

LA INCIDENCIA DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA SOBRE LAS ESTRUCTURAS DE REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA*

Fernando Fita Ortega**
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. Descentralización productiva y derecho del trabajo. –2. El efecto negativo de la descentralización sobre las estructuras de representación de los trabajadores. 2.1 Mayores dificultades para la constitución de órganos de representación de los trabajadores en las empresas. 2.2 Mayores dificultades para representar y defender los intereses de los trabajadores afectados por la descentralización. –3. El centro de trabajo como elemento identificador de la circunscripción electoral y su disfuncionalidad en un contexto de descentralización productiva. 3.1 El concepto de centro de trabajo. 3.2 La inadecuación del centro de trabajo como circunscripción electoral en el actual contexto de descentralización productiva. 3.3 Las interpretaciones dirigidas a adecuar la norma al contexto de descentralización productiva. –4. Conclusiones.

RESUMEN

La descentralización productiva está afectando a las instituciones laborales, sin que el legislador intervenga para adaptar la norma a la realidad social en al que ésta debe ser aplicada. Esta situación resulta evidente en materia de representación de los trabajadores, siendo que las reglas relativas a la constitución de los órganos de representación han quedado obsoletas al estar inicialmente pensadas en un contexto productivo en el que los intereses de los trabajadores se defendían, fundamentalmente, frente a un empresario, en una relación bilateral. El fenómeno de la descentralización quiebra la base sobre la que se asienta esa representación, al aparecer otros sujetos, más allá de quien aparece como empleador, frente a los que los trabajadores necesitan tener interlocutores.

Este artículo analiza las consecuencias de esta situación, así como las respuestas que ante la misma están proporcionando los operadores jurídicos. Finaliza concluyendo la necesidad de una intervención legislativa, para lo que aportan algunas ideas procedentes del derecho comparado.

ABSTRACT

Productive decentralization affects labour institutions and lawmakers are not facing this fact in order to adapt the law to the reality in which it is to be applied. Rules regarding employee re-

*Recibido el 8 de junio 2016, aceptado el 20 de junio 2016

**Profesor T.U. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

representatives are a good example of this. They were created to be applied in a productive context where employee's interests needed to be reassured before one employer, in a bilateral relationship. Outsourcing makes unreal the pillars of the institution on employee representatives as new actors appear in employment relationship beside the employer, what requires to provide new channels of communication between them.

This paper analyses the consequences of this situation in Spanish legal system as well as the reactions of judges and arbitration committees. The paper draw as a final conclusion the need of a lawmaker intervention, and brings some ideas coming from comparative law.

Palabras clave: Descentralización productiva. Outsourcing. Representantes de los trabajadores. Eficacia del derecho del trabajo.

Key words: Productive decentralization. Outsourcing. Employee representatives. Effectiveness of employment law.

1. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y DERECHO DEL TRABAJO

La evolución que ha experimentado la organización productiva de las empresas ha tenido un impacto sustancial en el Derecho del Trabajo. Dicho impacto ha sido, por lo general, negativo, en la medida en que el fenómeno de la externalización y los entramados organizativos empresariales que la acompañan han afectado a la aplicación –y, por tanto, eficacia– de las normas laborales.

Las causas de esta repercusión negativa de las formas de organización de la actividad productiva sobre las disposiciones laborales son de dos órdenes. De una parte, la existencia de una externalización patológica, en cuya virtud la descentralización productiva se emplea como mecanismo de huida del derecho del trabajo mediante la interposición de diversas figuras empresariales entre el trabajador y quien en última instancia recibe la prestación de servicios de éste. De otra, la falta de adaptación de la normativa al actual contexto productivo, lo que repercute enormemente en la ineficacia de la normativa laboral.

Una característica común que cabe apreciar en ambas causas consiste en la escasa intervención del legislador en la materia, lo que contrasta –como destaca FALGUERÁ BARÓ¹– con la fervorosa actuación de éste con objeto de favorecer la flexibilidad en las empresas. El legislador ha optado, pues, por una política de *laissez faire* en materia de descentralización productiva que se ha traducido en una clara pérdida de eficacia de buen número de instituciones jurídico-laborales.

La defensa que en los últimos tiempos se viene efectuando del principio de libertad de empresa consagrado en el art. 38 de la Constitución –elevado a rango de derecho *suprafundamental*²– unido a una voluntad legislativa dirigida a proteger la eficiencia productiva de las empresas por encima de otras consideraciones, podría llevar a pensar que la falta de actuación legislativa sobre este particular obedece a una verdadera opción legislativa, dejando que el mercado se autorregule y las empresas encuentren en él su espacio de funcionamiento, libre, en la medida de lo posible, de injerencias derivadas de las previsiones legales que disciplinan las relaciones laborales.

¹ FALGUERÁ BARÓ, *La externalización y sus límites*. Bomarzo, 2015, pp. 9 y 10.

² FALGUERÁ BARÓ, *ibidem*. p. 97.

En todo caso, cuando a los tribunales les ha correspondido resolver conflictos jurídicos relacionados con la descentralización han adaptado, en alguna ocasión, la interpretación de las normas aplicables al actual contexto productivo, supliendo de alguna manera la anomia legislativa haciendo uso de los criterios de interpretación de las normas previstos en el artículo 3 del Código Civil, en cuya virtud las normas deben ser interpretadas *según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*.

En las siguientes páginas se pretende exponer la repercusión que la descentralización productiva ha supuesto para el instituto de la representación de los trabajadores en la empresa, así como las respuestas de los tribunales laborales a los problemas que la misma plantea y que no han sido objeto de atención por parte del legislador.

2. EL EFECTO NEGATIVO DE LA DESCENTRALIZACIÓN SOBRE LAS ESTRUCTURAS DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES

La consecuencia más evidente que la descentralización productiva ha acarreado a la institución de la representación de los trabajadores ha sido la de favorecer la infrarrepresentación de los trabajadores en las empresas, bien dificultando la presencia de órganos de representación en las mismas, bien dificultando que, en caso de existir, éstos puedan llegar a asumir y defender plenamente los intereses de todo el conjunto de trabajadores sobre los que se extiende su representatividad, e incluso que puedan hacerlo frente a todos aquellos sujetos que pueden incidir en las condiciones de trabajo y empleo de sus representados.

En efecto, en la medida en que la institución de la representación de los trabajadores en la empresa tiene un carácter bilateral (representación de los trabajadores frente a un único sujeto: quien los contrata como empleador o empresario) las nuevas formas de organización productiva de las empresas, en las que la externalización resulta cada vez más frecuente –y con ello las relaciones triangulares o incluso cuadrangulares–, suponen una traba al correcto funcionamiento de dicha institución. Así pues, un derecho del trabajo que tanto en su vertiente individual como colectiva se construyó –y se mantiene– en una lógica dual³ resulta inadecuado en la actualidad al quedar en buena medida descontextualizado.

Esta conclusión resulta todavía más patente en relación con la normativa relativa a la representación de los trabajadores en la empresa, que desde su implantación ha experimentado escasas modificaciones dirigidas a adecuar esta institución a las profundas transformaciones experimentadas en el ámbito de la organización de la actividad productiva. Y ello es así pese a que ya en el texto originario del Estatuto de los Trabajadores de 1980 se asumía el hecho de que las disposiciones reguladoras de la materia electoral podían llegar a impedir –o cuando menos dificultar– la constitución de representantes de los trabajadores en determinados sectores o en empresas en las que concudiesen particulares circunstancias. De este modo, la Disposición Final tercera recogía una obligación –hoy contemplada en la Disposición Final segunda del vigente RD-Legislativo 2/2015– dirigida al Gobierno –sin materialización hasta la fecha– para que éste dictase las normas necesarias para garantizar la presencia de representantes unitarios en empresas pertenecientes a sectores de actividad en las que fuese relevante el número de trabajadores no fijos o el de trabajadores menores de dieciocho años, así como a los colectivos en los que, por la naturaleza de sus actividades, se ocasionase una movilidad permanente, una acusada dispersión o unos desplazamientos de localidad, ligados al ejercicio normal de sus actividades, y en los que concudiesen otras circunstancias que hiciesen aconsejable su inclusión en el ámbito de aplicación del Título II del ET.

³ CRUZ VILLALÓN, “La permanente complejidad de las relaciones triangulares de trabajo”. *Temas Laborales* n.º. 56/2000 pp. 1 y ss.

Como excepciones a esta realidad cabe referirse a dos actuaciones legislativas acaecidas en el año 2006, con escasos meses de diferencia, en materia de contratos⁴: la primera, operada en virtud del Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio (posteriormente Ley 43/2006, de 29 de diciembre); la segunda articulada en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción para la mejora del crecimiento y del empleo.

El Real Decreto-ley 5/2006 supuso la plasmación en una norma legal del *Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo de 2004, en el que se proponía actualizar algunos elementos de la legislación con el objetivo, entre otros, de asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva no fuese en perjuicio de la protección de los trabajadores*, especialmente cuando se trate de empresas principal, contratistas y subcontratistas que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo⁵. De este modo, con esta norma se articula entre otras cuestiones, y al modo como se hace respecto de las Empresas de Trabajo Temporal desde la modificación operada en la Ley 14/1994 por el Real Decreto-ley 8/1997, un canal de representación de los trabajadores desplazados ante la empresa principal, cuando aquellos no tengan representación legal (art. 42.6 ET) Además, la norma incorpora la posibilidad de que representantes de los trabajadores de la principal, contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, se reúnan a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral (art. 42.7 ET) Para ello se permite que estas representaciones hagan uso de los locales a que tienen derecho las representaciones legales *en los términos que acuerden con la empresa*, debiendo resolverse las posibles discrepancias por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 81 ET)

Por su parte, la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción —que responde a la preocupación del legislador por la excesiva siniestralidad existente en un sector especialmente afectado por el fenómeno de la externalización productiva, como es el de la construcción— introdujo, tal y como se señala en su exposición de motivos, una serie de garantías dirigidas a evitar que la falta de control en la subcontratación ocasionase situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores⁶. De estas medidas,

⁴ Medidas que vinieron a sumarse a las contempladas por el Real Decreto-ley 5/2001 y posterior Ley 12/2001 que vinieron a “reforzar las garantías en los supuestos de subcontratación, en particular a través de una mejora de los instrumentos de información de los trabajadores y sus representantes que permita dotar a estas situaciones laborales de la debida transparencia y seguridad jurídica” (exposición de motivos) obligando a la empresa contratista, entre otras cuestiones, a informar por escrito a los representantes de los trabajadores de la identidad de la empresa principal así como del objeto y duración de la contrata y de las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, e imponiendo a la empresa principal un deber de información a los representantes de los trabajadores adicional al contemplado en el art. 64 ET (información trimestral a los representantes legales de los supuestos de subcontratación previstos), de la empresa principal cuando acuda a las contrata (o contratista respecto de subcontratas) debiendo informarles sobre: a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista. b) Objeto y duración de la contrata. c) Lugar de ejecución de la contrata. d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal. e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

⁵ Exposición de motivos del Real Decreto-ley 5/2006, posteriormente reproducido en la exposición de motivos de la Ley 43/2006.

⁶ En la exposición de motivos de esta ley se parte de los efectos positivos que acompaña a la subcontratación (permite en muchos casos un mayor grado de especialización, de cualificación de los trabajadores y una más frecuente utilización de los medios técnicos que se emplean, lo que influye positivamente en la inversión en nueva tecnología, además de contribuir a la creación de empleo al facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas en la actividad de la construcción) Sin embargo, en la misma se apuntan los eventuales riesgos de un excesivo recurso a la descentralización, que puede favorecer el trabajo sumergido así como facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo (al propiciar *la participación de empresas sin una mínima estructura organizativa que permita garantizar que se hallan en condiciones de hacer frente a sus obligaciones de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, de tal forma que su participación en el*

por lo que aquí interesa, destaca el reforzamiento de los mecanismos de participación de los trabajadores de las distintas empresas que intervienen en la obra. Dicho reforzamiento se materializa en las previsiones contenidas en el art. 9 de la norma, donde se reconoce, en su apartado primero, un derecho de información de los representantes de los trabajadores de las diferentes empresas que intervengan en la ejecución de la obra a ser informados de las contrataciones y subcontrataciones que se hagan en la misma. En su apartado segundo, la norma prevé el establecimiento (por convenio colectivo sectorial de ámbito estatal) *de sistemas o procedimientos de representación de los trabajadores a través de representantes sindicales o de carácter bipartito entre organizaciones empresariales y sindicales, con el fin de promover el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en las obras de construcción del correspondiente territorio*⁷.

La opción de estructuras supraempresariales de representación se explora, pues, en esta norma, como un mecanismo válido para promover el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en este sector.

2.1 Mayores dificultades para la constitución de órganos de representación de los trabajadores en las empresas.

La primera y más clara consecuencia de la descentralización productiva respecto de los órganos de representación de los trabajadores en la empresa radica en la reducción de las posibilidades de su constitución. Así, situándonos en el plano de las empresas descentralizadas, teniendo en cuenta que la normativa que disciplina el régimen jurídico de la representación de los trabajadores en la empresa establece que la circunscripción electoral es el centro de trabajo, y que, según la interpretación que viene sosteniendo el Tribunal Supremo, en aquellos centros de menos de 6 trabajadores no cabe elegir representación alguna —ni siquiera por la vía de su agrupación con otros centros⁸—, resulta evidente la mayor dificultad que el contexto productivo supone para la constitución de órganos de representación, toda vez que la descentralización va a propiciar un redimensionamiento, a la baja, de empresas y centros de trabajo.

De este modo, y pese a que la dificultad para constituir órganos de representación de los trabajadores se manifiesta más intensamente en las empresas auxiliares con las que se procede a descentralizar el proceso productivo de las principales⁹, también en estas últimas es posible apreciar la incidencia negativa de la externalización sobre esta materia. En ellas, los efectos negativos derivados del nuevo contexto productivo se producen a consecuencia, en primer término, del carácter temporal del vínculo contractual de estos trabajadores con sus empresas¹⁰.

encadenamiento sucesivo e injustificado de subcontrataciones opera en menoscabo de los márgenes empresariales y de la calidad de los servicios proporcionados de forma progresiva hasta el punto de que, en los últimos eslabones de la cadena, tales márgenes son prácticamente inexistentes).

⁷ El V Convenio colectivo del sector de la construcción regula el denominado *Órgano Paritario para la Prevención en la Construcción* en su Libro II Título primero (arts. 118 y ss.) definido como el órgano específico de prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción para apoyo, en la citada materia, de las empresas y centros de trabajo del sector.

⁸ STS 14 junio 2011 (recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 140/2010) impidiendo su agrupación para la constitución de un delegado de personal “conjunto” en aplicación analógica de las reglas del art. 63.2 ET (SSTS 31 enero 2001 y 19 marzo 2001 -recursos de casación n.º 1959/2000 y 2012/2000, respectivamente-) y negando igualmente la posibilidad de proceder a la agrupación de los centros con menos de seis trabajadores para la constitución de un comité de empresa conjunto, SSTS 28 mayo 2009 (recurso de casación n.º 127/2008) y 11 febrero 2015 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2872/2013).

⁹ MOLERO MARAÑÓN “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación”, en AA.VV. *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*. Ministerio de Trabajo e inmigración. Madrid, 2010 p. 74.

¹⁰ Así lo destaca, MOLERO MARAÑÓN “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación”, cit., p. 75. También MEJÍAS GARCÍA, *Elecciones sindicales. El preaviso electoral*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016, pp. 98 y 99, respecto de contratas y 121 y ss, respecto de ETT.

Por lo que se refiere a las empresas que facilitan la descentralización productiva actuando como contratistas, éstas, haciendo uso (y en muchos casos abuso) de las posibilidades flexibilizadoras en materia de contratación que se abrieron a raíz del cambio jurisprudencial operado con la STS de 15 de enero de 1997¹¹, suelen efectuar contrataciones temporales para atender la demanda de servicios realizada por parte de las empresas principales¹². La precarización de las plantillas de estas empresas afecta a las estructuras de representación, pues en no pocas ocasiones los trabajadores no van a poder ser incluidos en el censo electoral ni como electores (al requerirse por la norma un mes de antigüedad en la empresa) ni como elegibles (para lo que se exige una antigüedad mínima de seis meses¹³).

En segundo lugar, y más allá de las limitaciones de tipo legal señaladas, se han identificado otros factores que suponen igualmente un freno la participación de los trabajadores incursos en fenómenos de descentralización en los procesos de elección de estructuras de representación. En este sentido, de una parte, se ha sostenido que la precariedad de estos trabajadores les inhibe de participar en estos procesos que pueden suponer situaciones de conflicto o tensión con el empresario¹⁴. De otra, y para el caso de la descentralización operada a través de empresas de trabajo temporal, se sugiere que, a la baja participación de los trabajadores contratados para ser cedidos en los procesos de elecciones sindicales, también contribuye el que, siendo la empresa usuaria ajena al proceso electoral puesto en marcha en la ETT, resulte más difícil que los trabajadores lleguen a conocer de la celebración de un proceso electoral en su empresa; la falta de regulación de permisos para los trabajadores cedidos con objeto de participar en el proceso electoral; las reticencias de las empresas de trabajo temporal a incluir en el censo a todo el personal contratado para ser cedido; o el hecho de que estos trabajadores estén más interesados en las condiciones de empleo ofrecidas por parte de la empresa cliente que en las fijadas en la ETT que los contrata¹⁵.

En efecto, en este último sentido, y como consecuencia del reconocimiento a los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias –y durante el período de prestación de servicios en las mismas– del derecho a disfrutar como mínimo de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les correspondería de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto¹⁶, los trabajadores pueden estar más interesados en incidir sobre las condiciones de empleo de estas últimas empresa que sobre la que les contrata.

Finalmente, en el ámbito de las empresas auxiliares que prestan servicios para otras, la dificultad para la constitución de estructuras de representación se deriva de la fijación del centro de trabajo como circunscripción electoral, cuestión ésta que se aborda posteriormente.

¹¹ Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3827/1995.

¹² Modalidades de contratación que resultan las empleadas casi con exclusividad en las ETT con respecto al personal contratado para ser cedido.

¹³ Salvo en el caso de empresas en las que por razones de movilidad de personal se pacte en convenio colectivo una duración inferior, con el límite mínimo de tres meses (art. 67.2 ET).

¹⁴ MOLERO MARAÑÓN "La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación, cit., p. 76.

¹⁵ MEJÍAS GARCÍA, *Elecciones sindicales. El preaviso electoral*, cit., p. 121 y ss. Esta autora recoge las cifras relativas a los escasos procesos de elecciones sindicales promovidos en el ámbito de las empresas de trabajo temporal, que solamente alcanzan el 15,30 del total de estas empresas, siendo que solamente el 1% de los trabajadores que prestan servicios en ellas cuenta con órganos de representación del personal (pp. 118 y 119).

¹⁶ Este derecho, recogido en el art. 11 de la Ley 14/1994, fue introducido en nuestro ordenamiento en virtud de la Ley 29/1999 en la que, constatado el incremento notable de actividad de estas empresas, así como la disminución de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores como consecuencia de la minoración de costes salariales que conlleva, se perseguía poner freno a la doble precariedad que para los trabajadores supone ser contratado por una ETT para ser cedido (precariedad derivada del carácter temporal de la contratación a la que se añade la precariedad de sus condiciones laborales)

Posteriormente, en virtud del Real Decreto-Ley 10/2010, se dio nueva redacción al art. 11 de la Ley 14/1994 con objeto de transponer a nuestro ordenamiento interno las previsiones de la Directiva 2008/104/CE, relativo al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

2.2 Mayores dificultades para representar y defender los intereses de los trabajadores afectados por la descentralización.

Junto a la repercusión apenas señalada, y en parte relacionada con ella, la descentralización productiva implica un incremento de las dificultades que puede llegar a tener la representación legal de los trabajadores para defender los intereses de sus representados.

En primer lugar, ello puede producirse como consecuencia del alejamiento de los representados respecto de sus representantes que puede derivarse de los procesos de descentralización. Uno de los principios sobre los que se asienta la institución de la representación de los trabajadores en la empresa es el principio de intermediación, esto es, la relación de proximidad entre los representados y sus representantes¹⁷, dado que el espíritu de la ley es el de posibilitar el ejercicio real, dentro de las empresas, de la actividad de representación y la comunicación con los trabajadores, lo que exige el contacto directo entre el representante con el representado¹⁸.

Este principio de intermediación, que quiebra con las previsiones acerca del comité de empresa conjunto del art. 63.2 ET, se puede ver afectado como consecuencia de los procesos de descentralización. En estos casos, la empresa contratista o de trabajo temporal, dispondrá de un órgano de representación en su sede respecto del que los trabajadores que presten sus servicios en los lugares de trabajo de la empresa principal o usuaria que descentraliza su actividad, pueden verse alejados tanto físicamente como con relación a las preocupaciones relativas a las condiciones laborales en las que los trabajadores deben ejecutar la contrata o el contrato de puesta a disposición. Se produciría de este modo lo que MOLERO MARAÑÓN califica de *déficit de representación*¹⁹ que derivaría tanto del hecho de que los órganos de representación habrían sido elegidos y estarían constituidos normalmente por personal con vínculos más estables con la empresa, como de la dispersión que puede producirse en la plantilla de la empresa usuaria o contratista, al quedar la misma repartida por una pluralidad de espacios empresariales con problemáticas laborales diferenciadas.

Junto a lo que se acaba de exponer, la mayor dificultad para defender los intereses de los trabajadores representados en los casos de descentralización se produce como consecuencia del carácter dual de la institución, en la que los representantes defienden los intereses de los trabajadores frente al empresario que les ha contratado, siendo que en los casos de descentralización la interlocución con el empresario que, a la postre, se beneficia de sus servicios (empresa cliente o empresa principal) podría resultar de interés mayor o igual para dichos trabajadores.

Ya se ha señalado anteriormente que este segundo aspecto ha sido tenido en cuenta por el legislador, tanto respecto de los supuestos de contratas como con los de contratos de puesta a disposición, al introducir mecanismos de extensión de la representatividad de los órganos existentes en las empresas usuarias o principales, incluyendo en su ámbito competencial la representación y defensa de los intereses de los trabajadores de las empresas contratistas o de trabajo temporal frente a la tales empresas usuarias o principales²⁰. Dicha toma en consideración parece seguir efectuándose desde una lógica bilateral (intereses de un colectivo de trabajadores

¹⁷ BORRAJO DACRUZ, "Delegados Sindicales: ¿En la empresa o en el centro de trabajo? *Actualidad Laboral*, n.º 34, 1987, p. 1854.

¹⁸ CASAS BAHAMONDE, *Representación unitaria de los trabajadores en la empresa y derechos de comunicación*. Torrejón de Ardoz. Akal, 1994.

¹⁹ MOLERO MARAÑÓN "La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación", *cit.*, p. 77.

²⁰ No afectando dicha extensión a las facultades de representación de los intereses de los trabajadores afectados por la descentralización frente a sus empleadores (empresas contratistas o de trabajo temporal) En este sentido se manifiestan claramente tanto el art. 42.6 ET en su segundo párrafo, como el tercer párrafo del art. 17.1 de la Ley 14/1994.

frente a un empresario) no afectando dicha extensión de representatividad a las facultades de representación de los intereses de los trabajadores afectados por la descentralización frente a sus empleadores (empresas contratistas o de trabajo temporal)²¹.

Sin embargo podría sostenerse que el carácter dual de los órganos de representación de los trabajadores podría haber quebrado con estas reglas. Concretamente con las previstas para los supuestos de contratas. En efecto, la previsión contenida en el apartado sexto del artículo 42 podría llevar a la conclusión que la representación de los trabajadores de la empresa contratista podrían extender sus funciones representativas frente a la principal, y ello por cuanto la norma reconoce el derecho de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación, cuando no tengan representación legal, de donde podría concluirse que en caso de tenerla correspondería a ésta ejercer tales funciones representativas frente a la empresa principal, pues en caso contrario carecería de sentido la exclusión efectuada por la ley²².

De otra parte, el apartado séptimo del artículo 42 también podría esgrimirse en este mismo sentido. Por este artículo, tal y como ya se ha expuesto y es conocido, se recoge la posibilidad de que lo representantes de los trabajadores de la principal, contratistas y subcontratistas, se reúnan a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo (art. 42.7 ET) No obstante, tal y como se encarga de precisar la propia norma en su párrafo segundo²³, en este caso no nos encontramos ante una extensión de la representación, sino ante un mecanismo de coordinación entre los órganos de representación existentes en la empresa principal y la contratista, que recuerda a la coordinación de actividades que en materia de prevención de riesgos impone el art. 24 de la Ley 31/1995 de Prevención d Riesgos Laborales.

3. EL CENTRO DE TRABAJO COMO ELEMENTO IDENTIFICADOR DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL Y SU DISFUNCIONALIDAD EN UN CONTEXTO DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA.

Como en reiteradas ocasiones ha tenido la oportunidad de recordar el Tribunal Supremo y la doctrina, en el sistema legal de representación de los trabajadores la regla general, confirmada por la única excepción prevista en el art. 63.2 ET, es que el centro de trabajo constituye la unidad electoral básica, prevaleciendo el centro de trabajo frente a la empresa, con objeto de favorecer la intermediación entre representantes y representados.

3.1 El concepto de centro de trabajo.

La identificación de lo que constituya un centro de trabajo ha venido resultando una tarea no exenta de dificultades debido, de una parte, a la relativa indeterminación de la definición con-

²¹ En este sentido se manifiestan claramente tanto el art. 42.6 ET en su segundo párrafo –por lo que se refiere a contratas–, como el tercer párrafo del art. 17.1 de la Ley 14/1994, por lo que se refiere a cesiones legales de trabajadores.

²² PEDRAJAS MORENO; SALA FRANCO y VALDÉS DAL-RE, *La reforma laboral de 2006*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006, p. 94, quienes plantean la cuestión del ámbito al que referir la ausencia de representantes (si la empresa auxiliar o el centro compartido de la empresa auxiliar en el que prestan sus servicios los trabajadores a representar) que la norma hace jugar como presupuesto para la extensión de las funciones representativas de los órganos implantados en la empresa principal.

²³ *La capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación.*

tenida en el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores, que hace referencia a conceptos jurídicos indeterminados como los de unidad productiva y organización específica²⁴, y, de otra, por la diversidad de las normas que se refieren al centro de trabajo como ámbito de referencia a la hora de determinar la aplicación de las normas laborales que han hecho de este concepto una realidad maleable en función de las finalidades perseguidas por las distintas normas que al mismo se refieren.

De este modo, y por lo que se refiere a esta segunda causa, cabe hacer referencia a la interpretación que de centro de trabajo se ha realizado en materia de prevención de riesgos laborales. En esta materia y con relación a la coordinación de actividades empresariales cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, se ha sostenido a los efectos de lo dispuesto en los artículos 24.3 de la LPRL, debe entenderse como centro de trabajo *el lugar de trabajo de la empresa principal, lo que no exige que haya una organización empresarial específica en ese lugar, ni que el mismo esté dado de alta ante la autoridad laboral, pero sí que requiere que, si no se trata de una instalación propia de la empresa principal, sino de un tercero, que haya una efectiva presencia de la empresa principal en el lugar de trabajo*²⁵, lo que ha llevado a considerar que en la actividad de colocación de postes del tendido aéreo de líneas, el lugar donde se están realizando esas tareas de colocación de los elementos materiales que la soportan, aunque sea en despoblado o en el campo, realmente constituye un centro de trabajo de la empresa principal que ha contratado las tareas²⁶. Definición que se ha trasladado al plano normativo en virtud del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales y en el que se define como centro de trabajo cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo. Definición ésta que contradice el concepto legal de centro de trabajo que proporciona el artículo 1.5 del ET.

Otro ejemplo de este carácter maleable que se ha atribuido a la definición de centro de trabajo puede encontrarse, a efectos de la extinción por absentismo prevista en el artículo 52.d del ET, en la STSJ Castilla La Mancha de 9 de octubre de 2012²⁷ en la que se afirma que *no resulta razonable que el cómputo del "índice de absentismo total de la plantilla del centro" a que se refiere el precepto se realice en una sucursal de sólo dos trabajadores, porque dicha situación –que responde a la actual lógica de funcionamiento de las entidades bancarias incursas en un proceso de optimización de los recursos humanos– determina que haya de tomarse como referencia la división territorial en que se encuentra incluida la sucursal del actor (Toledo), que comprende además a otras 17 sucursales de la demandada, y que conforma un núcleo empresarial de cierta entidad, pues no tendría sentido que el análisis del índice de absentismo fuera referido a una única persona como término de comparación*".

Esta diferente perspectiva en el análisis del concepto de centro de trabajo ha dado como resultado diversas aproximaciones al mismo, de modo que puede decirse que la interpretación del término *centro de trabajo* empleado en el ámbito laboral no es único, sino que viene matizado en función de la finalidad de la norma que lo contempla como centro de imputación de las disposiciones laborales.

Por lo que se refiere a la materia electoral, la identificación de lo que constituye la unidad electoral básica se ha venido haciendo a partir de una interpretación estricta de la definición

²⁴ Queda fuera de dicha indeterminación la identificación del centro de trabajo en el caso de la actividad de trabajo en el mar, en la que se considera como centro de trabajo el buque, entendiéndose éste situado en la provincia donde radique su puerto de base.

²⁵ STSJ Aragón de 5 abril 2001 (recurso de Suplicación núm. 480/2000)

²⁶ STS 22 noviembre 2001 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3904/2001)

²⁷ Recurso de Suplicación núm. 824/2012. Recurso de unificación de doctrina inadmitido por auto de 13 de mayo de 2013 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1/2013)

contenida en el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores, donde se señala que por el mismo debe entenderse “la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la Autoridad Laboral”. De la definición proporcionada en esta disposición se ha venido sosteniendo²⁸ que el requisito del alta que en él se contempla no es determinante, en sí mismo, en la identificación de lo que deba entenderse por centro de trabajo al tratarse de un requisito formal²⁹, siendo lo verdaderamente relevante a efectos de reconocer la existencia de un centro de trabajo que la unidad productiva a la que se quiere reconocer como centro de trabajo cuente con una “organización específica”, esto es, posea una cierta autonomía organizativa y de funcionamiento que le permita desarrollar su actividad con una mínima independencia.

En esta línea interpretativa se ha señalado que el grado de autonomía puede ser más o menos intenso, dependiendo del tipo de actividad y de los criterios de organización de la empresa, pero debe concurrir en todo caso, aunque tan solo sea en un grado mínimo, para que la unidad productiva pueda ser calificada como centro de trabajo³⁰. El concepto de centro de trabajo resulta, pues, un concepto jurídico indeterminado, sirviendo las sentencias recaídas sobre este tema para proporcionar luz al mismo. De este modo, por lo que se refiere al requisito relativo a la unidad productiva, cabría entender que lo será el establecimiento que poseyendo capacidad de crear un objeto o prestar un servicio de valor económico³¹, desarrolle una parte sustantiva de la actividad empresarial.

Por lo que se refiere a la organización específica, los supuestos de hecho de las sentencias del Tribunal Supremo³² permiten identificar algunos indicios que permitirían apreciar el concurso de la misma: a) La presencia de una persona en el establecimiento con ciertos poderes de organización y dirección de la actividad que se lleve a cabo en el mismo. Así, por ejemplo, la gestión de las vacaciones del personal del establecimiento (fijación de los turnos de vacaciones, etc.) o la capacidad y autoridad para impulsar cualquier iniciativa que tienda a mejorar el rendimiento de su establecimiento. b) No obstaría para la apreciación de una organización específica el hecho de que las decisiones que afecten al conjunto de la empresa se adopten desde una sede central, o que las nóminas se elaboren en aquella. Tampoco sería óbice el hecho de que las situaciones individuales de los trabajadores (como las reducciones de jornada) se gestionasen desde una dirección central de recursos humanos. c) Que exista una contabilidad de ventas y rendimientos en cada explotación. d) Que se asignen de forma individualizada los costes (suministros, arrendamientos, salarios, etc.) generados por cada establecimiento, de modo que existan cuentas corrientes independientes e inventarios individualizados de coste, imputándose las diferencias en materia de valoración de existencias a las cuentas de resultados mensuales. e) Que se fijen unos rendimientos específicos para los distintos establecimientos en virtud de un presupuesto y objetivos comerciales personalizados, de modo que la retribución salarial del encargado, y la de los empleados de su establecimiento, dependan, en parte, de la consecución de los objetivos fijados. f) Que cada uno de los establecimientos esté dado de alta como centro de trabajo, contando con un libro de visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social —elemento éste no esencial en la identificación de los que sea un centro de trabajo, pero que puede constituir un indicio más a valorar para dicha identificación—.

²⁸ Así lo hacía ya el extinto Tribunal Central de Trabajo (entre otras muchas, S.T.C.T. 27 febrero -RTCT 1987/4597-) Mucho más recientemente, STS 14 julio 2011 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 140/2010)

²⁹ De este modo, podrá apreciarse la existencia de un centro de trabajo aunque el mismo no haya sido dado de alta como tal ante la autoridad laboral y, viceversa, podrá declararse la inexistencia del mismo a pesar de haberse cumplido el trámite formal relativo a su alta como tal ante la autoridad laboral. Conclusión ésta que resulta extensible a cualesquiera otros actos formales que pudieran hacer presuponer la existencia de un centro de trabajo.

³⁰ En este sentido, entre otras, STSJ de Cataluña 3 octubre 1997, sentencia núm. 6268/1997.

³¹ STSJ de Madrid 2 abril 1998, sentencia núm. 390/1998.

³² SSTS 31 enero 2001 y 19 marzo 2001 -recursos de casación nº 1959/2000 y 2012/2000; 28 mayo 2009 (recurso de casación nº. 127/2008) y 14 julio 2011 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 140/2010)

3.2 La inadecuación del centro de trabajo como circunscripción electoral en el actual contexto de descentralización productiva.

El fenómeno de la descentralización ha puesto en evidencia que la identificación de la circunscripción electoral con el centro de trabajo, definido conforme a los parámetros señalados en el art. 1.5 ET, resulta inadecuado, al contribuir a erosionar los "factores de cohesión, solidaridad y conciencia colectiva" que sirven de fundamento a la acción colectiva al favorecer la conciencia de pertenencia a un mismo grupo³³.

Esta inadecuación, y por lo que se refiere a la descentralización llevada a cabo mediante contrata³⁴, opera en un doble sentido: de una parte, si se estima que los lugares en los que los trabajadores de la contratista no reúnen los requisitos legales para considerarlos como centros de trabajo, éstos formarían parte del censo electoral que pudiera promoverse en el ámbito de la empresa contratista, integrándose en dicha circunscripción electoral con independencia del número de trabajadores desplazado a la empresa principal y de la lejanía física que pudiese existir entre el lugar de prestación de servicios y el centro de trabajo. La integración de tales trabajadores en dicha circunscripción implicaría, de otra parte, que en el caso de que existiese una representación en el seno de la empresa contratista, los cambios de contrata efectuados por la principal afectarían a dicha representación³⁵ debiendo ajustar el número de representantes al de los trabajadores existentes en cada momento en la empresa contratista³⁶. Esta circunstancia podría acrecentar los problemas anteriormente señalados de falta de inmediatez y alejamiento de los representados respecto de sus representantes, además de poder generar una cierta inestabilidad en el órgano de representación de los trabajadores al verse afectado por los redimensionamientos de la plantilla de la empresa, que pueden llegar a ser frecuentes en las graden empresas de servicios que operan como empresas auxiliares.

De otra, si tales lugares pudieran reputarse centros de trabajo, resultaría: a) que si éste tiene menos de seis trabajadores –lo que resulta muy frecuente– éstos no tendrían derecho a contar con representación legal de los trabajadores ni siquiera por la vía de su agrupación con otros centros. b) Que si el centro tuviese entre 6 y 10 trabajadores, éstos podrían contar con un delegado de personal si así lo acordasen por mayoría, sin que quepa su agrupación para la constitución de un comité de empresa conjunto³⁷. c) Que si el centro de trabajo contase entre 6 y 49 trabajadores, tendría derecho a uno o tres delegados salvo que contasen con más de diez y se tuviese que constituir, en virtud de las reglas del art. 63.2, un comité de empresa conjunto. d) Finalmente, que si el centro diese ocupación a cincuenta o más trabajadores deberá constituirse necesariamente un comité de empresa.

³³ MOLERO MARAÑÓN "La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación", *cit.*, p. 76.

³⁴ Cuya utilización ha ido en aumento como consecuencias de las ventajas comparativas que presenta esta vía de externalización frente a la que ofrece la realizada a través de empresas de trabajo temporal (obligadas a reconocer una condiciones esenciales de trabajo a los trabajadores cedidos, como mínimo equivalentes a las que hubieran tenido derecho de haber sido contratado por la empresa principal para ocupar idéntico puesto de trabajo; al asumir la empresa usuaria obligaciones de mayor intensidad –art. 24.1 y 24.3 LPRL frente al RD 216/1999 en materia de seguridad e higiene; o al asumir la empresa usuaria el derecho de los trabajadores de la ETT a la utilización de los servicios de transporte, de comedor, de guardería y otros servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria durante el plazo de duración del contrato de puesta a disposición en las mismas condiciones que los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria).

³⁵ Bien como consecuencia de una transmisión de empresa, bien por el establecimiento en norma sectorial o en el pliego de condiciones de la contrata de una obligación de subrogación respecto de los trabajadores que hubiesen estado prestando servicios en la misma, o también si como consecuencia de la pérdida de la contrata la empresa contratista se viese abocada a reducir el tamaño de su plantilla.

³⁶ Obligación de ajuste que deberá producirse necesariamente en caso de que el cambio de empresa contratista suponga para ésta una ampliación del censo laboral, y sólo en el caso en el que el convenio lo previera o se acordase con los representantes cuando la consecuencia del cambio de contratista fuese la reducción significativa de su plantilla (arts. 67 ET y 13 RD 1844/1994)

³⁷ Entre otras, STS 20 febrero 2008 (recurso de casación núm. 77/2007)

3.3 Las interpretaciones dirigidas a adecuar la norma al contexto de descentralización productiva.

Ante este escenario, los sindicatos han venido con figurando una estructura representativa *ad hoc* para los casos de contrata, subcontrata y concesiones administrativas que han sido validadas en no pocas ocasiones por los árbitros y jueces que deben resolver las impugnaciones que se plantean a los procesos electorales³⁸. En esta configuración se ha partido de la diferenciación de dos supuestos en función de si se produce o no la subrogación de la nueva contratista en los trabajadores involucrados en la prestación del servicio como consecuencia de lo previsto en el pliego de condiciones de la contrata o concesión, o como consecuencia del mecanismo subrogatorio previsto en la normativa sectorial con objeto de garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores.

En el segundo supuesto (contrata o concesiones en las que no se produce la subrogación de personal) la opción ha sido la de aplicar de forma estricta los criterios de identificación del centro de trabajo, de modo que de no darse los elementos configuradores a que se refiere el art. 1.5 del ET, tal y como han sido interpretados por el Tribunal Supremo, no cabría entender que se trata de una circunscripción electoral.

En el primero, las respuestas han sido más arriesgadas, procurando reaccionar allí donde el legislador no lo ha hecho³⁹, haciendo frente a una realidad que el legislador no desconoce, pero desatiende, en un intento de favorecer la presencia de órganos de representación próximos a los trabajadores que ven garantizada su estabilidad en el puesto de trabajo como consecuencia de las previsiones contractuales o convencionales y que, por tanto, van a permanecer en el mismo aun cuando se produzca un cambio de contratista⁴⁰. De este modo, se ha propugnado –y admitido por los árbitros y tribunales aunque no de forma unánime– la consideración de un centro de trabajo en tales ocasiones, aun cuando no cupiera identificar plenamente los elementos definitorios del centro de trabajo (más concretamente, la existencia de una autonomía organizativa).

En estos casos se ha hecho derivar la presencia del requisito de la organización específica de la existencia cierta autonomía (en este sentido, STSJ de Madrid 2 abril 1998)⁴¹. Mínimo auto-organizativo que necesariamente debe estar presente en la externalización mediante contrata, dado que en otro caso cabría entender que lo que aparentemente se presenta como una forma lícita de descentralización estaría camuflando una cesión de trabajadores prohibida en el art. 43 del ET⁴². Téngase en cuenta que el art. 43 ET dispone que se entenderá en todo caso que las empresas incurren en cesión ilegal *cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.*

³⁸ MEJÍAS GARCÍA, Elecciones sindicales. *El preaviso electoral*, cit., pp. 105 y ss.

³⁹ Como señala, FALGUERÁ BARÓ, la falta de acción del legislador condice a que los jueces tengan que *hacer de legisladores*. FALGUERÁ BARÓ, *La externalización y sus límites*, cit., pp. 43 y 44.

⁴⁰ Téngase en cuenta que en caso de no considerar tales lugares como centros de trabajo a efectos electorales, la representación de los trabajadores que en ellos prestasen servicios iría pasando de empresa a empresa cuando se produjese un cambio de contratista, cuyo comité –o delegados– asumirían la representación de tales trabajadores hasta entonces asumida por los órganos de representación de la anterior contratista.

⁴¹ Sentencia núm. 390/1998. En esta sentencia (referida a la consideración o no de centro de trabajo a efectos electorales ciertas líneas de RENFE S.A. en las que la empresa auxiliar presta los servicios de limpieza) se afirma que la presencia de cierta autonomía dentro del global proceso productivo de la empresa *hace razonable su reflejo en la existencia de una cierta organización autónoma y específica.*

⁴² Esta nota es, precisamente, la que impide trasladar esta interpretación a los supuestos de descentralización productiva mediante empresas de trabajo temporal puesto que en estos casos, por definición, la empresa empleadora cede el poder de organización y dirección a la empresa usuaria.

Entre los indicios –no excluyentes, sino complementarios– que ha empleado el Tribunal Supremo para efectuar la compleja diferenciación entre un supuesto de legítima descentralización mediante contrata, frente a su uso como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario, se encuentran, como recuerda la STS de 3 de octubre de 2005⁴³: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...). Para apreciar que las empresas contratistas ejercen los poderes de organización y dirección propios de su condición de empleadoras, los tribunales laborales toman en consideración la presencia de un delegado de la empresa auxiliar en los locales de la principal, que organice y dirija la actividad de los trabajadores de ésta. La actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave para deslindar los supuestos de legítima externalización mediante contrata de aquellos que incurrir en cesión ilegal, teniendo presente que el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no es suficiente para eliminar la apreciación de una cesión si se llega a la conclusión que aquel delegado no lo es tanto de la empresa auxiliar sino de la principal.

En este mismo sentido y de una forma más clara y abierta que la referida STSJ de Madrid de 1998, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de diciembre de 2006⁴⁴ manifiesta que para la apreciación de un centro de trabajo independientemente a efectos electorales se exige que éste constituya una organización específica, que pueda funcionar como una empresa autónoma, con un mero cambio subjetivo de dirección, perspectiva desde la cual podrían reputarse centros de trabajo los denominados como meros lugares de trabajo⁴⁵. Estas sentencias vienen a justificar su fallo, sin decirlo expresamente, en la necesidad de interpretar las normas conforme a los criterios establecidos en el art. 3 del Código Civil⁴⁶ invocando la proliferación de empresas de servicios y la necesidad de regular ámbitos de actividad que quedaban vacíos de responsabilidad, al serles inaplicables muchas de las premisas legales, que parten de la existencia de un ámbito físico donde se realiza la actividad y donde el empresario tiene un poder de organización omnímodo⁴⁷.

La consideración como centros de trabajo de los locales donde los trabajadores prestan sus servicios en el seno de la empresa principal, con objeto de favorecer la presencia de órganos de representación estables y próximos a los trabajadores que mantienen su puesto de trabajo como consecuencia de las previsiones contractuales o convencionales, plantea, sin embargo, varios problemas. El primero de ellos es que las empresas auxiliares suelen atender los servicios demandados por las principales con poco personal⁴⁸, por lo que de considerar los lugares donde prestan servicios como centros de trabajo les impediría contar con ningún tipo de representación. Obviamente lo que no resulta posible es mantener que constituyen o no centros de trabajo (por tanto circunscripciones electorales) en función de los efectos que ello produzca.

⁴³ Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3911/2004.

⁴⁴ Sentencia núm. 3731/2006.

⁴⁵ En el mismo sentido STSJ Andalucía/Sevilla 24 enero 2013 (sentencia núm. 181/2013) y 8 noviembre 2012 (sentencia núm. 3219/2012); STSJ Madrid 9 marzo 2012 (sentencia núm. 208/2012) y 24 mayo 2010 (sentencia núm. 359/2010); STSJ Comunidad Valenciana 12 mayo 2011 (sentencia núm. 1424/2011) 23 de marzo de 2010 (sentencia núm. 871/2010) y 17 enero 2008 (recurso de Suplicación 1432/2007); STSJ Aragón 19 septiembre 2007 (sentencia núm. 824/2007) y 12 noviembre 2007 (sentencia núm. 1022/2007).

⁴⁶ *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.*

⁴⁷ STSJ Comunidad Valenciana 4 de diciembre 2006 (sentencia núm. 3731/2006)

⁴⁸ MOLERO MARAÑÓN, "La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación", cit., p. 74.

El segundo deriva de la aplicación de las reglas del artículo 63.2 del ET relativas a la constitución de un comité de empresa conjunto cuando la empresa tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen. En tales casos, de darse los presupuestos contemplados en el art. 63.2 ET no podría, en principio, evitarse la pérdida de intermediación entre representantes y representados, quienes se verían despojados de la posibilidad de contar con una estructura de representación de sus intereses, próxima a ellos y ajena a los cambios de empresa contratista. Como señalan *obiter dicta* las sentencias del Tribunal Supremo de 31 enero 2001, de 19 marzo 2001, de 28 mayo 2009⁴⁹ y recogen (entre otras) las sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de marzo de 2012⁵⁰ y de Cantabria de 13 de mayo de 2010⁵¹, el agrupamiento previsto en el art. 63.2 ET no es una «mera posibilidad» en manos de los convocantes sino que se les impone de forma obligatoria.

A pesar de ello, han recaído laudos y sentencias⁵² que han admitido la inaplicabilidad de las reglas del art. 63.2 a estos supuestos argumentando que ello resultaría contradictorio con el espíritu de la normativa electoral⁵³; con la finalidad perseguida por el artículo 63.2 ET⁵⁴ y con el mandato impuesto en el art. 44.5 ET⁵⁵.

Ciertamente los argumentos empleados por tales resoluciones pueden ser cuestionados: los efectos del artículo 63.2 ET provocarán la ruptura del principio de intermediación no solamente en los supuestos de trabajadores subrogados por imposición de lo previsto en el convenio aplicable o del pliego de condiciones, sino en todo supuesto en el que resulte de aplicación; las sentencias de Tribunal Supremo de 2001 y posteriores, relativas a la imposibilidad de agrupar centros de menos de 6 trabajadores para constituir un comité de empresa, se alejan de lo que había sido identificado por la doctrina como principio al que responde el precepto (mejor una representación que ninguna) pues en los casos en que no cupiese representación dadas las dimensiones del centro de trabajo, tampoco será posible la agrupación de los mismos para constituir una estructura de representación (ni delegado de personal ni comité de empresa); por último, podría argumentarse que la remisión a las reglas del art. 44.5 ET implica obviar las diferencias entre los conceptos de centro de trabajo y de unidad productiva autónoma⁵⁷, siendo que tras la –también discutible⁵⁸– sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2016⁵⁹, no cabría hablar de transmisión de empresa en los casos de subrogación impuesta de la plantilla.

⁴⁹ Respectivamente, recursos de casación nº 1959/2000, 2012/2000 y 127/2008.

⁵⁰ Sentencia núm. 799/2012.

⁵¹ Sentencia núm. 357/2010.

⁵² En este sentido se han pronunciado diversos laudos y sentencias en la provincia de Valencia, tal y como señala MEJÍAS GARCÍA (*Elecciones sindicales. El preaviso electoral*, cit., pp. 107) y se recoge en AA.VV. *Análisis de la doctrina contenida en los laudos arbitrales de elecciones sindicales de la provincia de Valencia*. Tirant lo Blanch, 2005, pp. 164 y ss.

⁵³ Esto es, acercar el elector al elegido para garantizar el derecho real de la actividad de representación y comunicación de los trabajadores.

⁵⁴ Considerando que ésta no es otra que la de evitar vacíos de representación.

⁵⁵ Precepto que impone que cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.

⁵⁶ MIÑAMBRES PUIG, El centro de trabajo. *El reflejo jurídico de las unidades de producción*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1985, p. 195.

⁵⁷ Siendo que para la apreciación de un centro de trabajo se exige la concurrencia del requisito de la organización específica que no se precisa para identificar una unidad productiva autónoma.

⁵⁸ Como evidencian los votos particulares formulados a su fallo, y que hacen previsible la futura formulación de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁵⁹ Recurso para la unificación de doctrina núm. 2269/2014.

Con relación a esta última posible objeción cabría recordar que la STJUE de 29 de julio de 2010 dictada en el asunto C-151/09 proporciona una definición del término “autonomía” a que se refiere el art. 6 de la Directiva 2001/23 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Según el Tribunal de Justicia, *aplicado a una entidad económica, este término se refiere a las facultades, conferidas a los responsables de dicha entidad, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro de la referida entidad desarrollando la actividad económica que le es propia y, más concretamente, las facultades de dar órdenes e instrucciones, distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes a la entidad en cuestión y decidir sobre el empleo de los medios materiales puestos a su disposición, sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario.*

De este modo, continúa afirmando el Tribunal de Justicia, si tras la transmisión las facultades organizativas de los responsables de la entidad transmitida permanecen en esencia inalteradas, se conservará la autonomía de la entidad transmitida⁶⁰. En cambio si las facultades organizativas de quienes actuaban como responsables antes de la transmisión quedasen afectadas por ésta, reduciéndose de tal modo que no cupiera calificar como de autónomas, los términos y las condiciones de su representación deben adaptarse a los cambios que se hayan producido.

Interpretación que suscita una nueva cuestión: ¿hasta qué punto esto no supone dejar en manos del empresario la determinación de la circunscripción electoral? En efecto, producida la sucesión de contratistas, la nueva empresa auxiliar podrá modificar la organización existente y con ello determinar la circunscripción electoral o si procede mantener las estructuras de representación preexistentes en la entidad que están integradas por el conjunto de medios personales y materiales con los que se atienden los servicios prestados bajo la contrata. Es más, ni tan siquiera sería necesario que se produjese ningún cambio en el titular de la entidad productiva, sino que en virtud del principio de libertad de empresa esto mismo podría acaecer por mero interés del empresario en cualquier momento en ejercicio de su poder organizativo. Así ha ocurrido, y se ha admitido, en el caso objeto de la STS de 11 de febrero de 2015 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2872/2013) donde la representación de los trabajadores (comité de empresa de cinco miembros) desaparece como consecuencia de haber fraccionado el centro de trabajo en 33, en muchos de los cuales no se alcanza el umbral mínimo legalmente exigido –en la interpretación del Tribunal Supremo– para permitir que los trabajadores cuenten con representantes.

La interpretación que viene manteniendo el Tribunal Supremo respecto de las reglas en materia electoral no es la más favorecedora del derecho de representación de los trabajadores en la empresa. Sin embargo, las afirmaciones contenidas en sus sentencias han contribuido a sostener razonamientos que reivindican la adecuación de la norma al actual contexto productivo.

Así ha sucedido, concretamente, con la interpretación que el Tribunal Supremo realiza del artículo 62.1 ET cuando alude de forma disyuntiva a los términos “empresa” o “centro de trabajo” al referirse a la representación de los trabajadores. Según el Tribunal Supremo⁶¹, *lo que el precepto pretende en definitiva al citar ambos términos, es distinguir entre las empresas de estructura u organización funcional simple, entendiéndose por tales aquellas en que la empresa,*

⁶⁰ Lo importante, dice el Tribunal de Justicia, *es que todos los responsables de la entidad transmitida puedan ejercer las facultades organizativas de que ya disponían, antes de la transmisión, respecto a otras estructuras de organización del nuevo empresario, de modo que el mero cambio de los máximos responsables jerárquicos... no puede de por sí menoscabar la autonomía de la entidad transmitida.*

⁶¹ SSTS 31 enero 2001 y 19 marzo 2001 -recursos de casación nº 1959/2000 y 2012/2000; 20 febrero 2008 (recurso de casación núm. 77/2007) 28 mayo 2009 (recurso de casación nº. 127/2008) 14 julio 2011 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 140/2010) 7 febrero 2012 (recurso de casación núm. 114/2011).

concepto jurídico-económico e inmaterial, asienta físicamente su actividad sobre un único centro de trabajo, y las de estructura más compleja o múltiple, que la desarrollan en varios centros. Para las primeras, la expresión «empresa o centro de trabajo», denota equivalencia, ya que la elección de representantes deberá necesariamente llevarse a cabo en la empresa, o «lo que es lo mismo», en el único centro de trabajo que constituye su base física. Para las de organización compleja o múltiple, donde tal equivalencia no es posible, no opera ya la disyuntiva y el precepto establece el centro de trabajo como única unidad electoral, sin otorgar ninguna facultad de opción a los promotores⁶².

4. CONCLUSIONES

Ante la situación de falta de adaptación de la normativa laboral en materia de representación al actual contexto de descentralización productiva, resulta imprescindible proceder a revisar todos los institutos jurídicos interrelacionados entre sí y que afectan a la nueva forma de producción, dado que no responden a los problemas y necesidades derivados de la nueva realidad⁶³. Por lo demás, las soluciones que se han venido proporcionando antes esta situación han recibido una muy diferente acogida en los órganos encargados de decidir acerca de su validez, por lo que una intervención legislativa se impone como respuesta a la necesidad de dotar de seguridad jurídica al sistema y vistos los diferentes puntos de vista de los pronunciamientos recaídos en torno a esta cuestión.

En efecto, dada la actual vertebración del sistema de impugnación de actos electorales en un mecanismo de arbitraje obligatorio, cuyo laudo es impugnante ante el correspondiente juzgado de lo social cuya resolución no admite recurso, estamos ante un panorama de gran inseguridad jurídica dada la disparidad de interpretaciones que se están realizando de la normativa electoral. Disparidad difícilmente justificable frente a empresas y organizaciones sindicales que operan en todo el territorio nacional y que han de lidiar con diversas interpretaciones en función de la provincia —cuando no en función del árbitro u juez— donde radique el centro de trabajo afectado por el proceso electoral impugnado⁶⁴.

Como línea de principio, y en un modelo de relaciones laborales pretendidamente dirigido a sustituir las dinámicas conflictuales por las participativas⁶⁵, resulta necesario potenciar las estructuras de representación de los trabajadores. Es esta tarea habría que tomar en consideración las opciones que ofrece la normativa comunitaria, el derecho comprado, y la propia experiencia nacional.

Desde el punto de vista de la normativa comunitaria, cabría plantearse la posibilidad de implementar las posibilidades que apunta Directiva 2008/104/CE de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Esta Directiva, en su artículo 7.2, contempla la posibilidad de que los Estados miembros prevean, *en las condiciones definidas por ellos, que los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal sean tenidos en cuenta, dentro de la empresa usuaria, como lo son o lo serían los trabajadores empleados directamente por la empresa usuaria con contratos de la misma duración, para el cálculo del umbral a partir del cual pueden constituirse los órganos de representación de los trabajadores, previstos por el Derecho comunitario y nacional y los convenios colectivos⁶⁶*. Sería un paso pre-

⁶² STSJ Andalucía/Sevilla 8 de noviembre de 2012 (sentencia núm. 3219/201) STSJ Cataluña 10 mayo 2012 (sentencia núm. 3555/2012) STSJ Extremadura 7 diciembre 2011 (sentencia núm. 556/2011) o la STSJ Aragón 28 julio 2010 (sentencia núm. 586/2010).

⁶³ CRUZ VILLALÓN, "La permanente complejidad de las relaciones triangulares de trabajo", cit., p. 5.

⁶⁴ Resultando que en no pocas ocasiones un sindicato o empresa puede llegar a mantener posturas contrarias en la interpretación de la norma electoral, en función de sus particulares intereses en las concretas impugnaciones promovidas en procesos de elecciones sindicales, lo que desde luego tampoco ayuda a generar seguridad jurídica.

⁶⁵ MEJÍAS GARCÍA en Elecciones sindicales. *El preaviso electoral*, cit., p. 89.

⁶⁶ Lo que no ha sido admitido cuando así se ha intentado en los procesos electorales. MAJÍAS GARCÍA, *ibidem.*, p. 125.

vio para reconocer derechos de representación a los órganos de las empresas usuarias (y principales) respecto de los intereses de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal o contratistas que prestan sus servicios en ellas, que debería reconocerse sin romper, en la medida de lo posible, el principio de intermediación entre electores y elegidos. Este tipo de soluciones parece más adecuado para aquellos casos de contrataciones en los que la norma sectorial impone la subrogación del personal, puesto que la estabilidad en el empleo que se puede producir en estos casos permitiría fijar reglas específicas de participación de los trabajadores de la empresa auxiliar en los procesos electorales promovidos en la empresa principal, todo ello al margen de mantener su presencia y participación en los procesos electorales de las empresas auxiliares que los empleen.

Otra posible solución podría venir de la creación de estructuras de representación específicas en aquellos casos donde confluyan trabajadores de diversas empresas. En este sentido, el derecho comparado varias opciones⁶⁷, como la figura del *delegué du site* o la representación en el seno de la *unité économique et sociale* previstas en el ordenamiento francés⁶⁸. La figura del *delegué du site* se trata de una institución representativa establecida por la autoridad laboral, bien por propia iniciativa, bien a instancias de las organizaciones sindicales, cuando la naturaleza y la importancia de los problemas comunes⁶⁹ de las empresas de menos de once trabajadores del "sitio"⁷⁰ lo justifique. Por su parte, la obligatoriedad de establecer un comité de empresa común en la *unidad económica y social* se contempla en este ordenamiento cuando dicha unidad, integrada por varias entidades jurídicamente distintas que agrupen al menos a 50 trabajadores, sea reconocida por acuerdo colectivo o decisión judicial, lo que supone la constatación de una concentración de los poderes de dirección en el interior de dicha unidad⁷¹.

En esta misma línea, en el ordenamiento jurídico italiano se ha experimentado con la creación de estructuras de representación de base territorial, y no empresarial, no basadas por tanto en empresas individuales, sino en áreas geográficas específicas, distribuyéndose los costes de esta representación entre los empresarios afectados⁷².

Por lo que se refiere al caso español, y a falta de un desarrollo normativo más amplio sobre la problemática, podría reconocerse expresamente la validez de los acuerdos en materia de elecciones sindicales que afecten a las previsiones legales en la materia, fundamentalmente por lo que se refiere a la delimitación de la circunscripción electoral. En efecto, el margen de maniobra atribuido a la negociación colectiva en la determinación de lo que constituya la circunscripción electoral y demás disposiciones legales en esta materia (que parece ser negado

⁶⁷ Sobre ellas, FITA ORTEGA, *La pequeña mediana empresa en el ordenamiento jurídico-laboral*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, pp. 306 y ss.

⁶⁸ Artículo L2312-5 del *Code du Travail* y L2322-4 del *Code du Travail*, respectivamente.

⁶⁹ Tales como transporte, accesibilidad, seguridad, comedores, etc. Circular. DRT n°5 28 junio 1984.

⁷⁰ No existiendo definición legal de "sitio", por tal se entiende aquél lugar geográficamente o físicamente aislado que alcance una cierta entidad (un centro comercial, zona industrial, artesanal, calle o barrio) que, por sus características económicas o sociales, constituye un conjunto homogéneo (sin que pudiese entenderse como tal, por ejemplo, los comercios del sector de panadería de un mismo barrio o población) Circ. DRT n°5 28 junio 1984. <http://www.lexlibris.fr/circ-drt-n-5-du-28-06-1984-relative-a-l-application-des-dispositions-concernant-les-delegues-du-personnel-dans-la-loi-n-82-915-du-28-octobre-1982-relative-au-developpement-des-institutions-representatives-du-personnel.html>

⁷¹ Según señala la Cour de cassation (chambre sociale) -Audience publique du mercredi 15 avril 2015. N° de pourvoi: 13-24253-) para que pueda reconocerse una unidad económica y social se requiere el concurso de dos requisitos acumulativos: de una parte, la presencia de una unidad o concentración de poder de dirección derivada del ejercicio efectivo del poder por la persona o la sociedad que dirige el conjunto de las actividades; de otra, la presencia de una comunidad de trabajadores vinculados por los mismos intereses y con unas condiciones de trabajo idénticas en todo o en parte, caracterizados por su permutabilidad.

⁷² FITA ORTEGA, *La pequeña mediana empresa en el ordenamiento jurídico-laboral*, cit., p. 321.

por el Tribunal Supremo⁷³) viene siendo utilizado como espacio de creación de normas electorales⁷⁴.

Ese tipo de previsiones incluidas en las normas sectoriales podrían tener, desde la modificación operada en el artículo 42 del ET mediante el Real Decreto-ley 5/2001, un soporte legal para la constitución de 'comités intercontratas'⁷⁵ y otras soluciones arbitradas por la negociación colectiva para hacer frente a la problemática que plantean las descentralizaciones instrumentalizadas mediante contratas, en la medida en que el art. 42.7 del ET no sólo reconoce un derecho de reunión a efectos de coordinación entre los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, sino que remite a la negociación colectiva cuestiones tales como la determinación de la capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario. No obstante el precepto no se remite directamente a la negociación, sino que señala que tales cuestiones vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación, por lo que no parece que este precepto pueda incidir en la problemática relativa al carácter de derecho necesario absoluto de las reglas relativas a la identificación de lo que deba entenderse por circunscripción electoral, como argumento en favor de su disponibilidad por parte de la negociación colectiva⁷⁶.

⁷³ Así en su sentencia de 14 de junio de 2011 (recud. 140/2010) afirma que *los preceptos legales de los artículos 62.1 ET y 63.1 ET, que establecen en función de la dimensión de la empresa dos cauces de representación de los trabajadores –comités de empresa y delegados de personal –, son de derecho necesario.*

⁷⁴ Así lo pone de manifiesto MEJÍAS GARCÍA en *Elecciones sindicales. El preaviso electoral.*, cit., pp. 120, 121, 125 y 126.

⁷⁵ QUINTANILLA NAVARRO, "La necesaria adaptación de las estructuras de representación en la empresa", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 2/2007, p. 101.

⁷⁶ Sobre el particular cabe recordar que la SSTS 31 enero 2001 y 19 marzo 2001 apuntan *obiter dicta* la cuestión, sin pronunciarse sobre la misma (*Cuestión distinta sería si cabe la posibilidad de que las partes interesadas, al modo como regula el art. 63.3 la elección del comité intercentros, pueden mejorar o no mediante la negociación colectiva, el sistema previsto en el art. 62. Pero esa es cuestión que excede de los límites de la presente contienda en la que sólo se discute la dimensión legal del problema*)