

ESTUDIOS

Incluye



+



Papel Digital

LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

UN ESTUDIO COMPARADO

CRISTINA ROLDÁN MALENO

PRÓLOGO DE RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ

■■■ MARANZADI

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)

www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Primera edición: diciembre 2025

Depósito Legal: M -25587-2025

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-500-7

ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-1085-499-4

Esta publicación ha sido financiada por el Proyecto de Investigación Novel CPUENTE2024/08, obtenido en régimen de concurrencia competitiva, financiado por la Universidad de Almería a través del Plan Propio de Investigación y Transferencia 2024-2025

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice general

	<u>Página</u>
PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN	23
I. PARTICIPACIÓN DIRECTA Y FUNCIONES ENCOMENDADAS A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	27
1. <i>Sujetos con legitimación negocial y marco de la negociación colectiva</i>	27
2. <i>Alteraciones en el sistema de fuentes</i>	35
3. <i>Objetivos flexibilizadores, negociación descentralizada y ausencia de sujetos negociadores</i>	40
4. <i>La participación directa como bisagra</i>	41
II. LAS DISTINTAS VARIANTES DEL DERECHO FRANCÉS ..	43
1. <i>Sustitución del sujeto negociador ausente y desbloqueo de acuerdos sindicales</i>	43
2. <i>La multiplicidad de sujetos subsidiarios para supuestos de ausencia de delegado sindical</i>	44
2.1. <i>El referéndum directo de las empresas de tamaño más reducido</i>	49
2.2. <i>Las empresas o centros de trabajo de entre 11 y 49 trabajadores</i>	52
2.3. <i>Empresas o centros de trabajo de al menos 50 trabajadores</i>	54

	<u>Página</u>
3. <i>El referéndum como instrumento de rescate de (des)acuerdos sindicales de ámbito empresarial</i>	56
4. <i>Apuntes críticos del estado de la cuestión</i>	60
4.1. Sobre la finalidad de la participación directa y su instrumentalización	60
4.2. Sobre la parte de la relación laboral beneficiaria de esta concepción	62
4.3. Sobre la debilitación (legal) del sindicato	67
5. <i>La posición del Conseil Constitutionnel</i>	71
5.1. El principio de intermediación para la negociación colectiva en el banco social	73
5.2. El sindicato es un sujeto negociador preferente	80
5.3. La participación directa como mecanismo evasor de la voluntad sindical	82
III. EL ORDENAMIENTO INTERSINDICAL ITALIANO COMO CONTRAPUNTO A LOS DERECHOS HETERÓNOMOS ..	86
1. <i>La peculiaridad del sistema italiano en materia de sujetos negociadores y eficacia negocial</i>	86
2. <i>Los vacíos representativos</i>	89
3. <i>La regulación del referéndum en el Statuto dei Lavoratori</i>	90
4. <i>La representación en la empresa y la capacidad negocial</i>	93
4.1. La representación en la empresa en la fuente heterónoma: las RSA	94
4.2. El órgano representativo y negociador de la autonomía colectiva: las RSU	96
5. <i>Las intervenciones de la Corte Costituzionale</i>	98
5.1. La firma convencional como requisito constitutivo de la representación legal en la empresa	99
5.2. Crisis del sistema sindical: acuerdos separados, caso Fiat y reescritura de la doctrina constitucional anterior	100

	<i>Página</i>
5.3. La reciente actualización jurisprudencial en materia de creación de RSA	102
6. <i>El art. 8 de la Ley n. 148/2011: sujetos, eficacia erga omnes y salvaguarda legal del referéndum FIAT</i>	103
7. <i>Participación directa y eficacia de lo pactado en los Acuerdos Interconfederales de la década de los diez</i>	107
7.1. El referéndum en los convenios sectoriales nacionales	108
7.2. El referéndum para la validación de acuerdos de ámbito empresarial y la posible iniciativa de los trabajadores	109
7.3. La intervención legislativa que no llega	111
IV. ANÁLISIS DIFERENCIAL ENTRE EL REFERÉNDUM DE VALIDACIÓN DE ACUERDOS DE ÁMBITO EMPRESARIAL FRANCÉS Y EL ITALIANO	114
V. LAS COMISIONES <i>AD HOC</i> EN EL DERECHO ESPAÑOL ..	120
1. <i>Premisas de la regulación de la participación directa</i>	120
2. <i>La disruptiva introducción de las comisiones ad hoc</i>	123
3. <i>Los periodos de consulta y la negociación real</i>	129
4. <i>La controvertida intervención de la comisión ad hoc directa en la inaplicación de convenio colectivo</i>	133
5. <i>Un sujeto negociador débil y a la medida del empresario</i>	139
6. <i>Participación directa y comisiones ad hoc en el Tribunal Supremo</i>	141
6.1. Participación directa y naturaleza jurídica de los acuerdos	142
6.2. Comisiones <i>ad hoc</i> y negociación asamblearia: una línea interpretativa incierta	145
6.3. El peligro de las injerencias empresariales desde la propia conformación de la comisión	154
7. <i>Filtros (comparados) de constitucionalidad</i>	157

	<i>Página</i>
7.1. Comisión directa y ruptura de la exigencia de la representación	157
7.2. El sindicato en la Constitución	160
7.3. La juridificación de los objetivos de la autonomía individual en masa	165
7.4. La ausencia de pronunciamiento específico por parte del Tribunal Constitucional	171
VI. ANÁLISIS DIFERENCIAL ENTRE LA FÓRMULA DEL ART. 41.4 Y LOS MODELOS COMPARADOS	173
1. <i>Breve recordatorio de los diferentes planteamientos de cada ordenamiento</i>	173
2. <i>Figuras de los derechos comparados susceptibles de parangonarse con las comisiones ad hoc</i>	174
2.1. La comisión <i>ad hoc</i> directa frente al referéndum francés de las microempresas	175
2.2. Las comisiones <i>ad hoc</i> frente a las distintas figuras en las que media el mecanismo del mandato	179
2.3. Comisión <i>ad hoc</i> directa y referéndum de rescate: una comparación más distante con la sombra de la autonomía individual en masa	181
2.4. La comisión <i>ad hoc</i> sindical frente a la solución italiana en supuestos de despido colectivo	181
3. <i>Posibles mejoras a la luz de los derechos comparados</i>	182
BIBLIOGRAFÍA	187

da, destinados exclusivamente a dar “cobertura formal” a situaciones de auténtico “dumping contractual” que alteran la competencia entre empresas y dañan a las trabajadoras y trabajadores»⁴²⁷. Es decir, con tal petición se busca sortear un fenómeno que no es nuevo, conocido como «convenios piratas», que no son sino esos convenios separados pactados por sujetos minoritarios al objeto de rebajar condiciones de trabajo⁴²⁸.

En segundo lugar, se invoca la necesidad de sistematizar los sujetos firmantes de convenios colectivos sectoriales de ámbito nacional, a efectos de individuar su efectiva representatividad. Ello da buena cuenta de que los interlocutores sociales tienen asumido que es menester una intervención legal que impida las fugas propias de su sistema de facto⁴²⁹, que escapan del alcance de compromisos que no tienen la fuerza vinculante propia de la ley. Así, muy en consonancia con lo que sería una solución «a la italiana», el Acuerdo Interconfederal de 2018 alude a un «cuadro normativo» que, juridificando los Acuerdos Interconfederales de la década de los diez, confiera eficacia general a los productos de la negociación colectiva⁴³⁰.

IV. ANÁLISIS DIFERENCIAL ENTRE EL REFERÉNDUM DE VALIDACIÓN DE ACUERDOS DE ÁMBITO EMPRESARIAL FRANCÉS Y EL ITALIANO

Como se ha expuesto, RSU y RSA representan dos modelos distintos de representación en la empresa. En el primero, la representatividad sindical

-
427. Véase AI de 9 de marzo de 2018, conocido como «Pacto de la fábrica», apartado cuarto (democracia y medición de la representación).
428. OLINI, G., «I contratti nazionali: quanti sono e perché crescono», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, N. 3, 2016, págs. 417-436. Se trata de un fenómeno que a menudo recae sobre determinadas áreas geográficas, franjas específicas de trabajadores o grupos heterogéneos. Un análisis sobre la base de varios de sus productos puede verse en PIGLIALARMI, G., «Anatomia della contrattazione collettiva pirata. Spunti di riflessione da una ricerca sui contratti Cisal e Confsal», *Diritti delle relazioni industriali: rivista della Associazione lavoro e ricerche*, N. 3, 2021, págs. 687-723.
429. *Vid.* LISO, F., «Qualche erratica considerazione sul recente accordo interconfederal Confidustria, Cgil, Cisl e Uil del 9 marzo 2018», *Bollettino Adapt*, N. 16, 2018, págs. 4 y 5/9.
430. Véase AI de 9 de marzo de 2018, apartado cuarto. Las partes firmantes «retienen que la eficacia generalizada de los convenios colectivos de trabajo constituye un elemento cualificado del sistema de relaciones industriales y que los acuerdos en materia de representación pueden constituir, a través de su recepción, el presupuesto para la eventual definición de un cuadro normativo en materia».

es determinada *ex ante* a través del voto de los trabajadores, lo que ha derivado en que la conclusión de acuerdos alcanzados por este órgano dependa de que sean firmados por la mayoría de sus componentes. De entrada, ello es susceptible de compararse con el derecho francés, siempre bajo la advertencia de que el punto de partida es bien diferente, pues nos movemos entre el derecho positivo y el contractual. Ello por delante, en ambos países puede observarse que el referéndum en la negociación de empresa no es utilizado generalmente cuando el sujeto negociador está respaldado por el dato electivo, considerándose éste aval suficiente.

Cuando negocian las RSA, dado que no se asientan en procedimiento electoral alguno, se articula un referéndum como potencial vía que permita constatar el consenso o disenso de los destinatarios del convenio⁴³¹ —lo que da lugar a la duda de si puede asimilarse votar para elegir representantes a hacerlo para ratificar o rechazar un acuerdo colectivo de ámbito empresarial⁴³²—. El acuerdo podrá ser, pues, sometido al voto de los trabajadores, promovido por las propias RSA a solicitud de al menos una organización sindical adherida a las tres grandes Confederaciones, o al menos el 30% de los trabajadores de la empresa⁴³³. Tal promoción por parte de los sindicatos adheridos a las confederaciones firmantes de los pactos en la cumbre evidencia una línea de continuidad con pactos pasados y con la posición histórica y fáctica que tales organizaciones han venido desplegando hasta hoy.

Es, en cambio, en la atribución de capacidad de convocatoria a los trabajadores y las trabajadoras donde se advierte enseguida que reside la originalidad de la construcción autónoma italiana, y la gran diferencia con el derecho positivo francés, en el cual en ningún momento se confiere una capacidad de promoción análoga. Ésta viene impuesta legalmente, o queda a merced de los sindicatos o, problemáticamente, del propio empresario, pero nunca se configura como un derecho de la colectividad que se verá afectada por la aplicación del convenio o acuerdo. Puede decirse que en el caso italiano emerge «un mecanismo de democracia directa en su grado

431. LAMBERTUCCI, P., «Contrattazione separata e incostituzionalità dell'art. 19 St. Lav.», *cit.*, pág. 279.

432. Así, DE SIMONE, G., «Lo spazio e il ruolo del voto, tra elezioni e plebisciti», *cit.*, págs. 292-293.

433. El Texto Único (tercera parte) dice, concretamente, que la solicitud del referéndum la llevarán a cabo las RSA a solicitud de «al menos una organización sindical expresión de las Confederaciones sindicales firmantes del presente acuerdo o al menos por el 30% de los trabajadores de la empresa».

máximo, esto es, emancipado de los representantes»⁴³⁴. En efecto, la capacidad de convocatoria que los acuerdos interconfederales confieren a los representados es un signo distintivo, pues procura efectividad al referéndum al no hacerlo depender de los sujetos implicados en la negociación.

Si se repasan los referendos franceses, es posible hallar que el de rescate, que sería por sujetos negociadores el que más se presta a la comparación, tiene una configuración bien distante. Ya de entrada, el punto de partida no es asimilable. En el caso italiano, para la validez del acuerdo se requiere, en primer lugar, que sea aprobado por una o varias RSA representativas de la mayoría desde el punto de vista afiliativo⁴³⁵, actuando el referéndum no como alternativa al quiebre de dicha mayoría, sino como un segundo paso que, de actuarse, refuerza o se opone al primero. Pero el acuerdo es en sí válido, y de hecho es posible que el referéndum no sea solicitado, sin que ello obste a su efectividad. Dicho esquema parece quedar muy lejos de la intencionalidad con que el legislador galo despliega el referéndum del art. L. 2232-12 CT, destinado a rescatar acuerdos que de entrada son sindicalmente insuficientes, razón de que se sometan a consulta —recuérdese que, al no alcanzarse la mayoría necesaria, que exige superar el 50% de los votos, ésta se rebaja a un consenso de al menos un 30%⁴³⁶, y se somete a consulta de los trabajadores—.

A su vez, lejos queda como se ha referido la configuración de la iniciativa, que el derecho galo asigna al sindicato o los sindicatos firmantes que alcancen el minoritario umbral señalado o, en su defecto, decaído el plazo de un mes desde la firma del acuerdo —diez días en el caso italiano—, al propio empresario —salvo oposición sindical, esta vez conjunta, de los sindicatos mencionados—. Se observa, en definitiva, un enfoque diferente, buscando, en un supuesto, la conclusión del acuerdo a toda costa, incluso asumiendo el claro peligro que conlleva que el empresario se haga con la capacidad de promoción de la consulta, mientras que, en sentido contrario, la aproximación italiana no parece recurrir a este instrumento con ese ánimo de forzar acuerdos.

434. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, cit., pág. 262.

435. Cierto, ello de por sí presenta algunos problemas —el siempre delicado tema de la revelación de la afiliación, que ésta sea muy escasa y, por lo tanto, el órgano sea en realidad poco representativo, etc.—.

436. En cualquier caso, no del total de los votos, sino siempre de los votos emitidos a favor de las organizaciones representativas en la primera vuelta de las elecciones, independientemente del número de votantes. *Vid.* L. 2232-12 CT.

A mayor razón, las diferencias con el referéndum francés promovido por el empresario en las microempresas —o en las empresas de menos de veinte trabajadores sin representación unitaria— para la aprobación de su «proyecto de acuerdo», sin que medie negociación alguna, son manifiestas, no siendo susceptibles de comparación. Este referéndum galo no se configura sino como un instrumento a disposición del empresario para facilitar que sus decisiones sean formalmente colectivas, en empresas carentes de cualquier tipo de representación, panorama muy distante del tratado en Italia.

Pasando al voto directo de la plantilla en Francia propio de las empresas de mayor tamaño, este se configura como un imperativo legal en función de quién sea el sujeto negociador, con una lógica por lo tanto en parte similar a la pactada por los interlocutores sociales italianos. En las empresas de 11 a 49 trabajadores, no se prevé consulta alguna cuando negocian los representantes electos, a los que, como a las RSU en Italia, se les pide que representen a la mayoría de los votos —pero no del total, sino de los votos emitidos en favor de miembros de la representación unitaria—. En cambio, se prevé su uso cuando el sujeto alternativo es uno o varios trabajadores que actúan bajo mandato sindical, y además no forman parte de la representación unitaria. Esta distinción no opera en las empresas que alcanzan o superan el umbral de los 50 trabajadores, donde se liga a la mediación de mandato sindical, independientemente de si el sujeto negociador es un representante electo o no. En ambos supuestos, se requiere para la validez del acuerdo la favorabilidad de la mayoría de los votos expresados.

Es decir, dentro del ámbito de los sujetos alternativos, y dejando a un lado el especial y no parangonable supuesto de las microempresas, el referéndum opera ligado al mandato sindical, generalmente cuando el sujeto negociador es uno o varios trabajadores que no ejercen funciones de representación, excepto en las empresas a partir de 50 efectivos, donde, mediando o no representación unitaria, la ley impone la celebración de una consulta a los trabajadores, quizás para justificar negociaciones alternativas en unidades donde el objetivo debería ser la constitución de representación sindical estable. Siendo evidente el diferente origen de la iniciativa refrendaria, se hallan aquí distintos paralelismos. Más allá del que ya ha sido referido —el referéndum tiende a obviarse allí donde el sujeto negociador ha pasado por el filtro electivo, necesariamente sindical en el italiano, potencial y peligrosamente independiente en el francés—, también el derecho francés introduce la consulta allí donde parece entender que el

sujeto presenta una mayor inconsistencia, en su caso atribuible, tal vez, a la inexperiencia del agente negociador, pese a que opere bajo mandato sindical. Y, en ambos casos, como en todos los explorados, se trata siempre de un referéndum meramente ratificador, responder sí o no, donde se obvia toda alusión a la vertiente deliberativa.

La crítica susceptible de elaborarse, más allá de esa sistemática dejación de promover el debate y la interacción y no únicamente la confrontación entre el sí y el no⁴³⁷, es cómo llegar nítidamente a la conclusión de en qué supuestos se hace necesario el uso de este recurso⁴³⁸. ¿Qué es lo que motiva su intervención, la apariencia o la realidad? Es decir, ¿garantiza el filtro electivo unos sujetos menos influenciables, menos sometidos a presiones? ¿No son, los propios sujetos sindicales, también, influenciables? ¿No son, más influenciables que nadie, los propios trabajadores y trabajadoras que votan a nivel empresarial en una consulta de este tipo?⁴³⁹ Si se entendiese que la respuesta es afirmativa, es decir, que cualquier sujeto, incluso sindical, puede ser objeto de presiones, ¿sería una solución responder con más referéndum, planteándolo como una última fase genérica de la conclusión de convenios y acuerdos?

La experiencia enseña que, para la parte empresarial, detentadora del empleo, es relativamente fácil obtener el consentimiento deseado, sea de los sujetos negociadores que de la propia colectividad destinaria del convenio o acuerdo. El problema parece alojarse, en realidad y con carácter previo, en todo lo que el empresario puede obtener a través de una negociación colectiva desequilibrada de hecho y de derecho, produciéndose una suerte de falso dilema alrededor de la democracia directa o representativa cuando dicha cuestión alude al procedimiento más que a la sustancia⁴⁴⁰, esto es, la tendencia a la degradación de condiciones articulada a través de la negociación. Aun así, y dado el contexto, seguramente poco puede objetarse a que se supedite la validez de un acuerdo de ámbito

437. CARUSO, B., *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, Vol I. *La democrazia nel governo dell'organizzazione e nell'azione sindacale*, Milano, Giuffrè, 1986, págs. 140-141. Este autor advierte que, tal planteamiento, en términos reductivos —afirmación o negación—, arriesga una división de los trabajadores.

438. Esta crítica, aunque en menor medida, también ha sido elaborada en el seno de la doctrina italiana. *Vid.* ALLEVA, P., «I pericoli dell'accordo interconfederale sulla rappresentanza», *cit.*, págs. 1-4.

439. *Vid.* ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, *cit.*, págs. 263-264.

440. *Vid.* BAVARO, V., «Il principio maggioritario nelle relazioni industriali», *cit.*, págs. 3-4.

empresarial portador de peores condiciones a la ratificación de la plantilla. Pero entonces la duda queda, más bien, como se viene diciendo, en dónde establecer el límite, es decir, si acaso no sería pertinente, así las cosas, implantar el referéndum independientemente de quién sea el sujeto negociador. En este sentido, se ha propuesto que, en el marco de negociaciones de gestión, una vez concluido el acuerdo por los sujetos legitimados, el referéndum puede ser un instrumento mediante el cual los trabajadores individuales puedan evitar la disposición de derechos⁴⁴¹ —u obtener, cuanto menos, más por ello—.

Los peligros del método refrendario ya fueron apuntados con motivo del derecho francés, y también la doctrina italiana viene haciéndose eco de ellos desde hace décadas. Uno de los máximos exponentes del sector crítico ha sido Romagnoli, quien ha mantenido una posición difidente y disidente respecto de la democracia directa, considerando que ella encierra mucho de apariencia. Para este autor, no sería conveniente otorgar un excesivo espacio a una técnica como el referéndum que, implantado de manera genérica, pondría a los sindicatos más representativos en la tesitura de verse deslegitimados con ocasión de cada convenio colectivo⁴⁴². En su lugar, solo la participación y la democracia en el seno de la propia organización sindical podría contribuir a que representantes y representados reduzcan distancias⁴⁴³. Es decir, en lugar de mediante más referéndum⁴⁴⁴, las soluciones vendrían a través de más democracia y participación internas. Este instrumento es visto generalmente con prudencia, ya que se ha constatado que puede no ser adecuado en contextos cuya complejidad puede aconsejar que sea la democracia representativa quien los conduzca⁴⁴⁵.

A su vez, no puede descuidarse la perspectiva constitucional. El art. 39 de la Constitución funda el modelo de negociación colectiva —que prevé de ámbito nacional— en el criterio de la afiliación sindical, sin que se reserve al voto directo de los trabajadores espacio alguno. Nada dice de

441. Es la propuesta de ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, cit., págs. 266-267.

442. ROMAGNOLI, U., «Rappresentatività del sindacato: sì alla legge ma con meno referendum», *Lavoro e diritto*, N. 2, 1989, pág. 13.

443. ROMAGNOLI, U., «Quién representa a quién», cit. (La Ley).

444. Como propone ALLEVA, P., «I pericoli dell'accordo interconfederale sulla rappresentanza», cit., págs. 1-4.

445. SCARPONI, S., «Un'arancia meccanica: l'accordo separato alla Fiat-Mirafiori e le rappresentanze nei luoghi di lavoro. Quali prospettive?», cit., págs. 317-318.

que el referéndum pueda ser un método conclusivo de acuerdos⁴⁴⁶, no habiendo duda alguna de la posición que ocupa el sindicato. Aunque el art. 39 de la Constitución no tenía en mente la negociación colectiva de ámbito empresarial, no es claro en absoluto que la configuración contractual de la conclusión de acuerdos por parte de las RSA pudiese tener encaje con la Alta norma.

V. LAS COMISIONES *AD HOC* EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. PREMISAS DE LA REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DIRECTA

Es un rasgo característico de nuestra legislación la desconfianza hacia los mecanismos de participación directa, cuyo origen lo encontramos en la voluntad de sofocar las tendencias asamblearias que caracterizaron al período preconstitucional⁴⁴⁷. Se entendió que, para potenciar las estructuras representativas del personal, era necesario combatir ese «asambleísmo» que venía dominando la práctica⁴⁴⁸. Así, es un lugar común afirmar que nuestro legislador no ha manifestado interés por promover los instrumentos de participación directa, tanto menos por conferirles capacidad decisoria en la empresa. Ciñéndonos al derecho positivo, encontramos que el Estatuto de los Trabajadores alude únicamente a la asamblea de trabajadores⁴⁴⁹, que, significativamente, enmarca bajo el título de «Derecho de reunión»⁴⁵⁰. La doctrina que ha tratado la materia ha

446. DE SIMONE, G., «Lo spazio e il ruolo del voto, tra elezioni e plebisciti», *cit.*, págs. 288-289.

447. *Vid.* GARCÍA BECEDAS, G., «Asambleísmo y representatividad sindical», *cit.*, pág. 17.

448. *Idem*. El subrayado es del autor; desde una perspectiva histórica, puede verse DOLIDIER, A., «Las movilizaciones obreras durante la Transición Democrática española: discursos y representaciones acerca del asambleísmo (1976-1978)», *Debats: Revista de cultura, poder i societat*, N. 1, 2018, págs. 85-102.

449. Véase, ampliamente, LIMÓN LUQUE, M.A., *Derecho de reunión y relaciones laborales: el derecho de asamblea en la empresa*, CES, Madrid, 1996. Más recientemente, GONZÁLEZ MENDO, P., «La asamblea y su regulación estatutaria: una crítica a las restricciones legales», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N. 64, 2020.

450. *Vid.* PRADOS DE REYES, F.J., «El derecho de reunión de los trabajadores en la empresa», *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, N. 9, 1982, págs. 573-612; MONEREO PÉREZ, J.L., «Ámbito subjetivo del derecho de reunión y de asamblea en la empresa (I)», *Actualidad Laboral*, N. 3, 1992, págs. 835-854; en el mismo número, la continuación del artículo, «Ámbito subjetivo del derecho de reunión y de asamblea en la empresa (y II)», *Actualidad Laboral*, N. 3, 1992, págs. 855-871.

coincidido en señalar las deficiencias de tal configuración e, incluso, se ha llegado a afirmar que la característica más destacable reside en las cortapisas que se prevén para su ejercicio⁴⁵¹. Ciertamente, tras una lectura de los arts. 77 al 80 ET, pueden extraerse algunas conclusiones, llamando especialmente la atención como sabemos que el sindicato no tenga, por sí mismo, capacidad de convocatoria, ostentada por la representación unitaria y los propios trabajadores —art. 77.1 ET—, pero no siendo extensible al sindicato⁴⁵², algo que la aprobación de la LOLS no vino a corregir. De este modo, el art. 8.1b de la LOLS contempló las reuniones sindicales internas, pero se obstaculiza legalmente la convocatoria sindical para tratar cuestiones que trasciendan ese ámbito, y ello independientemente de las cuestiones a tratar, friccionando así con la libertad de acción sindical⁴⁵³. El otro punto de fricción reside en la obligación de trasladar al empresario, en el momento de la comunicación de la convocatoria, el orden del día —art. 79 ET—.

Mientras que el derecho italiano regula la asamblea y el referéndum separadamente, el legislador español guarda silencio sobre el segundo. Parece confundir estas figuras en el art. 80 ET, donde se establecen las condiciones de validez de los acuerdos adoptados en asamblea⁴⁵⁴. Dada esta escueta regulación, las expresiones de democracia directa quedan a expensas del uso que en la práctica decidan hacer los propios sujetos negociadores, que en el marco de su libertad negociadora pueden adoptar la iniciativa de deliberar asambleariamente con sus representados y, del mismo modo, en su caso, usar la vía refrendaria para obtener la ratificación de éstos en el marco de la conclusión de convenios o acuerdos⁴⁵⁵. Pero, ciertamente, al carecer de regulación legal, estas prácticas se gene-

451. Cfr. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes de Derecho del Trabajo*, Madrid, cit., pág. 252.

452. STCo. num. 76/2001 de 26 marzo.

453. Vid. GALLARDO MOYA, R., «Asamblea y referéndum, posibles válvulas de seguridad del sistema de representatividad», *Cuadernos de Relaciones Laborales.*, N. 1, 1992, pág. 52; vid. STC 168/1996, de 29 de octubre.

454. *Ibidem*, pág. 59; Según Casas Baamonde, podría entreverse en dicha regulación un débil apoyo al referéndum. Vid. CASAS BAAMONDE, M.E., «Democracia, representatividad y afiliación sindicales», en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pág. 610.

455. Vid. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «El referéndum de aprobación de un convenio colectivo: antisindicalidad de las interferencias empresariales», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N. 1, 2000, pág. 4/13 (La Ley).

ran rodeadas de incertidumbres en lo que a su procedimiento y desarrollo se refiere.

A este frugal régimen jurídico, cuyo fundamento se encuentra en el derecho de reunión del art. 21 CE, se le ha criticado tanto por exceso —formalidades, requisitos que solo favorecen a la empresa en lugar de incentivar a la contraparte⁴⁵⁶—, como por defecto —clarificación de materias⁴⁵⁷, naturaleza de los acuerdos, regulación del referéndum—. Se trata, en fin, de una opción legislativa, no encontrándose impedimentos en nuestro ordenamiento para que se produjese una alteración de ese estado de la cuestión⁴⁵⁸.

Dicha regulación, en cualquier caso, se combina con una jurisprudencia en la que puede apreciarse una línea tradicionalmente restrictiva que, en correspondencia con el derecho positivo, se muestra desconfiada en este ámbito⁴⁵⁹. Se detecta, a su vez, con cierta continuidad, que se mantiene desde dicha sede una postura laxa con las posibles injerencias empresariales que pueden producirse en estos contextos de participación directa⁴⁶⁰. Se trata de una problemática a la que los tribunales, en diversas ocasiones, han restado importancia, y que sin embargo atraviesa plenamente a todos estos mecanismos, representando uno de sus mayores peligros.

-
456. GALLARDO MOYA, R., «Asamblea y referéndum, posibles válvulas de seguridad del sistema de representatividad», *cit.*, pág. 50.
457. Tan solo en el art. 67.3 ET el legislador prevé expresamente el mecanismo de la asamblea, para la revocación de representantes unitarios; Los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario pueden convocar elecciones (art. 67.1); Un tercio de los trabajadores pueden solicitar que se reúna el comité de empresa (66.2 *in fine*); designación de representantes para los convenios franja (87.1); sobre la convocatoria de huelga a iniciativa de los trabajadores, *vid.* MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., «La titularidad del derecho de huelga. Los sujetos titulares en el plano individual y en el plano colectivo», *Revista de estudios económicos*, N. 2-3, 2010, págs. 27-86; en general, sobre la capacidad de la asamblea de concluir acuerdos con eficacia general, *vid.* LIMÓN LUQUE, M.A., *Derecho de reunión y relaciones laborales: el derecho de asamblea en la empresa*, *cit.*, págs. 125 y ss.
458. *Vid.* ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes de Derecho del Trabajo*, *cit.*, pág. 265.
459. Un ejemplo de cómo el derecho de asamblea cede ante otros derechos es la Sentencia del Tribunal Constitucional 88/2003, de 19 de mayo; Igualmente ilustrativa es la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1995 (rec. núm. 1996/1994); *vid.* Tribunal Supremo, 23 de diciembre de 1998 (rec. núm. 1580/1998).
460. *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007 (recud. 3179/2005); Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1995 (rec. núm. 1996/1994); En esta misma línea permisiva, puede verse el pronunciamiento del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1998 (rec. núm. 1580/1998).

2. LA DISRUPTIVA INTRODUCCIÓN DE LAS COMISIONES AD HOC

Las comisiones *ad hoc* llegaron a nuestro ordenamiento a través del Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo⁴⁶¹, y fueron modificadas ya por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre y por las sucesivas intervenciones legislativas de este período reformador⁴⁶², que intensificaron sus contornos y clarificaron aspectos dudosos de su régimen jurídico inicial⁴⁶³. Su introducción tenía por objeto suplir la ausencia de representantes en el marco de determinados procedimientos de consulta preceptivos ligados a figuras jurídicas de reestructuración empresarial. Se pretendía, de este modo, posibilitar acuerdos de reorganización productiva y, en el caso del descuelgue, acuerdos derogatorios⁴⁶⁴. Inicialmente, en el Real Decreto introductorio sólo se preveía la comisión externa sindical —opción muy criticada por la patronal⁴⁶⁵—, siendo a lo largo de la tramitación parlamentaria cuando dicha opción fue alterada para añadir de modo alternativo y en pie de igualdad una comisión compuesta directamente por trabajadores de la plantilla⁴⁶⁶.

-
461. Se ha querido ver un antecedente de estas comisiones en 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. Pero, como se dijo, se trataba de un procedimiento administrativo cuyo resultado no era paragonable a un acuerdo colectivo. *Vid.* BENAVENTE TORRES, M.ª I., «Las comisiones ad hoc en los períodos de consulta/negociación», *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N. 124, 2014, pág. 122.
462. El *iter* puede verse en FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., «Las llamadas comisiones ad hoc: ese oscuro sujeto de negociación colectiva», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N. 107, 2023.
463. Sobre estas modificaciones legislativas, SOLÀ i MONELLS, X., estables en las reestructuraciones no extintivas: una reflexión sobre el papel de los sindicatos», en AA.VV., *Reestructuraciones empresariales Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, pág. 218.
464. *Vid.* CORREA CARRASCO, M., «La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia: una labor inacabada», *cit.*, pág. 14 y 15/31 (La Ley).
465. MOLINA NAVARRETE, C., «Un nuevo acto del “gran teatro” de la reforma laboral 2010: una reforma “para reformar” o de la “galería de los disparates”», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, N. 331, 2010, pág. 94.
466. *Vid.* art. 5 del RDL 35/2010: «En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, los trabajadores podrán atribuir su representación para la negociación del acuerdo con la empresa a una comisión de un máximo de tres miembros integrada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa designados por la Comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a ésta».

Se ha apuntado a que al final prevaleció favorecer lo máximo posible la negociación/consulta en todas las unidades, habiéndose entendido que fiarlo todo a una representación externa y sindical podía dificultar ese objetivo. En cualquier caso, lo cierto es que con dicha modificación, la parte empresarial veía abierta una posibilidad a su tradicional reivindicación de poder negociar directamente con los trabajadores sin intermediación sindical alguna.

Esta peculiar figura se introduce, pues, con la finalidad de actuar como sujeto negociador en supuestos de ausencia de representación⁴⁶⁷, presupuesto habilitante, aunque sin estar sujeto a límites, pudiendo las comisiones *ad hoc* intervenir en unidades que ampliamente podrían contar con representación estable. Al objeto de facilitar la consecución de determinados acuerdos descentralizados de gestión tasados por la ley⁴⁶⁸, su intervención no es libre sino circunscrita al marco designado. Potenciar estos acuerdos era una de las líneas estratégicas, de modo que, también para el legislador español, la ausencia de representación era una cuestión que solventar⁴⁶⁹.

-
467. En el caso de la MSCT, habría de considerarse la cláusula de apertura del art. 41.4 ET, como ya venía admitiéndose jurisprudencialmente. *Vid.* MELLA MÉNDEZ, L., «Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N. 109, 2011, págs. 30-31.
468. *Vid.* ÁLVAREZ DEL CUVILLO, «Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores», *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N. 67, 2002, pág. 118; a favor de la extensión de lo regulado en el art. 41.4 ET a los acuerdos de empresa «subsidiarios», *vid.* SOLÀ i MONELLS, X., «Las comisiones *ad hoc* como fórmula representativa de las plantillas sin representación estable: caracterización general y valoración crítica», en SOLÀ i MONELLS, X. (dir.) y ESTEBAN LEGARRETA, R. (dir.), *La representación laboral en las empresas dispersas y en red: problemática, disfunciones y propuestas de mejora*, Granada, Comares, 2021, pág. 40.
469. Sobre las distintas interpretaciones posibles de la ausencia de representantes con los que realizar el periodo de consultas antes de la introducción de las comisiones *ad hoc*, se expusieron diferentes alternativas: que el empresario tomase la decisión por sí mismo sin periodo de consulta alguno; que al no existir representación no pueden utilizarse estos instrumentos; o, por último, que la ausencia de representantes abría la puerta a representaciones atípicas. *Vid.* GONZÁLEZ ORTEGA, S., «El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación», en AA.VV., *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 151; La doctrina judicial y buena parte de la científica sostuvieron la obligatoriedad de los periodos de consulta en supuestos de ausencia de representación unitaria, pero la ausencia de representación colectiva impedía la afectación de intereses individuales. Sobre esta cuestión, puede verse ROMERO BURILLO, A.M., «El procedimiento de modificación

Las comisiones *ad hoc* se regulan, de modo poco sistemático, en el extenso art. 41.4 ET, si bien intervienen en diversos mecanismos alojados en otros puntos del articulado. Así, pese a alojarse en el precepto dedicado a la modificación sustancial de condiciones de trabajo en su vertiente colectiva, intervienen también en otras figuras que remiten al precepto regulador a la hora de identificar los sujetos que intervendrán en el período de consultas: traslados colectivos (art. 40.2 ET); reducción de jornada o suspensión del contrato de trabajo (art. 47 ET); despidos colectivos (art. 51.2); y en la inaplicación de condiciones de trabajo reguladas en el convenio colectivo aplicable (art. 82.3 ET)⁴⁷⁰. Tan solo en este último caso, como es sabido, la decisión final del período de consultas no queda en manos del empresario. Con lo cual, tan solo en ese caso cabría hablar, en puridad, de negociación⁴⁷¹.

El art. 41.4 establece que, en ausencia de representación legal en el centro de trabajo, los trabajadores podrán atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a alguno de los siguientes sujetos: a una comisión compuesta por un máximo de tres miembros⁴⁷², integrada por trabajadores de la empresa elegidos democráticamente de entre los mismos; o a una comisión del mismo número, constituida por miembros designa-

de condiciones de trabajo de carácter colectivo regulado en los artículos 40.2 y 41.4 del ET tras la reforma laboral de 2012», en AA.VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de las crisis económicas. La reforma laboral de 2012*. XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Ss (AEDTSS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 723-724.

470. Igualmente pueden usarse, en el marco de la sucesión de empresas, para traslados colectivos o MSCT colectivas, dada la remisión del art. 44.9 ET; Sobre si puede usarse esta figura en relación con el art. 44.4 ET, a favor, *vid.* GOERLICH PÉSSET, J.M., *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 69; en contra, *vid.* ROLDÁN MARTÍNEZ, A., «Las comisiones *ad hoc* en los procesos de reestructuración empresarial», en CRUZ VILLALÓN, J., MENÉNDEZ CALVO, R., NOGUEIRA GUSTAVINO, M. (coords.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Bomarzo, Albacete, 2017, pág. 396.

471. *Vid. Infra*, V.3.

472. Algunos autores señalaron que este número es límite máximo, pero también mínimo. Entre ellos, ALFONSO MELLADO, C.L., «Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna», en AA.VV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 114; de otra opinión, por todos, BENAVENTE TORRES, M.ª I., «Las comisiones *ad hoc* en los períodos de consulta/negociación», *cit.*, pág. 140; Tanto la práctica judicial como los estudios que se ocupan de la materia han evidenciado que en el terreno se detectan comisiones de uno o dos trabajadores.

dos, en función de su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estén legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio de aplicación a la misma⁴⁷³. Para el caso de empresas pluricelulares se establecen normas específicas, distinguiéndose dos supuestos —a salvo de la prioridad de las secciones sindicales si fuese el caso⁴⁷⁴, o del comité intercentros si lo hubiera—: aquél en que unos centros de trabajo tienen representantes y otros no⁴⁷⁵, y un segundo en el que ningún centro cuenta con representación. Así, en el primer caso, la intervención de la comisión *ad hoc*, establecida bajo alguna de las alternativas que se han indicado, es facultativa. De no producirse, la representación de esos trabajadores será asignada proporcionalmente a los representantes de los centros de trabajo restantes, solución que cerraba algunos problemas si bien puede dar lugar a otros. En el segundo caso, esto es, que ningún centro de trabajo cuente con representantes, cada uno designará su propia comisión y, con posterioridad, deberán elegirse de entre ellos y por ellos, en proporción al número de trabajadores representados, a los miembros que integrarán la comisión⁴⁷⁶.

El plazo máximo para su conformación es muy exiguo, y la comisión habrá de quedar constituida antes de la comunicación empresarial del inicio del procedimiento de consultas, si bien, si no se ha conformado, la parte empresarial podrá seguir adelante, ya que el hecho de que no se constituya no impide el inicio y transcurso del período de consultas. En el mismo sentido, si se constituye con posterioridad, el plazo del período de consultas no se verá ampliado. Parece claro que es un objetivo del legislador el que estos procedimientos puedan tramitarse con celeridad, sin posibili-

473. En cuyo caso el empresario, análogamente, podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que esté integrado. *Vid. art. 41.4 a)* párrafo final.

474. *Vid. art. 41.4* párrafo segundo. En caso de negociación por parte de las secciones sindicales sería innecesaria la intervención de las comisiones *ad hoc*, pero jurisprudencialmente se han admitido comisiones híbridas sindicales-*ad hoc* en algunos supuestos en los cuales el sindicato así lo ha admitido libremente. *Vid. BENAVENTE TORRES, M.ª*., «Los litigios en torno a las comisiones “ad hoc” del artículo 41.4 ET», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N. 11, 2015, págs. 78-79.

475. Las «comisiones híbridas» del art. 41.4 b) se introducen con la Ley 11/2013 de 2 de agosto, si bien la jurisprudencia las reconocía con anterioridad (así lo recuerda la STS de 16 de julio de 2015, rec. núm. 180/2014, FJ IV). *Vid. NAVARRO NIETO, F.*, «Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo como instrumento de flexibilidad interna: luces y sombras en la doctrina judicial más reciente», *Revista española de Derecho del Trabajo*, N. 190, 2016, pág. 11/24 (Aranzadi).

476. *Vid. art. 41.4 b)* 2º y 3º, respectivamente. En uno y otro supuesto, la comisión negociadora se limita a un máximo de trece miembros.

dades de paralización. Así, en estos procesos, la duración del período de consultas preceptivo presenta algunas variaciones según el caso concreto, pero suele establecerse como máximo en quince días. Para su validez, el acuerdo requiere de la conformidad de «la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores»⁴⁷⁷.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la comisión *ad hoc* de naturaleza directa e interna se ha subsumido en el art. 129 CE, así como en los preceptos en él fundamentados, esto es, arts. 4.1g) y 61 ET⁴⁷⁸, mientras que la comisión sindical no halla obstáculos para encuadrarse en los arts. 28.1 y 37.1 CE. El debate que pudiera haber en torno a la naturaleza jurídica de estas comisiones ha sido despejado, paulatinamente, por la jurisprudencia. Las comisiones *ad hoc* son representantes legales de los trabajadores, una representación de carácter extraordinario que concluye determinados acuerdos tasados por el legislador y cuyos efectos serán los mismos que si hubiesen negociado los sujetos tradicionales a los que sustituyen⁴⁷⁹.

La discusión en torno a la naturaleza jurídica enlaza con la aplicación de las garantías previstas legalmente en el art. 68 ET para la representación unitaria. Aunque la ley guarda silencio, la doctrina viene manifestándose a favor del reconocimiento por analogía de dichas garantías a los miembros de las comisiones *ad hoc* internas, algo para lo que no se apreciaron particulares obstáculos⁴⁸⁰. La jurisprudencia, que no tiene dudas sobre la cualidad de estas comisiones como representantes legales de los trabajadores —también para actuar ante la jurisdicción social⁴⁸¹—, así lo ha confirmado⁴⁸².

477. *Vid.* art. 41.4.3^a, inciso quinto.

478. ROLDÁN MARTÍNEZ, A., «Las comisiones *ad hoc* en los procesos de reestructuración empresarial», *cit.*, pág. 397.

479. Por todas, STS de 18 de marzo de 2014, rec. núm. 114/2013, FJ II y III.

480. *Vid.* CRUZ VILLALÓN, J., «La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N. 2, 2010, pág. 18/25 (La Ley); en contrario, *vid.* GARCÍA VIÑA, J., «Los sujetos titulares de las consultas. Legitimación negocial», en AA.VV., *Los periodos de consultas. XXVI Jornadas de estudio sobre negociación colectiva*, Ministerio de empleo y seguridad social, N. 104, Madrid, 2013, pág. 46.

481. *Vid.* STS de 18 de marzo de 2014, rec. núm. 114/2013 —legitimación activa y pasiva en supuestos de despido colectivo, art. 124 LRJS—. La misma interpretación se ha seguido para los procedimientos de conflicto colectivo: *vid.* STS de 8 de abril de 2016 (rec. núm. 285/2014); STS 14 de octubre de 2015 (rec. núm. 336/2014); y STS de 20 de julio de 2022 (rec. núm. 111/2022). Puesto que para la adopción de acuerdos se exige la conformidad mayoritaria de los integrantes de la comisión, el TS ha establecido que, derivadamente, para su impugnación, estará legitimados activamente, como mínimo, la mayoría de los miembros de la comisión, no alcanzando esa condición una minoría,

Sobre pasada ampliamente la década de andadura, las comisiones *ad hoc* parecen haber venido para quedarse. Su retirada no constituye objeto habitual de discusión y el debate parece situarse, más bien, en su posible reestructuración. En este sentido, como se irá delineando en estas páginas, buena parte de la doctrina aboga por la sindicalización de estas comisiones, bien sea como opción exclusiva —especialmente en casos de inaplicación de convenios estatutarios⁴⁸³—, bien sea como opción prioritaria, actuando solo subsidiariamente la comisión interna directa⁴⁸⁴. En dicha línea parece haberse detenido el legislador, si analizamos el uso posterior de esta figura, que se ha producido en dos modalidades: en primer lugar, para la adopción de medidas relativas a la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19, declarando el carácter subsidiario de la comisión *ad hoc* «asamblearia» frente a la sindical⁴⁸⁵. En segundo lugar, relativo a la negociación de planes de igualdad⁴⁸⁶, la comisión sindical se ha impuesto como única opción⁴⁸⁷. A su vez, en tal materia, se prevé que,

aunque fueran disidentes del acuerdo obtenido. *Vid.* STS de 14 octubre 2015, rec. núm. 336/2014, FJ IV; *Cfr.* VALLE MUÑOZ, F.A., «La legitimación activa de las comisiones representativas de trabajadores elegidas “ad hoc” en la impugnación judicial del despido colectivo», *Iuslabor*, N. 2, 2014, pág. 3 y ss.

482. *Vid.* Auto del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2014, rec. núm. 2998/2013; *Vid.* STS 10 de octubre de 2019, Rcd. núm. 966/2017, FJ III.
483. *Vid.* LÓPEZ TERRADA, E., «La composición de las comisiones *ad hoc* de empresas sin representación legal de los trabajadores: naturaleza jurídica y reformulación», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, N. 3, 2021, págs. 27-29. La autora mantiene que, sólo en el supuesto de incomparecencia sindical, podría pensarse en la comisión asamblearia como opción subsidiaria.
484. *Vid.* TERRADILLOS ORMAECHEA, M.E., «La evolución de las estructuras de participación de los trabajadores en España a consecuencia de la crisis: sobre su consonancia (o disonancia) con la normativa internacional», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N. 1, 2016, pág. 10; Otro punto de vista en *Vid.* NIETO ROJAS, P., «Las comisiones *ad hoc* tras diez años de andadura. Una revisión jurisprudencial», en AA.VV., *Reestructuraciones empresariales: Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021*, Ministerio de Trabajo y economía Social, Madrid, 2021, pág. 79.
485. *Vid.* art. 23 del RDL 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.
486. RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.
487. *Vid.* DE TORRES BÓVEDA, N., «El encaje de las comisiones *ad hoc* en la negociación de los planes de igualdad», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, N. 2, 2022, págs. 103-120.

en caso de empresas pluricelulares donde algunos centros tengan representación y otros no, la comisión *ad hoc* sindical representará a los centros carentes de ella⁴⁸⁸, solución que puede equilibrar los intereses en juego.

Precisamente en este contexto se ha detectado que la alta demanda ha desbordado la capacidad de respuesta sindical, planteando el problema de una eventual incomparecencia sindical. Se ha propuesto, como respuesta a esa posible problemática, que quizás lo más conveniente sería afrontar la reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores, al objeto de garantizar la presencia de representaciones estables⁴⁸⁹. De hecho, la reforma laboral de 2021⁴⁹⁰, en sus borradores contenían la propuesta de eliminar la comisión interna para el supuesto de la inaplicación de convenio, pero dicha previsión no fructificó en la versión final.

3. LOS PERIODOS DE CONSULTA Y LA NEGOCIACIÓN REAL

Las comisiones *ad hoc* se enmarcan, por tanto, en los procedimientos de consulta preceptivos. La mayor parte de las medidas donde operan estos instrumentos —con la importante salvedad de la inaplicación de convenio del art. 82.3 ET— pertenecen en última instancia, a la esfera del poder empresarial. Pese a que el empresario no precisa necesariamente del acuerdo, adoptar estas decisiones por la vía colectiva presenta numerosas ventajas, tratando el legislador de potenciar el pacto. El ordenamiento, pues, muestra una nítida preferencia orientada a que las decisiones empresariales operen a través de acuerdos, trazando una vía colectiva sobre la unilateralidad de fondo. El acuerdo proporciona seguridad jurídica a la parte empresarial y resulta positivo a efectos de pacificación, contribuyendo a facilitar la aceptación de nuevas condiciones tendentes al empeoramiento, en una suerte de organización formalmente colectiva del poder de dirección.

Para desplegar todo ello, como se viene refiriendo, se hacía necesario un interlocutor válido⁴⁹¹, que fuese reconocido por el ordenamiento jurí-

488. *Vid.* art. 5.3 del RD 901/2020, de 13 de octubre.

489. *Vid.* NIETO ROJAS, P., «Las comisiones ad hoc tras diez años de andadura. Una revisión jurisprudencial», *cit.*, pág. 88.

490. Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

491. *Vid.* NIETO ROJAS, P., «Alternativas a la carencia de representaciones legales en el ámbito empresarial. Las soluciones arbitradas en el ordenamiento galo como punto de partida», *cit.*, págs. 685-693.

dico⁴⁹². Es un hecho, en fin, que de no haberse previsto nada, la política legislativa basada en potenciar la capacidad autonormativa de los niveles descentralizados se habría visto dificultada en la práctica en numerosas ocasiones debido a la ausencia de representantes⁴⁹³. Nuestro legislador, consciente de ello, cuando introduce las comisiones *ad hoc* no reserva esta posibilidad solo a las unidades que por su dimensión no pueden tener representación, sino que con su silencio posibilita que se extiendan al resto, sin establecer límite alguno⁴⁹⁴. Como ya se ha expuesto para el caso francés, los objetivos este período reformador estaban estrechamente ligados que las condiciones de trabajo pudieran emanar de los niveles empresariales, estrategia que requiere de sujetos válidos. Aunque en nuestro caso estas comisiones intervengan únicamente en el marco de los aludidos procedimientos de consulta⁴⁹⁵, ello no oculta que la ley delega en estos instrumentos un contenido material de amplio espectro, que abarca buena parte de las condiciones de trabajo⁴⁹⁶. Desde luego, las más elementales. Y aunque la decisión pertenezca en líneas generales a la esfera del poder

-
492. Sobre formas atípicas de representación, *vid.* ARUFE VARELA, A., «Los representantes legales o unitarios “extraestatutarios” de los trabajadores», *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, N. 127, 2005, págs. 297-308.
493. No existen datos actualizados y concretos sobre la tasa de cobertura de la representación unitaria, pero diversos indicadores ponen de manifiesto que es posible que no llegue al 50% de la población asalariada. *Vid.* SOLÀ i MONELLS, X., «Las comisiones *ad hoc* como fórmula representativa de las plantillas sin representación estable: caracterización general y valoración crítica», *cit.*, págs. 27-28; en la misma obra, realizan una aproximación cuantitativa al fenómeno de la representación ALÓS, R. y BARRANCO i FONT, O., «Los trabajadores y las trabajadoras sin representación en la empresa y el sindicato», págs. 1-25; Un estudio que recopila datos hasta 2015 calculó que más de dos millones de trabajadores trabajan en empresas de menos de 6 efectivos (15.5% del total), estando por lo tanto privados de la posibilidad de tener representantes. Además, el 37.3% de los restantes tampoco tenían representantes pese a que, numéricamente, era posible. *Vid.* JÓDAR, P., ALÓS, R., BENETYTO, P. y VIDAL, S., «La representación sindical en España: cobertura y límite», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, N. 1, 2018, págs. 26-27.
494. Críticamente, NAVARRO NIETO, F., «La reforma del marco normativo de la negociación colectiva», en AA.VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el conflicto de la crisis económica. La Reforma Laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 956.
495. Puede verse MOLERO MARAÑÓN, M.L., «La incidencia de la reforma 2013 en las reglas del período de consultas», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N. 12, 2021, págs. 91-121.
496. El empresario ostenta estas facultades en virtud del principio jurídico de conservación del negocio. *Vid.* MORARU, G.-F., «La reestructuración empresarial y la modificación sustancial de condiciones de trabajo: fórmulas de designación de las comisiones», en AA.VV., *Reestructuraciones empresariales Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la*

empresarial —siempre que se encuadre en la causalidad regulada legalmente, caracterizada por su amplitud y generalidad⁴⁹⁷—, llevar a cabo el procedimiento es una exigencia legal.

Así, a los periodos de consultas se les ha dado tratamiento de auténticos procesos negociales, tanto legal como doctrinal y jurisprudencialmente⁴⁹⁸. Los requisitos que los rodean y el que la fuente legal ordene a las partes negociar de buena fe al objeto de alcanzar un acuerdo han contribuido a ello⁴⁹⁹. El concepto de buena fe⁵⁰⁰, reconducible a la buena fe negocial, no conlleva obligación de pactar y recae sobre ambas partes⁵⁰¹. Se trata de una noción de largo arraigo jurídico en distintas ramas del derecho⁵⁰², que en nuestra disciplina no ha sido definido por el legislador comunitario ni por el nacional⁵⁰³, por lo que ha de ahondarse en la jurisprudencia para minimizar esta indeterminación⁵⁰⁴. Dado que se trata de un elemento

Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, pág. 203.

497. Progresivamente distendida. *Vid.* VIVERO SERRANO, J.B., «La fortificación por el legislador del “amenazado” feudo empresarial de la distribución del tiempo de trabajo», en AA.VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el conflicto de la crisis económica. La Reforma Laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 899.
498. Se trata de una línea consolidada. *Vid.* STS de 16 de noviembre de 2012, rec. núm. 236/2011; STS 16 julio 2015, rec. núm. 180/2014; STS de 26 de marzo de 2014, rec. cas. núm. 158/2013; STS 18 de julio de 2014, rec. núm. 303/2013); *vid.* GARCÍA MURCIA, J., *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998, págs. 97-100.
499. *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Buena fe y ejercicio de poderes empresariales», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N. 2, 2003, págs. 35-46.
500. Ampliamente, *vid.* MONTOYA MELGAR, A., *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001; y CABEZA PEREIRO, J., *La buena fe en la negociación colectiva*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995.
501. *Vid.* STJUE de 16 de julio de 2009. asunto C-12/08, Mono Car Styling SA contra Dervis Odemis y otros.
502. Resulta muy esclarecedor el estudio de MOLINA NAVARRETE, C., «Hacia una revisión constitucional de la función de la “buena fe contractual” en las relaciones jurídico-laborales», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N. 1, 1992, págs. 338-365.
503. *Vid.* Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.
504. BAYLOS GRAU, A., «Derecho al trabajo, despido y buena fe contractual. comentario a la STC 192/2003, de 27 de octubre», *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, N. 1, 2004, págs. 673-684; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.M., «Despidos colectivos y negociación de buena fe los límites de la ina-

rodeado de zonas grises y que su resolución es casuística, es difícil establecer formulaciones generales⁵⁰⁵, si bien la doctrina judicial ha elaborado ciertas pautas interpretativas⁵⁰⁶. La exigencia legal de negociar de buena fe⁵⁰⁷, con vistas a la consecución de un acuerdo, hace que su inobservancia puede conllevar sanciones jurídicas, siendo por lo tanto un elemento clave a la hora de dirimir la legalidad del procedimiento⁵⁰⁸, de ahí que se haya dicho que, en el contexto de las reformas laborales portadoras de relaciones de trabajo más dúctiles, este principio ha sido revitalizado⁵⁰⁹.

No se pretende discutir el lugar ni la importancia que el legislador reserva a los períodos de consulta como figura procedural, ni los resultados positivos que en algunos supuestos puedan arrojar, pero esa atribución sin ambages de condición de procesos negociales no deja de suscitar dudas. En tanto que una de las partes tiene la capacidad de imponer la medida en casi todos ellos, no parece que, en puridad, pueda hablarse de

movilidad de las posiciones empresariales durante el período de consultas», *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N. 52, 2012, págs. 3-8.

505. *Vid.* NAVARRO NIETO, F., «Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo como instrumento de flexibilidad interna: luces y sombras en la doctrina judicial más reciente», *cit.*, pág. 14/24 (Aranzadi).
506. *Vid.* STS de 16 de julio de 2015, rec. 180/14; y STS de 13 de octubre de 2015, rec. núm. 306/14; *Vid.* ORTEGA LOZANO, P., «Problemas interpretativos en el período de consultas: la buena fe negocial a través de la jurisprudencia», *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, N. 214, 2020, págs. 5-18;
507. *Vid.* STC núm. 107/2000 de 5 mayo (rec. núm. 3076/1995); STS 30 junio 2011 (rec. cas. núm. núm. 173/2010); STS de 16 de noviembre de 2012, rec. cas. núm. 236/2011; STS 16 julio 2015, rec. cas. núm. 180/2014; STS de 26 de marzo de 2014, rec. cas. núm. 158/2013; STS 18 de julio de 2014, rec. cas. núm. 303/2013; *vid.* CABEZA PEREIRO, J., «El deber de negociar de buena fe», en AA.VV., *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales: estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Bomarzo, 2021, Albacete, págs. 345-360; IGUARTUA MIRÒ, M.T., «El deber de negociar de buena fe como límite a las facultades empresariales de gestión de plantillas», en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (coord.), *El derecho a la negociación colectiva «Liber Amicorum» Profesor Antonio Ojeda Avilés*, CARL (Junta de Andalucía), 2014, págs. 255-264.
508. *Vid.* arts. 3 y 4 de la Directiva 98/59/CE, de 20 de junio. La jurisprudencia del TJUE ha reiterado, sobre dicha directiva, que el derecho de información y de consulta tiene naturaleza colectiva, pues así está concebido en beneficio de los trabajadores. Por todas, *vid.* TJUE 16 de julio de 2009, Asunto C-12/08, Mono Car Styling S.A., en respuesta a la cuestión prejudicial interpuesta por la Cour du travail de Liège, Bélgica.
509. LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., «La revitalización del principio de buena fe negocial en un contexto de flexibilidad laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, N. 413-414, 2017, págs. 19-52.

negociación. La mera proceduralización de poderes empresariales⁵¹⁰ no equivale a negociación real, independientemente de la calificación que jurídicamente se haya tenido a bien otorgar al resultado. La práctica dictará si puede haber, en base a la relación de fuerzas de cada caso concreto, una verdadera influencia en la decisión empresarial, que, *a priori*, se adivina poco probable en escenarios cotidianos.

Se trata, en fin, el de la consulta y la negociación, de un terreno repleto de ambigüedades, donde esta última fácilmente puede quedar relegada a una ficción salvo que haya un equilibrio entre las partes que lo impida, ya que de partida no se precisa pacto alguno para imponer la medida y, en consecuencia, ello anula el espacio necesario para que pueda producirse un proceso negociador auténtico en el que obtener y ceder intereses. La bilateralidad real de estos pactos se adivina frágil, pues la parte empresarial se topa jurídicamente con un marco afín que le facilita o garantiza proceder según sus intereses, sumado a que siempre cuenta fácticamente con el condicionamiento de que es mejor aceptar determinadas medidas que afrontar o maximizar despidos. Y ello, como sabemos, trasciende a los sujetos negociadores, o al tamaño de la empresa.

4. LA CONTROVERTIDA INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN AD HOC DIRECTA EN LA INAPLICACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO

Las comisiones *ad hoc*, como se ha venido tratando, se insertan en un contexto donde se pretende que las condiciones de trabajo puedan ser mutables y disponibles desde los niveles de negociación inferiores. En nuestro ordenamiento, cobra especial relevancia el mecanismo de descuelgue, cuyas facultades se vieron reforzadas con la reforma de 2012 —además de desvincularse del mantenimiento del empleo⁵¹¹—. El art. 82.3 ET lo delinea como una figura que excepcionalmente —o no tanto, según la regulación que progresivamente se ha impuesto— permite alterar lo estipulado por el convenio colectivo estatutario. Las amplias posibilidades materiales concedidas resultan aún más problemáticas cuando se introduce un sujeto negociador como la comisión *ad hoc* directa. El convenio

510. *Vid.* BAYLOS GRAU, A., *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991, pág. 91; MONEREO PÉREZ, J.L., *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 60.

511. Puede verse una síntesis evolutiva de la inaplicación de convenio en CRUZ VILLALÓN, J., «El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012», *Revista de Derecho Social*, N. 57, 2012, pág. 237.

ESTUDIOS



Acceso online a Biblioteca Digital Legalteca:
consulte página inicial de esta obra

Esta monografía analiza el régimen jurídico de la participación directa en la negociación colectiva de ámbito empresarial en el derecho español, francés e italiano. Partiendo de las funciones encomendadas por la ley a la negociación, cuyo rasgo común es la descentralización de las normas convencionales, la obra explora el uso y las finalidades de diferentes mecanismos directos emanados de la fuente legal o de la autonomía colectiva, confrontándolos.

Configurada para facilitar la obtención de pactos colectivos flexibilizadores de condiciones de trabajo o, en cualquier caso, conexa a dicha tendencia compartida, la intervención directa de las trabajadoras y los trabajadores aparece como un recurso que permite superar la frecuente ausencia de representación en el banco social —como es el caso de nuestras comisiones *ad hoc*—, pero también, en la experiencia comparada, como una herramienta de diversos usos ante posibles inconsistencias o desavenencias cuando negocian las propias organizaciones sindicales.

Los sujetos negociadores son, como es sabido, un elemento básico para la comparación de sistemas de negociación colectiva y, más ampliamente, de derecho sindical. Examinar a qué sujetos se otorga jurídicamente legitimidad negocial resulta muy clarificador para situar el estado de las relaciones de poder y su juridificación. El hecho de que se hayan ido produciendo pasos ciertos hacia un cambio de paradigma, como es sustituir o evadir la representación mediante fórmulas directas, merece mucha atención, pues viene a cuestionar algo tan sólido desde el punto de vista constitucional como es la necesidad de representantes por el lado social para la negociación colectiva de condiciones de trabajo, y, en concreto, el papel que se reconoce y asigna a los sindicatos.

ISBN: 978-84-1085-499-4



9 788410 854994



ER-0280/2005



GA-2005/0100

ARANZADI