

CUADERNOS

DE LA FUNDACIÓN

2011
Julio
24

Las garantías de los representantes sindicales en el ejercicio de sus funciones

FRANCISCO J. GUALDA
Director Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO

*Ponencia presentada en las Jornadas sobre “Libertad Sindical
como derecho fundamental”, celebradas en Albacete los días 2 y 3
de junio de 2011*



Fundación 1º de Mayo | Centro Sindical de Estudios
C/ Arenal, 11. 28013 Madrid. Tel.: 913640601. Fax: 913640838
www.1mayo.ccoo.es | 1mayo@1mayo.ccoo.es

Informes de la Fundación. ISSN 1989-5372

Las garantías de los representantes sindicales en el ejercicio de sus funciones

FRANCISCO J. GUALDA

Director Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO

SUMARIO

I. LAS GARANTÍAS DE LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA.

1. El estatuto de los representantes sindicales: Tipología: Garantías, facilidades y competencias.
2. La funcionalidad de las garantías.
3. La naturaleza de las garantías de los representantes sindicales.
4. El marco internacional de las garantías de los representantes sindicales en la empresa.
5. Los representantes protegidos.
 - 5.1. Marco legal de los representantes protegidos.
 - 5.2. Delimitación de supuestos conflictivos.
 - 5.2.1. Los Delegados Sindicales al margen de la LOLS.
 - 5.2.2. Los representantes sindicales de origen convencional.
 - 5.2.3. Los Candidatos a elecciones sindicales (SSTC 38/81 y 55/83).
 - 5.2.4. Los representantes designados para la sustanciación del período de consultas en empresas sin representación legal.

II. LAS GARANTÍAS DEFENSIVAS.

1. Tratamiento Normativo.
2. Extensión Temporal de las garantías.
3. Tipología.
 - 3.1 Expediente Contradictorio.
 - 3.1.1. Regulación.
 - 3.1.2. Naturaleza.
 - 3.1.3. Contenido de la garantía.
 - 3.2. Garantías de los afiliados: derecho de audiencia de la sección sindical.
 - 3.2.1. Regulación: Supuestos en los que opera la garantía de los afiliados.
 - 3.2.2. Naturaleza y finalidad de la garantía.
 - 3.2.3. Los afiliados: El problema del conocimiento de la afiliación.
 - 3.2.4. Contenido de la garantía: Audiencia de la Sección sindical.
 - 3.3. Prioridad de permanencia.
 - 3.3.1. Regulación y supuestos.

- 3.3.2. Naturaleza de la garantía.
 - 3.3.3. La efectividad de la prioridad. Su límites.
 - a) El ámbito de la prioridad de permanencia.
 - b) La justificación de la selección del representante.
 - 3.4. Interdicción de represalias.
 - 3.4.1. Regulación.
 - 3.5. Opción por la readmisión.
 - 3.5.1. Regulación y supuestos.
 - 3.5.2. Naturaleza.
 - 3.5.3. Efectos.
- III. MEDIOS DE ACCIÓN PARA LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA: EL CRÉDITO HORARIO.
- 1. Naturaleza.
 - 2. Regulación.
 - 3. La extensión del crédito horario.
 - 4. La acumulación del crédito horario.

PRESENTACIÓN.

Son dos los objetivos que pretendemos conseguir con este estudio. Ofrecer, en primer lugar, una visión del conjunto de los mecanismos que ha contemplado nuestra legislación para posibilitar la efectividad de la función representativa, sobre todo partiendo de que la regulación no ofrece un tratamiento sistemático de las distintas medidas, y no siempre alcanza el necesario grado de coherencia. Esto posibilita poner en evidencia determinados elementos comunes que sirven para caracterizar y evaluar el sistema de garantías de los representantes. Además, permite observar los importantes recursos disponibles, pero también las limitaciones que nuestro sistema tiene en orden a preservar la independencia de los representantes sindicales y la dotación de medios para que puedan desempeñar su función representativa.

Junto a ello, queremos analizar igualmente los principales problemas que la experiencia práctica pone en evidencia, sobre todo a la vista de los conflictos que de forma recurrente vienen planteando la efectividad de las garantías. Nos limitamos a las garantías defensivas frente al poder del empresario, así como a determinados medios instrumentales cualificados, dejando al margen de nuestro análisis el conjunto de competencias o atribuciones que integran, igualmente, el estatuto de la función representativa en la empresa.

I. LAS GARANTÍAS DE LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA.

1. El estatuto de los representantes sindicales. Tipología: Garantías, facilidades y competencias.

El estatuto jurídico de los representantes de los trabajadores en la empresa se configura en nuestra legislación con toda una variedad de medidas que adoptan la forma de garantías, facultades, competencias, lo que no siempre ofrece una calificación muy precisa. Dado que nos interesan las garantías de los representantes en el ejercicio de su cargo, podemos hacer la siguiente clasificación del conjunto de tales medidas:

1. Garantías defensivas: Suponen la creación de un espacio reforzado que limita el poder de dirección empresarial, sobre todo en su vertiente más extrema, como es el poder disciplinario. La finalidad de estas medidas es dotar de una posición de independencia, esencialmente frente a la empresa, para asegurar que la actuación de los representantes justamente es congruente con la posición del interés laboral colectivo, y no asume otras consideraciones espurias.

El conjunto de garantías defensivas de la que están dotados los representante se diferencian entre las que son exclusivas de los que desempeñan tales cargos, pero también tienen a su alcance otras medidas defensivas que puede aplicarse igualmente a los afiliados a los sindicatos, o incluso a los trabajadores en general que asumen funciones relacionadas con la actividad sindical.

- Garantías defensivas exclusivas: Prácticamente sólo inciden en el ámbito del poder disciplinario del empresario o en general, en la adopción de medidas extintivas o movilidad geográfica: (Expediente contradictorio, Prioridad de Permanencia, Interdicción reforzada de represalias, Opción por la readmisión). En buena medida tienen una función preventiva, por medio de la cual tratan de enervar determinadas decisiones empresariales que podrían ser cauce para la materializar un tratamiento discriminatorio contra los representantes.
- Compartidas con los afiliados. Audiencia a la sección sindical en despidos y sanciones. Conviene su análisis específico pues no necesariamente se superpone con la garantía de expediente contradictorio, como sucede con los representantes unitarios, en los cuales se configura como un elemento adicional que posibilita la intervención de su respectiva organización sindical.

Como se ve, la regulación no ofrece una tipificación sistemática de garantías de los representantes sindicales frente a todo el conjunto de decisiones organizativas que puede adoptar la empresa y que repercuten en sus condiciones laborales. Las medidas reguladas inciden en el ejercicio de facultades disciplinarias, lo mismo que sucede con la tutela de los afiliados, así como también respecto de todo un conjunto de medidas extintivas, suspensivas o de movilidad geográfica que se funden en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas.

Fuera de estos supuestos, sólo cabe el recurso genérico a la tutela antidiscriminatoria o a la interdicción de represalias. Serían, por tanto, garantías compartidas con los demás trabajadores. Opera como una garantía reactiva a la consumación de una vulneración de la libertad sindical. En determinados supuestos en la única técnica disponible para garantizar la libertad sindical, pero no es excluyente. Opera respecto de toda una serie de medidas empresariales respecto de las cuales no han funcionado las medidas preventivas, o bien no ha logrado restablecer completamente la libertad sindical lesionada.

Aquí la condición representativa puede operar como elemento indiciario de la existencia de vulneración de la prohibición de discriminación, lo cual tampoco está consagrada en la legislación.

Por tanto, se observa que el cuadro normativo no ha contemplado una modulación del poder de dirección del empresario en toda una serie de decisiones que afectan al inicio o renovación de la relación laboral, así como a las condiciones de trabajo, como sucede en relación con la movilidad funcional, o incluso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, respecto de cuyos ámbitos no existen garantías legales específicas para preservar la independencia de la actuación de los representantes.

2. Medios de acción para el ejercicio de la acción representativa: Se trata de determinadas garantías que permiten dotar a la función representativas de instrumentos cualificados para que tenga contenido y efectividad. Aquí si que operan en exclusividad respecto de los titulares de los cargos representativos. Se regulan como garantías de acción para posibilitar determinados instrumentos que se consideran básicos para que la función representativa pueda desarrollarse

- Libertad de expresión reforzada, permitiendo una capacidad genérica para ejercer la libertad de expresión y de información que precisen el interés colectivo, así como determinados medios instrumentales para que pueda llevarse a cabo que se regulan en la medida que pueden afectar a la capacidad de dirección empresarial (distribución de información sindical, reunión y asamblea de trabajadores), o que imponen la cesión de medios empresariales (tablón de anuncios)
- Disponibilidad de tiempo para la atención de la función representativa:
 - Crédito Horario retribuido.
 - Permisos retribuidos.
 - Excedencia con reserva de puesto para el desempeño de cargos electos sindicales.
- Disponibilidad de medios materiales para el ejercicio de las funciones. Cesión de locales.

3. Competencias: Permiten reconocer un conjunto de facultades que dotan de contenido a la función representativa que inciden sobre toda una serie de supuestos relacionados con la actividad de la empresa (Participación, información, consulta, vigilancia, capacidad de acción, etc...) y que son esenciales para determinar la efectividad de la función representativa, pero las dejamos fuera de nuestro análisis.

2. La Funcionalidad de las garantías.

Son dos fines que persigue el estatuto de los órganos de representación de los trabajadores en la empresa, que trata de disponer de medios para asegurar el ejercicio de la función representativa en términos de eficacia.

- El conflicto. Canalizar el interés colectivo de los trabajadores, en contraposición al interés empresarial. Nuestro sistema parte de la contraposición y el conflicto de intereses en las relaciones laborales⁴, y ha dotado de un conjunto de instituciones para garantizar que la participación de los trabajadores no se limite a un plano exclusivamente individual. Ello deriva de la necesidad de equilibrar la posición de los trabajadores frente al poder económico de la empresa, ante lo cual el Ordenamiento Laboral desempeña una de sus funciones típicas, como es la compensadora frente a la desigualdad económica. Desde esta perspectiva es como hay que analizar el conjunto de actuaciones que pueden llevar a cabo los representantes de los trabajadores en la empresa, partiendo del punto esencial de que tienen capacidad para determinar su estrategia de actuación colectiva, no sólo sin intromisión empresarial, sino asumiendo una contraposición al interés empresarial.
- La participación. Junto a la posición de conflicto, cabe destacar otra funcionalidad que asumen el conjunto de instituciones que ordenan la representación de los trabajadores en la

empresa, como es la de posibilitar una interlocución a la empresa para integrar en su actuación el interés colectivo. Simplificar la participación de los trabajadores al nivel de conflicto es obviar que la empresa y los trabajadores tienen un espacio de intereses comunes que son la base de la negociación colectiva, del acuerdo, de la solución voluntaria de los conflictos. Desde esta perspectiva, el reconocimiento de instrumentos y medios de acción a los representantes de los trabajadores no se configura como una mera imposición a la empresa a fin de preservar intereses que pueden ser antagónicos, sino que igualmente sirven para dar cauce a determinados intereses que no se agotan al mero interés del capital o al interés gerencial.

3. La naturaleza de las garantías de los representantes sindicales.

Otra cuestión relacionada con la naturaleza de las garantías de los representantes, y que afecta a determinados aspectos de su régimen jurídico, es su conexión con la libertad sindical, y más específicamente, si integran su contenido esencial, que deriva directamente de la Constitución, hasta el punto de que el legislador no lo puede desconocer, o forman parte de lo que se denomina el contenido adicional de la libertad sindical, de base exclusivamente legal, y por tanto, modulable en toda su amplitud por instrumentos normativos hasta el punto de poder ser objeto de supresión. No es una cuestión meramente teórica pues es decisivo para comprender hasta qué punto las garantías de los representantes sindicales pueden integrar, y de hecho integran, el debate político, y que margen de actuación pueden llevar a cabo los titulares de los poderes normativos, en particular el Estado pero también las Comunidades Autónomas, a la hora de asumir una regulación restrictiva de tales garantías sindicales.

El contenido esencial de la libertad sindical –y de huelga– se define como aquellas facultades que son consustanciales a las organizaciones sindicales y sin las cuales las mismas no serían reconocibles de acuerdo con la concepción de las mismas tanto en la experiencia de nuestra regulación, como igualmente, en la práctica internacional. Con esta base, la capacidad de creación y autoorganización, la negociación colectiva, la huelga, y la actividad sindical son los componentes básicos del derecho fundamental a la libertad sindical. Ahora bien, a fin de ser más precisos en la determinación del contenido esencial, entendemos que estamos por tanto ante un concepto que se define con elementos que van más allá de la regulación expresa de la propia Constitución, y que se tiene que integrar, como primer referente con la legislación internacional protectora de los Derechos Humanos según establece el art. 10.2 CE a la hora de interpretar las normas reguladoras de los derechos fundamentales. Por esta vía la configuración de la libertad sindical tal y como se viene delimitando en la Declaración de Derechos Humanos, pero también a partir de las normas del organismo encargado de desarrollar y garantizar ese derecho, como es la Organización Internacional del Trabajo, adquieren un carácter no sólo vinculante por la vía de la ratificación de los Tratados Internacionales, sino además, como elemento para interpretar y aplicar la propia Constitución.

En consecuencia, el contenido esencial de la libertad sindical no comprende las facultades que son mera creación del legislador, pero esto hay que matizarlo en tanto que buena parte de esas facultades no es una mera opción reguladora, sino la incorporación a nuestro Ordenamiento de aspectos relacionados con la libertad sindical que forma parte de su contenido esencial al integrar la configuración básica de ese derecho que viene haciendo los Tratados y Convenios de Derechos Humanos y en particular, los Convenios de la OIT, como órgano especializado en la tutela de ese derecho, y que recoge el mandato de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su segundo período de sesiones, asumió los principios de la Organización Internacional del Trabajo y le encomendó la continuación de todos sus esfuerzos a fin de hacer posible la adopción de uno o varios convenios internacionales.

Vemos por tanto que el reconocimiento de facilidades, a pesar de que pueden suponer una carga, y más en concreto, un coste a la propia empresa, no es obstáculo para que ello se integre en el contenido esencial de las facultades que han de dotarse a los representantes sindicales para el ejercicio de su función en términos de mínima suficiencia.

El que el legislador haya intervenido no es incompatible con que integre parte del contenido esencial de la libertad sindical, lo que por otra parte es normal en el desarrollo de los derechos fundamentales, respecto de los cuales se apela desde la Constitución a una Ley Orgánica para que tenga lugar.

Y además, tampoco el hecho de que el disfrute de determinados aspectos del derecho sea modulado por el legislador, como es su sometimiento a requisitos de plantilla, o a representación

del sindicato en los órganos unitarios, es incompatible con el contenido esencial. Es muy frecuente percatarse que el TC identifica contenido esencial con facultades reconocidas a todos los sindicatos, e indisponibles por el legislador. Ello no es el contenido esencial, sino el mínimo sustancial a toda organización sindical, lo que es distinto. Pero el contenido esencial permite una modulación de las atribuciones reconocidas a los sindicatos según parámetros objetivos, razonables, proporcionados. Un sistema que sólo permita la designación de delegados sindicales en la empresa, pero que no atribuya ningún régimen de garantías ni facilidades para el ejercicio de la función representativa, no sería respetuoso con el contenido esencial de la libertad sindical. Además, tampoco se podría considerar que el reconocimiento de estas garantías y medios de acción a los representantes unitarios sea suficiente, pues ello puede desnaturalizar la propia actividad sindical, al imponer un órgano de integración sujeto al régimen de mayorías en sus decisiones, y por tanto, limitativo de la libertad sindical.

Lo que sí sería posible es un sistema que prescindiera de los representantes unitarios, que no son una imposición del derecho fundamental de la libertad sindical. Pero una vez admitida dicha forma de representación en la empresa, es una forma de ejercicio de la actividad sindical que se integra en el contenido adicional de la libertad sindical. Otra interpretación alternativa de los órganos unitarios, como expresión de un derecho de participación en la empresa al amparo del art. 129.2 CE ajeno a la libertad sindical, es desconocer la función representativa de tales órganos de los intereses generales de los trabajadores, que más que una función alternativa a la representación sindical, es una de las dos formas en que la representación sindical se expresa en la empresa, bien mediante la designación directa del sindicato o los afiliados, bien mediante la participación del conjunto de los trabajadores a través de un órgano electivo de integración de posiciones sindicales.

Es muy importante resaltar este aspecto pues en nuestra regulación, la perspectiva desde la que se ha configurado el derecho de libertad sindical sigue la tradición de las libertades de contenido negativo, es decir, que se limitan a exigir una conducta abstencionista de los poderes públicos así como del empleador. Y en las ocasiones en que la propia legislación ha establecido obligaciones de contenido prestacional a favor de los representantes sindicales, se parte como premisa interpretativa, en primer lugar, que no integran el contenido esencial de la libertad sindical, tradicionalmente limitado a la capacidad de negociación colectiva, huelga, conflictos colectivos, sin que el desarrollo de la actividad sindical, en su contenido esencial, implicara dichas prestaciones a cargo de la empresa.

No sólo se relega a la categoría de contenido adicional de la libertad sindical, y por ende, disponible por el legislador, ya sea orgánico si las facilidades han sido reguladas en la LOLS, o incluso el ordinario si tiene mero rango legal. Además se asume la premisa interpretativa de que estamos ante cargas impuestas al empresario, lo que puede ser descriptivo en cuanto la empresa incurre en la necesidad de cumplir una obligación que, en algunos casos, pueden tener contenido económico, pero que se utiliza como elemento configurador de su naturaleza jurídica para extraer toda una serie de consecuencias en cuanto a su régimen jurídico, comenzando por su carácter excepcional, siendo objeto de interpretación restrictiva a los casos tasados en la ley, determinado la opción interpretativa más favorable al interés empresarial, es decir, que menores costes les genere, cuando la regulación puede ofrecer varios sentidos posibles.

Esto es decisivo pues la doctrina del Tribunal Constitucional y sobre todo, del Tribunal Supremo mayoritaria no considera que los representantes unitarios sean manifestación del derecho adicional a la libertad sindical, lo que afecta, en la práctica, a las vías procesales para preservar sus facultades, garantías y medios de acción.

4. El marco internacional de las garantías de los representantes sindicales en la empresa.

Analizando el marco de la legislación internacional, debemos poner en evidencia tres instrumentos normativos de la OIT que son la base de la tutela de los representantes de los trabajadores en la empresa.

- **El Convenio 87 de la OIT, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación.** Sólo alude a aspectos relacionados, básicamente, con el derecho a la constitución de organizaciones sindicales, el de afiliarse, así como la capacidad autoorganizativa de las mismas, en la redacción de sus estatutos y el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. Conectado con las garantías de los representantes encontramos el derecho a *“elegir libremente sus repre-*

representantes”, lo que implica un espacio de libertad para llevar a cabo ese nombramiento que tiene una doble dimensión:

- Frente a la ingerencia del empresario, o incluso de otros sujetos como otras organizaciones sindicales.
- Frente al legislador, que no puede establecer mecanismos para la designación de representantes que pueda afectar a la libertad de las organizaciones de trabajadores, como titulares de ese derecho, para designar a quienes les tengan que representar. La LOLS impone una forma concreta de designación de los delegados sindicales, que se tendrá que llevar a cabo “*por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo*”, lo que, en nuestro juicio, fija una forma de designar los representantes que limita de forma desproporcionada el principio de libertad que impone la legislación internacional, al excluir la capacidad de regulación que pueda tener el propio sindicato, y tampoco ofrecer espacio para la intervención de otras estructuras organizativas diferentes a la propia empresa. Así, el Convenio 98 de la OIT alude a los representantes sindicales como “representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos”, lo que da cabida al sindicato en la designación, y que la LOLS no contempla.

Una corrección de dicha regulación en términos que garanticen la libertad de las organizaciones para la designación de representantes debería conducir a considerar esa norma como dispositiva por los estatutos de las respectivas organizaciones sindicales, sin más límite que el respeto a los principios democráticos relacionados con su funcionamiento, pero sin concebir como norma imperativa absoluta un determinado procedimiento de designación prefigurado por la Ley². Así lo ha venido a aclarar la STC 292/93 al reconocer plena libertad a los estatutos sindicales para llevar a cabo la designación del delegado sindical.

Pero fuera de estas precisiones, el Convenio 87 no contiene más alusiones a las garantías de los representantes, lo que tampoco es muy extraño ya que estamos ante los primeros instrumentos reguladores de la libertad sindical, pues es del año 1948.

- Más precisa a estos efectos es el **Convenio 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva** del año 1949, que aborda estos aspectos:

1. La tutela frente a la discriminación en el empleo que menoscabe la libertad sindical (art. 1), y que se especifica en la prohibición del despido “*o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.*” Vemos que los permisos para el ejercicio de la actividad sindical se someten al consentimiento del empleador.

2. La tutela de las organizaciones sindicales frente a cualquier acto de injerencia (art. 2), entre los que se incluyen las actuaciones que tiendan a “*fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores*”. Vemos por tanto que existe un límite en la promoción empresarial de la actividad sindical, como es el impedir que por esa vía se persiga colocar a las organizaciones sindicales, o a sus representantes, “bajo el control” del interés empresarial. El amarillismo sindical instado por la empresa, o el reconocimiento de ventajas sometidas a la asunción de posiciones que no son representativas del interés de los trabajadores, sino del empresario, son por tanto límites a las garantías adicionales que puedan reconocerse a los representantes de los trabajadores.

- El **Convenio 135 sobre los representantes de los trabajadores, 1971**, que tiene por objeto adoptar disposiciones complementarias con respecto a los representantes de los trabajadores, entre las que se encuentran un doble género de medidas: 1) medidas relativas a la protección y 2) lo que se llama “facilidades” concedidas a los representantes de los trabajadores en la empresa. A la hora de pormenorizar estas medidas es decisiva la **Recomendación 143, sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, igualmente del año 1971**, que se ha de integrar como el primer referente a la hora de precisar la interpretación y aplicación del Convenio.

Es importante resaltar que el Convenio no limita los sujetos protegidos a los representantes sindicales, sino que comprende también a los representantes unitarios, siendo la base de un tra-

tamiento común de la libertad sindical que como vemos, no agota su manifestación exclusivamente al sujeto sindical ni a los delegados sindicales, sino que integra igualmente a los “*representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos*”.

Este elemento no ha sido tomado en consideración en nuestro sistema por el Tribunal Constitucional ni por la doctrina judicial, que sistemáticamente viene insistiendo en la calificación de la propia figura de los representantes unitarios como un elemento extraño a la propia libertad sindical. Ello supone reconocer que la actividad sindical no discurre exclusivamente a través de la fórmula jurídica de sindicato o sección sindical, pero una visión subjetivista del derecho de libertad sindical no es la única posible, lo que no tienen ninguna ventaja conceptual, y si reduce notablemente el marco de garantía institucional y de recursos para la tutela judicial de aquellos ámbitos en los que los trabajadores, y particularmente, los representantes de los trabajadores ejercen una función de defensa y promoción del interés colectivo, y sólo a través de complejas reconducciones a la participación del sindicato, a la afiliación del interesado se puede activar la tutela de un derecho fundamental, o forzando igualmente la configuración de la prohibición de discriminación.

También llama la atención el reconocimiento de la negociación colectiva para ordenar el sistema de designación de los representantes de los trabajadores electos, no así los sindicales, lo que pone en evidencia que la negociación colectiva dispone de una capacidad de ordenación de las garantías y los medios de acción sindical que no se limitan a complementar o desarrollar las previstas en la ley (crédito horario, permisos), ni siquiera en relación con la designación de representantes sindicales, sino que incluso puede extenderse a la creación de representantes electos, que no sustituyen a los de configuración legal, pero que si pueden complementar el sistema de representación establecido en el Estatuto de los Trabajadores, sobre todo en los ámbitos en los que no existe cobertura adecuada, como fenómenos relacionados con el grupo de empresas, las contratas y subcontratas, empresas que comparte un mismo espacio físico, o incluso actuación a nivel territorial o sectorial de ámbito superior a la empresa.

La existencia de un doble canal de representación, como sucede en la legislación española, es tomada en consideración por el Convenio a fin de garantizar, además de la colaboración entre los dos géneros de representación, que no se menoscabe la actuación de los representantes sindicales. Por lo que el sindicato y en particular, los delegados sindicales han de disponer de unos medios y facilidades de acción que no pueden quedar enervadas por el hecho de que ya existan representantes unitarios. Con arreglo a este principio, no parece compatible el criterio jurisprudencial que en materia de negociación y acuerdos a nivel de empresa, da preferencia al canal que primeramente tome la iniciativa, lo que conduce a que los representantes sindicales se vean excluidos de la negociación cuando la iniciativa la adopta la representación unitaria. Ello debería asegurar, igualmente, la plena participación en las negociaciones en el marco de colaboración que igualmente reconoce el Convenio 135, y nunca la exclusión de la representación sindical.

A tal efecto establece las siguientes:

1. Medidas de protección. Se establece la protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido, por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical (art. 1)

Pero los sujetos afectados por las medidas de protección no se acotan en los representantes electos o los sindicales. Además, la Recomendación 143 OIT, extiende, no la totalidad de las medidas, sino sólo las medidas de protección que enumera a otros dos grupos de trabajadores:

- Los candidatos, o que han sido presentados como candidatos, mediante los procedimientos apropiados existentes, a la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores.
- Los trabajadores que han cesado en sus funciones de representantes de los trabajadores.

Será la legislación o la práctica nacional la que fije el período durante el cual tal protección ampara a los candidatos, o a los representantes que han cesado.

La pérdida de la condición representativa, o incluso la pérdida de la condición de candidato, no genera la eliminación de las garantías, lo que en nuestro sistema plantea problemas en relación

con los representantes electos que han sido objeto de revocación, a los que no se les preserva en ningún momento posterior estas garantías, lo mismo que a los candidatos que no resultan elegidos, una vez consumado el proceso electoral. Puede ser discutible que la legislación nacional pueda suprimir por completo ese plazo, pero al menos debe ser evidente que exclusiones de las garantías de los candidatos, o los que han cesado en su condición representativa o en la candidatura, deben ser objeto de interpretación restrictiva, y no partir de que la extensión de garantías a tales trabajadores sólo debe aceptarse de forma excepcional, cuando la legislación lo hubiera previsto expresamente, y bajo criterios restrictivos para resolver las dudas interpretativas.

Igualmente, la Recomendación 143 OIT recoge un catálogo ejemplificativo de garantías, como son la definición de las motivos para el cese, la consulta previa o recursos específicos antes de la adopción de medidas desfavorables, la reposición efectiva en caso de extinción del contrato, así como imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado, bastando la mera alegación y sin que sea preciso la incorporación de indicios reforzados, lo que por otra parte puede ser obvio pues la condición de representante ya indicio de discriminación que justifique la inversión de la carga de la prueba. También se cita el reconocimiento de prioridad que ha de darse a los representantes de los trabajadores respecto de su continuación en el empleo en caso de reducción del personal.

2. Facilidades o Medios de Acción: Con ello se da un paso más y se incorpora a la libertad sindical no sólo medidas defensivas o en general, la interdicción de represalias o la prohibición de discriminación, sino la necesidad de dotar a los representantes de medios o instrumentos para que su función representativa sea real y efectiva en el ámbito de la empresa (art. 2).

Los términos en que se formulan estas medidas en el Convenio son muy amplios: “*facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones*”. No se hace una enumeración, ni siquiera ejemplificativa de tales “facilidades”, lo que puede ser la principal debilidad del Convenio para garantizar la efectividad de la libertad sindical, pero tampoco cabe desconocer la virtualidad de dicha regulación.

La falta de precisión no quiere decir que no estemos ante una regla jurídica, que opera a modo de concepto jurídico indeterminado para decidir si, en una realidad concreta, los representantes sindicales cuentan o no con garantías y facilidades que se adecuen al mismo. La valoración de las atribuciones se hace en términos de suficiencia para el desempeño de una actividad sindical que se caracteriza con dos atribuciones: rápida y eficaz.

La Recomendación 143 OIT sí que lleva a cabo una enumeración de determinadas facilidades o medios de acción de los representantes, entre los que se citan los siguientes:

- 1) El tiempo para el ejercicio de la actividad sindical (art. 9), que habrá de ser “*sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales*”. Se aluden a dos fines específicos:
 - El tiempo libre necesario para desempeñar las tareas de representación en la empresa (art. 10).
 - El tiempo libre necesario para asistir a reuniones, cursos de formación, seminarios, congresos y conferencias sindicales (art. 11).
- 2) Libre entrada a los lugares de trabajo de los representantes en la empresa (art. 12).
- 3) Libre comunicación con la dirección de la empresa y con los representantes autorizados a tomar decisiones (art. 13).
- 4) Derecho a la recaudación de las cuotas sindicales en los locales de la empresa (art. 14).
- 5) Liberta de distribución de información y colocación de avisos sindicales en lugares en que los trabajadores tengan fácil acceso. (art. 15).
- 6) Medios materiales (art. 16), que se refiere a “*las facilidades materiales y la información que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones*”.
- 7) Derechos de los representantes de los sindicatos con afiliados en la empresa, a ser autorizados a entrar en la empresa. (art. 17).

Además se fijan tres condicionantes que han de reunir tales medios para el ejercicio de la función representativa:

1. La *características del sistema de relaciones laborales de cada país*, lo que entronca con la tradición reguladora que pueda existir a tal efecto.

Tiene su relevancia cuando el marco legal ha venido reconociendo determinadas facilidades o medios de acción a representantes de los trabajadores aunque no sean expresión del ejercicio estricto del derecho de libertad sindical, como era el sistema de relaciones laborales del franquismo, donde las facultades de los representantes de los trabajadores forman parte de la experiencia y características de ese modelo.

Y lo mismo sucede cuando el sistema, bajo los principios democráticos, regula facultades a favor de los representantes unitarios, lo que lleva a considerar en buena medida que el nivel de exigencia de los medios que se han de atribuir a los representantes sindicales han de mantener una adecuada correspondencia.

Pero también puede ser relevante en relación con todo el conjunto de medios y facilidades que han venido formado el acervo común de la función representativa y que trae su origen en la negociación colectiva. En tal caso, entendemos, la capacidad del legislador para modular las garantías y medios reconocidos a los delegados sindicales, o en general, a los representantes de los trabajadores no puede resolverse en términos tan simples como la supremacía de la ley sobre el convenio, y la capacidad de legislador de suprimir las garantías y facilidades establecidas en la negociación colectiva. En la medida que han venido conformado el acervo común del ámbito en el que se han venido negociando y reconociendo de forma reiterada y consolidada en el tiempo, y además, se configuran como un nivel de garantías equiparable al que viene siendo habitual en otros ámbitos homogéneos, el legislador no puede adoptar una regulación que desconozca tales garantías, aunque si instrumento para el reconocimiento sea la negociación colectiva, si con ello desconoce las características que ha venido presentando el sistema de relaciones laborales hasta ese momento. Es decir, una opción legislativa que busque la mejora de la competitividad de las empresas, o como sucede en varios ejemplos autonómicos, la reducción del gasto de personal, mediante la eliminación de las garantías de los representantes de los trabajadores y, en concreto, de los representantes sindicales fijadas por la negociación colectiva, que supone una rebaja de los niveles de protección que se han venido manteniendo de forma reiterada, consolidada, no sólo implica desconocer la libertad sindical en su vertiente de derecho a la eficacia de la negociación colectiva, sino que además, implica desconocer la garantía internacional de la libertad sindical, y lesiona por ello, su contenido esencial.

2. La adecuación a las características y circunstancias de la empresa, expresadas en sus “*necesidades, importancia y posibilidades*”. Esto justifica un distinto tratamiento de los medios reconocidos a los representantes sindicales en función de tamaño de la empresa, pero también de su complejidad organizativa para llevar a cabo la actividad sindical lo que no siempre es tomado en consideración por la legislación, como sucede en la LOLS y el ET, que sólo alude al tamaño de la empresa en función del número de trabajadores. Pero es importante constatar que la capacidad económica de la empresa ha de determinar las facilidades que ha de reconocer a la función representativa, y no es un terreno que quede a la discrecionalidad del legislador, ni a la mera responsabilidad social del empresario, sino que es un elemento vinculante, que puede ser operativo cuando existan términos de comparación suficientemente idóneos.

La necesidad de la actividad sindical por ejemplo, impone reconocer medios adicionales a empresas con estructura compleja, lo que es interpretación por nuestra doctrina jurisprudencial en sentido justamente contrario, al limitar la designación de delegados sindicales a centros con más de 250 trabajadores, excluyendo a las empresas que tienen esa plantilla pero repartida en varios centros. Es una opción interpretativa muy discutible de la norma legal, pero que resulta incompatible con el principio ordenador impuesto por la legislación internacional, que impone facilitar más recursos para la actividad sindical cuando esa actividad está sometida a mayores condicionantes, como son los que pueden derivar de la organización empresarial que obliga a multiplicar la interlocución sindical, las dispersión de trabajadores que dificultad conocer sus condiciones de trabajo y los problemas que les afecten, o fijar posiciones comunes, o incluso estatutos diferenciados de los mismos en los distintos centros. La presencia de órganos unitarios permite la designación de delegado en ese ámbito si supera la plantilla, pero ello no genera una mayor necesidad de la actividad sindical, sino más bien al contrario, pues ante la ausencia de órganos de representación comunes, serían los delegados sindicales los únicos que asumirían esa función representativa, por lo que su necesidad no sólo no se reduce, sino que se incrementa. En definitiva, la doctrina jurisprudencial española resuelve las dudas interpretativas en contra justamente de los criterios que conforman el Convenio 135 de la OIT, que por la vía que hemos expuesto, integra el contenido esencial de la libertad sindical.

Efectivamente es expresivo de la tarea representativa, pero no necesariamente de las posibilidades de la empresa, expresadas en cifras de negocio o nivel de facturación, lo que es algo com-

pletamente ausente en nuestro sistema, y se deja exclusivamente al ámbito de la negociación colectiva.

Otro parámetro relevante es el relativo a la importancia de las facilidades para el desarrollo de la actividad sindical, lo que es una vía de actualización de tales medidas o instrumentos en función de las circunstancias cambiantes que se van produciendo. La falta de un catálogo cerrado de medios tiene el problema de la inconcreción, pero tiene la ventaja que permite su adecuación a las nuevas realidades productivas y organizativas. La necesidad de disponer de espacios de comunicación con los trabajadores adecuados a la realidad de la empresa y los actuales medios de comunicación tiene su encaje directo, superándose con ello la visión de la distribución de información mediante la entrega de folletos o la inserción de avisos en el tablón de anuncios.

Debemos insistir en que estas mejoras no se tienen que identificar con un mero contenido adicional de la libertad sindical, sino con su contenido esencial, y lo más criticable es que el propio legislador orgánico no hubiera contemplado las posibilidades de la empresa.

3. Un tercer condicionante, en este caso limitativo de las facilidades reconocidas a los representantes, es que “*no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la empresa interesada*” lo que si viene siendo asumido sin matices por la legislación, en materia de reparto de información, celebración de asambleas, o incluso como parámetro para poder utilizar los sistemas de información de la empresa. El límite basado en la afectación al funcionamiento de la empresa en todo caso debe ser relativo, en función de la importancia de las respectivas garantías y su conexión con la actividad sindical. En materia de distribución de información impone hacer compatibles los dos principios, pero en otros ámbitos, como el uso de los permisos sindicales, someter la garantía sindical al interés empresarial puede dejar vacío de contenido a dicha garantía.

Sobre esta base, es cuestionable la lectura que viene haciendo el Tribunal Constitucional, en el sentido de que las garantías y los medios de acción de que disponen los delegados sindicales con arreglo a la LOLS, que se limitan a empresas o centros de trabajo con determinado número trabajadores, integran el contenido adicional de la libertad sindical –SSTC 173/99 y 229/92-. Vemos como la configuración de este derecho tiene un núcleo indisponible en el que se integran, igualmente, determinadas ventajas que suponen cargas para el empresario, incluyendo el reconocimiento de tiempo retribuido necesario para el ejercicio de la actividad sindical. La existencia de representantes unitarios no es causa suficiente para menoscabar la capacidad de intervención de las representaciones sindicales. Por ello el legislador no es completamente libre a la hora de disponer de la figura y determinadas atribuciones de los delegados sindicales.

5. Los representantes protegidos.

Cuando aludimos a las garantías de los representantes sindicales, nos referimos de forma esencial a los representantes que en la empresa responden al canal específicamente sindical, que deriva directamente del art. 28.1 CE y que tiene su desarrollo en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en contraposición a los representantes unitarios (Delegados de Personal y Comités de Empresa, Delegados de Prevención), de creación exclusivamente legal (ET, LPRL). Pero en esta materia conviene un análisis de conjunto como única vía para determinar el grado de coherencia de nuestro Ordenamiento a la hora de tutelar a los representantes de los trabajadores. Además, la regulación no ofrece un catálogo separado de atribuciones de los representantes unitarios y sindicales, sino que incurre en un doble género de prácticas: Se regulan determinadas garantías de los representantes sindicales por remisión a las que fueron reguladas en el ET para los representantes unitarios, lo que plantea problemas de integración pues no obstante esa legislación común, estamos ante órganos de naturaleza muy diversa, lo que tiene su origen en su diferente naturaleza y sobre todo, dimensión constitucional. Y en segundo lugar, tampoco faltan ejemplos de regulación en los que la alusión a los representantes de los trabajadores se efectúa en general, sin precisar claramente si se refiere a uno u otro, o a los dos canales de representación de los trabajadores en la empresa. Esto nos anima a poner en evidencia los elementos compartidos de las garantías, pero también las diferencias que concurren entre uno y otro tipo de representantes.

5.1. Marco legal de los representantes protegidos.

Existe todo un catálogo de medidas legales que establecen las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa. Entre los caso que han sido objeto d reconocimiento legal nos encontramos:

- Comités de Empresa y Delegados Personal (68 ET).
- Juntas de Personal y Delegados AA.PP. (41 EBEP)
- Delegados Sindicales (9 y ss. LOLS)
- Delegados de Prevención (37 LPRL) y Recursos Preventivos (30 LPRL)

La posición de los delegados de prevención viene a ser plenamente coincidente con la de los órganos de representación unitaria y sindical. Según el art. 37.1 LPRL: *“Lo previsto en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores en materia de garantías será de aplicación a los Delegados de Prevención en su condición de representantes de los trabajadores”*. No obstante, se plantean problemas de coordinación en relación con determinadas medidas, como el crédito horario, lo que ha sido abordado y resuelto por la propia LPRL en el sentido de no reconocer un crédito adicional, pero si determinados permisos para funciones específicamente preventivas.

Una posición de no equiparación plena, sino de determinadas garantías es la que tienen los trabajadores designados para integrar los recursos preventivos en la empresa. El art. 30 LPRL dice que *“4. Los trabajadores designados no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa. En ejercicio de esta función, dichos trabajadores gozarán, en particular, de las garantías que para los representantes de los trabajadores establecen las letras a), b) y c) del artículo 68 y el apartado 4 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”*. Se les prevía de las garantías relacionadas con la libertad de expresión reforzada, así como el crédito horario, pero cuentan las garantías defensivas relacionadas con el expediente contradictorio, la prioridad de permanencia y la indemnidad. No deja de llamar la atención esta postura del legislador, en tanto que tales trabajadores son el instrumento por el cual la empresa cumple su deber de seguridad y actúan en representación de la empresa. Pero se establece una modulación al ejercicio del poder disciplinario del empresario a fin de potenciar la eficacia de las funciones preventivas que puede entrar en contraposición con el interés empresarial.

El catálogo legal no evita toda una serie de problemas en relación con la delimitación de los representantes que ostentan garantías en los términos que estamos examinando, primordialmente defensivas. A tal fin analizamos los siguientes supuestos.

5.2.. Delimitación de supuestos conflictivos.

5.2.1. Los Delegados Sindicales y los criterios de la LOLS.

El art. 10 de la LOLS no agota la posibilidad de designación de delegados sindicales, sino sólo la designación de representantes que tienen un marco concreto de atribuciones, garantías y medios de acción. Es por ello que cualquier sindicato con implantación en una empresa puede designar representantes del mismo, o de la sección sindical, y serían delegados sindicales o representantes del sindicato o de la sección sindical, pero no gozarán del estatuto propio de los delegados sindicales si no reúnen los requisitos establecidos en el art. 10 LOLS, en particular, dos:

- Si no es un sindicato con presencia en los órganos de representación unitaria,
- Si la empresa o el centro de trabajo cuenta con al menos 250 trabajadores³.

En este punto es preciso aclarar que el criterio que se aplica por la doctrina jurisprudencial es el más restrictivo posible, al exigir que sea el concreto centro el que tenga 250 trabajadores, sin posibilidad de acumular distintos centros para alcanzar tal cifra⁴.

En todo caso es un criterio discutible, y en realidad lo resuelto por las Sentencias es el entendimiento de como se considera cumplido el requisito de la necesaria implantación del sindicato en la empresa, llegando a la conclusión de que si el sindicato pretende que se sumen los trabajadores de unos y otros centros para alcanzar un umbral numérico necesario para la designación de delegado, lo que no puede hacer es, por otra parte, dejar de tener también cumplido el requisito de la representación en esos centros.

Además, el criterio del TS supone imponer al sindicato un ámbito de actuación del representante sindical que no comprende toda la empresa, sino que lo vincula al centro, lo que desnaturaliza la capacidad de autoorganización de la propia opción sindical y limita de forma artificial no sólo el desarrollo de una acción sindical a nivel de empresa, sino la interlocución empresarial con las organizaciones sindicales. Lo único que tiene de lógica esa opción interpretativa es que dificulta la designación de delegado sindical y por tanto, puede ser la que menores “cargas” el imponga al empresario, pero ya hemos señalado las enormes incongruencias

que implica manejar ese criterio interpretativo, que presupone la restricción de una manifestación esencial de la libertad sindical.

Al margen de los problemas que plantea la determinación de que sea un centro de trabajo, la cuestión hay que matizarla por cuanto el ámbito para realizar el cómputo se aplica, más que a un centro, al mismo ámbito tomado en consideración para la designación de la representación unitaria⁵. Esto permite acumular centros donde se ha realizado para integrar el nombramiento del Comité de Empresa o la Junta de Personal. En tal caso se posibilita la designación de un delegado sindical, sin exigirse por tanto que cada centro alcance esa cifra de plantilla mínima. En conclusión, la unidad de cómputo no es ni la empresa ni el centro, sino el ámbito donde operan los representantes unitarios, lo que como se ve ni es ni siquiera una de las opciones manejadas por el legislador en el art. 10.2 LOLS. Quedaría por ver si esta creativa posición jurisprudencial permite aplicarla a la unidad de representación determinada por el Comité Intercentros, y con ello, computar la plantilla de todos los centros para la designación de Delegado Sindical.

Por otra parte, se ha abordado la forma de computar la plantilla para llegar al número de 250 trabajadores. El TS⁶ ha declarado que los órganos de representación unitaria y sindical son diferentes, y unos se eligen y otros se designan de manera distinta, de modo que, a falta de acuerdos específicos al respecto, para la determinación del número de delegados sindicales hay que estar a la plantilla real del centro de trabajo en el momento de su designación.

Si bien la LOLS alude a la posibilidad de constituir secciones sindicales por cualquier sindicato con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, siempre que cuente con afiliados en la empresa. Así se deduce del art.8.1 de la LOLS al establecer que *“Los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo: a) constituir Secciones Sindicales de conformidad con lo establecido en los Estatutos del Sindicato”*. No sucede lo mismo con la designación de delegados sindicales. Ha sido el Tribunal Constitucional el que ha reconocido esta concreta manifestación de la libertad sindical⁷. Según esta doctrina, la designación de representante de la sección sindical solamente desplegará sus efectos a nivel interno, sin que de ello se derive consecuencia jurídica alguna para la empresa, mientras que, por el contrario, cuando tales requisitos concurren, el delegado o los delegados elegidos disfrutarán de los derechos reconocidos en el art. 10.3 de la LOLS.

Aunque carecen de las atribuciones propias de los delegados sindicales según el art. 10 LOLS⁸, disponen del marco de garantías correspondiente a la tutela antidiscriminatoria, donde la condición de delegado sindical opera como elemento indiciario, aunque no necesariamente determinante, a la vista de las circunstancias del caso.

5.2.2. Los representantes sindicales de origen convencional.

Igualmente cabe plantear la situación de los delegados sindicales que tienen su origen, no tanto en el cuadro legal recogido en el art. 10 LOLS, sino en el marco de los convenios colectivos, pactos de empresa, acuerdos y pactos en las Administraciones Públicas, es decir, en toda una variedad de instrumentos de la negociación colectiva.

Es importante resaltar el aspecto que la posibilidad de mejora del número de los delegados sindicales se regula en la LOLS, y por tanto, afecta igualmente a las Administraciones Públicas, por lo que no es obstáculo el principio de legalidad para restringir la designación de representantes por encima de los mínimos legales. Además, el art. 37.1.h incluye entre las materias objeto de negociación las propuestas de derechos sindicales y de participación.

Tales instrumentos pueden abordar la materia relativa a los representantes sindicales de varias formas. Una primera mediante la elevación de la escala de representantes que procede designar a cada sindicato respecto de la que establece el art. 10.2 LOLS, que va de 1 a 4 en función de la plantilla del ámbito en el que ejerza su representación, la empresa o el centro. Esto evidentemente no debe ofrecer dudas sobre el régimen de tales representantes, si bien aquí tiene prevalencia el marco convencional sobre el legal. Es decir, mientras que los delegados dentro de los umbrales de la LOLS tienen las garantías ex lege, no disponibles por la negociación colectiva, los que se reconocen por encima de esos umbrales pueden ser objeto de modulación por el convenio colectivo que cree tales representantes.

El problema se plantea cuando el convenio o acuerdo colectivo no modula el régimen de actuación de tales representantes. Incluso puede suceder que el convenio ni siquiera establezca expresamente un incremento de la escala legal, sino que directamente admita la existencia de representantes sindicales sin calificar su naturaleza jurídica.

En este punto la solución sólo puede ser una: Tales representantes de origen convencional, son, en sentido estricto, delegados sindicales, y a falta de precisiones en el convenio colectivo sobre su estatuto, el mismo será el establecido en la LOLS para tal tipo de representación en la empresa. De esta forma la figura de los llamados “representantes institucionales”, “liberados” o “permanentes” no es una figura representativa que opera al margen de la representación sindical en la empresa. Y ello con independencia de que su actuación se materialice más allá de los intereses de los trabajadores del concreto centro de trabajo del que proceden, pues ello responde a una mera cuestión autoorganizativa del sindicato, consustancial al ejercicio de la libertad sindical que presupone libertad para la determinación del programa de acción. En cualquier caso se trata de una actuación expresiva de la representación y defensa de los intereses de los intereses de los trabajadores.

5.2.3. Los Candidatos a elecciones sindicales (SSTC 38/81 y 55/83).

En relación con los candidatos, si que se aplica la garantía precisamente a partir de la Recomendación 143 de la OIT, pero se vincula a la finalización del proceso electoral, a partir de cuyo momento ya no disfrutan de las garantías propias de los representantes. Así, en la STS de 19 junio 1989 (RJ 1989\4810), que resolvió la aplicación de tal garantía desde su proclamación como candidatos, y las Ss. del TS de 5 noviembre 1990 (RJ 1990/8547), que la excluyó a quienes habían figurado como candidatos sin resultar elegidos, y 15 marzo 1993 (RJ 1993\1860), que no extendió esta garantía ni al primer suplente de la lista.

Más allá de este período temporal pueden acudir, igualmente, al mecanismo general de la tutela antidiscriminatoria, siendo indicio evidente la condición de candidato para que opere la inversión de la carga de la prueba.

5.2.4. Los representantes designados para la sustanciación del período de consultas en empresas sin representación legal.

Se trata de una de las novedades introducidas por la Ley 35/2010, de 17 de Septiembre, en los despidos colectivos, expedientes de suspensión de contratos o reducción de jornada y movilidad geográfica de carácter colectivo, respecto de empresas que carecen de representación. La novedad aportada por la Ley 35/2010, de que los trabajadores puedan optar por una comisión designada por los propios trabajadores, o por encomendar su designación a los sindicatos con representación en la empresa, plantea la enorme incongruencia del estatuto de dichos representantes ad hoc de los trabajadores, que asumen facultades de participación y consulta equivalentes a los representantes unitarios o sindicales, pero no hay ninguna regulación de su estatuto jurídico ni de las garantías que puedan contar.

Dado que su intervención se inicia y agota en el expediente en el que van a intervenir, las garantías instrumentales o materiales pueden ser accesorias, salvo la necesidad de disponer de permisos necesarios, no sólo para asistir a las reuniones, sino para trasladar la información a los propios trabajadores. Parece evidente que será la empresa la que tenga que soportar ese coste, pues la medida que pretende implantar no puede generar efectos adicionales como el descuento del tiempo invertido en las negociaciones, o en la gestión con los propios trabajadores afectados, dentro de criterios de razonabilidad.

Más conflictivo puede ser la aplicación a tales “representantes” de las garantías defensivas, como la prioridad de permanencia, que no tiene respaldo normativo expreso, pero concurre una identidad de razón sustancial en tanto que trata de asegurar la independencia del representante, y con ello la eficacia de su actuación, al verse al margen de represalias a la hora de seleccionar los trabajadores afectados por las medidas. Otras garantías defensivas, como expediente contradictorio en caso de medidas disciplinarias, desconectadas de la extinción, modificación o suspensión en la que ha intervenido, tampoco tienen cobertura expresa. Pero en todo los casos si que operará, en todo caso, la tutela antidiscriminatoria, al configurarse como elemento indicarlo que obliga a justificar la decisión empresarial la condición de representante de los trabajadores, siquiera sea una función representativa tan perentoria y puntual.

II. GARANTÍAS DEFENSIVAS.

1. Tratamiento Normativo.

No existe ningún tratamiento normativo sistemático de las garantías defensivas que tienen los representantes sindicales. En relación con los delegados sindicales, el art. 10.3 LOLS establece la aplicación de las mismas garantías que a los representantes unitarios

El conjunto de la garantías resultaría del análisis de las siguientes normas, que nos ofrecen el panorama de las medidas diseñadas al efecto:

En primer lugar, el Art. 68 ET, referido a las garantías de los representantes unitarios, que está directamente conectado con alguna garantías prototípicas, pero con dos observaciones: que como veremos no agota ni mucho menos la regulación, además de incorporar, con dudosa corrección, entre el catálogo de garantías lo que no es propiamente una garantía defensiva, sino un medio de acción, como el crédito horario.

Se incluyen la siguientes:

1. Expediente contradictorio en caso de sanciones por faltas graves o muy graves.

Esto comprende el despido disciplinario, pero aquí existe, además, una regulación más específica, integrada por estos preceptos:

- El art. 55.1 ET, que regula igualmente la apertura del expediente contradictorio, pero también la audiencia a la sección sindical en el caso de despido de trabajadores afiliados.
- El art. 56.4 ET, que establece la opción por la readmisión en caso de despido improcedente. Algunos de cuyos aspectos se desarrollan en la LPL, tanto en la forma de llevar a cabo esa opción –arts. 110 y 112- como en la ejecución de la sentencia en sus propios términos –arts. 280, 282 y 300-.

2. Prioridad de permanencia en supuestos de suspensión o extinción por causas de funcionamiento de la empresa. Pero existe igualmente una regulación más detallada en relación con el despido colectivo (art. 51.7 ET), el despido objetivo por las causas del art. 52.c) (art. 52.c), la movilidad geográfica (art. 40.5 ET). No se regula en relación con la suspensión o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, por lo que es aplicable el tratamiento del art. 68.b) ET.

La principal garantía defensiva que se confiere a los representantes sindicales es la imposición de un expediente contradictorio previo a la adopción de la decisión empresarial que pueda implicar el despido o la sanción. Sin embargo, llama la atención que tal medida no sólo no es la

3. Indemnidad por el ejercicio de sus funciones, y durante el año siguiente.

No se incluyen otras medidas de garantía defensiva, como es la tutela reforzada antidiscriminatoria, que se somete al régimen general de cualquier trabajador, y que exige combinar preceptos del ET y de la LPL.

Además se incluyen dos medidas que no son propiamente garantías defensivas, sino medios de acción, como son:

1. Libertad de opinión. No vamos a analizar pues se aleja mucho de las garantías de los representantes sindicales, y su protección, en esencia, se vincula a los mecanismos de tutela de derechos fundamentales.

2. El crédito horario. Si vamos a efectuar determinadas precisiones al integrarse, al menos en la dicción del art. 68, como una garantía.

En relación con las garantías defensivas, lo que llama la atención es la falta de regulación sistemática de esta materia, a diferencia de los estándares internacionales en materia de tutela de representantes de los trabajadores, lo que igualmente pone en evidencia el espacio de medidas que se han incorporado, pero también las que no tiene reconocimiento expreso.

Veamos el catálogo de medidas que incluye la Recomendación 143 de la OIT (art. 6) :

a) *definición detallada y precisa de los motivos que pueden justificar la terminación de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores.* Esto se encuentra implícitamente incorporado en la necesidad de un expediente contradictorio, aunque la regulación no precisa ese detalle de la forma de concretar los motivos del despido. Es más, los defectos de forma tienen alcance para generar la improcedencia, por lo que el despido puede tener efectos. La tutela

más práctica se otorga por la vía del derecho del representante a la opción por la readmisión, lo que está muy alejado de lo que establece la Recomendación.

b) exigencia de consulta, dictamen o acuerdo de un organismo independiente, público o privado, o de un organismo paritario antes de que el despido de un trabajador sea definitivo; Esto se limita a la intervención del propio órgano unitario o de la sección sindical, pero no entidades independientes o públicas, o paritarias. Decididamente esta medida no está incorporada en nuestra legislación.

c) procedimiento especial de recurso accesible a los representantes de los trabajadores que consideren que se ha puesto fin injustamente a su relación de trabajo, o que sus condiciones de empleo han sido modificadas desfavorablemente, o que han sido objeto de trato injusto; Aquí la tutela judicial efectiva si ofrece recurso frente a la decisión empresarial, pero no a través de un procedimiento que se module, más allá de la opción por la readmisión, la tutela del representante, lo que es cuestionable que tenga la suficiente especialidad a la que se refiere la Recomendación.

d) por lo que se refiere a la terminación injustificada de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores, el establecimiento de una reparación eficaz que comprenda, a menos que ello sea contrario a los principios fundamentales de derecho del país interesado, la reintegración de dichos representantes en su puesto, con el pago de los salarios no cobrados y el mantenimiento de sus derechos adquiridos; Esta garantía se instrumenta a través de la opción por la readmisión a favor del representante.

e) imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado; Esta garantía no puede limitarse al deber general de justificación del poder de dirección del empresario según las distintas manifestaciones. En realidad es una plasmación de la doctrina de la inversión de la carga de la prueba ante el indicio de tratamiento discriminatorio por la condición de representante, lo que tampoco está recogido en nuestra legislación.

f) reconocer la prioridad que ha de darse a los representantes de los trabajadores respecto de su continuación en el empleo en caso de reducción del personal. Es la prioridad de permanencia, que en nuestro Derecho se extiende a otras medidas suspensivas o de movilidad geográfica. Pero no se garantiza en todos los casos de reducción de personal, como por ejemplo en la finalización de contratos temporales pues no es descartable la existencia de varios trabajadores en situación homogénea. Tampoco en el caso del despido objetivo por pérdida de subvenciones del art. 52.e) ET. Y además, las modulaciones que se introducen la limitarlo al centro, o la categoría profesional como hace la doctrina judicial tampoco aparecen en la regulación de la recomendación.

Vemos por tanto la pobreza de nuestro sistema de garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa, que es difícilmente compatible con los estándares internacionales de la OIT.

2. Extensión Temporal de las garantías.

Las facultades de acción y competencias de los representantes se vinculan al mandato o condición de representante.

Pero las garantías defensivas disponen de una aplicación temporal más flexible, en tanto que la pérdida de la condición representativa no puede ser la pérdida del marco protector, ya que esa expectativa mediatizaría su ejercicio.

La Ley ha contemplado una ampliación flexible de las garantías defensivas, como regla general, a un año tras la finalización de su mandato. Esto no se contempla para todas y ha sido la doctrina judicial la que ha reconocido su extensión. Fuera de ese intervalo temporal operan las garantías generales relacionadas con la libertad sindical y la interdicción de represalias, donde el haber desempeñado la función representativa puede ser un indicio, que puede influir en hacer presumir una actuación discriminatoria.

Aun cuando es el apartado c) del art. 68 ET el que extiende la garantía de indemnidad durante el año siguiente a la expiración de su mandato en relación con los despidos y sanciones a los representantes de los trabajadores, salvo que se produzca por revocación o dimisión.

No opera la extensión temporal de la garantía cuando ha cesado en el mandato por renuncia o

revocación. No obstante, respecto de los Delegados Sindicales, la doctrina del Tribunal Constitucional ha considerado que la revocación es la vía ordinaria para cesar en el mismo, al no estar sometido a plazo temporal concreto (STC 229/2002). Frente a la doctrina que ha venido manteniendo el TS, con esta Sentencia del Tribunal Constitucional se reconoce a los delegados sindicales que son objeto de destitución por la Sección Sindical, en particular cuando su función representativa no está sujeta a plazo predeterminado y se supedita a la decisión que en cada momento adopte la Sección Sindical, la garantía de indemnidad relativa y el derecho de opción en caso de despido improcedente, tras el año siguiente a su destitución en el cargo por la Sección Sindical, sin que sea posible equiparar dicha destitución con la revocación de los representantes unitarios por la asamblea de trabajadores

Ello impide aplicar el criterio establecido para la representación unitaria que priva de las garantías a partir del momento de la revocación –art. 68.c) ET-, y posibilita igualmente su aplicación durante el año posterior al cese.

Cabe plantear si el mismo plazo temporal se aplica al expediente contradictorio en caso de despido o sanciones. En relación con el personal laboral, lo cierto que tanto la doctrina más cualificada (Sala Franco, Tudela Cambroner, Alonso Olea, Carmen Sáez Lara, Fº Javier Sánchez Pego, Albiol Montesinos, Dulce Soriano Cortes...) como también el Tribunal Supremo –así, la STS de 18-2-97 Rec. 1868/96-, han venido a admitir la extensión de la garantía establecida en el apartado a) del mismo precepto –relativa a la apertura de expediente contradictorio durante el año siguiente a la extinción del mandatoº.

Lo mismo sucede en el EBEP para los integrantes de las Juntas de Personal o Delegados de Personal –art. 41.1.c)-, que regula la audiencia en los expedientes disciplinarios durante el tiempo de su mandato y durante el año inmediatamente posterior.

La extensión temporal de la garantía no se aplica a la prioridad de permanencia durante el año posterior a la finalización del mandato, al exigirse la condición de representantes en el momento de hacerse efectiva¹⁰.

3. Tipología.

3.1. Expediente Contradictorio.

3.1.1.Regulación.

En relación con los miembros del Comité de Empresa y Delegados de Personal, el art.. 68.a) establece la garantía de expediente contradictorio previo a la imposición de sanciones por faltas graves o muy graves.

a) Apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal.

El art. Art. 55.1 ET hace aplicación de esta misma previsión en relación con el despido disciplinario. Dice el precepto que “*Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese*”.

Y por su parte, la LOLS extiende la garantía a los Delegados Sindicales –art. 10.3- de todas las garantías de los representantes unitarios, y por tanto igualmente ésta.

Respecto del al ámbito temporal de las garantías, la vigencia de las mismas se extienden mientras dure su mandato, salvo la protección establecida en materia de despido u sanción, que se amplía un año más a partir de la finalización del mismo, excepto cuando el cese en el cargo representativo se produce por dimisión o revocación del representante.

3.1.2. Naturaleza.

El expediente contradictorio opera en relación con la adopción de decisiones disciplinarias, a fin de ofrecer un espacio de tutela reforzado que justifica en una triple dimensión:

- Puede suponer la adopción de medidas disciplinarias que perjudiquen al representante, y limite o dificulte su decisión asumir la función representativa.
- Puede afectar a la vigencia del mandato representativo, como sucede en la extinción.

- Puede afectar a la independencia de la actuación representativa, a fin de preservar que responda al interés colectivo de los trabajadores, y no se supedita al interés empresarial.

La finalidad del expediente no es simplemente escuchar al trabajador antes de que pueda formalizar la demanda, sino que antes de que la empresa se hubiera formado su decisión de despedir, pueda conocer las alegaciones del trabajador y las pruebas que presente en su descargo, de modo que es consustancial a su naturaleza que sea previo al despido.

La garantía del expediente existe con independencia de que los hechos que se le imputen no tengan relación alguna con su actividad representativa¹¹.

3.1.3. Contenido de la garantía.

En cuanto a su contenido, supone una garantía que implica al menos tres elementos:

- La plena participación del interesado, bajo el criterio de la contradicción en todas las actuaciones.
- La tramitación escrita.
- La audiencia de la representación sindical a la que pertenece y en su caso del órgano unitario. En despidos, también los demás integrantes del órgano unitario.

Aun cuando el Tribunal Supremo se ha mostrado flexible a la hora de considerar que su correcta tramitación no supone necesariamente el desarrollo de una fase de alegación y proposición de pruebas, sí que se muestra riguroso a la hora de configurar el derecho de audiencia del trabajador expedientado y del resto de representantes como presupuestos esenciales de la validez del trámite.

Según la doctrina del TS¹² el expediente disciplinario consiste esencialmente en la realización de una serie de trámites en los que se ha de dar noticia al expedientado de los hechos que se le imputan y también se le ha de dar la oportunidad de contestar a tales imputaciones; y aunque en estos expedientes se pueden practicar pruebas, y con frecuencia se lleva a cabo en ellos una actividad probatoria, esto no es requisito esencial para su validez y efectividad, y menos aún que en cada uno de tales expedientes se abra formalmente un período para la práctica de la prueba.

Hay que diferenciar la intervención del interesado, y la intervención de los representantes, ya que no se rige por los mismos principios.

En primer lugar, se garantiza la intervención del interesado, que implica una intervención plena, basada en el principio de contradicción. Tiene su justificación en preservar el principio de defensa. Ello posibilita no sólo la formulación de alegaciones y el acceso a todas las actuaciones, sino la posibilidad de formular una defensa activa, incluyendo la propuesta de pruebas o la aportación de medios probatorios.

La intervención de los representantes plantea determinados problemas.

En primer lugar, no se basa su intervención a reforzar la defensa del representante. Cabe la posibilidad de una mayoría antagónica. También asume los intereses colectivos y por tanto no agota su intervención a la defensa del interesado.

Aunque parecería que el art. 55.1 ET, en relación con el despido disciplinario, reitera la misma previsión que el art. 68.a) para las sanciones por faltas graves o muy graves, sí que diferencia los sujetos que intervienen.

- En caso de sanciones, se contempla la intervención del Comité de Empresa como órgano colegiado o restantes delegados (mancomunado). También debe implicar la alusión a la Sección Sindical por la homogeneidad de los órganos que intervienen.

- Pero en caso de despido, el Art. 55.1 ET alude a los restantes miembros de la representación (unitaria o sindical) a que perteneciere. Ello permite una participación individualizada de los demás miembros del comité de empresa, y por tanto, en ese caso no está sometida a una actuación colegial. Ello puede tener su justificación en la medida que el despido tiene un alcance cualificado, hasta el punto de que afecta a la vigencia del mandato representativo y de la relación laboral, por lo que es congruente que la participación del Comité no se someta al principio de la mayoría, sino que todas las opciones sindicales representadas en el mismo han de tener esa oportunidad de intervenir.

Otro problema puede plantearse en caso de despido o sanción al delegado Sindical único. La alusión a los demás integrantes de la representación no puede quedar vacío el trámite. A diferen-

cia del Delegado de Personal Unico, donde la intervención de otros representantes parece inviable, en caso de delegado sindical único i que es posible la intervención de la Sección Sindical con la designación de una representación ad hoc.

Dado que estamos ante la audiencia que está cualificada por el fin, como es dotar de un espacio de defensa, impone la efectividad de la misma y no un mero recabar criterio ante la postura inicial de la empresa. Ello implica al menos la siguientes circunstancias que habrán de concurrir en la emisión de la audiencia:

- Constancia escrita de los hechos que se imputan.
- Documentación facilitada que habrá de ser la que la empresa haya tomado en consideración para fundar la posible sanción.
- Tiempo adecuado, a fin de que, según las circunstancias del caso se puedan conocer las actuaciones y elaborar la posición de los demás representantes.

La omisión del expediente contradictorio determina la nulidad de la sanción, o la improcedencia del despido.

No obstante, es posible la subsanación por parte de la empresa de la falta de expediente contradictorio. Existen dos vías para ello.

- En el plazo de veinte días desde el primer despido –art. 55.2 ET-. Se establece que será un nuevo despido, que sólo producirá efectos desde su fecha, y exige poner a disposición los salarios dejados de abonar así como mantener el alta en Seguridad Social.

- En el plazo de siete días desde que se dicte sentencia, una vez que el despido sea declarado improcedente, en caso de que se opte por la readmisión, la empresa puede proceder a un nuevo despido en el que se cumpla el requisito formal omitido. Podrá realizarse como señala el art. 110.4 LPL << un nuevo despido dentro del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia. Dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha>>.

El plazo para el nuevo despido no determina que se tenga que sustanciar el expediente dentro de tales plazos, pues la duración del expediente no se computa a tales efectos¹³. Es por ello que se acepta que se inicie el expediente en el expresado plazo y se adopte la decisión sin dilación¹⁴.

Así nos encontramos con un nuevo despido y no una subsanación del anterior, por lo que el empresario habrá de cumplir con todas las formalidades del art. 55.1 ET, y por ello habrá de abrir un nuevo expediente contradictorio previo al nuevo despido. En este sentido, la doctrina judicial ha declarado que no pueden considerarse por realizados los anteriores trámites que se hubieran realizado en el primer despido, dado que es preciso reconocer al trabajador o a los demás representantes la posibilidad de ampliar, modificar o reforzar sus posiciones de defensa¹⁵.

3.2. Garantías de los afiliados: derecho de audiencia de la sección sindical.

3.2.1. Regulación: Supuestos en los que opera la garantía de los afiliados.

Existe un doble ámbito de regulación de la garantía de los afiliados ante la adopción de medidas disciplinarias por el empresario. Por una parte, en el ET respecto de la regulación del despido disciplinario, y por otra parte, en la LOLS como atribuciones de los delegados sindicales para intervenir en la adopción de despidos y sanciones a los afiliados.

Según el Art. 55.1 ET: *Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constatare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato.*

Esta referido en exclusiva al despido disciplinario. Pero el Art. 10.3.3º LOLS reconoce el derecho de los delegados sindicales de la LOLS a ser oídos previamente a todos los despidos (todas las modalidades) y sanciones de los afiliados. Por tanto, aunque el art. 55.1 ET sólo lo especifica para el despido disciplinario, también se debe considerar aplicable al despido objetivo. El despido objetivo injustificado responde al poder de dirección empresarial. Irrelevancia de la invocación de una causa u otra para que opere la defensa sindical.

No se acepta por el TS la aplicación de la garantía al cese de contratos temporales fraudulentos¹⁶ sobre la consideración de que el término despido que se establece en el art. 10.3.3º LOLS se refiere exclusivamente a la extinción del contrato por causas disciplinarias y no otros supuestos como el enjuiciado de comunicación de finalización de contratos temporales.

La extensión que hace el art. 10.3 LOLS comprende también a todas las sanciones, y no sólo a las graves o muy graves. Además, se extiende a todas las medidas colectivas de los trabajadores, incluyendo los no afiliados (extinciones, suspensiones, modificaciones, traslados o desplazamientos).

La doctrina jurisprudencial hace una interpretación restrictiva del requisito de la audiencia previa de la sección sindical en los casos de despidos de trabajadores afiliados al Sindicato –Cuarto párrafo del art. 55.1 ET-, en cuanto limita el ámbito de esta garantía a los supuestos en los que se ha procedido a la designación de un delegado sindical con los requisitos del art. 10.1 LOLS en el ámbito donde se produce la prestación de servicios del trabajador despedido.

Ciertamente, la regulación del art. 10 LOLS está centrada en un derecho del delegado sindical que se regula en la norma, por lo que está justificada esa conclusión. Pero en el caso del art. 55.1 ET, que como hemos visto reduce su ámbito de aplicación al despido disciplinario, no se impone ninguna exigencia en cuanto al número de miembros de la plantilla, ni a la designación del Delegado Sindical como institución exclusivamente regulada en la LOLS. Cabe sostener una interpretación por la que el delegado sindical es simplemente el representante de la organización sindical en el centro de trabajo o en la empresa. Otra conclusión introduce una diferencia de tratamiento, no entre los delegados, sino entre los derechos de los trabajadores afiliados, según el volumen de efectivos en la empresa que carece de justificación.

No estamos ante una carga económica (como el crédito horario) que pueda justificar reducir su ámbito a los casos de empresas de mayor dimensión y posibilidades.

Además, es decisivo comprender que estamos ante una medida básica del estatuto del afiliado en la empresa, la cual conoce el hecho de la afiliación, y es absolutamente desproporcionado que sólo puedan contar con esa garantía los afiliados a los sindicatos que cuenten con representación en el órgano unitario, como requisito necesario para la designación del Delegado Sindical con arreglo a la LOLS según su art. 10.1, quedando privado de tal garantía los afiliados a sindicatos sin representación en la empresa, al margen de su implantación. Es una diferencia de tratamiento que, además de no tener base normativa, carece de justificación objetiva y razonable, y perjudica a determinadas opciones sindicales en la medida que sus afiliados no disponen de una garantía frente al despido a diferencia de otras organizaciones sindicales.

El art. 55.1 ET supedita la operatividad del requisito de la audiencia previa de los delegados sindicales de la sección sindical a los supuestos en los que la empleadora tuviera constancia de la afiliación del trabajador, lo que suele ser una vía de escape empresarial para justificar el incumplimiento del requisito a que venimos haciendo referencia. Conforme a la doctrina establecida en las STSJ de Andalucía /Sevilla de 9-12-94 Rec. 1789/94 y del TSJ de Andalucía /Málaga de 5-2-92 Rec. 1056/91, si la empresa descuenta de la nómina del trabajador la cuota sindical se presume que conoce su afiliación.

Coordinación con las otras garantías en el mismo sujeto: Afiliado y representante:

- Representante Sindical: Se superpone
- Rep. Unitario: Concorre con la anterior garantía que posibilita la intervención específica de su organización sindical, además de los integrantes unitarios.
- Afiliado. Siempre presupone el conocimiento por la empresa: Delegados, Candidatos y Precandidatos.

3.1.2. Naturaleza y finalidad de la garantía.

Se trata de una garantía que tiene una doble dimensión:

- Como derecho de los afiliados a un trámite específico en el que se pueda reforzar su defensa ante el despido o la decisión empresarial que pueda perjudicarle.
- Como un derecho de los representantes sindicales a intervenir en un espacio del poder de dirección del empresario como es el poder disciplinario o en general, es decisiones reorganizativas que afectan a su base afiliativa.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 30/92 establece que estamos ante un elemento que se inculca dentro del contenido adicional del derecho fundamental de libertad sindical, cuya titularidad corresponde a los delegados sindicales, pero cuya finalidad es la protección y defensa de los trabajadores afiliados a modo de mecanismo control de que el despido no tenga su causa en la militancia sindical del trabajador. También se ha de significar en este punto la doctrina

establecida en la Sentencia del TS de 14-7-90 (Arz. 6434), conforme a la cual *“la exigencia procedimental de referencia entraña una específica protección de la función representativa colectiva en el ámbito de la empresa, por lo que no es dable minimizarla, reduciéndola a una mera formalidad, carente de todo contenido y trascendencia”*.

Ha resaltado el TS, Sentencia de 4-06-2005 (Arz. 6017) que al finalidad del trámite es *“razonablemente articular una efectiva defensa preventiva de los intereses del trabajador afiliado que pudiera dar lugar a un cambio de la decisión proyectada por el empresario o a adoptar medidas que pudieran influir de manera preventiva en la decisión disciplinaria proyectada y a suministrar información al empresario sobre determinados aspectos o particularidades de la conducta y de la situación del trabajador afectado, y, por el contrario, evidencia que lo que se ha efectuado por la empresa ha sido simplemente “la notificación de un acuerdo empresarial meramente pendiente de ejecución” lo que vulnera la finalidad de las normas invocadas como infringidas que exigen que los delegados sindicales dispongan de un plazo razonable para poder efectuar su función de garantía y defensa preventiva de los trabajadores sindicados y poder comunicar su postura ante el despido proyectado a la empleadora.*

Sin embargo, implica sólo audiencia previa al delegado sindical, pero no se garantiza la intervención del afectado, que tendrá que pasar por la actuación que a tal efecto desarrolle el delegado sindical.

3.2.3. Los afiliados: El problema del conocimiento de la afiliación.

Estamos ante un supuesto de tutela reforzada que ofrece el sindicato a sus afiliados. La protección de los afiliados es, igualmente, el único marco de tutela reforzada para los delegados sindicales de la sección sindical designados libremente por los sindicatos con implantación en la empresa, cuando no concurren los requisitos exigidos para que puedan llevar a cabo el nombramiento al amparo del art. 10 LOLS y que como veremos, deben contar con dicha garantía en contra de la doctrina judicial. Ya se trate por no alcanzar el centro el mínimo de plantilla necesario de 250 trabajadores, o por tratarse de organizaciones sindicales sin presencia alguna en los representantes unitarios.

Ello no sucede respecto de los delegados sindicales designado al amparo de acuerdos alcanzados a través de la negociación colectiva, que implican una mejora respecto de la escala de delegados sindicales prevista en el art. 10.2 LOLS, que son delegados sindicales en sentido estricto, y cuentan con todas las garantías y medios de acción propios de esa condición representativa.

Se exige que la empresa conozca la afiliación, por lo que no es suficiente la adhesión del trabajador al sindicato, sino que además ese dato sea conocido por el empresario. La práctica habitual viene resolviendo la cuestión descartando el trámite cuando el trabajador, o el sindicato no ha notificado previamente la afiliación, en cuyo caso la empresa queda liberada de cumplimentar esta garantía.

Esto plantea importantes problemas, pues, en primer lugar, el sindicato no puede informar de la afiliación sin el consentimiento del interesado.

Además, esa información al empresario supone un límite a la libertad ideológica del trabajador, y en particular, a la intimidad sobre ese aspecto de su personalidad, máxime cuando el entorno empresarial puede generar represalias por la militancia sindical del trabajador.

Por tanto, se trata de un criterio de aplicación desproporcionado, pues para que opere la garantía es preciso que el trabajador renuncie previamente a un derecho fundamental, como es la inexistencia de obligación de declarar sobre su ideología, religión o creencias.

Al respecto, entendemos que la labor de ponderación entre los intereses en conflicto, sólo puede resolverse mediante una modulación de la actuación de las partes cuando se quiera poner en marcha una medida disciplinaria o sancionadora y existe una sección sindical con derecho a ser oída previamente.

Entendemos que la empresa está obligada a formular una petición de información al trabajador sobre su voluntad o no de que intervenga en el procedimiento para adoptar la medida sancionadora alguna sección sindical de las que tienen derecho a ser oídas previamente a la adopción de la decisión por encontrarse afiliado a la misma. A partir de aquí el trabajador decidirá si utiliza el medio de defensa que puede ser la intervención de la sección sindical, lo que puede implicar dar cuenta de su afiliación, lo que parece insoslayable dado que la ley vincula la garantía al hecho afiliativo. Pero se elimina la pérdida absoluta de contenido por la mera circunstancia

de que el trabajador no ha dado cuenta de forma previa sobre su afiliación.

También puede suceder que la empresa conozca la afiliación por otros motivos, en cuyo caso cabe plantear si ello lo debe considerar la empresa para dar cumplimiento al trámite. No nos parece que la solución sea la misma en todos los casos.

- Si el conocimiento deriva de practicar el descuento bancario de la cuota sindical, la utilización de ese dato para un fin distinto es un acto ilegítimo, en tanto que transciende la utilización de datos personales, lo que puede plantear la duda de si la empresa tiene que comprobar previamente el descuento de la cuota para dar cuenta a la sección sindical. Ello se soluciona con la indicación de que la relación de trabajadores para la práctica del descuento se refiere, además, a los efectos del ejercicio del derecho de audiencia de la sección sindical, mención que lejos de un mero formulismo, obliga a la empresa a dar efectividad al derecho de la propia sección sindical.
- Si el conocimiento de la afiliación se deduce por ser representante unitario integrante de una lista sindical, no es un trámite superfluo pues posibilita la intervención de su organización sindical, y no sólo de los demás integrantes del órgano representativo. Aquí si que es evidente que la integración del trabajador en una lista denota al menos una presunción de su afiliación, por lo que la empresa sólo podría eludir la audiencia recabando del representen si confirma o no dicha afiliación.

3.2.4. Contenido de la garantía: Audiencia de la Sección sindical.

Se observa la diferencia sustancial que existe en la intervención del Comité de Empresa o Delegados de Personal respecto de las infracciones por faltas muy graves, que el art. 64.4.c) ET sólo garantiza su derecho a ser informado, con la periodicidad que proceda, lo que igualmente comprende a los Delegados Sindicales. Pero ello no posibilita intervenir en la decisión empresarial, hasta el punto de que se la información a los representantes puede ser posterior a la sanción.

Por el contrario, en caso de los afiliados, se ofrece una tutela preventiva, que posibilita la participación de los delegados sindicales con carácter previo a la adopción de la decisión empresarial de despido, y que la LOLS extiende igualmente a todas las sanciones.

Derecho de ser oídos, y no propiamente expediente contradictorio. Pero presupone el acceso a la documentación y tiempo hábil.

Se ha indicado por la doctrina jurisprudencial que la audiencia a los delegados sindicales ha de materializarse con un plazo suficiente para que aquéllos puedan pronunciarse sobre la sanción impuesta. En concreto, no se ha considerado cubierto el requisito cuando no habían transcurrido ni veinticuatro horas entre la comunicación al delegado sindical y la remisión de la carta de despido disciplinario al trabajador, lo que entiende como insuficiente para garantizar la finalidad del precepto de permitir que la decisión empresarial se lleve a cabo, en su caso, habiendo tomando en consideración la valoración emitida por el Delegado Sindical¹⁷. Parece que las 24 horas es un período mínimo, pero deberá ponderarse según las circunstancias del caso¹⁸. El trámite no se satisface con la mera notificación a la sección sindical de la apertura del expediente disciplinario, ya que el objeto de la comunicación ha de comprender tanto los hechos que se imputan como la sanción que trata de imponerse¹⁹ -

El incumplimiento de la garantía determina, en principio, la improcedencia del despido en tanto que estamos ante un mero defecto de forma. La norma reguladora impone esa conclusión, dado que según el art. 55.4 ET que *“El despido... será improcedente... cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1 de este artículo”*, donde se regula el trámite de audiencia en cuestión.

Sin embargo, se habrá de valorar la conexión que pueda tener la omisión del trámite con dos derechos de relevancia de derecho fundamental. En primer lugar, al enlazar con el contenido adicional del derecho fundamental de libertad sindical ex art. 10.3.3º LOLS –que expresamente contempla entre los derechos de los delegados sindicales. Se podrá decir que no se viola el derecho fundamental del trabajador por lo que el despido no es nulo, pero si el derecho fundamental del delegado sindical a ser oído previamente a la decisión empresarial. Y la reposición efectiva de ese derecho debería implicar la nulidad de la decisión empresarial. La conexión entre la violación de este derecho y el cese tendría que resolverse en un mismo procedimiento, por lo que con tal de que el delegado sindical ejerciera su derecho personándose en el procedimiento de despido, siquiera por la reposición del derecho fundamental del representante sindical debería acordarse la nulidad de la decisión empresarial.

Igualmente, la infracción del requisito en cuestión implica una reducción directa y objetiva de las posibilidades de defensa del trabajador, e incluso de las posibilidades de acción de la representación sindical en el ámbito de la empresa, lo que implica la correlativa infracción del derecho fundamental del trabajador a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

En última instancia, la nulidad puede venir por la decisión de despedir al afiliado cuya vinculación con el sindicato es conocida por la empresa, en el marco de la tutela antidiscriminatoria. No parece que la afiliación sea indicio suficiente para invertir la carga de la prueba, como si lo es la condición de representante, por lo que habrá que acudir a otros elementos para que opere la necesidad de justificar el cese al margen de todo propósito discriminatorio²⁰.

3.3. Prioridad de permanencia.

3.3.1. Regulación y supuestos.

El art. 68.b) fija el marco general del derecho de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, que se aplica igualmente a los Delegados Sindicales de la LOLS. Dice el precepto que tales representantes tendrán derecho:

b) Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas.

En su texto vigente, la regulación contenida en el art. 68 ET sólo comprende la efectividad del derecho de prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas, dejando al margen los casos en que la suspensión o extinción de los contratos se produce por causas organizativas o de producción tras la Ley 11/94. Pero habrá de mantenerse que el derecho de prioridad de permanencia en la empresa opera en todos los supuestos de extinciones de contratos por las causas objetivas del art. 52.c) ET como en los despidos colectivos del art. 51 ET, cualquiera que fuera la causa que se invocara en cada caso para justificar las extinciones de contratos, al existir normas específicas que instauran la prioridad de permanencia con carácter general en los arts. 52.c) y 51.7 ET, sin limitar la efectividad del derecho en cuestión a los casos de extinciones por causas económicas o tecnológicas.

Así, el art. 51.7 reitera esta misma previsión para el despido colectivo: “*Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo*”. También se reitera en el despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en el art. 52.c) del ET, según el cual “*Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado*”, lo que está excluyendo ese derecho en las demás causas objetivas de extinción, como la ineptitud, la inadaptación.

Más criticable es que no opere en el ámbito de la causa objetiva regulada en la letra e), relacionada con la pérdida de subvenciones en la gestión de programas por entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, pues en realidad es la concreción de una causa económica, y la redacción de la ley 35/2010, que ya no reconoce el derecho a la extinción por causas objetivas, sino sólo a las previstas en el apartado c), excluye esta garantía esencial del representante. En tales casos operará la garantía antidiscriminatoria, en la medida que la invocación de la condición de representantes sea indicio de discriminación, si existen otros trabajadores en la misma circunstancia que no vean extinguidos sus contratos de trabajo.

No se reitera la garantía en el art. 47 al regular la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, pero la regulación del art. 68.b) permite incluir igualmente los supuestos suspensivos, con la actualización de las causas que no se agotan a las económicas o técnicas²¹. Ha de tenerse en cuenta que el art. 47.1 se remite al procedimiento establecido en el art. 51 ET y en sus normas de desarrollo, y en estas condiciones, no parece factible excluir la efectividad del derecho de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores teniendo en cuenta que se trata de una garantía expresamente contemplada en el art. 51.7 ET, tal y como quedó dicho. Por lo demás, si la finalidad del derecho de prioridad de permanencia de los representantes no se articula tanto como una garantía individual de los propios representantes, sino también, y sobre todo, como colectiva, en cuanto orientada a preservar la independencia y las condiciones de ejercicio de sus funciones de representación, precisamente en un contexto de crisis económica o de reestructuración empresarial que ya se ha presentado por la empresa como motivo eficiente para acometer una reestructuración de personal, carece de fundamento que su efectividad se en-

cuentre limitada a los casos en que se invoque la concurrencia de causas económicas o tecnológicas, y no cuando las invocadas sean organizativas o de producción.

El art. 40. 5 si incluye la garantía en relación con las medidas de movilidad geográfica, tanto en caso de traslado como desplazamiento, diciendo que: “5. *Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en los puestos de trabajo a que se refiere este artículo*”.

La movilidad a que alude el art. 40 implica cambio de residencia, pero hay que resaltar que existe otro género de movilidad que no implica cambio de residencia, pero que si afectan al mandato representativo, vinculado a un concreto centro de trabajo. La doctrina judicial niega que en tales casos opere la garantía²². Atendiendo a la finalidad de la garantía en cuestión, consideramos que su aplicación resultaría extensible, siquiera sea por la vía de la analogía, a la totalidad de los supuestos de movilidad o cambio de centro del representante que pudiera implicar la extinción del mandato representativo, por más que tal movilidad no supusiera el cambio de residencia temporal o definitiva del representante afectado y, por ello mismo, la decisión de movilidad geográfica no se sujetara al régimen del art. 40 ET

Ocurre lo mismo en relación con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo que regula el art. 41 ET, lo que si plantea la cuestión de que la garantía de prioridad de permanencia no es operativa en las medidas de flexibilidad interna de la empresa más allá del caso de la movilidad geográfica. Ciertamente, dado que las mismas no afectan a la vigencia del mandato representativo, podría considerarse que la garantía no es precisa. Pero la norma no trata simplemente de preservar el mandato, trata de preservar la independencia de la función representativa libre de ingerencias empresariales, por lo que no habría de excluir el derecho a la prioridad de permanencia. Sin embargo, la Recomendación de la OIT sólo limita la prioridad a los casos de reducción de personal, por lo que si se mantiene la relación laboral y continúan desempeñando su mandato en el centro en el que ha sido designado, no se violaría dicha recomendación.

En estos casos, la protección se tendrá que articular por la vía de la tutela antidiscriminatoria, operando la condición de representante como indicio que imponga a la empresa la necesidad de justificar la selección del representante frente a los demás trabajadores²³. Así lo dice la propia Recomendación 143, según la cual, cabe imponer al empleador, “*cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado*” (art. 6.e)

En este contexto, la aplicación de la garantía antidiscriminatoria obliga a exigir una justificación de la selección del representante, que puede coincidir en buena medida en los efectos prácticos de la prioridad de permanencia, dado que tampoco es un derecho absoluto como vamos a ver²⁴.

3.3.2. Naturaleza de la garantía.

La prioridad de permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores en los casos de despido objetivo tiene una significación instrumental, como garantía de sus funciones representativas y manifestación del derecho fundamental de libertad sindical.

La vulneración de esta preferencia implica la del derecho fundamental de libertad sindical. La doctrina constitucional ha incluido la garantía de permanencia de los representantes en el contenido adicional del derecho fundamental de libertad sindical, STC 191/96, de 26 de noviembre, TC 38/81 de 23 de noviembre, 78/82 de 20 de diciembre, 83/82 de 22 de diciembre, 74/98 de 31 de marzo, 191/98 de 29 de septiembre, 229/02 de 9 de diciembre y la 198/04.

Pero interesa ir más allá de esa formulación general. La finalidad del derecho de prioridad de permanencia de los representantes tiene una doble dimensión que no siempre se pone en evidencia, lo que genera no pocas dificultades para comprender su efectividad.

- Por una parte, en efecto, es una **garantía individual** de los propios representantes, que opera como una medida preventiva de eventuales comportamientos discriminatorios en la selección de los trabajadores para la adopción de medidas extintivas, suspensivas o modificativas, que pueden encubrir un propósito, o un efecto peyorativo para tales trabajadores. La eventual igualdad de varios trabajadores para realizar la selección no se deja a la libre discrecionalidad del empresario, sino que la garantía legal impide que el representante sea un término de la elección.

La garantía de prioridad de permanencia no sería más que una manifestación legalmente objetivada de la más amplia garantía de indemnidad de los representantes frente al despido cuya infracción habría de determinar la nulidad del despido, en coherencia con la especial vulnerabilidad que tienen los representantes de los trabajadores frente a estas extinciones por causas objetivas. Es un límite al cierto margen de discrecionalidad de que dispone la empleadora a la hora de seleccionar a los trabajadores a los que extingue los contratos por estas causas. Como dice la STS de 9-10-1989 (Arz. 7138): *“La finalidad de esta garantía es la de proteger al representante frente a determinadas elecciones empresariales que pudieran perjudicarlo, evitando al mismo tiempo que la representación sufra restricciones que, aunque justificadas en general, puedan resultar evitables en su aplicación inicial y concreta al titular de la representación.”*

Esta perspectiva es prácticamente la única que viene poniendo en evidencia la doctrina judicial a la hora de justificar como opera en la práctica, y ha venido ha propiciar la conclusión de que si no existen otros trabajadores en la misma situación que el representante que puedan ser afectados por las medidas sino que todos están en la misma situación objetiva, la garantía no es operativa. Así, como veremos, el ámbito en el que opera la medida se corrige contra legem, pare reducir el ámbito de la empresa, no ya al centro, sino al departamento, sección, u unidad organizativa en la que presta servicios el representante.

- Pero la prioridad de permanencia, es también, y sobre todo, es una garantía colectiva, en cuanto orientada a preservar la independencia y las condiciones de ejercicio de sus funciones de representación, precisamente en un contexto de crisis económica o de reestructuración empresarial que ya se ha presentado por la empresa como motivo eficiente para acometer una reestructuración de personal, carece de fundamento que su efectividad se encuentre limitada a los casos en que se invoque la concurrencia de causas económicas o tecnológicas, y no cuando las invocadas sean organizativas o de producción.

Los supuestos de adopción de medidas colectivas, como el despido colectivo o la suspensión por causas objetivas, la movilidad geográfica de carácter colectivo, así como la modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva dan lugar a una particular intervención de los representantes a través de un período de consultas, en el que es objeto de negociación y posible acuerdo la concurrencia de las causas y las medidas a adoptar, incluyendo la propia viabilidad de la empresa. Es por ello congruente que quien va a asumir la defensa de un interés colectivo no tengan intereses que puedan mediatizar su intervención, lo que se plasma en el principio general de que queda al margen de las medidas.

Otra perspectiva de la garantía está conectada con la continuidad del mandato representativo, al a permitir la continuidad del mandato en los supuestos en que tienen lugar las extinciones de contratos por causas objetivas, que conceptualmente se corresponden con momentos de crisis económica o de reorganización empresarial que llevan implícita la adopción de medidas de reordenación de plantilla y donde más decisiva resulta la actuación de los representantes de los trabajadores como instrumento de control de la actuación empresarial y como único mecanismo de garantía de los derechos de la totalidad de los trabajadores de la empresa.

3.3.3. La efectividad de la prioridad. Su límites.

La propia configuración del derecho no lo hace absoluto, pues no se garantiza la permanencia, sino sólo la prioridad, que sólo significa preferencia frente a los demás para no estar sometido a la medida reorganizativa o extintiva, pero no inmunidad plena, por lo que la cuestión es decidir cual es el límite de esa garantía.

El debate sobre los límites del derecho de prioridad de permanencia en la empresa de los representantes no puede resolverse a partir de una confrontación con otros trabajadores con categorías profesionales similares, pues precisamente la prioridad significa, en primer lugar, un sacrificio para los demás trabajadores, y el mismo no es objeto de modulación por la ley, lo que es consustancial en todos los supuestos y en este punto la ley no ha establecido ninguna modulación.

Respecto del interés empresarial, lo que cabe plantear es si la prioridad de permanencia se sujeta a las razones que justifican la adopción de las medidas de extinción, suspensión o modificación, en el sentido de que el mantenimiento del representante implique menoscabar la capacidad de la empresa para conseguir los objetivos que pretenden las medidas extintivas u organizativas. Sólo puede plantearse conflicto cuando, de hacer efectiva la prioridad de permanencia, no se cumplen los objetivos que justifican la medida empresarial.

Esto implicará, un análisis de la idoneidad del representante para el desempeño de alguno de los cometidos profesionales propios de los trabajadores que no han quedado afectados por el expediente. De esta forma, si los cometidos funcionales de la categoría que ostenta el representante coinciden con el de alguno de los puestos de trabajo ocupados por los trabajadores no afectados, incluso en el caso de que pudiera implicar algún género de movilidad funcional del representante, se podrá justificar la vulneración de la garantía de prioridad de permanencia en la empresa.

a) El ámbito de la prioridad de permanencia.

Lo cierto es que la legislación no reconoce límites a esa prioridad de permanencia, pues en modo alguno se acota sobre los trabajadores de la misma categoría, o grupo, o puestos equivalentes. El art. 68 alude a la empresa o al centro, pero las demás normas sólo aluden a la empresa. Tampoco la Recomendación 143 de la OIT reduce el ámbito en el que opera la garantía a la categoría profesional o puesto equivalente del representantes. Se limita a reconocer la garantía de los representantes consistente en “*f) reconocer la prioridad que ha de darse a los representantes de los trabajadores respecto de su continuación en el empleo en caso de reducción del personal.*”

En la doctrina científica tampoco se ha sostenido un derecho absoluto a la prioridad de permanencia, exigiéndose que el representante tuviera una mínima cualificación o idoneidad para poder desempeñar los puestos a los que pudiera ser destinado para hacer efectiva la prioridad²⁵.

La doctrina judicial hubiera construido todo un sistema de límites a la prioridad de permanencia, que modulan en buena parte su efectividad.

Según la doctrina del TS, Contencioso, el derecho de preferencia opera cuando permanecen en la empresa trabajadores de la misma categoría o grupo profesional, pero también cuando los puestos que subsisten son equivalentes, o cuando la preferencia debe operar entre trabajadores que cumplen la misma función. Así, Sentencia del Tribunal Supremo (Contencioso-Administrativo) de 6 de mayo de 2003 Casación 7034/1998 (RJ 2003, 3744)²⁶.

3. Ahora bien, es importante resaltar que a la hora de delimitar los trabajadores de la misma categoría o grupo, o puestos equivalente, el TS interpreta los arts. 52.c) y 68.b) ET y mantiene que no hay ninguna regla que establezca que la garantía de preferencia deba quedar limitada al ámbito de afectación de la causa extintiva. Por tanto, habrá que analizar la totalidad de los puestos o funciones equivalentes en el conjunto de la empresa, y no sólo en el ámbito organizativo en el que opera la causa justificativa de la decisión empresarial.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 30 Noviembre 2005 Rec. 1439/2004, en relación con la prioridad de permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores en los casos de extinción del contrato de trabajo por la vía del art. 52.c) ET, considera que la garantía opera sobre la totalidad de su ámbito de representación cuando existen otros puestos de trabajo funcionalmente equivalentes a los del representante de los trabajadores.

La sentencia parte de que hay ninguna regla que establezca que la garantía de la preferencia deba quedar limitada al ámbito de afectación de la causa extintiva. Por el contrario, los preceptos legales citados señalan que la conservación del puesto de trabajo que resulta de la aplicación de la preferencia se extiende a la empresa o al centro de trabajo y éste será en principio el ámbito de afectación, aunque esta mención alternativa -empresa, centro de trabajo- juega como una referencia a la conexión entre la garantía y el ámbito de la representación del trabajador. En conclusión, si el mandato se extiende a la empresa dentro de ésta deberá operar la garantía, mientras que si se trata del centro de trabajo tendrá que limitarse a éste.

La posibilidad de que pueda resultar afectado por la causa extintiva quien objetivamente no lo estaría en principio es un consecuencia de la efectividad de la garantía, que, en cuanto preferencia, se traduce siempre en un sacrificio potencial para el resto de los trabajadores incluidos en el ámbito en que opera la garantía, con independencia de que éste pueda ser más o menos extenso.

Esta conclusión se refuerza al constatar que, si no fuera así, las posibilidades de eludir la garantía mediante el ejercicio por parte del empresario de sus facultades en orden a la movilidad supondrían un riesgo muy alto para la efectividad de aquella garantía.

En todo caso, conviene significar que algún pronunciamiento judicial - STSJ de Castilla y León /Valladolid de 15-2-94 (Arz. 484)- que con relación a los requisitos de efectividad de la garan-

tía de prioridad de permanencia vino a declarar la operatividad de tal garantía también en los casos en que supusiera una movilidad funcional descendente del representante. Es suficiente con la cualificación profesional de los representantes para el desempeño de los puestos que quedaron subsistentes tras el expediente de regulación, aunque sea inferior a la que ostentan.

Por su parte, la STSJ de Cantabria de 12-01-96 (Arz. 812) excluyó la garantía respecto de otros trabajadores que no se encuentran en las mismas condiciones objetivas, como era del trabajador eventual frente al resto de trabajadores fijos. Según la sentencia, otra interpretación significaría un desmesurado privilegio de quienes ostentan o van a ostentar funciones representativas.

STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 1995 (AS 1995, 4914), la preferencia que el artículo 40.5 del ET concede a los representantes legales de los trabajadores para permanecer en su puesto de trabajo en caso de traslado o desplazamiento, tan sólo es de aplicación en referencia a aquellos compañeros de trabajo respecto a los cuales se encuentre en idéntica situación, de tal manera que frente a ellos el representante goza del derecho preferente a mantenerse en su puesto de trabajo, pero esta preferencia no puede ser de aplicación respecto a quienes no se encuentran en condiciones de igualdad por gozar de mejor derecho que los demás trabajadores de la empresa en virtud de lo dispuesto válidamente en pacto o convenio colectivo.

Y dado que es una garantía, el propio representante puede oponerse a medidas de movilidad, o incluso puede renunciar a esa garantía optando al programa de extinciones que se pueda haber acordado. Incluso se han considerado los efectos de la opción del representante por una de las modalidades extintivas que contemplaba el acuerdo, cuando ello fue invocado por la empresa para entender que implicaba la renuncia a la prioridad de permanencia. Rechaza la -Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 23 septiembre 2008 (RJ 2008\7234)- que ello implique una renuncia, pues igualmente hizo constar que procedía de este modo sin renunciar a los derechos que el ordenamiento jurídico le otorgaba. La opción por una modalidad extintiva tenía carácter cautelar, para evitar que la falta de ejercicio de las opciones del acuerdo le ocasionaran perjuicios irreparables.

b) La justificación de la selección del representante.

La misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha llegado a imponer sobre los representantes la carga de probar la generalidad de las circunstancias que permitan valorar tal vulneración, como las relativas a la categoría y grupo profesional de los representantes y la de los demás trabajadores, así como el conjunto de circunstancias profesionales que en cada caso puedan resultar relevantes -Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 28-03-2006 (RJ 2006\1114)-.

La empresa habrá de justificar en la comunicación remitida al representante los motivos o criterios tomados en consideración para extinguir o suspender su contrato, en lugar de aplicar dicha medida sobre otros trabajadores de la empresa, y sólo es en tal caso donde se impondría al trabajador la carga de acreditar las razones de su preferencia -STSJ de Cataluña de 3 febrero 2000 (AS 2000\197)²⁷-.

Y más allá, se ha concluido en una inversión de la carga de la prueba en la acreditación de las causas que justifican el carácter no discriminatorio o antisindical del despido si por el trabajador se aducen hechos de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental (sentencia del Tribunal Constitucional 1/2003, de 30 de enero).

Tal criterio fue seguido precisamente por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 23 septiembre 2008 (RJ 2008\7234), que concluyó en la atribución a la empresa de la carga de la prueba sobre la razonabilidad de su decisión de incluir al representante entre la lista de afectados por la extinción, valorando como indicios no sólo que el representante en cuestión se había posicionado claramente en contra de la tramitación del expediente de regulación de empleo, sino también la circunstancia de que en la inicial lista de afectados aparecían otros tres trabajadores de su misma categoría profesional que finalmente fueron excluidos sin que la empresa hubiera aportado ningún género de motivo o causa para ello. Por consiguiente, concluye en la vulneración del derecho de prioridad de permanencia, sin que en el curso del procedimiento de impugnación judicial de la resolución administrativa que autorizó el expediente en el punto relativo a la inclusión del representante en la lista de afectados pueda la empleadora alegar que los otros trabajadores que fueron sacados

de la lista prestaban servicios en otros centros de trabajo, o que desarrollaban funciones distintas, pues debieron de alegrarse por la empresa durante la tramitación del expediente.

Esta acreditación no es suficiente cuando se apoya en una argumentación «a priori», fundada en la imposibilidad en abstracto de respetar el derecho de prioridad, o basada en principios generales de orden jurídico o económico, sino que se requiere una justificación que considere de manera convincente y concreta las circunstancias y la situación particular de la empresa y de su organización para demostrar que no es posible dar efectividad al expresado derecho.

En palabras del Tribunal Constitucional -como declara la sentencia 29/2002, de 11 de febrero (RTC 2002, 29), y recuerda la sentencia de 49/2003, de 17 de marzo (RTC 2003, 49) (fundamento jurídico 5)-, en relación con el alegato empresarial formulado contra la prueba indiciaria aportada por el demandante (en el caso, sobre la existencia de un despido discriminatorio por motivos sindicales), es exigible una justificación causal de la decisión «en su específica y singular proyección sobre el caso concreto, explicando objetiva, razonable y proporcionalmente tal decisión y eliminando toda sospecha de que ésta ocultara la lesión de un derecho fundamental de la trabajadora, sin que pueda servir para lograrlo la abstracta razón de legalidad invocada».

De acuerdo con tal caracterización del derecho de prioridad de permanencia, su infracción habría de generar la automática declaración de nulidad del despido tal y como sucede con la generalidad de los casos donde se produce la infracción de la garantía de indemnidad de los representantes de los trabajadores.

La mera suspensión de las relaciones laborales no implica la de sus funciones representativas, que pueden seguir ejerciendo sin ningún inconveniente (por todas, Sentencias de la Sala 4º de 9 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7138) y 13 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 7004))

3.4 Interdicción de Represalias.

3.4.1. Regulación.

Art. 68.c) ET.

c) No ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el artículo 54. Asimismo no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación.

El representante tiene derecho a no ser despido ni sancionado por acciones que se basen en el ejercicio de su representación. Esta garantía se extiende al mandato, así como al año posterior a su finalización, salvo el caso de revocación.

Sin embargo, esta alusión temporal hay que matizarla.

En primer lugar, como ha aclarado el TC -Sentencia 229/2002- en el sentido de que la revocación, como procedimiento normal de cese de los Delegados Sindicales, no permite concluir que tras la nueva designación de delegado el anterior pierda las garantías que tendría durante un año.

Y sobre todo, por cuanto nunca el despido o la sanción pueden justificarse en acciones basadas en el ejercicio de su representación. Una lectura de la norma parece conducir a su falta de sentido práctico, pues el ejercicio del derecho evidentemente no puede justificar una sanción o el despido del representante. La responsabilidad por la labor del representante no puede exigirla la empresa, sino el sindicato o los trabajadores. Pero entendemos que la norma tiene un alcance práctico que no se puede obviar.

En realidad, viene a sentar un principio general de que la acción representativa tiene una inmunidad frente a la actuación empresarial, que hace quebrar el poder de dirección del empresario con tal de que no se trate del ejercicio de los cometidos profesionales del trabajador, sino de los cometidos representativos.

La falta de adecuación al Ordenamiento Jurídico de la actividad representativa no puede ser controlada por la vía del poder disciplinario del empresario, sino que aquí opera estrictamente la igualdad de sujetos, por lo que la empresa deberá ejercitar la tutela judicial y abstenerse de utilizar la relación de supremacía implícita en la relación laboral.

Lamentablemente esta lectura está por construir en la doctrina judicial, que se ha negado a sa-

car consecuencias prácticas de una norma de indudable claridad en cuanto a su contenido y alcance, más allá de una reiteración de la prohibición de discriminación o represalias. Por el contrario, la doctrina científica casi unánime, y la doctrina judicial insisten en que el representante que va más allá de sus funciones representativas queda desprotegido de la garantía a que estamos aludiendo, lo que en realidad está haciendo supuesto de la cuestión. No se trata de legalizar la extralimitación de la norma, sino discutir los procedimientos de los que dispone la empresa para su control, y es evidente que no puede usar la posición que genera el contrato de trabajo para una actuación representativa que expresamente tiene fijado un ámbito de inmunidad, no frente a la Ley, sino al poder de dirección empresarial que presupone el ejercicio de poderes sancionadores y la autotutela en la determinación de los efectos de la relación jurídica.

En todo caso, la tutela antidiscriminatoria del representante sindical o unitario guarda elementos comunes con la de cualquier trabajador que desarrolle la actividad sindical, más allá de los elementos indiciarios que suponen la actividad representativa. En tales procesos el interés afectado no se limita al representante, sino al sindicato que pertenece, lo que posibilita la intervención de éste como coadyuvante en proceso por despido, y la posibilidad de solicitar la tutela de la libertad sindical por la parte que afecta al propio sindicato.

3.5 Opción por la Readmisión.

3.5.1. Regulación y supuestos:

Art. 56.4 ET, referido al despido improcedente, según el cual:

4. Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, ésta será obligada.

- Representante unitario o delegado sindical.
- Delegados de Prevención (37.1 LPRL)
- Trabajadores recursos preventivos (30.4 LPRL)

Esta garantía alcanzará también a los trabajadores integrantes del servicio de prevención, cuando la empresa decida constituirlo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo siguiente.

3.5.2. Naturaleza. Excepción al poder de dirección del empresario para extinguir el contrato ante el despido injustificado.

3.5.3. Efectos.

- Efectos del despido improcedente: Se excluye del nulo.
- Problema de la infraprotección del despido nulo y la acción de resolución acumulada.
- Admite la opción expresa o presunta.

A falta de pronunciamiento: readmisión.

- Readmisión obligatoria. No excluye indemnización.

III. MEDIOS DE ACCIÓN PARA LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA: EL CRÉDITO HORARIO.

1. Naturaleza.

El derecho al crédito horario no se configura únicamente como una garantía personal de los representantes de los trabajadores, sino que también tiene una dimensión colectiva, al ser precisamente el mecanismo esencial por el que se garantiza la disponibilidad de unos períodos retribuidos dentro de su jornada de trabajo para destinarlos al ejercicio de sus funciones de representación de los trabajadores, imponiéndose legalmente que la dedicación de los representantes a sus funciones de representación vaya a costa de la empresa dentro de los límites establecidos por el art. 68.e) ET, susceptibles de ser ampliados por el convenio aplicable.

De esta forma, se comprende como el citado art. 68.e) ET establece una escala de crédito horario que se amplía a medida que se incrementa la plantilla de la empresa, y que responde a la consideración de que cuando mayor es el número de trabajadores sobre los que se extienden las funciones de representación, mayores serán las necesidades de representación que tendrán estos trabajadores.

Junto a lo anterior, el aspecto que más ha venido utilizando la jurisprudencia para caracterizar el crédito horario es la de una carga para la empresa, lo que justifica una interpretación restrictiva de la figura y la decantación por las opciones más restrictivas para los interesados²⁸. Plantea problemas de articulación cuando el Delegado Sindical tiene a su vez la condición de representante unitario. La doctrina jurisprudencial considera la absorción de un crédito sobre el otro, de forma que no se duplica el crédito, lo que si tendría lugar si el delegado sindical fuera distinto del representante electo.

Su justificación se quiere encontrar en la mera dicción legal del ar. 10.3 cuando reconoce las garantías de los delegados que no son miembro del comité, de donde se quiere inferir que si son miembros no las tienen. En realidad la norma lo que hace es partir de que las garantías defensivas no tienen lógica el que se dupliquen, pero no sucede lo mismo con el crédito horario. Justamente la diferente posición institucional del representante unitario y el sindical, que tampoco supone un incremento de la obligación empresarial, debe permitir que el crédito horario sea operativo de forma combinada y no neutralizadora. Precisamente esa diferencia de la posición institucional es lo que utiliza la jurisprudencia para negar la cesión del crédito horario del representante unitario al sindical, salvo que el convenio lo contemple expresamente. Es absurdo afirmar la diferente posición, o negarla, con tal de sostener la posición que más dificultades cree al ejercicio de la función representativa, lo que es expresión seguramente del recelo con que la doctrina judicial ha venido contemplando la figura del crédito horario, como carga empresarial objeto de interpretación restrictiva, y no como instrumento vinculado al contenido esencial de la libertad sindical.

2. Regulación.

La LOLS se remite en este punto a las garantías de los miembros de comités de empresa y delegados de personal, por lo que resulta de aplicación a los mismos la misma regulación.

Esta se integra por el art. 68.e) del ET, según el cual se reconoce este derecho:

e) Disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas cada uno de los miembros del comité o delegado de personal en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la siguiente escala: delegados de personal o miembros del comité de empresa:

- 1. Hasta cien trabajadores, quince horas.*
- 2. De ciento uno a doscientos cincuenta trabajadores, veinte horas.*
- 3. De doscientos cincuenta y uno a quinientos trabajadores, treinta horas.*
- 4. De quinientos uno a setecientos cincuenta trabajadores, treinta y cinco horas.*
- 5. De setecientos cincuenta y uno en adelante, cuarenta horas.*

Podrá pactarse en convenio colectivo la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa y, en su caso, de los delegados de personal, en uno o varios de sus componentes, sin rebasar el máximo total, pudiendo quedar relevado o relevados del trabajo, sin perjuicio de su remuneración.

LPRL: Delegados de Prevención: Absorción relativa con el crédito de los representantes unitarios.

Art. 37.1 LPRL: *El tiempo utilizado por los Delegados de Prevención para el desempeño de las funciones previstas en esta Ley será considerado como de ejercicio de funciones de representación a efectos de la utilización del crédito de horas mensuales retribuidas previsto en la letra e) del citado artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores.*

No obstante lo anterior, será considerado en todo caso como tiempo de trabajo efectivo, sin imputación al citado crédito horario, el correspondiente a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud y a cualesquiera otras convocadas por el empresario en materia de prevención de riesgos, así como el destinado a las visitas previstas en las letras a) y c) del número 2 del artículo anterior.

3. La extensión del crédito horario.

El crédito horario se reconoce tanto para los órganos unitarios como para los delegados sindicales, pero en caso de que sea la misma persona que desempeñe las dos funciones, no por ello se incrementa el crédito de horas disponibles.

Por tanto, en el caso de que la misma persona tenga la doble representación, por ser miembro del Comité de Empresa, y además, ser designado Delegado Sindical, puede acumular dicho crédito y ostentar el doble de horas sindicales²⁹. Es un criterio que no compartimos. Precisamente la distinta tipología de la instancia de representación unitaria y la instancia de representación sindical, y la correlativa adscripción del crédito horario que pudiera corresponder para cada función en actividades netamente distintas, de modo que, en nuestra opinión, carece de toda lógica entender compensado el crédito horario que pudiera corresponder como delegado sindical con el que procediera como representante unitario, y viceversa.

Es más, podría llegar a plantearse que con tal interpretación se produce la infracción del derecho fundamental de libertad sindical, ya que, en primer lugar, supone una restricción en la utilización del crédito horas sindicales que carece de causa en los términos anteriormente apuntados, en segundo lugar, se manifiesta en la atribución de una ventaja patrimonial directa para la empresa en cuanto se encuentra exonerada de proceder al reconocimiento del crédito horario para el ejercicio de funciones sindicales, y en tercer lugar, influye de forma decisiva en las posibilidades de que legalmente dispone el Sindicato para la designación de los delegados sindicales en la empresa conforme a los términos fijados en sus Estatutos y para la conformación de las lista de candidatos en el proceso de elecciones sindicales, facultades que ambos casos se integran en el contenido adicional del derecho fundamental de libertad sindical. En la práctica es una vía de presión para forzar la conformación por el Sindicato de los primeros puestos de la candidatura que presenten a los órganos de representación unitaria con trabajadores que previamente no ostentan la condición de delegados de la sección sindical y disfrutan de las garantías anudadas a la misma.

En todo caso, se trata de un criterio que no es el seguido por la doctrina judicial, de forma que si en el Convenio colectivo no establece expresamente la posibilidad de acumulación del crédito horario entre los representantes unitarios y los delegados de las secciones sindicales, no será fácil que llegue a prosperar el reconocimiento de tal acumulación sobre la consideración de que se trataría de derechos con distinta naturaleza.

Otro tanto sucede con los Delegados de Prevención, aunque cuentan con reglas específicas que excluyen del cómputo del crédito horario determinadas actividades cualificadas. Según el art. 37.1, párrafo segundo LPRL: *“El tiempo utilizado por los Delegados de Prevención para el desempeño de las funciones previstas en esta Ley será considerado como de ejercicio de funciones de representación a efectos de la utilización del crédito de horas mensuales retribuidas previsto en la letra e) del citado artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores*

No obstante lo anterior, será considerado en todo caso como tiempo de trabajo efectivo, sin imputación al citado crédito horario, el correspondiente a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud a cualquiera otras convocadas por el empresario en materia de prevención de riesgos, así como el destinado a las visitas previstas en las letras a) y c) del número 2 del artículo anterior.” Se refiere a las visitas de acompañamiento a técnicos o inspectores o el tiempo invertido en la personación en el lugar de producción de daños a la salud de los trabajadores con la finalidad de conocer las circunstancias de los mismos.

Es una opción legal criticable, pues en la práctica no posibilita cumplir el criterio de la Directiva Marco 89/391/CE sobre seguridad y salud en el trabajo, según la cual, (art. 11.5) de la *“el empresario tendrá que conceder a los representantes de los trabajadores con una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores una dispensa laboral suficiente sin pérdida de salario y poner a su disposición los medios necesarios para que dichos representantes puedan ejercer los derechos y las funciones resultantes de la presente Directiva”*.

- En la regulación del art. 68.e) ET sólo se condiciona la extensión del crédito horario a la dimensión de la plantilla de la empresa, sin contemplar variaciones en función del tipo de contrato, o la duración de la jornada del representante³⁰. No es un derecho proporcional a la jornada de trabajo del representante, ni tampoco de los representados.

La variación del volumen de la plantilla de la empresa no afecta al número de representantes, salvo lo que establezca el convenio colectivo. Pero esa solución no se aplica al crédito horario.

La regla general en este punto es la de la actualización de la cuantía del crédito horario al volumen de la plantilla del centro de trabajo, tanto por aumentos como por disminuciones del número de trabajadores³¹. Sin embargo, la reducción efectiva del crédito horario ha de acotarse a los casos de reducción definitiva o estable del número de trabajadores del centro y no a los supuestos en que se produce una reducción meramente transitoria o coyuntural, en tanto que se infiera que las necesidades objetivas de representación del personal durante tal lapso temporal no resultan objetivamente inferiores a las existentes durante los períodos en que la plantilla supera el umbral de trabajadores.

El mes de vacaciones no afecta al número de horas de ese crédito que genera el representante. Es posible aunque no lo contemple el convenio colectivo, que el representante ceda el crédito horario correspondiente al mes de vacaciones para que lo disfrute otro representante a fin de poder atender las actividades sindicales justamente en el período que el que el representante que ha generado el crédito no pueda usarlo, o simplemente no se encuentre en el centro de trabajo.

Puede plantear problemas la incidencia de la suspensión de la prestación de servicios del representante. Considerar que en estos casos se pierde el crédito horario es una solución arbitraria y desproporcionada, en cuanto no guarda correspondencia con la finalidad y naturaleza del crédito horario en los términos en que aparece legal y convencionalmente recogido. Como dice la STCT de 27-09-1985 (Ar. 5346), en donde se reconoce que "...en todos y cada uno de los meses se tiene derecho al crédito horario, independiente de que en determinados días el trabajador-representante esté o no en condiciones de trabajar por causa de suspensión de contrato (art. 45 ET) o de interrupciones de la prestación laboral por cualquier causa y por tanto no puede establecerse una reducción en el crédito horario proporcional al tiempo de inactividad laboral como pretende la empresa...". En similar sentido STCT de 17-06-1983 (Ar. 6272).

- En relación con el expediente de suspensión del contrato de trabajo, constituye un período con una significada actividad sindical por la coyuntura de la situación económica y productiva en que se encuentra la empresa y la conexión directa y actualiza de sus efectos sobre los contratos de trabajo^{32 33}

Además, mantener el criterio de la proporcionalidad, como se desprende, supondría establecer una traba o dificultad de acceso a las tareas de representación, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad ha sancionado como discriminatoria en las Sentencias de 4 junio 1992 (TJCE 1992\114), Sentencia de 6 febrero 1996 (TJCE 1996\13) y Sentencia de 7 marzo 1996 (TJCE 1996\39), ya que tratar de que los representantes de los trabajadores disfruten de un crédito horario proporcional a la jornada, que se reducirá en el caso de disminución de la jornada por contrato a tiempo parcial, dificulta e inhibe la dedicación de éstos a las funciones de representación.

4. La acumulación del crédito horario.

El art. 68.e) del ET indica que *"podrá pactarse en convenio colectivo la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa y, en su caso, de los delegados de personal, en uno o varios de sus componentes, sin rebasar el máximo total, pudiendo quedar relevado o relevados del trabajo, sin perjuicio de su remuneración"*.

Lo que está permitiendo el art. 68.e) ET es que a través de convenio colectivo se acumulen las horas de los representantes unitarios en uno o varios de ellos.

El convenio colectivo puede admitir la posibilidad de acumulación del crédito horario. Los problemas vienen a la hora de determinar el ámbito en el que podría operar la acumulación y la cuantía del crédito horario que cada representante puede ceder a otro u otros representantes.

De hecho, la doctrina jurisprudencial ha sentado como excepción a la regla antedicha los supuestos en los que la designación del Comité de Empresa comprende varios centros, admitiendo entonces que el crédito horario se pueda acumular y ceder a otros miembros del Comité tomando como referencia el conjunto de los trabajadores de los distintos centros³⁴. En definitiva, y dado que el art. 68.e) del ET sólo se refiere al crédito horario, para su cálculo y su cesión, a cada centro de trabajo, con esta doctrina del Tribunal Supremo se aclara que en caso de Comité de Empresa que comprenda varios centros, esa referencia legal hay que entenderla al conjunto de los centros de trabajo. Ello es decisivo tanto para determinar el número de horas del crédito horario, según los trabajadores de todos los centros que eligen el Comité, como para determinar las posibilidades de cesión a otro miembro del mismo Comité, aunque sea de otro centro de trabajo.

En definitiva, se permite la acumulación entre los integrantes del Comité de Empresa de una misma unidad electoral –aunque esta pueda haberse definido a partir de una acumulación de centros de trabajo (comité de empresa conjunto)-, pero no es segura la operatividad de la acumulación cuando se trata de la cesión de crédito horario a representantes unitarios integrados dentro de otras unidades de representación distintas.

- Otro problema no menos relevante es la cesión del crédito horario entre órganos de diferente naturaleza, unitaria o sindical. No contempla el Estatuto de los Trabajadores la acumulación del crédito de horas entre los representantes unitarios y los delegados sindicales. Otro problema es la cesión del crédito horario entre los representantes unitarios y los sindicales.

El que los delegados sindicales puedan ceder el crédito que les corresponda a los representantes unitarios no debería plantear problema, pues cada sección sindical decidiría la forma en como ejercer la defensa de los trabajadores.

Los problemas, si acaso, pueden venir por la cesión del crédito horario de los representantes unitarios a favor de los delegados sindicales, al considerarse que aquéllos defienden al conjunto de los trabajadores, y la cesión a favor de un delegado sindical supone la defensa exclusiva de los afiliados a ese sindicato. Todo ello tiene su fundamentación jurídica en que se trata de dos representaciones –la unitaria y la sindical- de distinta naturaleza y distintos fines: Mientras los representantes unitarios representan a todos los trabajadores de la empresa, estén o no afiliados sindicalmente, los delegados sindicales representan reducidamente a los trabajadores de la empresa o centro afiliados a este sindicato y miembros de la correspondiente sección sindical³⁵.

La constatación de la sindicalización de los representantes unitarios, y el hecho de que el crédito no es del comité, sino de los integrantes del comité, permite constatar la igualdad esencial entre sus funciones representativas y las del delegado o delegados de la sección sindical que pertenece a aquella candidatura. Es una mera cuestión de estrategia organizativa sindical que la cesión del crédito horario se realice a unos u otros representantes.

Ello no obstante, se ha admitido que en convenio colectivo se prevea la posibilidad de acumular las horas correspondientes a delegados sindicales y a miembros del comité de empresa pertenecientes al mismo sindicato³⁶. ♦

NOTAS

¹ Baylos Grau, A.: *Sindicalismo y Derecho Sindical*, Edit. Bomarzo. Básicos de Derecho Social, núm. 1. 2004.

² En contra, Agut García, C.: *El Delegado Sindical*, Edit. Bomarzo, Básicos de Derecho Social, 23, 2006, pg. 21. que cita doctrina contradictoria de los Tribunales Superiores de Justicia.

³ STS de 26 de junio de 2008 (RJ 2008/4338)

⁴ La doctrina del Tribunal Supremo se resume en la Sentencia 20 de Julio de 2000 (Arz. 7190) referida a un caso en el que un sindicato que tenía su representación, exclusivamente, en un centro de trabajo que contaba con 110 trabajadores, y que pretendía el nombramiento de un delegado sindical con el argumento de que la empresa superaba en su conjunto los 150 trabajadores que exigía el convenio colectivo para el nombramiento de un delegado con las garantías de la LOLS. El TS afronta nuevamente la cuestión relativa a la interpretación del art. 10.1 de la LOLS, reiterando el criterio sustentado anteriormente por su sentencia de 10 de noviembre de 1998 (Ar. 9545), interpretación ésta que supuso la ruptura con un criterio anterior mayoritario, mantenido en las sentencias, entre otras, de 15 de julio de 1996 (Ar. 6158) y 28 de noviembre de 1997 (Ar. 8919), en las que se había mantenido que es la empresa y no el centro de trabajo la unidad de referencia a efectos de contabilizar el mínimo de 250 trabajadores. Reitera el criterio restrictivo la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 marzo 2004, Rec. 116/03,

⁵ STSJ de Castilla y León /Burgos (Sala de lo Social) de 17 junio 2009 (JUR 2009\310017), y Sentencia Tribunal Supremo, 24 de Noviembre 2009, Rec. 36/2009.

⁶ STS de de 26-4-2010 (RJ 2010/3607) que estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por CCOO de Cataluña contra la STSJ de Cataluña de 4-3-2009.

⁷ SSTC 84/89, 173/92, 201/99, 229/02.

⁸ STS de 26 de junio de 2008 (RJ 2008/4338), STSJ Comunidad Valenciana de 15 de septiembre de 2009 (AS 2010\118), que analiza la diferencia entre los delegados sindicales en sentido estricto y los delegados internos o portavoces, para terminar declarando que no se ha vulnerado el derecho de libertad sin-

dical en el caso concreto al negar al derecho al disfrute del crédito horario a un delegado “interno”. Además, la STSJ Cantabria de 21 julio de 2010 (AS 2010\2224) niega que se vulnere la libertad sindical ante la negativa de la empresa a permitir la designación del delegado sindical si no se reúnen los requisitos de la LOLS, lo que es completamente discutible, pues estamos, en cualquier caso, ante una manifestación de la libertad sindical.

- ⁹ STSJ Andalucía /Sevilla de 12 febrero 1996 (AS 1996/435), STSJ Cataluña de 13 abril 2006 (AS 2006/2545).
- ¹⁰ STS de 13-09-1990 (Arz. 7004), STS de 9-10-1989 (Arz. 7138). STSJ de Castilla y León /Valladolid (Social) de 11 mayo 2005 (JUR 2005\1284630) en relación con un caso de despido objetivo.
- ¹¹ Así, la STS de 18 Febrero 1997 (Arz. 1448).
- ¹² la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 Enero 1991 (Arz. 69),
- ¹³ STS de 10-11-1995 (RJ 1995/8400).
- ¹⁴ STS de 13-6-1984 (RJ 1984/3322), de 18-10-1986 (RJ 1986/5847), de 30-3-1988 (RJ 1988/2412).
- ¹⁵ STSJ de Cataluña de 26-4-2006 (As 2006/2547)
- ¹⁶ Criterio establecido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 mayo 1995 (RJ 1995\5897)
- ¹⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de 4-06-2005 (Arz. 6017) y 16-10-2001 (Arz. 3073/02), 31-1-2001 (RJ 2001, 2136) (Rec.-148/00) y 6-3-2001 (RJ 2001, 3169) (Rec.-2227/00).
- ¹⁸ La doctrina del TS de 16-10-2001 (RJ 2002, 3073) (Rec.- 3024/00) considera razonable para que la audiencia previa pueda considerarse efectiva que entre la solicitud de la audiencia y el despido del afiliado transcurra un plazo mínimo de un día equivalente a veinticuatro horas.
- ¹⁹ Sentencia del TSJ de Cataluña de 26 Marzo 2003 (Arz. JUR 130485/03)
- ²⁰ STSJ de Cataluña de 15-11-91 (Arz. 6431)
- ²¹ No obstante, la STSJ de Aragón de 9 junio 2009 (AS 2009\1787) valora que la prioridad sólo opera en las medidas suspensivas de carácter económico o tecnológico, pero no en las organizativas o productivas, aunque sólo sea a mayor abundamiento, pues considera que los puestos no afectados por la suspensión pudieran ser desempeñados por los representantes dada su cualificación.
- ²² STS de 23 de octubre de 1984 [RJ 1984, 5319] , STSJ de Cantabria de 20 de noviembre de 1992 [AS 1992, 5589] , y STSJ de Madrid de 8 de marzo de 1990.
- ²³ STSJ de Cataluña de 9 febrero 2006 (JUR 2007\314583). STSJ de Madrid de 12 mayo 2008 Rec. 1255/2008 (AS 2008\1832), que declaró la vulneración del derecho de libertad sindical con motivo de la decisión de la empleadora de imponer, al amparo de sus facultades organizativas ex art. 20 ET, el cambio de centro de trabajo del Presidente del Comité de Empresa en uno de sus centros, y Secretario General de la Sección Sindical de CC.OO. en la misma, teniendo en cuenta la falsedad de los motivos invocados por la empresa para justificar tal decisión y la entidad de los indicios aportados por el trabajador sobre la naturaleza discriminatoria del cambio de centro. El representante en se había significado por una intensa actividad sindical en defensa del empleo en la empresa, oponiéndose activamente a los procesos de externalización que la empleadora tenía intención de realizar, amenazando con la realización de denuncias ante la Inspección de Trabajo. La sentencia confirma la recaída en la instancia, también en la condena a abonar una indemnización de 3.000 euros al trabajador, por daños morales.
- ²⁴ STSJ de Cataluña de 20 febrero 2004 (AS 2004\1792) en relación con el cambio de sucursal bancaria dentro de la localidad de Barcelona de un trabajador que era integrante del Comité de Empresa de la entidad de crédito, y donde se planteaba si la garantía del art. 40.5 ET era extensible a los supuestos de decisiones de movilidad enmarcadas en el art. 20 ET por no implicar el cambio de residencia. La sentencia limita aquí la operatividad de la garantía a los supuestos en los que existe una voluntad empresarial discriminatoria por razón de las funciones representativas, aun cuando lo cierto es que concluye en tal voluntad ante la mera constatación de la movilidad del representante a pesar de la existencia de otros trabajadores igualmente adecuados para ello, y la falta de invocación por la empleadora de un motivo jurídicamente atendible para justificar la causa del desplazamiento del representante. La STSJ de Valencia de 10-06-1997 Rec. 1870/97 (AL 97-3, Ref. 1813), que recaída en procedimiento de tutela del derecho de libertad sindical, declaró el carácter discriminatorio del traslado de que fue objeto un representante de los trabajadores desde una sucursal de la empresa –entidad de crédito- en Torreveja o otra en Denia, y ello, a pesar de que quedaron acreditadas las razones organizativas invocadas por la empresa. La sentencia valora el alcance de la garantía establecida en el art. 40.5 ET para abundar en el carácter discriminatorio de la decisión empresarial, por cuanto la empresa no acreditó que el representante de los trabajadores que era objeto de desplazamiento era el más indicado, por sus conocimientos o su cualificación profesional, para ocupar el puesto de trabajo en la sucursal de la empresa a la que fue desplazado.
- ²⁵ Tudela Cambroner, “Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa”. Fernández Domínguez. “Expedientes de Regulación de Empleo”. -, señala que la garantía que el apartado b) del

- art. 68 del ET reconoce a los representantes de los trabajadores se adecua a lo establecido en la recomendación 143 de la OIT.
- ²⁶ En el mismo sentido, STSJ de Andalucía /Sevilla de 6-11-95 Rec. 2016/95 vino a establecer que la prioridad de permanencia de un representante de los trabajadores lo es en su categoría o grupo, STSJ de Aragón de 9 junio 2009 (AS 2009\1787), respecto de un expediente de suspensión de contratos que afectaba a la práctica totalidad de la plantilla, al considerar que no pueden desarrollar los puestos que subsisten, puesto que ello significaría tanto como menoscabar o eliminar, incluso, la eficacia de las medidas tecnológicas, económica u organizativas adoptadas, manteniendo la subsistencia de relaciones laborales con trabajadores inidoneos para desempeñarlas.
- ²⁷ Declaró la improcedencia del despido objetivo ex art. 52.c) ET llevado a cabo sobre un trabajador que ostentaba la cualidad de Delegado de Prevención, sin que la empresa hubiera concretado en la comunicación extintiva los concretos motivos o razones que imponían la extinción de su contrato y no la de otros trabajadores.
- ²⁸ Es un criterio en todo caso objetivamente discutible. En una empresa de 250 trabajadores, el crédito horario de un delegado sindical representa el 0,07% de las horas de trabajo disponibles por la plantilla (30 horas sobre 40.500). En una empresa de 751 trabajadores supone el 0,03%, o del 0,07% los dos delegados sindicales (40 horas cada uno sobre 121.662).
- ²⁹ Sentencia del TCT de 27 de abril de 1988 y TSJ de Castilla León de 20 de febrero de 1992 (Ar. 2598), TSJ de Andalucía /Granada de 28-10-03 (Arz. 3493) y del TSJ de Castilla y León /Valladolid de 4-05-92 (Arz. 2598).
- ³⁰ STSJ de Asturias de 12-11-97 (AS 1997\3321)
- ³¹ TCT en sentencias de 23-11-87 (Arz. 26772); 22-03-88 (Arz. 130); y 27-04-88 (Arz. 188), así como el TSJ de Castilla- La Mancha en sentencia de 11-10-91 (Arz. 5767), STSJ de Castilla y León / Valladolid de 24-08-94 Rec. 1808/94, TSJ del País Vasco en sentencia de 19-12-1994 (Arz. 4990) se pronuncia en los mismos términos, reiterando la adaptación del crédito horario a las variaciones que experimente la plantilla de la empresa. Así como la STSJ de Asturias de 12-09-1997 (Arz. 3321)
- ³² Ya en las Ss. del extinto TCT de 15-03-1988 (Ar. 115) y 22-06-1988 (Ar. 304), el Tribunal rechazó la reducción del crédito horario cuando los representantes sólo trabajan unos días al mes. Idéntica fundamentación utilizó el TSJ de Madrid en la Sentencia de 16-01-1990 (Ar. 13), entendiendo que mantener lo contrario "...llevaría a la solución irrazonable, de que según los domingos, días festivos o laborables de cada mes, el crédito horario sería diferente, y tal efecto jurídico no se acomoda a lo que dice el precepto de aplicación...". La misma doctrina mantienen las Ss. del TSJ del País Vasco de 12-12-1989 (Ar. 1549), del TSJ de Madrid de 29-10-1990 (Ar. 2566) y del TSJ de Cantabria de 13-04-1992 (Ar. 1934)
- ³³ También la doctrina se ha pronunciado sobre la cuestión, así por ejemplo Tudela Cambronero, "Crédito de horas y trabajo a tiempo parcial" (Rel. Lab. 1988/I, pag. 490), Ortiz Lallana, en "Permisos retribuidos y créditos sindicales de tiempo en la legislación y la jurisprudencia" Ac. Lab. 1989-2, XXIII-XXIV. Tárraga Poveda *Los Fijos Discontinuos y el Derecho del Trabajo*, Editorial PPU, pag. 206. Sala Franco en "El crédito de horas laborales retribuidas de los representantes de los trabajadores y de los funcionarios públicos" Poder Judicial nº 36/94, pag. 251
- ³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 10 diciembre 2003 Rec. 27/2003 (RJ 2003\9189).
- ³⁵ Sentencia del TSJ de Madrid de 30 de marzo de 1992 (Arz. 1456) y Navarra de 2 de septiembre de 1991 (Arz. 4823), Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla-La Mancha 11 de Abril de 1996 Rec. 205/96.
- ³⁶ STSJ de Aragón de 10-4-91