



LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE ELECCIONES SINDICALES EN LAS MICROEMPRESAS *

THAIS GUERRERO PADRÓN

*Doctora en Derecho. Profesora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz*

EXTRACTO

El tejido empresarial español está integrado por un considerable porcentaje de empresas inscritas en la Seguridad Social cuya plantilla es inferior a seis trabajadores, sin desechar el número de aquellas que cuentan entre seis y diez. Esas cifras son referentes en la legislación vigente para excluir la elección del representante de personal o bien para introducir matizaciones en el procedimiento a seguir para llevar a cabo tal elección, con importantes implicaciones en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

El Tribunal Constitucional, a través de reiteradas sentencias, ha sentado doctrina en orden a la legitimación de los sindicatos más representativos para promover elecciones sindicales, tema que suscita una indudable atracción y al mismo tiempo derivadas consideraciones y efectos, básicamente en torno al grado o índice de legitimación en el marco del proceso electoral en paralelo o en concurrencias con la facultad estatutaria de la decisión mayoritaria de los trabajadores de celebrar elecciones cuando el censo laboral oscila entre seis y diez trabajadores.

Este análisis invita a otras reflexiones adicionales. De un lado, respecto de la eventual posibilidad de que centros de trabajo o empresas con menos de seis trabajadores puedan elegir un representante de personal cuando media amparo convencional; y de otro lado, las alternativas que plantea la reducción de plantilla por debajo del umbral de seis trabajadores sobre la vigencia del mandato del delegado de personal electo así como sobre sus posibles facultades, prerrogativas y garantías en cuanto representante unitario.

* Este estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «Las relaciones laborales en las microempresas (BJU 2002-04794)».

ÍNDICE

1. EL PROCESO ELECTORAL EN CENTROS DE TRABAJO ENTRE SEIS Y DIEZ TRABAJADORES
2. CENTROS DE TRABAJO CON MENOS DE SEIS TRABAJADORES: REPRESENTANTE PREVISTO EN CONVENIO COLECTIVO
3. REDUCCIÓN DE PLANTILLA HASTA SITUARSE POR DEBAJO DEL UMBRAL DE SEIS TRABAJADORES

1. EL PROCESO ELECTORAL EN CENTROS DE TRABAJO ENTRE SEIS Y DIEZ TRABAJADORES

El artículo 62.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) atribuye a los delegados de personal la representación de los trabajadores en empresas o centros de trabajo que cuentan con una plantilla entre once («más de diez») y cuarenta y nueve («menos de cincuenta») trabajadores. En la empresa o centro de trabajo con un número entre seis y diez trabajadores, el precepto asigna la representación de los trabajadores a un delegado de personal, precisando la norma que podrá haberlo «... si así lo decidieran éstos por mayoría», pero sin pronunciarse sobre aspectos tales como la forma, contenido o momento de adopción de tal decisión. La finalidad del artículo 62.1 ET, señala el Tribunal Constitucional ¹, es la de habilitar la existencia de un representante en esos centros de trabajo contando con la voluntad de los trabajadores o no imponer a éstos, en principio, dicha figura en contra de su voluntad.

Así parece claro que la elección de delegados de personal en centros de trabajo con más de diez trabajadores es una rigurosa previsión legal a diferencia de la elección del representante en empresas o centros de trabajo entre seis y diez trabajadores que es facultativa para éstos de acuerdo con la dicción legal («podrá haber»)².

La elección de representantes de personal se sustancia a través de un proceso electoral que necesariamente requiere su promoción a instancia de algún sujeto con la debida legitimación. La promoción es el elemento que sirve para impulsar el proceso electoral, lo cual requiere que los sujetos promotores deban comunicar a la empresa y a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral su propósito de celebrar elecciones mediante un escrito —preaviso electoral— en el que, entre otros datos, debe mencionarse la fecha prevista de inicio del proceso, que será la de constitución de la mesa electoral (artículo 67.1 segundo párrafo ET).

¹ Sentencia 36/2004, de 8 marzo, f.j. 4.º.

² El carácter facultativo es un aspecto unánime en la doctrina, por todos, A. MONTAYA MELGAR, J. GALIANA MORENO, A. SEMPERE NAVARRO y B. RÍOS SALMERÓN, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 3.ª ed., Navarra, 2000, pág. 408.



El artículo 67.1 ET menciona como posibles promotores de elecciones a representantes de los trabajadores a «las organizaciones sindicales más representativas, las que cuenten con un mínimo de un 10 por 100 de representantes en la empresa o los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario» sin añadir otras precisiones o condicionamientos a la actividad promotora de tales sujetos en función del tamaño de la empresa o centro de trabajo. Tratándose de sindicatos más representativos la legitimación para promover elecciones a representantes de los trabajadores en cualquier centro de trabajo donde sea posible su celebración deriva, igualmente, del artículo 6.3. e) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

El carácter de derecho fundamental de la libertad sindical ex artículo 28.1 CE, el reconocimiento constitucional de los sindicatos (artículo 7 CE) así como la legitimación de los sindicatos más representativos para promover elecciones a delegados de personal reconocida en los mencionados artículos 6.3.e LOLS y 67 ET sin ninguna cortapisa ni salvedad relativa al tamaño de la empresa o centro de trabajo («gozarán de capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionariales para... promover elecciones a delegados de personal...»), han favorecido la construcción de una doctrina constitucional que, en definitiva, incardina aquella legitimación promocional en la órbita de la libertad sindical. El TC entiende que la libertad sindical tiene un núcleo mínimo e indisponible —en cualquier caso esencial— que abarca los derechos de huelga, negociación colectiva y promoción de conflictos, y un contenido adicional que comprende otros derechos o facultades atribuidos por normas legales o convenios colectivos a aquellos sindicatos entre los que figura la promoción de elecciones sindicales; cualquier acto contrario, impedimento u obstaculización al sindicato para ejercitar este derecho adicional que es la promoción del proceso electoral puede ser constitutivo de una violación del artículo 28.1 de la Constitución³, si bien entendido que no todas las normas electorales en su conjunto y actos conexos al proceso electoral quedan incluidos en el ámbito de la libertad sindical.

Por tanto, de un lado las normas reconocen que los sindicatos más representativos tienen «legitimación para promover» elecciones a delegado de personal en cualquier empresa o centro de trabajo donde sea posible su celebración (artículos 67.1 ET y 6.3 e LOLS), con el aval de la doctrina constitucional, y de otro lado, la «elección» de un delegado de personal en centros de trabajo reducidos (de seis a diez trabajadores) queda condicionada por la norma («podrá haber... si...») a la decisión favorable de la mayoría de los trabajadores (artículo 62.1 ET). De la redacción de tales preceptos no

³ Sentencias 104/1987 de 17 de junio, 9/1988 de 25 de enero, 51/1988 de 22 marzo y 76/2001 de 26 de marzo.

se infiere que haya necesariamente una relación entre la «legitimación promotora» del sindicato más representativo y la «decisión mayoritaria de los trabajadores para elegir su representante» cuando la unidad electoral es un centro de trabajo de esas características.

Pero en la práctica judicial se han suscitado problemas de interpretación de las normas precitadas cuando se trata de elecciones sindicales en centros de trabajo entre seis y diez trabajadores en las que actúa como promotor un sindicato más representativo. Algunas resoluciones judiciales han tenido la ocasión de pronunciarse sobre la existencia de una posible vinculación o relación entre la promoción electoral del sindicato y la decisión mayoritaria de los trabajadores para elegir al representante, o acerca de si dicha decisión mayoritaria puede limitar, condicionar o, al menos, afectar a la celebración del proceso electoral, salvaguardada la legitimación del sindicato más representativo a la hora de promover elecciones sindicales en aquellos centros de trabajo. Ciertamente, desde los Juzgados de lo Social, alguna sentencia, admitiendo la legitimación promotora del sindicato más representativo con carácter general, ha precisado que «en empresas entre seis a diez trabajadores quedará supeditada dicha legitimidad a que se produzca el acuerdo positivo de la mayoría de los trabajadores para que haya elecciones», ó que «la validez de dicha promoción tiene su límite en la posibilidad de que dichas elecciones puedan celebrarse»⁴. Otra sentencia afirma que la existencia del requisito de la mayoría de los trabajadores para elegir un delegado de personal puede condicionar «la validez de la promoción efectuada por el sindicato y por tanto la validez de la elección»⁵. Del mismo modo se ha matizado que el distinto tratamiento que hacen las normas para la elección de un representante cuando la empresa tiene entre seis y diez trabajadores, «que incluso parece poner en cuestión la facultad para promover elecciones por los sindicatos..., se traduce en que para que puedan realizarse las elecciones en este caso es necesario un pronunciamiento mayoritario previo de los trabajadores...»⁶. De tales pronunciamientos en instancia se podría colegir que, en efecto, el sindicato más representativo tiene capacidad para promover elecciones en centros de trabajo reducidos, pero cuando no concurre la decisión mayoritaria de los trabajadores optando por un representante esa facultad puede verse comprometida tanto como la propia celebración de las elecciones, matiz no carente de interés.

⁴ Sentencia de 6 de junio de 2002 del Juzgado de lo Social núm. 6 de Alicante, f.j. 3.º (AS 2002\2584).

⁵ Sentencia de 29 de enero de 2002 del Juzgado de lo Social núm.1 de Castellón, f.j. 5.º (AS 2002\410).

⁶ Sentencia de 11 de septiembre de 2001 del Juzgado de lo Social núm. 4 de Granada, f.j. único (AS 2001\4572).



La doctrina ha señalado que «la voluntad de los trabajadores, no la de los convocantes, (es) lo decisivo» en este tipo de elecciones⁷ y se ha planteado si la promoción resulta imposible en este tipo de centros de trabajo sin la previa decisión mayoritaria de los trabajadores apoyando la celebración de elecciones⁸; el punto de referencia que considera es precisamente una unidad productiva de reducidas dimensiones en la que las relaciones empresario-trabajadores son muy directas quedando el ámbito de las relaciones colectivas sustancialmente limitado a pocas materias y en momentos muy puntuales. Posiblemente la intención del legislador ha sido «poner en manos de los propios trabajadores de este tipo de empresas las posibilidades de actividad sindical a través de la representación unitaria de los sindicatos, que queda condicionada a su acuerdo mayoritario. En definitiva, tal decisión tiene un contenido sustantivo propio, no es un requisito de carácter puramente formal, lo que exige se convierta en el primer trámite a cumplir para promover el proceso electoral; una vez realizado, este puede valorarse como el acuerdo también de promoción directa de las elecciones por los propios trabajadores, que hace inútil en tal caso la convocatoria posterior por un sindicato de los facultados legalmente para ello».

El Tribunal Supremo ha conocido en proceso de conflicto colectivo esta materia⁹, habiéndose sometido a su consideración cuestiones referidas a si los sindicatos mayoritarios carecen de legitimación para decidir la celebración de elecciones de delegado de personal en empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, o si la decisión mayoritaria de los trabajadores es soberana para promover la celebración de elecciones de delegado de personal en ese tipo de centros de trabajo. La postura que ha adoptado el TS racionaliza el impulso y el desarrollo del proceso electoral para así establecer una neta diferencia entre (de un lado) el acto de promoción electoral y (de otro) la celebración de las elecciones sindicales, situando en este segundo momento el requisito relativo al acuerdo mayoritario de los trabajadores cuando se trata de centros de trabajo de las características expuestas, lo que puede condicionar la validez del proceso.

Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, promover significa «iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro», expresión de claro contenido finalista. Reconducido al ámbito electoral sindical, el TS indica que «promover supone simplemente adelantar o iniciar el impulso de un proceso, llevando a cabo las diligencias necesarias

⁷ De este modo S. DEL REY GUANTER, *La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 79.

⁸ J. CRUZ VILLALÓN, «El desarrollo del proceso electoral sindical a través de las resoluciones judiciales», *Temas Laborales*, núms. 10-11, 1987, págs. 32-33.

⁹ Sentencia de 10 de marzo de 2004, recurso 2/2003.

conducentes a la consecución de un fin, y esta facultad se atribuye a ciertos sindicatos¹⁰ y, sin perjuicio de ello, también a los trabajadores de los centros que nos ocupan», doctrina claramente subsumible en el artículo 67.1 párrafo primero ET y no absolutamente predicable en los centros de trabajo comentados en los que la ley refiere la mera existencia de un delegado de personal si así se decide por mayoría (artículo 62.1 ET).

Puede entenderse que, con carácter general, la promoción electoral expresa la *intención de incitar o provocar* que los trabajadores celebren el proceso conducente a la elección del representante de personal, intención que necesariamente se debe plasmar en un preaviso electoral dirigido a la empresa y a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral, haciendo constar, entre otros datos, la fecha de inicio del proceso electoral que será coincidente con la de constitución de la mesa electoral (artículo 67.1, 2.º párrafo ET). Esta fase inicial únicamente legitima aquella acción promocional de los sindicatos más representativos; sin embargo, su puesta en marcha incorpora dos elementos claves propios del proceso electoral (fecha de inicio y constitución de la mesa electoral) sin contar aún con la decisión pertinente de los trabajadores afectados, aspecto de grave trascendencia en la evolución del proceso electoral. Este punto de inflexión exige, como señala el TS en la sentencia citada, posibilitar una interpretación armónica entre los artículos 62.1 y 67.1 ET. En tal sentido, el TS advertía que «la prosecución del proceso con la consiguiente constitución de la mesa electoral constituye ya el paso siguiente y, en las empresas de las que aquí tratamos, la decisión posterior y última acerca de si en ámbitos tan reducidos se van a celebrar o no elecciones corresponde en exclusiva a los propios trabajadores, conforme revela la expresión *si así lo deciden éstos por mayoría* empleada por el artículo 62.1».

Por tanto, una cosa es «poner en marcha» el proceso electoral a través de la presentación de un preaviso electoral para lo cual debe contarse con la necesaria legitimación, y otra diferente es la efectiva celebración de los comicios que, en el caso de centros de trabajo tan reducidos, se va a condicionar a la voluntad positiva de los trabajadores expresando su intención de elegir delegado de personal. Desde este planteamiento, la legitimación promotora del sindicato más representativo y el acuerdo mayoritario de los trabajadores de celebrar elecciones sindicales son derechos perfectamente compatibles y necesariamente conciliables que no interfieren entre sí y, como expresa el TS, tienen diferente fundamento jurídico¹¹. Parece deducirse de

¹⁰ En el f.j. 5.º de la sentencia de 10 de marzo de 2004 citada, el TS reitera la doctrina constitucional que reconoce la legitimación para promover elecciones como un derecho de los sindicatos más representativos que opera con carácter general.

¹¹ El derecho de promoción sindical forma parte del derecho de libertad sindical en los términos ya mencionados y el derecho de los trabajadores a decidir por mayoría la celebración



la postura del TS, incluso, que no existe una conexión entre el acto de promoción y la decisión de los trabajadores de celebrar las elecciones; en el caso de no ser los propios trabajadores los promotores, el ejercicio por un sindicato más representativo de su derecho a promoverlas en ese centro de trabajo no menoscabará la facultad de los trabajadores de decidir por mayoría si se consuma o no el proceso electoral, antes al contrario, resulta preceptiva.

El Tribunal Constitucional ¹² se ha pronunciado vía recurso de amparo sobre la interpretación del artículo 62.1 en relación con el 67.1 ET. A primera vista parece establecer un nexo entre ambos artículos de tal forma que la «armonización de los preceptos (...) ha de desarrollarse entendiendo que la promoción de las elecciones por parte de los sindicatos más representativos exigirá siempre la decisión de los trabajadores (que) opera como condición de eficacia y no como presupuesto de admisibilidad». Si se reconoce que la promoción, a pesar de ser un acto externo y previo al comienzo del proceso electoral, está expresando la intencionalidad última de elegir representantes de personal y de alguna manera es condición para el posterior inicio del proceso electoral ¹³, la expresión «como condición de eficacia» que utiliza el TC referida a la decisión mayoritaria de los trabajadores puede entenderse, en una interpretación finalista, en el sentido que para consumir el objetivo que perseguía la promoción (es decir, la elección del representante) es necesario contar *a posteriori* con la decisión mayoritaria de los trabajadores de elegir un representante; de ahí que el TC considere que esa decisión mayoritaria no sea «presupuesto de admisibilidad» para la promoción, es decir, que carezca de virtualidad para afectar en sí a la legitimación promotora de elecciones.

Queda la interrogante —no despejada en una interpretación global— de cómo se produce el fenómeno electoral, distinguiendo entre la legitimidad del sindicato más representativo para promover elecciones y la autonomía colectiva de los trabajadores afectados para proceder o no a su efectiva celebración.

En principio, como señaló el TS en la sentencia comentada, aun respondiendo a dos ámbitos de competencias compatibles, sin embargo, el núcleo conflictivo radica en discernir si cabría entender que aquella legitima-

de elecciones tiene su fundamento en el artículo 129.2 de la Constitución que ordena a los poderes públicos promover eficazmente las diversas formas de participación. Sentencia citada, f.j. 5.º.

¹² Sentencia 36/2004, de 8 de marzo.

¹³ No en vano el artículo 67.2 ET determina que «el incumplimiento de cualquiera de los requisitos establecidos en este artículo para la promoción de elecciones determinará la falta de validez del correspondiente proceso electoral».

ción es una forma de incitar a los trabajadores a celebrar elecciones sindicales, agotándose con esta acción aquella legitimidad. Luego, serán los propios trabajadores los que en reunión *ad hoc* se pronunciarán a favor o en contra de la celebración de elecciones y, de obtener un resultado positivo, sería admisible de nuevo la personación (legitimación prorrogada) de aquel sindicato más representativo.

En este orden de cosas directamente vinculado con el tema, otro aspecto clave y particularmente interesante consistirá en determinar el tiempo y la forma de manifestarse la decisión mayoritaria de los trabajadores cuando el artículo 62.1 ET no precisa nada al respecto y tampoco lo hace la norma reglamentaria (RD 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa), si bien que debe resultar previo a su efectiva celebración.

Cuando la promoción de elecciones es instada por los propios trabajadores del centro de trabajo la norma estatutaria exige su *acuerdo mayoritario* (artículo 67.1 ET), especificando la norma reglamentaria los aspectos formales que debe reunir tal acuerdo: «se acreditará mediante acta de la reunión celebrada al efecto, en la que conste la plantilla del centro de trabajo, número de convocados, número de asistentes y el resultado de la votación, que se adjuntará a la comunicación de promoción de elecciones... las reuniones se celebrarán observándose los requisitos establecidos en el capítulo II del título II del Estatuto de los Trabajadores» (artículo 2.2 RD 1844/1994). El contenido de esta norma, a través del planteamiento constitucional, en principio *sic* no parece viable extrapolarlo a la decisión mayoritaria de los trabajadores que contempla el artículo 62.1 pese la laguna legal existente, no obstante su proximidad temática.

La falta de precisión normativa en orden a las posibles formalidades de la decisión mayoritaria de los trabajadores que menciona el artículo 62.1 ET ha abierto el camino a distintas interpretaciones judiciales que ofrecen un panorama, cuando menos, variado. Acerca de la forma, alguna sentencia señala que «no basta un acuerdo tácito, no basta con la no oposición o indiferencia, es necesario que la mayoría de los trabajadores del centro de trabajo decidan y acuerden la elección del delegado»¹⁴; otros Juzgados de lo Social, en cambio, admiten que puedan constatar «su existencia por cualquier medio de prueba y, en última instancia, por la interpretación de la voluntad de los propios trabajadores para evitar que resulte burlada dicha exigencia... Ante la inexistencia de otro tipo de prueba, habrá que acudir a los actos de los trabajadores posteriores a la convocatoria de las elecciones... debiendo concluir que vista la participación de la práctica totalidad de la

¹⁴ Sentencia de 29 de enero de 2002 del Juzgado de lo social núm. 1 de Castellón, cit.



plantilla en la elección celebrada, resulta indiscutida la voluntad mayoritaria de los mismos»¹⁵. Sobre el momento, se indica que el acuerdo de los trabajadores debe tener carácter previo al inicio de las elecciones, requisito del que «no se puede prescindir ni suplir a posteriori»¹⁶, o bien que debe acompañarse al preaviso electoral y, en caso de no hacerse, «nada impide que dicho requisito sea subsanado en un momento posterior pero siempre antes del inicio del proceso electoral»¹⁷, de lo que cabría inferir la necesidad de su forma escrita. A todo esto cabe preguntar a quién correspondería la vigilancia, el control y, en su caso, la depuración del procedimiento electoral.

La relevancia de la cuestión exige, aunque ello parezca superfluo, detenerse en el enfoque legal de los supuestos examinados. El artículo 62.1 ET contempla la posibilidad de la existencia de un delegado de personal si así lo decidieren por mayoría los trabajadores. El artículo 67.1 ET, a los efectos de que la promoción a elecciones sindicales se accione por los propios trabajadores, previene que será por acuerdo mayoritario, pormenorizando y detallando la norma reglamentaria que éste se acredite mediante acta de la reunión celebrada al efecto, en la que conste la plantilla del centro de trabajo, número de convocados, número de asistentes y el resultado de la votación, que se adjuntará a la comunicación de promoción de elecciones (artículo 2.2 RD 1844/1994). En cualquier caso, el artículo 77 del texto estatutario general, configurando el derecho asambleario de los trabajadores, posibilita que por esta vía y reflejándolo así específicamente en el orden del día, se convoque a los trabajadores a este fin levantando acta de la decisión acordada, como con rigor y de forma categórica previene el artículo 80 ET.

Un análisis taxonómico de las reglas citadas induce a considerar, en líneas generales, que por razones de seguridad jurídica todo acuerdo de los trabajadores, en este marco de la representación, se documente como garantía *erga omnes*. Sentada esta premisa y siempre partiendo del lógico mimetismo o contagio instrumental en el mundo sindical, ninguna razón se opone a aplicar las reglas que estructuran el acuerdo mayoritario del artículo 67.1 ET a la decisión mayoritaria del artículo 62.1 del mismo texto legal, o en otro caso, como se indicaba anteriormente, a través del artículo 77 ET (asamblea de trabajadores).

Desde tal visión normativa habría que analizar este tipo de elecciones respetando —como no puede ser de otra manera— la doctrina constitucio-

¹⁵ Sentencia de 6 de junio de 2002 del Juzgado de lo social núm. 6 de Alicante, cit.

¹⁶ Sentencia de 11 de septiembre de 2001 del Juzgado de lo social núm. 4 de Granada, cit.

¹⁷ Sentencia de 29 de enero de 2002 del Juzgado de lo social núm. 1 de Castellón, cit.

nal¹⁸ que entiende que la decisión mayoritaria de los trabajadores prevista en el artículo 62.1 ET «en el aspecto temporal, puede ser anterior o posterior a la promoción de las elecciones y, en el terreno formal, puede ser expresa o tácita»; en particular, si en un centro de trabajo o empresa con siete trabajadores participan seis en la votación y cinco votan al candidato presentado, el TC admite que «se produjo la decisión mayoritaria tácita de contar con un delegado de personal». Es decir, según el TC aquella decisión tiene una doble virtualidad: al tiempo que se produce la votación se subsana la preceptiva decisión mayoritaria previa. No se puede pasar por alto un importante matiz implícito en este criterio interpretativo uniforme en varias sentencias del Tribunal Constitucional: los procesos electorales cuestionados presentan como denominador común su promoción a instancia de un sindicato más representativo, se trata de centros de trabajo con una plantilla entre seis y diez trabajadores, la celebración de los comicios se efectúa sin que los trabajadores previamente hayan adoptado un acuerdo para tener dicho delegado y en la votación la mayoría de los trabajadores del centro se pronuncian a favor del candidato presentado, en cualquier caso, en número suficiente para formalizar aquella decisión mayoritaria. Ante supuestos de las características expuestas es evidente, como interpreta el Tribunal Constitucional, que se podría presumir a la vista del resultado de la votación que era la voluntad originaria de los trabajadores secundar la promoción y celebrar elecciones para designar un delegado de personal¹⁹.

De esta doctrina constitucional lo que parece deducirse es la convalidación de un proceso electoral que, adoleciendo en principio de la previa decisión mayoritaria de los trabajadores, promovido el proceso electoral, celebrado y practicada la votación con una intervención mayoritaria, este hecho viene a revalidar tácitamente aquella condición que contempla el artículo 62.1 ET. Es decir, cuando se produzca el fenómeno precedente (promoción-celebración-votación mayoritaria) se está admitiendo por vía constitucional un concreto o determinado proceso electoral *sui generis* de indudable coherencia.

¹⁸ Sentencias 36/2004, de 8 de marzo; 62/2004 y 64/2004, ambas de 19 de abril; 103/2004, de 2 de junio —con voto particular- y 175/2004, de 18 octubre.

¹⁹ No obstante esta doctrina constitucional, es razonable y compartida la postura sostenida por J. CRUZ VILLALÓN en «El desarrollo del proceso electoral...», pág. 33, cit., al manifestar que «en ningún caso cabe identificar la votación de una determinada candidatura con el presente apoyo a la celebración de elecciones ... pues el trabajador en tal momento se puede encontrar ante un hecho consumado de un proceso electoral en marcha y decidirse a depositar su voto, no tanto porque sea partidario de una sindicalización o colectivización de las relaciones laborales en el seno de su empresa, sino porque dado que las elecciones se van a celebrar cuando menos ocupe el cargo representativo una persona de su confianza».

Todo lo expuesto, y ello con independencia de la presumible conexión causal entre el sindicato promovente y la afiliación (o simpatía) de alguno de los trabajadores del centro o empresa de referencia, permite reflexionar:

- Primero. Sobre la identificación de un proceso electoral *sui generis*, pero coherente, de origen doctrinal constitucional.
- Segundo. La distinción entre «promover» (elecciones), como accionar o instar la puesta en marcha de una idea, objetivo o proyecto, y la expresión «celebrar» (el propio proceso electoral) en el sentido de su material y formal ejecución. Legalmente corresponde aquella facultad a los trabajadores mediando una decisión mayoritaria y, siguiendo al TC, corresponderá igualmente a los sindicatos más representativos que, a través del propio proceso electoral, podrán contar —aunque siempre resulte positivo en la versión constitucional— simultánea o posteriormente con aquella decisión mayoritaria. Paradójicamente, cuando el proceso electoral se insta por los propios trabajadores, el acuerdo mayoritario, acreditado mediante acta de la reunión celebrada al efecto, se adjuntará a la comunicación de promoción de elecciones, so pena de nulidad. Pero entendida así esta especial legitimación, la misma sólo será potencial ya que su conformación y admisibilidad queda condicionada a la expresión del voto mayoritario de los trabajadores, lo que evidencia no se trata de una legitimación *ab initio* sino sobrevenida, sólo en caso positivo.
- Tercero. Esta simultaneidad —fácilmente entendible en los supuestos de análisis constitucional— puede pugnar con la dinámica ordinaria del propio proceso electoral. En primer lugar, la empresa, partiendo de aquel efecto legitimatorio ulterior e incierto *a priori* puede adoptar una actitud reticente al tiempo de «tener» que facilitar el censo laboral, cuando los propios trabajadores afectados nada han instado ni expresan o manifiestan entusiasmo o intención alguna al respecto. Inclusive el propio sindicato promovente puede ignorar la naturaleza laboral y duración de los vínculos existentes entre los trabajadores y la empleadora y el número de aquéllos, por cuanto que los datos obtenibles de las «Administraciones Públicas» (artículo 3 RD 1844/1994) sólo refiere a la empresa (o centros de trabajo) y al «número de trabajadores de la misma», lo que puede dificultar la designación de electores y elegibles y el número de representantes en función del número de trabajadores fijos, fijos-discontinuos y eventuales.
- Y cuarto. Puede inclusive darse la concurrencia de promoventes (sindicatos y trabajadores). La Ley (artículo 67.2 párrafo tercero ET) otorga prioridad en estos supuestos a la «primera convocatoria registrada», sin embargo ésta, de resultar de origen sindical, «no cum-

ple los requisitos establecidos» referente al acuerdo mayoritario de los trabajadores lo que debería comportar su automática nulidad. O bien, los propios trabajadores afectados, ante aquella comunicación, propiciar una reunión específica y urgente votando sobre el provocado proceso electoral con las consecuencias derivadas de la propia votación. Y todo al margen de los procesos menores o parciales referidos a la modificación de la plantilla y demás supuestos de renovación, sustituciones, dimisiones o extinciones.

2. CENTROS DE TRABAJO CON MENOS DE SEIS TRABAJADORES: REPRESENTANTE PREVISTO EN CONVENIO COLECTIVO

El artículo 61 ET reconoce el derecho de participación de los trabajadores en la empresa a través de los órganos de representación regulados en el Título II del ET —delegados de personal y comités de empresa— que serán designados en el seno del centro de trabajo a partir de cierto número de trabajadores y de entre estos, siguiendo las pautas de un proceso electoral (artículos 69 y siguientes ET y RD 1844/1994) cuyo resultado, como efecto destacable, servirá para medir la representatividad de los sindicatos (artículo 75.7 ET en consonancia con los artículos 6 y 7 LOLS). Estos representantes unitarios tienen reconocido un marco competencial general avalado por un cuadro de garantías legales (artículos 64 y 68 ET, respectivamente) que adquiere particular relevancia en ámbitos como el de la prevención de riesgos laborales, donde el delegado de prevención será seleccionado por y entre los representantes de los trabajadores, asumiendo otras tantas funciones y competencias relacionadas con su específica representación.

A la vez que anuncia un modelo de sistema representativo ajustado a determinadas reglas «estatutarias», el artículo 61 ET admite «otras formas de participación» en la empresa lo que puede entenderse como la apertura a órganos de representación de los trabajadores no coincidentes con los previstos en el ET, ya sea en lo estrictamente nominal, en lo competencial y funcional, incluso en el proceso electoral a seguir para su designación, entre otros aspectos.

La regulación legal (artículo 62.1 ET) permite que haya delegados de personal en empresas o centros de trabajo que cuenten como mínimo con seis trabajadores²⁰ elegidos a través del pertinente proceso electoral tam-

²⁰ Se ha tratado de justificar este límite numérico legal con la presunción de que las relaciones entre trabajadores y empresario en centros de trabajo tan reducidos resultan lo sufi-



bién previsto legalmente (ET y RD 1844/1994) el cual, en lo sindical, permitirá medir la mayor representatividad de los sindicatos a diferentes niveles (artículos 6 y siguientes de la LOLS). Los delegados de personal, en cuanto representantes de los trabajadores, tienen una serie de competencias (artículo 64) y garantías para el ejercicio de sus funciones representativas (artículo 68 ET) previsiblemente ampliadas en materia de prevención de riesgos laborales en cuanto que el delegado de personal puede asumir la representación especializada adquiriendo la condición de delegado de prevención con la finalidad de defender los intereses de los trabajadores en el ámbito de la seguridad y salud laboral, a cuyo efecto la ley le reconoce una marco de facultades, competencias y garantías paralelas a las de la representación genuina aunque con las pertinentes matizaciones derivadas de la especialización de su condición ²¹.

En España, el porcentaje de empresas que tiene entre tres y cinco trabajadores no es nada desdeñable. Según el Boletín de Estadísticas Laborales del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ²² en 2004 había un total de 1.272.595 empresas inscritas en la Seguridad Social en el Régimen General y el Régimen Especial de la Minería del Carbón, de las cuales el 22 por 100 tenían entre tres y cinco trabajadores, el 53'5 por 100 entre uno y dos trabajadores, el 9'8 por 100 entre seis y nueve trabajadores y el 9'5 por 100 entre diez y veinticinco trabajadores. Estos datos revelan que un importante colectivo de trabajadores por cuenta ajena, en principio, de acuerdo con las previsiones legales, podría verse privado de la representación unitaria y, por tanto, despojado de un instrumento clave para reivindicar y defender sus derechos en el marco de la empresa, sin perjuicio de los efectos generales derivados de la pactación colectiva de aplicación.

La cuestión que planteamos es la siguiente: ¿puede la negociación colectiva contemplar la existencia de un delegado de personal en centros de

cientemente fluidas como para prescindir de órganos unitarios de representación; por todos, I. ALBIOL MONTESINOS, *Comités de empresa y delegados de personal*, Deusto, Bilbao, 1992, pág. 23. Del mismo tenor, la sentencia del TS de 19 de marzo de 2001 (RJ 2001\3385) tratando un supuesto de empresa con diversos centros de trabajo cuyas plantillas mayoritariamente eran inferiores a seis trabajadores, señala que posiblemente «los problemas que puedan surgir en los centros de pequeñas dimensiones pueden resolverse por los propios interesados y no llegan a alcanzar una problemática tan amplia y general que requiera el soporte de una representación de intereses generales».

²¹ El artículo 36 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995 establece el cuadro de competencias y facultades propias de estos representantes especializados, y el artículo 37 las garantías y sigilo profesional de los delegados de prevención.

²² *Boletín Mensual*, febrero/2005 (página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).

trabajo con plantilla inferior a seis trabajadores y atribuirle expresa o tácitamente *todos* los efectos que las leyes prevén para esta figura representativa?²³ La realidad muestra que hay convenios colectivos que regulan esa posibilidad. Sirvan de ejemplo el Convenio Estatal de Estaciones de Servicio 2003-2005 (BOE 3 agosto 2004) y el Convenio Colectivo de ámbito Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil (BOE 22 agosto 2003). El primero señala que «Los trabajadores *tendrán derecho* a elegir, cuando menos, un representante por Estación de Servicio, siempre que la plantilla de ésta sea superior a cuatro trabajadores, con los derechos reconocidos a los Delegados de Personal en la legislación vigente» (artículo 43). Por su parte, el segundo convenio establece que «En los centros con menos de seis trabajadores *se podrán* celebrar elecciones sindicales siguiendo el procedimiento establecido en la legislación vigente para empresas entre seis y diez trabajadores» (artículo 72) y que los delegados de personal tendrán todas las competencias, derechos y garantías que establecen las disposiciones legales aplicables (artículo 67). Repárese en ambos casos en las expresiones utilizadas: el primero refiere «tendrán derecho» y el segundo «se podrán», una y otra con diferente intensidad o contundencia en su manifestación y, posiblemente, efectos.

El contenido de los convenios colectivos abarca temas de diversa índole (artículo 85.1 ET), entre ellos aspectos atinentes a la representación unitaria de los trabajadores. Con independencia de la crítica que merezca tal referencia, al tratarse de una materia regulada por Ley Orgánica, lo cierto es que la Ley de Libertad Sindical no establece limitación alguna y es indudable que la autonomía colectiva libremente ha decidido trasladar la esencia de la representación y participación unitaria a núcleos laborales más reducidos que los contemplados en el artículo 62.1 ET, correspondiendo a la autoridad laboral valorar la conformidad a Derecho de esa cláusula convencional de acuerdo con la finalidad que persigue el artículo 90.5 ET, es decir, declarar la nulidad de cláusulas viciadas de ilegalidad o determinantes de la lesión²⁴.

El límite legal de seis trabajadores que señala el artículo 62.1 ET puede entenderse en el sentido que siguiendo las reglas de la norma estatutaria sólo por encima de esa cifra sea posible la elección del delegado de personal y que por debajo de ese número se excluya la facultad de los trabajadores de elegir su representante. Es cierto que el precepto no alude en ningún momento a la posibilidad de que esta materia pueda ser objeto de regula-

²³ Véase el tratamiento que al respecto hacen M.^a J. RODRÍGUEZ RAMOS y G. PÉREZ BORREGO, *Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 40-43.

²⁴ En este sentido, M. ALONSO GARCÍA, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1987, pág. 261.



ción por convenio colectivo pero tampoco la excluye²⁵, lo que no impide «dentro del respeto a las leyes», como preceptúa el artículo 85.1 ET, que a través de la negociación colectiva sea posible mejorar el sistema previsto en el artículo 62 en lo que al mínimo de trabajadores del centro de trabajo se refiere. Lo que sí parece necesario garantizar, con mayor razón y por las mismas motivaciones, es que la elección de ese delegado de personal se haga con el aval de la decisión mayoritaria consensuada de los trabajadores del centro; carecería de sentido omitir este condicionamiento en un supuesto esencialmente idéntico —excepto en el umbral mínimo de trabajadores— que el previsto excepcionalmente en el artículo 62.1 ET para centros con plantilla entre seis y diez trabajadores.

La terminología utilizada en aquellos convenios colectivos para designar la figura representativa en centros de trabajo con menos de seis trabajadores, puede alentar la postura de los detractores de una identidad de tratamiento de aquella con las normas legales cuando se habla de «representante» (así el convenio colectivo estatal de estaciones de servicio mencionado) y no específicamente de «delegado de personal». A esta observación se podría aducir que, tratándose de un convenio colectivo que ordena las condiciones de trabajo y la cualificación y competencias del sujeto elegido a tales efectos, en justa hermenéutica de los artículos 82 y 85 ET la voz «representante» necesariamente deberá referirse, por su forma electiva, a la representación unitaria, cuestión que deberá quedar debidamente despejada por las partes negociadoras del convenio colectivo a fin de precisar el alcance, contenido y significación del término empleado. Incluso las propias normas legales utilizan indistintamente las expresiones sinónimas «representante» y «delegado de personal», por ejemplo y entre otros, el artículo 68 ET al manifestar «los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores...».

Acerca del camino a seguir para la elección del delegado de personal o representante en el centro de trabajo con menos de seis empleados, el convenio colectivo puede hacer remisión expresa al procedimiento electoral establecido en la legislación vigente para empresas entre seis y diez trabaja-

²⁵ En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 14 de julio de 1994 señalaba que del tenor literal del artículo 62 ET no se desprende una prohibición legal para acordar mediante la negociación colectiva laboral la elección de un delegado de personal incluso en empresas o centros de trabajo con menos de seis trabajadores; más bien, al contrario, supone una mejora de las condiciones en que los trabajadores pueden ejercer el derecho de participación en la empresa respecto de las fijadas en la norma estatutaria. Algún sector doctrinal defiende esta posibilidad, entre otros, M.^a J. RODRÍGUEZ RAMOS y G. PÉREZ BORREGO, *Procedimiento de elecciones a representantes de los trabajadores y funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 85 y ss.

dores (por ejemplo, el convenio de Centros de Asistencia y Educación Infantil), o puede explicitar unas reglas de procedimiento electoral propias y diferenciadas en todo o en parte de las legales siempre que se respete el Derecho necesario, o bien puede omitir cualquier referencia mencionando el término «elegir» sin más aditivos (convenio de Estaciones de Servicio); en cualquier caso, deberán observarse reglas y principios de democracia orgánica.

Los dos primeros supuestos (remisión expresa al procedimiento legal o reglas propias) no parecen plantear mayores problemas, bastaría sólo con seguir las pautas del respectivo proceso electoral y, en su caso, las atribuciones específicas que se confieran al candidato electo. La indeterminación del último supuesto (omisión de toda referencia al proceso electoral), en cambio, puede albergar dudas sobre el tipo de procedimiento a seguir para la designación del representante, sea el general o el específico para elecciones sindicales. Tratándose de representantes de los trabajadores, la falta de concreción de tales extremos y ausentes otras precisiones, observaciones o condicionamientos, debería entenderse por razones de garantía y eficacia funcional que la evolución del proceso electoral en todas sus fases y consecuencias tiene que respetar la normativa en vigor establecida al respecto (ET y RD 1844/1994), desde el requisito de la previa decisión consensuada de los trabajadores interesados de elegir un representante hasta el registro del acta electoral, sin que alteren esta consideración razones de otra naturaleza, principalmente relativas al efecto que unas elecciones de tales características genera en la determinación del grado de representatividad institucional sindical como consecuencia del registro del acta electoral en la oficina pública correspondiente.

Insistiendo en que no se trata de una figura representativa distinta del delegado de personal previsto legalmente para centros de trabajo de seis a diez trabajadores, las normas convencionales extienden a este delegado de personal elegido en centros con cinco o menos trabajadores un cuadro de facultades, competencias y garantías con mimetismo de las normas legales (de este modo el convenio de Estaciones de Servicio, por ejemplo, explícita «con los derechos reconocidos a los delegados de personal en la legislación vigente»). En todo caso, desde una perspectiva lógica.

3. REDUCCIÓN DE PLANTILLA HASTA SITUARSE POR DEBAJO DEL UMBRAL DE SEIS TRABAJADORES

El supuesto ahora planteado podría constituir una situación intermedia entre las previamente tratadas. En la empresa o centro de trabajo con una plantilla entre seis y diez trabajadores se ha promovido el proceso electoral

conducente a la designación de un delegado de personal. Si durante su mandato²⁶ disminuye el número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo situándose por debajo de seis y el convenio colectivo de aplicación omite toda referencia a la figura representativa para casos de plantillas inferiores a esa cifra, ¿en qué situación queda el delegado de personal?

El tema resulta de especial interés por el estatus singular que frente al resto de los trabajadores el ordenamiento jurídico ha otorgado al representante unitario en cuanto titular de competencias, garantías y prerrogativas para el ejercicio de las funciones genéricas de representación que le son propias (artículos 64, 65 y 68 ET principalmente), y en su caso, aquellas otras funciones especializadas en materia de seguridad y salud laboral en tanto asuma la condición de delegado de prevención, considerando que en este campo el número de trabajadores encuentra especial significación²⁷.

La pervivencia o no de la representación unitaria cuyo mandato —en principio— estaría plenamente vigente cuando opera una disminución de la plantilla hasta situarla en una cifra inferior a seis trabajadores, es un caso perfectamente factible en la realidad que no tiene regulación jurídica específica. El problema puede afectar igualmente al delegado de personal que ha concluido su mandato representativo y durante la prórroga en el mismo que admite el artículo 67.3 del ET, opera la disminución de plantilla en el centro de trabajo en los términos expuestos.

Probablemente la única mención que las normas electorales hacen a la reducción de plantilla se halla en el último párrafo del artículo 67.1 ET y en el artículo 13.2 del RD 1844/1994. El artículo 67.1, último párrafo, establece que «los convenios colectivos podrán prever lo necesario para acomodar

²⁶ Según el artículo 67.3 primer párrafo ET «la duración del mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa será de cuatro años, entendiéndose que se mantendrán en funciones en el ejercicio de sus competencias y de sus garantías hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones».

²⁷ Tratándose de empresas de menos de seis trabajadores la Ley de Prevención de Riesgos Laborales contempla la facultad del empresario de asumir personalmente funciones protectoras y preventivas (artículo 30.5 LPRL); igualmente, la consulta que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social debe hacer a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas antes de elaborar sus planes de actuación en materia de PRL debe hacerse especialmente cuando se refiera a programas específicos para empresas de menos de 6 trabajadores (artículo 40.4 LPRL). Si la empresa rebasa los seis trabajadores el delegado de personal será el delegado de prevención («en empresas de hasta treinta trabajadores» artículo 35 LPRL), teniendo derecho los trabajadores a ser consultados y a participar a través de sus representantes y de la representación especializada en cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos laborales, correspondiéndoles la defensa de los intereses de los trabajadores en esa materia (artículos 33.2 y 34.1 LPRL). A tales efectos véase el estudio realizado por S. DE SOTO RIOJA, «La prevención de riesgos laborales en las pequeñas empresas», *Temas Laborales, Monográfico sobre la Prevención de riesgos laborales*, num. 50, 1999, págs. 89 y ss.

la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa. En su defecto, dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores». Por su parte, el artículo 13.2 RD 1844/1994 señala que «en caso de disminución de plantilla se estará a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 67.1 ET» (paradójica remisión a la norma que este decreto, como tal, debe desarrollar) «debiéndose guardar la debida proporcionalidad por colegios electorales y por candidaturas y candidatos electos», reglas, todas, que no contemplan el escalón representativo que estamos tratando.

Qué deba entenderse por disminución «significativa» de plantilla es una dato que no puede pasar desapercibido. Probablemente refiere el efecto que causa la reducción de personal en la composición orgánica o numérica de la representación; gráficamente pasar de ser comité de empresa a delegado(s) de personal, o dentro del mismo órgano reducir su composición cuantitativa (por ejemplo, de nueve a cinco miembros en el comité de empresa, ó de tres a un delegado de personal).

La norma estatutaria que habla de «acomodar la representación a las disminuciones significativas de plantilla» no aborda el problema de la pervivencia de la representación cuando ha desaparecido el presupuesto fáctico legal (mínimo seis trabajadores) que, actuando como *conditio sine que non*, le dio vida, con la salvedad de la previsión en convenio colectivo de la figura del representante cuando la plantilla es inferior al mínimo legal, supuesto en el que habrá de estar al límite numérico que, en su caso, establezca la norma convencional. En la misma línea cabe situar al precepto reglamentario al establecer una regla que, sin explicitarlo, parece referida a variaciones de plantilla en las que sigue habiendo número suficiente de trabajadores en la unidad electoral de referencia para contar con representante(s), de ahí que mencione la necesidad de guardar proporcionalidad en elementos esenciales como colegios electorales y candidaturas-candidatos.

Difícil soporte tiene mantener incólume la figura del delegado de personal con las atribuciones —facultades, garantías y prerrogativas— que tributan a su favor cuando el número de trabajadores es inferior al umbral mínimo legal y la norma convencional no contempla tal posibilidad. Una alternativa podría ser mantener la figura del delegado de personal pero con la suspensión coyuntural de las competencias, prerrogativas y garantías que como representante unitario ostenta, lo cual multiplicaría los problemas ante la incertidumbre del posible incremento posterior de la plantilla y, llegado el caso, la posibilidad de que los trabajadores, a su propia voluntad, variasen el signo de la representación o incluso, rechazasen su existencia. Tampoco parece admisible suspenderle en las funciones representativas, pero mantener en su persona el conjunto de garantías y prerrogativas que es propio de los representantes legales de los trabajadores.



Dado que es determinante en la composición de los órganos de representación el tamaño de la plantilla de la empresa o del centro de trabajo fijando la norma a modo de excepción el umbral de seis trabajadores como mínimo para que los mismos decidan tener un delegado de personal (artículo 62.1 del ET), en el caso de desaparecer este presupuesto fáctico el efecto inmediato debería ser, salvo pacto con el empresario, la extinción del mandato representativo en toda su extensión y con todas sus consecuencias²⁸. En esta línea argumental, una vez que acaece la extinción, que no suspensión, del mandato del delegado de personal porque ha disminuido la plantilla hasta los límites mencionados; si posteriormente en el tiempo aumentara hasta alcanzar o rebasar el mínimo legal de seis trabajadores, no procedería sin más reintegrar al que fue delegado de personal en su cargo representativo entendiéndose que simplemente lo justifica el incremento de plantilla o que le corresponde agotar lo que queda de su mandato que fue prematuramente extinguido debido a la reducción del número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo. Lo más lógico y garantista para los propios trabajadores afectados sería poner en marcha un nuevo proceso electoral para la designación del correspondiente órgano de representación de acuerdo con las nuevas ideologías y las normas electorales previstas al efecto.

²⁸ En un supuesto análogo en que finaliza el mandato del delegado de personal al tiempo que tiene lugar el descenso del número de trabajadores del centro de trabajo a una cantidad inferior a seis, el TSJ de Galicia, en sentencia de 13 de marzo de 2000 (ref. AS 2000\235), entiende que es conforme a derecho y no lesiva de la libertad sindical la actuación del empresario que insta al trabajador a abandonar el cargo representativo porque la condición esencial para —en este caso— prorrogar el mandato representativo y celebrar nuevas elecciones ha desaparecido, deviniendo en consecuencia imposible mantener la figura del delegado de personal.