 LRJS)¹²³. También parece que en términos generales deba extenderse la regla de prioridad de permanencia en la empresa [arts. 68.b) y 51.5 y 7, y 52.c) y 40.5 ET] como medio de elusión de represalias¹²⁴, aún cuando pueda estar algo más matizado el elemento coadyuvante a corto plazo de la pervivencia de la representación¹²⁵.

¹²² Respecto del art. 124 LRJS: SAN 13-5-2013; STSJ Cataluña 23-5-2012, núm. sent. 13/2012.

¹²³ De hecho, hay otros sujetos que se benefician de tales garantías, como son los delegados de prevención (art. 37.1 y 4, y véase también sobre designación el art. 35.5 LPRL). O de algunas de ellas, como es el caso letras a, b, y c del art. 68 y el art. 56.4 ET, que se extienden al personal designado por el empresario para realizar las labores de prevención y a los integrantes del servicio de prevención constituido por la empresa (art. 30.4 LPRL). Se justifica, en cambio, que no se le apliquen al afiliado o al portavoz interno de la sección sindical, pues ninguno de ellos realiza una tarea representativa sino, a lo sumo, cometidos internos al sindicato (vid. A. V. Sempere Navarro y A. I. Pérez Campos, “Las garantías de los representantes de los trabajadores”, Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 23 y 24). Por ejemplo, respecto de las garantías frente al poder disciplinario del empresario, vid. S. TS de 18 de febrero de 1997, RJ. 1448.

¹²⁴ SSTS 9-10-1989, RJ 7138; 30-10-1989, RJ 7465; 13-9-1990, RJ 7004. Una tentación: STSJ Andalucía/Granada 12-5-2010, AS 2011/396.

¹²⁵ No obstante, no olvidemos que el mandato no se agota necesariamente en las consultas. Finalidad fundamental que atribuye: J.M^a Goerlich Peset, “Garantías y facilidades”, en AAVV –R. Escudero Rodríguez y J.R. Mercader Uguina-, “Manual Jurídico de los representantes de los trabajadores”, La Ley, Madrid, 2004, págs. 323 y 325. Aún cuando no es pacífico, extienden dicha preferencia más allá de la finalización del mandato: SSTSJ. Andalucía/Málaga 30-3-2001, AS 973. En contra: STSJ Castilla y León/Valladolid 19-12-2000, JUR 2001/80205.

Igualmente le son aplicables temporalmente las garantías y facilidades estrictamente instrumentales a su labor de representación *ad hoc*, como son relativas a la libertad de expresión y opinión, publicación y distribución de información relativa a sus cometidos (en adaptación del art. 68.d) ET), derecho a local y tablón (art. 81 ET), así como la capacidad de convocatoria y presidencia de la asamblea. Siguiendo la misma tónica ostentan derecho a crédito horario (art. 68.e) ET), como añadidamente el derecho a la retribución del tiempo invertido en la negociación¹²⁶, y tanto más cuando están excluidas del consumo de ese crédito horario las horas de atención al empresario¹²⁷.

¹²⁶ En aplicación de la doctrina que en su momento se predicó respecto de las actividades de negociación de la representación unitaria en interpretación analógica del art. 9.2 LOLS, y que supuso la traslación a aquélla de los permisos que en él se recogen: STS. 23-12-2005, RJ. 2006/1792; SSTSJ. Castilla y León/Valladolid 29-7-1996, AS 2605 y Castilla/La Mancha 14-2-2001, AS. 1876; Asturias 27-9-2002, AS. 3162.

¹²⁷ Otros no computables son, como hemos dicho, los del art. 9.2 LOLS, los permisos no retribuidos del art. 9.1.a) LOLS, los del art. 37.1.3 LPRL y los del art. 28 Ley 10/97 (A. Seoane García, “El crédito horario de los representantes de los trabajadores”, Bomarzo, Albacete, 2005, págs. 47 a 49).