

La composición de las comisiones *ad hoc* de empresas sin representación legal de los trabajadores: naturaleza jurídica y reformulación

The composition of *ad hoc* commissions in companies without workers' legal representatives: legal nature and reformulation

Eva López Terrada*

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València. Estudi General*

ORCID ID: 0000-0002-7702-2393

Recibido: 14/6/2021

Aceptado: 5/7/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6484>

Resumen: Tratándose de empresas sin representantes, las comisiones *ad hoc* designadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4 del ET han quedado habilitadas para negociar tanto en procesos de reorganización productiva como de descuelgue convencional. Ante el anuncio de una reforma del ET, el estudio reflexiona acerca de la problemática negociación por parte de la comisión “asamblearia”, proponiendo una reformulación de su composición. Además, el trabajo profundiza en la naturaleza jurídica del régimen legal relativo a la composición de las comisiones *ad hoc*, dada la necesidad de pronunciarse sobre la posibilidad de que los trabajadores atribuyan su representación, no a alguna de las dos comisiones legales sino, como está sucediendo en la práctica, a la totalidad de los trabajadores de la empresa.

Palabras clave: Comisiones *ad hoc*, empresas sin representantes, descuelgues convencionales, procesos de reorganización productiva, reforma del ET.

Abstract: *Ad hoc* commissions designated in accordance with article 41.4 of the ET have been empowered to negotiate in processes of productive reorganisation and “non-application or opt-out clauses” in companies without workers' representatives. Bearing the announcement of a reform of the ET in mind, the study focuses on the problematic negotiation by the “assembly” commission and puts forward some ideas for the reformulation of its composition. In addition, this work analyses the legal nature of the regime regarding the composition of *ad hoc* commissions, considering the possibility that workers are represented not by one of the two legal commissions but, as it is happening in practice, by all the workers of the company.

Keywords: *Ad hoc* commissions, companies without representatives, non-application clauses, productive reorganisation processes, reform of the ET.

*eva.lopez-terrada@uv.es

1. La irrupción de las comisiones *ad hoc* en los períodos de consultas de empresas sin representantes

1.1. *La identidad de interlocutores: el régimen del artículo 41.4 del ET*

Desde que el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, optara por reforzar, como respuesta a la crisis financiera y económica internacional iniciada en 2008, los instrumentos de flexibilidad interna, se produjo, como es sabido, un proceso progresivo de confluencia en la regulación de los sujetos legitimados para negociar en los períodos de consultas previos a la adopción empresarial de decisiones de carácter colectivo –concernientes también, finalmente, a la flexibilidad de salida– que culminó, tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, después Ley 1/2014, de 28 de febrero, con la vigente regulación común ubicada en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), a la que remiten los artículos 40.2, 47.1 y 2, 51.2 y 82.3 del ET.

Por lo que a los supuestos de empresas sin representantes de los trabajadores se refiere, inicialmente, el Real Decreto-ley 10/2010 introdujo modificaciones en los artículos 40 y 41 del ET con el fin de dotar al procedimiento de consultas de mayor agilidad y eficacia y, para ello, previó una solución legal en el artículo 41.4 al que enviaban los artículos 41.6 y 82.3 en materia de inaplicación del convenio. Dicha solución pasaba por permitir que en estos casos los trabajadores atribuyesen su representación para la negociación del acuerdo con la empresa “a una comisión de un máximo de tres miembros integrada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa designados por la Comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a ésta”. Tras la tramitación parlamentaria, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, alteró la redacción del precepto que terminó tolerando que, en las empresas sin representación legal de los trabajadores, estos pudiesen optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

Por fin, la reforma de 2013, a decir de su Exposición de Motivos, modificó distintos preceptos del ET reguladores de la comisión negociadora y los sujetos legitimados para actuar, en representación de los trabajadores, como interlocutores ante la dirección de la empresa durante el periodo de consultas que deberá tener lugar con carácter previo a la adopción de medidas colectivas de movilidad geográfica (artículo 40), modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41), así como en los procedimientos de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo 47), de despido colectivo (artículo 51.2) y de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos (artículo 82.3). Quedaba aclarado que, en todos estos procedimientos, la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien en el caso de ser varios los centros de trabajo afectados, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. Desaparecía así la posibilidad, prevista en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, de que la consulta se realizase separadamente por centros de trabajo. Además, se preveía que la comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes intervinientes en el periodo de consultas, en coherencia con el número de miembros de la comisión negociadora del convenio colectivo de empresa. Según la nueva regulación, la comisión representativa de los trabajadores debe quedar constituida antes del inicio del periodo de consultas, estableciéndose expresamente que la falta de constitución de tal comisión no impide la apertura ni el transcurso del periodo de consultas. Ade-

más, la Ley se promulgaba con la intención de mejorar la determinación de quiénes van a integrar dicha comisión de un máximo de trece miembros, siempre en proporción al número de trabajadores de los centros afectados que representen.

De esta forma, según dispone la letra a) del vigente artículo 41.4 del ET, cuando el procedimiento de consultas afecte a un único centro de trabajo y no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente (en adelante, comisión “asamblearia”) o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma (en adelante, comisión sindical). Cuando el procedimiento de consultas afecte a más de un centro de trabajo, en defecto de comité intercentros habilitado convenientemente por el convenio, la comisión representativa que intervendrá como interlocutor, si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes, salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión *ad hoc* a que se refiere la letra a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones *ad hoc*, en proporción al número de trabajadores que representen. En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión *ad hoc* de la letra a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

Finalmente, cuando ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento de consultas cuente con representantes legales de los trabajadores, el artículo 41.4 ET prevé que la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones *ad hoc*, en proporción al número de trabajadores que representen.

1.2. La disparidad de supuestos: procesos de reorganización productiva y procesos de descuelgue convencional

Resulta, por lo tanto, que, tratándose de empresas sin representantes de los trabajadores, las comisiones “asamblearias” designadas de conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del ET pueden quedar habilitadas para negociar tanto en los procesos de reestructuración empresarial (*cf.* artículos 40.2, 47.1 y 2 y 51.2 del ET) como –desde que la reforma del año 2010 lo permitiera mediante la modificación de los entonces artículos 41.6 y 82.3 del ET– en los supuestos en que se entiende necesaria una inaplicación excepcional de lo pactado en convenio colectivo. Así, aunque la literalidad del artículo 82.3 incita inicialmente a pensar lo contrario (al mencionar el “acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1”) el propio precepto dispone acto seguido que “la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo”.

La intervención de idénticos interlocutores no permite, sin embargo, equiparar uno y otro tipo de procedimientos, pues únicamente en el caso de los procesos de reorganización productiva el empresario, a falta de acuerdo, podrá decidir unilateralmente; contrariamente, tratándose de la

inaplicación del convenio queda cegada, so pena de nulidad, la modificación unilateral por parte del empresario. Así, si el cambio “incide en la regulación convencional, en cualquiera de las materias que contempla el artículo 82.3 ET, aunque sea de modo poco importante en términos cuantitativos, sólo permite al empresario emplear la vía de este último precepto, transformando en nula cualesquiera decisión unilateral que lo ignore” (STS de 29 de junio de 2017, Rº. 186/2016).

En cuanto a la eficacia de los acuerdos derivados del período de consultas, cabe recordar, en apretada síntesis, que la jurisprudencia viene atribuyendo a los acuerdos de empresa, con carácter general, incluso tratándose de acuerdos de empresa “sustitutivos” del convenio¹, eficacia jurídica contractual y no normativa, si bien reconociendo, al tiempo, en la medida en que se trata de acuerdos colectivos negociados con los representantes de los trabajadores, que su eficacia personal es general en el ámbito de la empresa. En este sentido, la STS de 10 de diciembre de 2019 (Rº. 3096/2017), relativa a la eficacia de un acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio extraestatutario de carácter colectivo, firmado por unanimidad con los representantes de los trabajadores designados como miembros de la comisión *ad hoc*, subraya la eficacia general del acuerdo, que resulta aplicable a todos los trabajadores afectados por la modificación sustancial de naturaleza colectiva, en los términos pactados entre la empresa y la representación de los trabajadores. Del mismo modo, la STS de 10 de octubre de 2019 (Rº. 966/2017) –que legitima, por las circunstancias concretas del caso (ver, *infra*, número 3.2), la opción por negociar todos los trabajadores la modificación sustancial de condiciones de trabajo propuesta por la empresa, en lugar de designar la comisión *ad hoc* del artículo 41.4 ET– indica que los acuerdos resultantes de la negociación “no pueden calificarse como simples acuerdos plurales de naturaleza individual, a modo de pactos singulares de carácter personal con cada uno de los trabajadores que votaron a favor de su aprobación, que no sería por lo tanto extensible a los trabajadores que mostraron su disconformidad (...) Desde el momento en el que los trabajadores adoptan la decisión de acudir todos ellos a la negociación, en sustitución de la comisión *ad hoc* de tres miembros del art. 41.4 ET, se han constituido en representantes colectivos de toda la plantilla en las mismas condiciones de representatividad que hubiere ostentado aquella comisión, con todas las prerrogativas legales de la misma y actuando en representación de la totalidad de la plantilla”.

Se comparta o no este punto de vista, lo cierto es que los llamados acuerdos de reorganización productiva, a diferencia de los convenios colectivos, no tratan de regular condiciones de trabajo, sino que tienen por finalidad influir en la conformación de ciertas decisiones empresariales, garantizando la participación de los trabajadores en el ejercicio del poder empresarial y restando conflictividad a las relaciones laborales². A los llamados “acuerdos de descuelgue”, sin embargo, sí les corresponde regular determinadas condiciones de trabajo (“El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa...”). De ahí que su eficacia resulte, sin duda, equiparable a la del convenio colectivo objeto de inaplicación: únicamente los acuerdos de descuelgue pueden modificar en perjuicio de los trabajadores las condiciones de un convenio colectivo durante su vigencia, excepcionando la eficacia jurídica normativa y personal general del convenio estatutario (a contrario sensu, STS de 21 de diciembre de 2009, Rº. 11/2009). Hablar en estos casos de eficacia contractual no resulta viable, pues ello equivaldría a

¹ La STS de 24 de enero de 2013 (Rº. 42/2012) puntualiza *obiter dicta*, que “a juicio de esta Sala hubiera sido preferible considerar que se integran como un anexo al contenido normativo del Convenio cuya laguna vienen a integrar, aplicable en el ámbito empresarial correspondiente”. No hay que olvidar, no obstante, que los acuerdos “sustitutivos” de convenio pueden también negociarse cuando no haya convenio alguno en el que puedan integrarse.

² Por todos, NORES TORRES, L. E., *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, 1ª ed., Madrid, CES, 2000, p. 29 y ss.; o GÁRATE CASTRO, J., *Lecturas sobre el derecho a la negociación colectiva laboral*, 1ª ed., Madrid, Cinca, 2019, p. 58.

dejar la puerta abierta a una inadmisibles modificación del convenio estatutario “en cascada” por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo³.

2. La problemática habilitación de las comisiones asamblearias en los procesos de descuelgue convencional

A la vista de todo ello, han sido muchas las voces que se han manifestado críticamente en contra de la intervención de las llamadas comisiones asamblearias *ad hoc*, ya que, entre otras cosas, a diferencia de lo que sucede cuando la representación se otorga a la comisión sindical, es posible cuestionar si, en estos casos, el resultado de la negociación es también un producto de la negociación colectiva del artículo 37.1 de la CE. Aunque el tema es complejo, cabría, en principio, defender –sin perjuicio de lo que se dirá después– la constitucionalidad de estas modificaciones atendiendo a tres consideraciones esenciales:

Como primera consideración, debe tenerse en cuenta que la lectura del artículo 2º.1 de la Recomendación nº 91 de la OIT sobre convenios colectivos de 1951 deja clara la necesidad de que el convenio colectivo se pacte, en ausencia de organizaciones representativas de trabajadores, por “representantes de los trabajadores”. Pues bien, resulta posible interpretar que los trabajadores integrantes de la comisión *ad hoc* carecen de tal condición y que, en consecuencia, es constitucionalmente inadmisibles la modificación del convenio a través de una negociación directa con los trabajadores de carácter individual o plural⁴. Creo, sin embargo, que puede descartarse la equivalencia entre este supuesto y la elusión por parte del empresario de la negociación con los representantes de los trabajadores por la vía de una contratación individual “en masa”. Dicha modificación individual de lo dispuesto en el convenio estatutario sí atentaría, según ha declarado el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, contra la fuerza vinculante del convenio colectivo y podría atentar contra el derecho de libertad sindical: “la autonomía individual —o la decisión unilateral de la empresa— no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio” (SSTC 208/1993, de 28 de junio; 225/2001, de 26 de noviembre; o 238/2005, de 26 de septiembre). No obstante, en este caso se trata de una negociación con una representación de los trabajadores designada por ellos democráticamente –al modo de los convenios franja, pero haciendo recaer la representación en los propios trabajadores– en empresas en las que concurren unas dificultades excepcionales y en las que, al no existir representantes de los trabajadores legitimados para negociar convenios estatutarios, se crean representaciones específicas a efectos, entre otros, de descuelgue.

Como segunda consideración, cabe recordar que de la jurisprudencia constitucional deriva la inconstitucionalidad de privar al sindicato del derecho a la negociación colectiva, puesto que es un medio necesario para el ejercicio de la actividad sindical que reconocen los artículos 7 y 28.1 de la CE⁵; pero, en ningún caso, deriva la existencia de un monopolio sindical en materia de negociación colectiva. Como el derecho a la negociación colectiva del artículo 37.1 de la CE es un derecho de titularidad amplia, cuando el ET reconoció capacidad negocial únicamente a representaciones

³ En este sentido, entre otros, DE CASTRO MARÍN, E., *El “descuelgue” de convenio colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 69; o CORREA CARRASCO, M., “La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia: una labor inacabada”, *Trabajo y Derecho*, nº 69, 2020, p. 15.

⁴ ALFONSO MELLADO, C., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”. En: VV.AA., *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 127 y 128.

⁵ Por todas, STC 98/1985, de 29 de julio.

estables de trabajadores y empresarios, se entendió que, o bien el Título III del Estatuto era inconstitucional, o bien era necesario reconocer, junto a la negociación colectiva estatutaria, otra “extraestatutaria”, conforme a la Constitución, aunque más amplia en lo que a la capacidad negociadora se refiere⁶. En consecuencia, teniendo el legislador un extenso margen de libertad de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva⁷, no parece constitucionalmente objetable que el legislador permita que los trabajadores puedan optar por atribuir su representación, bien a la representación sindical *ad hoc*, bien a la representación “asamblearia”. En ambos casos, sigue siendo el acuerdo entre la empresa y los representantes designados por los trabajadores el instrumento negociado por el legislador para llevar a cabo la modificación del convenio colectivo estatutario.

A pesar de lo anterior debe añadirse, como tercera consideración, que el principal problema que plantea la regulación que se comenta es el relativo a la vulnerabilidad que presenta la posición de los negociadores del acuerdo, dada su desigual situación frente al empresario, ya que en este supuesto las garantías que rodean a los miembros de la comisión sindical *ad hoc* podrían desvanecerse. Resulta cuestionable, en definitiva, si es un producto de la autonomía colectiva apto para modificar un convenio estatutario por estar dotado de eficacia jurídica normativa y personal general, el acuerdo adoptado por una serie de trabajadores a los que no les resultan de aplicación las reglas con las que el ordenamiento laboral ampara la posición como trabajadores de los representantes frente a posibles actuaciones del empresario. Por esta razón, desde que entrara en vigor la reforma operada por la Ley 35/2010, entiendo que procede mantener la aplicación extensiva de las garantías propias de los representantes de los trabajadores a los integrantes de la comisión negociadora del acuerdo⁸. Y es que no parece congruente admitir que los trabajadores negociadores del acuerdo de descuelgue deben ostentar la condición de representantes de los trabajadores en la empresa, para negar a continuación la aplicación de la protección que necesariamente deriva de tal condición por aplicación del Convenio nº 135 de la OIT. Esta postura interpretativa parece haberse acogido, por lo demás, en la STS de 10 de octubre de 2019 (Rº. 966/2017), en la que de forma expresa se alude, en un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo, a “todas” las “prerrogativas legales” que corresponden a los integrantes de la comisión asamblearia, dada su condición de representantes colectivos de toda la plantilla⁹.

Ahora bien, aunque se reconozcan a los integrantes de la comisión asamblearia las garantías propias de los representantes de los trabajadores, la dificultad estriba en que persiste el carácter marcadamente “peligroso” o “problemático” de la fórmula asamblearia tanto desde el punto de vista de los trabajadores como desde el punto de vista de la competitividad empresarial. Esta última perspectiva suele perderse de vista, cuando la realidad es que con esta intervención se corre el riesgo de “dumping social” entre empresas de la competencia, pues la “vulnerabilidad negocial” de

⁶ SALA FRANCO, T., *Derecho Sindical*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 269-270.

⁷ Por todas, SSTCO 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero.

⁸ LÓPEZ TERRADA, E., “Articulación y reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 2011, p. 20-22.

⁹ El Tribunal Supremo ya había reconocido, de hecho, que a la comisión asamblearia constituida por los trabajadores para ser interlocutor en el período de consultas del procedimiento de extinción colectiva debía dársele el mismo tratamiento que a los representantes de los trabajadores a efectos de legitimación procesal (STS de 18 de marzo de 2014, Rº. 114/2013, no así a los miembros minoritarios de la comisión *ad hoc* representativa de los trabajadores en el período de consultas, SSTs de 14 de octubre de 2015, Rº. 336/2014 o de 17 de abril de 2018, Rº. 101/2017, entre otras), incluso en un caso paralelo al de la STS de 10 de octubre de 2019 en el que los trabajadores habían optado por intervenir todos como interlocutores en el período de consultas (*vid.* STS de 23 de marzo de 2015, Rº. 287/2014, que posteriormente se comenta). En algún pronunciamiento de suplicación anterior se había negado, sin embargo, la aplicación de las garantías de los representantes de los trabajadores por falta de respaldo normativo (STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2014, Rº. 4637/2014, relativa a un supuesto de reducción de jornada). La SAN nº 93/2013, de 13 de mayo, por su parte, en un caso de despido colectivo, sí admitió que las comisiones *ad hoc*, sindicalizadas o no, ostentan la condición de representantes legales de los trabajadores, por las razones siguientes: “a. - Porque es el propio art. 51.2 ET quien les reconoce la condición de representantes, utilizando una expresión inequívoca (...). b. - Si no fuera así, (...) se vulneraría frontalmente lo mandado por el art. 2.1 de la Directiva 1998/59/CE, que deja perfectamente claro, que el período de consultas deberá llevarse a cabo con los representantes legales de los trabajadores”.

la comisión asamblearia –que no siempre será además la fórmula elegida– puede ser más intensa en unas empresas que en otras, pues resulta evidente que pueden existir facilidades de una empresa para conseguir que los representantes elegidos sean “afines” a la misma que puede no tener otra de la competencia¹⁰. Desde el punto de vista de los trabajadores, resulta difícil negar que las posibilidades de presión empresarial en la negociación con las comisiones asamblearias son elevadas, por lo que puede producirse, finalmente, un desgaste en el derecho a la negociación colectiva al incrementarse por esta vía el poder empresarial en la inaplicación del convenio colectivo.

3. La naturaleza jurídica del régimen legal relativo a la composición de las comisiones *ad hoc*

3.1. La imposible sustitución de las comisiones *ad hoc* legales

Además de la posibilidad de atribuir su representación a alguna de las comisiones *ad hoc*, tratándose de empresas sin representantes el artículo 41.4 ET concede a los trabajadores, también, la opción de no atribuir su representación ni a uno ni a otro tipo de comisión. Así se deduce, de un lado, de la contundente literalidad legal cuando el procedimiento afecta a un único centro de trabajo (en virtud de la cual los trabajadores “podrán optar” por atribuir su representación a alguna de las dos comisiones); y así deriva, de otro, de la propia regulación cuando el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, ya que, si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, se contempla expresamente el supuesto de que uno o varios centros de trabajo que no cuenten con representantes opten por no designar la comisión *ad hoc*, en cuyo caso se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

Las consecuencias de esta decisión de no atribución de la representación ni a una ni a otra comisión, cuando aboque a la imposibilidad de negociar en el período de consultas, difieren: en los procesos de reorganización productiva, según se ha indicado, la falta de acuerdo en el período de consultas abrirá la puerta a la decisión unilateral del empresario¹¹; sin embargo, en los procedimientos del artículo 82.3 ET, quedará descartada la decisión empresarial unilateral. Ahora bien, tal decisión no hará imposible el descuelgue, pues la finalidad del régimen legal –reforzar la posibilidad de descuelgue ante la falta de acuerdo en período de consultas– no ofrece margen de duda. Con toda probabilidad, y dado que los procedimientos interconfederales se refieren a los sujetos colectivos del artículo 41.4 del ET, la empresa podrá recabar la intervención de la comisión paritaria (“En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio...”) y, en última instancia, de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del órgano correspondiente si no se rebasan las fronteras de una Comunidad Autónoma (“Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios

¹⁰ Ampliamente, LÓPEZ TERRADA, E., “Articulación y reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 2011, p. 24; y SALA FRANCO, T.; LÓPEZ TERRADA, E., “La negociación colectiva”. En: T. Sala, *et al.*, *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Francis Lefebvre, 2018, p. 67.

¹¹ Puesto que en ellos “la falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas”, *cf.* artículos 40.2, 41.4, 47.1, 51.2 ET. Cabe recordar a este respecto que, con anterioridad a la reforma 2013, el artículo 26.3 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, exigía expresamente que la empresa indicara que la falta de designación no impedía la continuación del procedimiento. En el caso de la modificación sustancial de condiciones de trabajo se ha admitido, no obstante, que el régimen pactado en convenio colectivo puede impedir, al exigir acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, la modificación adoptada por la sola voluntad de la empresa (STS de 28 de septiembre de 2009, Rº. 146/2008).

Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos”¹². Así pues, existen muchas posibilidades de que se termine utilizando el arbitraje legalmente previsto ante estos órganos, procedimiento que, aunque conforme a la CE a decir de la STC 119/2014, de 16 de julio, funciona en la práctica como un “arbitraje administrativo” decidido por la representación gubernamental ante la falta de consenso¹³.

Es fundamental, por ello, determinar si los trabajadores pueden optar por no atribuir su representación a alguna de las dos comisiones tal y como se configuran en el artículo 41.4, pero para proceder a atribuirlos, como se está planteando en la práctica¹⁴, a todos los trabajadores de la empresa. Tal determinación exige clarificar, necesariamente, pues el precepto deja la cuestión en el aire, el posible carácter dispositivo del régimen relativo a la composición de la comisión *ad hoc* que procederá a negociar el periodo de consultas¹⁵.

En realidad, la cuestión no es extraña a la experiencia negociadora reguladora del procedimiento de descuelgue, en la que pueden encontrarse previsiones “extravagantes” respecto a las previsiones estatutarias que deben considerarse, a mi juicio, ilegales, en la medida en que alteran las reglas legales sobre legitimación para negociar que, como es sabido, al ser de derecho necesario absoluto, escapan del poder de disposición de las partes negociadoras (por todas, SS.TCO de 27 de junio de 1984 y de 30 de septiembre de 1991). Así, mientras en algunos convenios la ausencia de representantes determina la comunicación a los sindicatos más representativos, que resultan encargados de intervenir y participar en las consultas, en otros, la inexistencia de representantes se solventa mediante el expediente de acudir a la comisión paritaria o, precisamente, mediante la intervención directa de los trabajadores¹⁶.

Lógicamente, tampoco el empresario o los trabajadores pueden disponer libremente de la composición de la comisión negociadora. Así lo ha declarado expresamente el Tribunal Supremo en sentencias como las de 14 de mayo y 16 de julio de 2015 (R.º. 144/2014 y 180/2014) en las que se afirma, pese a admitirse la constitución de comisiones híbridas antes de la expresa recepción legal de la fórmula en 2013, que la comisión negociadora “no es de libre conformación de las partes, ni tampoco cabe admitir que en su integración se conculquen los derechos de representación –y, por ende, de negociación– de los trabajadores”. Y así se deduce, igualmente, de decisiones como la adoptada

¹² GOERLICH PESET, J. M., *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Valencia, Tiran lo Blanch, 2013, p. 94.

¹³ Ya que, probablemente por el escaso desarrollo de una cultura negociadora en los interlocutores sociales, estos órganos funcionan, desgraciadamente, como órganos de “representación de intereses” y no como órganos de “consenso de voluntades” por encima de los intereses que, sin duda, representan los partícipes en los mismos. SALA FRANCO, T.; LÓPEZ TERRADA, E., “La negociación colectiva”. En: T. Sala, *et al.*, *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Francis Lefebvre, 2018, p. 66.

¹⁴ *Vid.*, entre otras, las SSTs de 23 de marzo de 2015 (R.º. 287/2014) y de 10 de octubre de 2019 (R.º. 966/2017), que se comentan a continuación. En la doctrina admite esta posibilidad en el caso de la modificación sustancial de condiciones de trabajo GARCÍA NINET, J. I., “La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 34, 2013, 291-292.

¹⁵ Cuestión distinta es que el procedimiento de consultas del artículo 41.4 ET para las modificaciones sustanciales de carácter colectivo se prevea “sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva”.

¹⁶ LÓPEZ TERRADA, E.; NORES TORRES, L. E., “La evolución del tratamiento del descuelgue salarial en la negociación colectiva (2007-2015)”, en: J. M. Goerlich (dir.) *et al.*, *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018, p. 529. En algún caso, probablemente para tratar de salvar la legalidad de la regulación convencional, se matiza que esta intervención alternativa tendrá lugar, precisamente, salvo que los trabajadores hayan decidido atribuir su representación a una comisión designada de acuerdo con lo previsto en el art. 41 ET. Así, el convenio colectivo de agrios (manipulado y envasado) de Murcia dispone que “En ausencia de la representación legal de los trabajadores en la empresa, se entenderá atribuida a los sindicatos más representativos y los representativos en el sector de manipulado de agrios, que forman parte de la Comisión Paritaria del presente Convenio Colectivo, salvo que los trabajadores atribuyan su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del ET”. El problema de esta fórmula es que conculca igualmente el régimen legal: aunque se decida no atribuir la representación a ninguna de las comisiones *ad hoc*, en los procedimientos que afectan a más de un centro de trabajo, si hay centros de trabajo con representantes legales a ellos corresponderá negociar.

en la STS de 15 de abril de 2014 (Rº. 127/13), que aplica la versión 2012 del artículo 41.4 en un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo que tiene lugar en una empresa en que unos centros de trabajo tienen representantes de los trabajadores y otros no. En ella, el Tribunal declara la nulidad de la decisión empresarial por falta de legitimación de la comisión negociadora que ha intervenido durante el período de consultas pues, al imponer la empresa una comisión *ad hoc* de cinco miembros superando el límite legal de tres miembros, que además no fue convenida con los representantes de los trabajadores y sus sindicatos, se entiende vulnerado el artículo 28.1 CE, así como los Convenios 87, 98 y 135 de la OIT y el propio artículo 41.4 del ET.

Hay que coincidir, por ello, con los pronunciamientos de suplicación que, siguiendo la estela de estas decisiones, rechazan la validez del período de consultas cuando la comisión negociadora *ad hoc* se constituye *contra legem*. Entre ellos, se encuentra el contenido en la STSJ de Madrid de 14 de enero de 2021 (Rº. 513/2020), que declara la nulidad de una suspensión y reducción de jornada colectivas en una empresa sin representantes de los trabajadores por falta de constitución de la comisión negociadora con anterioridad al inicio del período de consultas en la forma prevista en la ley, es decir, siendo designada por todos los trabajadores democráticamente. En el supuesto enjuiciado, la empresa manifiesta su decisión de llevar a cabo suspensiones contractuales y reducciones de jornada únicamente a los 19 trabajadores a quienes pensaba aplicar las medidas, celebrando con ellos en exclusiva una primera reunión y designándose, a continuación, una comisión negociadora *ad hoc* sin el voto de todos los trabajadores: “No cabe duda de que han sido infringidas de modo esencial las reglas legales sobre elección de la comisión negociadora y su actuación en el período de consultas. Lo que debería haber hecho la empresa (es)... manifestar su propósito a todos los trabajadores de la plantilla e instarlos a la celebración de una reunión de conformidad con el art. 41.4 ET (al que remite el 47.1) con el fin de que pudieran, en su caso, atribuir su representación para la negociación del acuerdo a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente, o a una comisión de componentes designados por los sindicatos, tal como se detalla en el precepto citado. Una vez nombrada la comisión negociadora o transcurrido el plazo máximo, es cuando la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del período de consultas”.

En la misma línea se sitúa la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 10 de enero de 2017 (Rº. 905/2016), que reconoce legitimación activa para la impugnación judicial individual a un trabajador afectado en un supuesto de descuelgue convencional, afirmando que no cabe admitir la procedencia del acuerdo de descuelgue al haberse negociado, existiendo representante legal de los trabajadores, con una comisión *ad hoc* en la que este no participaba. El tribunal precisa que la empresa, además, no convocó al proceso de elección para la formación de dicha comisión *ad hoc* a la totalidad de los trabajadores de la plantilla: “Ante la pasividad mostrada por el representante de los trabajadores no es a la empresa sino a los propios trabajadores a quienes incumbe reaccionar exigiendo la actuación a su delegado de personal y subsidiariamente, ante una postura obstruccionista o de desidia, designar comisión “ad hoc”, pero para ello es necesario que conozcan la situación y es la empresa, la que ha de participarle a todos los trabajadores... Y si nada sabían mal puede afirmarse que se reunieran a fin de designar una comisión “ad hoc” para la negociación”.

3.2. La admisión excepcional de la negociación directa con los trabajadores

A la vista de todo ello llama poderosamente la atención que el Tribunal Supremo haya legitimado, en varias ocasiones, la opción de los trabajadores de intervenir todos ellos como interlocutores en el periodo de consultas, en lugar de designar la comisión *ad hoc* del artículo 41.4 ET.

Inicialmente, como es de sobra conocido, la STS de 23 de marzo de 2015 (Rº. 287/2014) negó, en un proceso de despido colectivo al que resultaba aplicable la normativa anterior a la reforma 2013, que la decisión de los trabajadores tuviese la eficacia invalidante del procedimiento que le había atribuido la Audiencia Nacional. El supuesto se refería a una empresa de 17 trabajadores sin representantes que, tras comunicar su decisión de iniciar procedimiento de extinción colectiva de contratos, informa en una primera reunión en la que están presentes todos los trabajadores acerca de la posibilidad de elegir una comisión *ad hoc* –aunque no de las consecuencias de la falta de elección de representantes–, siendo rechazada esta opción por los trabajadores, que prefieren negociar de modo conjunto. Para la Audiencia Nacional (SAN 232/2013, de 20 de diciembre), puesto que la constitución de la comisión *ad hoc* es un “requisito constitutivo” para la validez del período de consultas en las empresas que no cuenten con representantes de los trabajadores, y puesto que la consecuencia de la no realización de la elección es la no paralización del procedimiento “los trabajadores, afectados por el despido, no pueden disponer de ese requisito, ni están legitimados para negociar directamente el período de consultas, porque la Directiva 1998/59/CE, así como los arts. 51.2 y 41.4 ET, que la trasponen a nuestro ordenamiento, dejan perfectamente claro que la negociación del período de consultas debe realizarse con representantes de los trabajadores y no con los trabajadores afectados”. El Tribunal Supremo sostiene, por el contrario, que, teniendo por objetivo la limitación numérica de la comisión *ad hoc* favorecer la fluidez en las negociaciones y buscar la equiparación entre las partes en pequeñas empresas “no se alcanza a comprender qué suerte de derecho necesario (...) pueda argumentarse para justificar que de oficio se acuerde la nulidad de una negociación en la que todo el perjuicio que pudiera atribuirse a la desproporción numérica entre los interlocutores [de un lado el empresario, con algún asesor, y de otro los 17 trabajadores de la plantilla] sería invocable por parte de quien precisamente reclama en vía judicial que se declare la corrección del proceso”. Además, a juicio del Tribunal, es difícil rechazar la validez de las reuniones cuando la empresa acepta negociar con la totalidad de los trabajadores, pese a que la ley le facultaba para exigir una comisión limitada a tres miembros y le autorizaba para continuar el procedimiento sin interlocutores para el caso de aquella comisión no fuese elegida “habida cuenta de que es insostenible –en el campo de la representación voluntaria– negar validez a los que se negocia «in proprio nomine» y sólo atribuírsela a la hecha por otro «in alieno nomine»; tal posibilidad únicamente existe en el ámbito de la representación legal, que el Derecho del Trabajo concreta en los numerosos preceptos que se remiten a la representación legal –unitaria y sindical–, y en los que la correspondiente actuación no puede ser llevada a cabo por los propios trabajadores afectados, sino –muy comprensiblemente– por sus representantes institucionales, más cualificados para ello que los propios afectados en las específicas materias para las que la establece”.

Pese a todo lo anterior, el Tribunal Supremo culmina su razonamiento delimitando el alcance de su interpretación, pues precisa que con tales afirmaciones no se está dando carta de naturaleza “a la voluntad de las partes para libremente sustituir la legal comisión *ad hoc* por la negociación directa de los trabajadores, sino tan sólo que las concretas circunstancias de caso [no excesivo número de trabajadores afectados; voluntad unánime de los mismos para negociar personalmente los despidos; allanamiento de casi la mitad de los trabajadores...], nos llevan a excluir que tal defecto pueda comportar la consecuencia que le atribuye la decisión recurrida”.

Más recientemente, la STS de 10 de octubre de 2019 (Rº. 966/2017) ha hecho suyo este criterio hermenéutico autorizando, en una empresa de trece trabajadores sin representantes, la opción por negociar todos ellos la modificación sustancial de condiciones de trabajo propuesta por la empresa, en lugar de designar la comisión *ad hoc* del artículo 41.4 ET, alcanzándose finalmente un acuerdo con el voto a favor de 10 trabajadores y la oposición de los 3 restantes. La sentencia, tras confirmar la identidad de circunstancias en uno y otro asunto (escaso número de trabajadores,

voluntad unánime de negociar personalmente y aprobación mayoritaria del acuerdo), precisa, no obstante, que la posibilidad que se comenta solo es admisible cuando no concurra elemento alguno que pudiere hacer sospechar de una actuación torticera de la empresa, tendente a subvertir “el necesario carácter colectivo de la negociación”; ni aparezcan indicios de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo. Además, como ya se indicó, añade una consideración final (“para apuntalar la eficacia de esta clase de acuerdos”), en virtud de la cual no cabe hablar en estos casos de simples acuerdos plurales de naturaleza individual, a modo de pactos singulares con cada uno de los trabajadores, porque “los trabajadores que participan en la negociación no lo hacen a título puramente personal, en su solo y único nombre”. Para la sentencia, desde que los trabajadores adoptan la decisión de acudir todos ellos a la negociación, en sustitución de la comisión *ad hoc*, se constituyen “en representantes colectivos de toda la plantilla en las mismas condiciones de representatividad que hubiere ostentado aquella comisión, con todas las prerrogativas legales de la misma y actuando en representación de la totalidad de la plantilla”.

Se observa, por tanto, una falta de coincidencia respecto a la interpretación efectuada en la STS de 23 de marzo de 2015. Como acertadamente hizo notar la doctrina en su momento, en aquella ocasión, al acudir el Tribunal a los principios generales en materia de representación –justificando que el conjunto de la plantilla puede hacer directamente lo que puede hacer por medio de sus representantes–, de la sentencia se deducía que únicamente era posible admitir la negociación directa en los casos en que la plantilla en su conjunto era titular de los intereses sobre los que versan las consultas. Ello sucede, además de en los despidos colectivos, en los traslados, determinadas modificaciones sustanciales, reducciones de jornada y suspensiones, pues “afectan a la dimensión constitutiva del contrato y, por tanto, el ejercicio de la autonomía individual puede afectarlas”. Sin embargo, puesto que las inaplicaciones convencionales y las modificaciones sustanciales de condiciones pactadas en acuerdos o pactos colectivos tienen su origen en la autonomía colectiva, sería inadmisibles que se tolerara ir más allá de la –ya problemática– habilitación efectuada por el legislador a determinadas comisiones asamblearias¹⁷.

Estas consecuencias de las afirmaciones contenidas en la STS de 23 de marzo de 2015 parece que pueden entenderse superadas tras la sentencia de 10 de octubre de 2019 que, al atribuir a todos los trabajadores de la empresa la misma condición de representantes colectivos que ostentan los miembros de la comisión asamblearia, descarta que nos encontremos ante supuestos de negociación individual en masa. No serían admisibles, por ello, interpretaciones como las de las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de junio de 2019 (Rº. 273/2019 y Rº. 274/2019), en las que se reconoce legitimación activa a una trabajadora para impugnar individualmente una modificación sustancial colectiva por entender que la falta de otorgamiento de la representación a una comisión *ad hoc* “optando tácitamente en este caso por representarse cada uno a sí mismo” debe llevar a la consecuencia procesal de otorgar legitimación a cada uno de ellos para impugnar el acuerdo.

Aunque gracias a este giro interpretativo ya no se da entrada a la negociación en período de consultas careciendo de la condición de representante, la admisión excepcional de la negociación directa en estos casos continúa siendo cuestionable, puesto que resulta evidente que sigue poniendo en entredicho el carácter de derecho necesario de las reglas sobre composición de la comisión nego-

¹⁷ GOERLICH PESET, J. M., 2015, “Comentario a la STS de 23 de marzo de 2015”. En: <http://www.tirantonline.com>, Disponible en: <https://www.tirantonline.com/tol/busquedaJurisprudencia/search?general=jos%C3%A9+mar%C3%ADa+goerlich+peset&searchtype=substring&busquedaDesde=general> [consulta: 1 de junio de 2021]. El autor advierte, además, que la doctrina del Tribunal no resulta aplicable a los supuestos actualmente incluidos en la letra b) del artículo 41.4 –uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuentan con representantes legales de los trabajadores optan por no designar la comisión– ya que el precepto indica que procederá asignar su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen, y no cabe desconocer las reglas legales de delimitación del alcance de la representación de estos.

ciadora que el propio Tribunal ha admitido en otras ocasiones, según se ha indicado, y de la que se parte como regla general (“no significa que la Sala dé carta de naturaleza a la voluntad de las partes para libremente sustituir la legal comisión *ad hoc* por la negociación directa de los trabajadores”). Si se reconoce que los miembros de la comisión *ad hoc* se constituyen en representantes para negociar en el período de consultas y que tienen sus mismas prerrogativas –como ocurre, necesariamente, según se dijo, en los acuerdos de descuelgue– y ya nos movemos en el terreno de la teoría de la representación voluntaria, como ocurría en la sentencia de 23 de marzo de 2015, no es posible que se les pueda “desapoderar” –como no puede desapoderarse a los representantes unitarios y sindicales– de las facultades que legalmente les corresponden en los procesos de reorganización productiva y en las inaplicaciones convencionales.

El carácter excepcional del régimen de habilitación para negociar concedido a las comisiones *ad hoc* en empresas sin representantes entiendo que impondría, por lo demás, por aplicación del artículo 4.2 del Código Civil, una interpretación de la norma en sus propios términos. Ello es especialmente claro en los procesos de inaplicación convencional, dado el carácter excepcional del régimen del artículo 82.3, que expresamente ha recordado el Tribunal Supremo, por ejemplo, para justificar la irretroactividad del descuelgue (STS de 7 de julio de 2015, R^o 193/2014). En estos casos, en los que ya es problemática la aceptación de la legitimación de la comisión asamblearia como representación habilitada para modificar el convenio en los términos reconocidos por el legislador, no resultan, desde luego, admisibles, interpretaciones extensivas que vienen a permitir la disposición del poder de negociación que las reglas relativas a la legitimación para negociar atribuyen en exclusiva a determinados sujetos.

4. El necesario replanteamiento de la composición de las comisiones *ad hoc*

4.1. Nuevas fórmulas legales para empresas sin representantes

Las consideraciones anteriores justifican sobradamente, por lo demás, la procedencia de un replanteamiento de la intervención de las comisiones *ad hoc* –y, en especial, de las comisiones asamblearias– en la negociación de los descuelgues convencionales que habría de tener, lógicamente, su reflejo en una modificación de la regulación estatutaria¹⁸. No cabe olvidar, en este sentido, que una de las reformas incluidas en el Plan de recuperación, Transformación y Resiliencia presentado por el Gobierno en abril de 2021 ha sido la relacionada con la modernización del “marco normativo del mercado laboral, con el fin de adaptarlo a la realidad del siglo XXI y apostar por un marco de flexibilidad y seguridad que garantice la eficiencia económica y la calidad del empleo, con especial atención a los más jóvenes”. En materia de negociación colectiva, el mencionado Plan se limita a mencionar, entre los elementos integrantes del nuevo modelo laboral, sin mayores concreciones, la modernización de los mecanismos de negociación colectiva, anunciando que tal reforma es, si bien no “lo más urgente” (que se relaciona con el Plan de choque contra el desempleo juvenil, la modernización de las políticas activas de empleo, la digitalización y modernización del SEPE y el establecimiento de un mecanismo transitorio de ERTes hasta finales de 2021), sí una de las reformas de mayor calado que debe ser objeto de negociación en el marco del diálogo social.

Resulta claro que, a la hora de concretar el alcance que el legislador debería otorgar a una

¹⁸ La importancia de este replanteamiento se ve confirmada por las cifras: según se indica en el informe CCOO, *Los acuerdos de inaplicación de convenios colectivos en cifras. Análisis de los datos registrados en REGCON. [octubre 2010 – febrero 2019]*, Confederación Sindical de CCOO, 2020, p. 120 las inaplicaciones firmadas por comisiones *ad hoc* han supuesto un 70,23% del total de las registradas en REGCON, aunque la afectación personal sólo alcanzó al 23,47% de las personas concernidas por el total de las inaplicaciones.

hipotética reforma de la intervención de las comisiones *ad hoc* en los periodos de consultas de empresas sin representantes, son varios los caminos que, a la vista de las últimas decisiones adoptadas en relación con las comisiones asamblearias, se podrían tomar.

Así, en primer lugar, sería posible seguir los pasos del artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, declarando el carácter subsidiario de la comisión *ad hoc* “asamblearia” frente a la sindical. El mencionado Real Decreto-ley, con la intención declarada de agilizar la tramitación de los procedimientos de regulación de empleo, incluye, en efecto, entre las especialidades procedimentales en los supuestos que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19, una previsión relativa a las empresas sin representantes de los trabajadores (artículo 23.1 a) Real Decreto-ley 8/2020). En su virtud, en estos casos, la comisión representativa de las personas trabajadoras para la negociación del periodo de consultas –que siempre debe constituirse en el plazo improrrogable de cinco días– estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. Pues bien, únicamente de no constituirse esta comisión –que estará aquí conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes– la comisión podrá quedar integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del ET¹⁹.

En segundo lugar, cabría abogar, directamente, al modo del artículo 5 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, por la supresión de la comisión asamblearia y el mantenimiento exclusivo de la opción representativa sindical. Parece oportuno recordar que, según el apartado tercero de dicho precepto, en las empresas carentes de representación legal de los trabajadores se creará una comisión negociadora constituida, de un lado, por la representación de la empresa y, de otro lado, por una representación de las personas trabajadoras, integrada por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. En estos casos, la comisión negociadora contará con un máximo de seis miembros por cada parte, conformándose la representación sindical en proporción a la representatividad en el sector y garantizando la participación de todos los sindicatos legitimados. Se prevé, no obstante, que esta comisión sindical –cuyos miembros tienen “los mismos derechos y obligaciones que las personas que intervinieran en la negociación de convenios y acuerdos colectivos” (artículo 5.8 RD 901/2020)– estará válidamente integrada por aquella organización u organizaciones que respondan a la convocatoria de la empresa en el plazo de diez días. Por lo demás, cuando existan centros de trabajo con representación legal y centros de trabajo sin ella, se establece que la parte social de la comisión negociadora estará integrada, por un lado, por los representantes legales de las personas trabajadoras de los centros que cuentan con dicha representación y, por otro lado, por la comisión sindical, integrándose la comisión negociadora por un máximo de trece miembros por cada una de las partes²⁰.

¹⁹ Debe señalarse que el artículo 3 del Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos, dispone que a los expedientes de regulación temporal de empleo basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción vinculadas al COVID-19, iniciados tras su entrada en vigor y hasta el 30 de septiembre de 2021, les resultarán de aplicación las previsiones establecidas en el artículo 3 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre. Dicho precepto prevé, a su vez, la aplicación del artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, con las especialidades recogidas en este precepto.

²⁰ La STS de 26 de enero de 2021 (Rº. 50/2020), relativa a un plan de igualdad aprobado con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, indicaba, con cita de jurisprudencia anterior, que la negociación de los planes de

4.2. La preferencia de la comisión sindical ad hoc

Tratándose de la inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo estatutario, en principio, sería preferible obviar, como hiciera inicialmente el Real Decreto-ley 10/2010, cualquier referencia a las comisiones asamblearias, manteniendo, al modo del RD 901/2020, la intervención de la comisión sindical para empresas sin representantes. La potencial “peligrosidad” de la fórmula asamblearia, a la que se acaba de hacer referencia, avala, en mi opinión, este punto de vista, fundamentalmente porque, además de riesgos relacionados con el *dumping* social, la intervención de este tipo de comisiones puede suponer un desgaste del propio derecho de negociación colectiva que, desde luego, casa a duras penas con la promoción de la negociación colectiva que deriva del mandato del artículo 37.1 de la CE y que se reclama desde instancias internacionales. Debe recordarse a este respecto que estamos ante un derecho reconocido en el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea e incluido en la “Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento” de 1998. No extraña, por ello, que desde la OIT se observe con preocupación la proliferación de políticas estatales que “han retirado su apoyo a la negociación colectiva”²¹. Aunque dichas políticas –en general favorables a la descentralización negocial, la disminución del protagonismo del convenio de sector y a la limitación de la ultraactividad de los convenios– no han demostrado su aptitud para revertir la crisis, sí pueden haber influido, precisamente por fortalecer las prerrogativas empresariales en la modificación de las condiciones de trabajo, en el incremento de la desigualdad social y en el debilitamiento de la capacidad reguladora de la negociación colectiva. Ante tal diagnóstico, se coincide en destacar la importancia que presenta la instauración de marcos normativos adecuados, que promocionen la negociación colectiva, evitando la erosión de su relevancia en el futuro²². En esta línea se situaría, a mi juicio, una reforma del artículo 82.3 del ET que se decantara por la propuesta efectuada.

El mantenimiento exclusivo de las comisiones sindicales podría defenderse, por su parte, por la innegable necesidad de atender a uno de los problemas “endémicos” de los procesos de negociación colectiva en nuestro país, como es el relativo a las empresas carentes de representación legal de los trabajadores. De hecho, el 60,3% de las inaplicaciones efectuadas entre los años 2010 y 2019 han correspondido a las empresas más pequeñas –de 1 a 10 trabajadores–, y los porcentajes van bajando a medida que subimos los tramos de plantillas, hasta situarse en el 1,9% para las que superan las 250 personas²³. Habilitar la intervención de la comisión sindical reforzaría, por eso, sin perjuicio del carácter “excesivo” de las causas establecidas sobre el que se volverá después, las posibilidades de negociación, permitiendo a las empresas en crisis la culminación negociada de procesos de descuelgue que, no hay que olvidar, pueden desempeñar un papel importante en el actual contexto de crisis generalizada derivado de la pandemia como vía alternativa a la destrucción de empleo.

Además, facultar en estos casos como interlocutor únicamente a la comisión sindical, al tiempo que resulta acorde con la función promocional de la negociación colectiva que corresponde al legislador, podría favorecer la articulación de la estructura negocial pues, en el caso del descuelgue de conve-

igualdad debe acometerse necesariamente por los sujetos legitimados para la negociación de los convenios de empresa. Consiguientemente, rechazaba la sustitución de los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores por una comisión *ad hoc*. En el mismo sentido puede verse la más reciente STS de 25 de mayo de 2021 (R^o 186/2019).

²¹ OIT, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2017, p. 54.

²² AA. VV., *Trends in collective bargaining coverage: Stability, erosion or decline?*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2017, p. 10; LEONARDI, S.; PEDERSINI, R., *Multi-employer bargaining under pressure. Decentralisation trends in five European countries*, Bruselas, ETUI, 2018, p. 32-35; CRUZ VILLALÓN, J. et. al., *La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, p. 21-22.

²³ CCOO, *Los acuerdos de inaplicación de convenios colectivos en cifras. Análisis de los datos registrados en REGCON (octubre 2010–febrero 2019)*, cit., p. 9.

nios supraempresariales, los propios sujetos negociadores legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación en la empresa estarían procediendo al descuelgue. Es una solución coherente, en fin, con las propuestas tendentes a establecer en la negociación de empresa, como principal fuente de flexibilidad interna, representaciones fuertes y estables, propuestas que también subrayan que la sindicalización de la interlocución en la empresa resulta adecuada para asegurar la coherencia entre los niveles superiores de negociación y el ámbito o nivel empresarial²⁴.

No hay que olvidar, con todo, que el mantenimiento exclusivo de la comisión sindical contaría con la oposición empresarial, dada la “desafección sindical” existente. Así parece confirmarlo el comunicado emitido por CEOE-CEPYME el 30 de julio pasado, en el que expresamente se achacaba el fracaso de la mesa de diálogo social de igualdad a la introducción por el Ministerio de Trabajo del procedimiento del artículo 5.3: “CEOE y CEPYME entendemos que la democracia en las empresas pasa por permitir que las personas trabajadoras negocien y decidan libremente lo que les afecta sin tutelajes”. El procedimiento negociador establecido para las empresas sin representantes en el artículo 5.3 del RD 901/2020 ha llevado, además, finalmente, al planteamiento por parte de la CEOE de un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, por entender, pese al contenido del dictamen emitido por el Consejo de Estado²⁵, que la regulación reglamentaria incurre en *ultra vires* al suponer una extralimitación en la habilitación concedida por el artículo 46.6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Pero, sobre todo, al margen de esta constatable “desafección sindical”, el mantenimiento exclusivo de la comisión sindical presenta el inconveniente principal de dejar sin resolver el problema —que, en la práctica, ya se está denunciando en la negociación de los planes de igualdad— de la posible incomparencia o falta de respuesta de las organizaciones sindicales convocadas, problema que, preferiblemente, debería solucionar la ley, so pena de hacer inviable la negociación en las empresas sin representantes de los trabajadores.

Podría pensarse, por ello, de no optarse por su desaparición, en habilitar, si bien únicamente de forma subsidiaria, a las comisiones asamblearias en los procesos de inaplicación de condiciones derivadas del convenio colectivo. Eso sí, si se optara por el mantenimiento subsidiario del recurso a la comisión asamblearia de no llegar a conformarse la comisión sindical, sería imprescindible reconocer a sus integrantes de forma expresa, por los motivos señalados, las mismas prerrogativas legales

²⁴ AA.VV., “Por un nuevo marco legislativo laboral. Conclusiones del grupo FIDE sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, 2016, 1069-1077.

²⁵ En su Dictamen de 17 de septiembre de 2020 el Consejo de Estado niega la existencia de extralimitación por tres motivos fundamentales: “En primer lugar, aunque el artículo 46.6 de la Ley Orgánica no incluye los requisitos procedimentales del plan dentro de las materias que deberán ser objeto de desarrollo reglamentario ni, en particular, lo relativo a la composición de la comisión negociadora y su modo de funcionamiento, el precepto proyectado encuentra una base legal suficiente en la habilitación reglamentaria general contenida en la disposición final tercera de la Ley Orgánica 3/2007 y en la disposición final primera del Real Decreto-ley 6/2019, en la medida en que se trata de una regulación necesaria para la aplicación y desarrollo de tales normas legales y, en particular, para articular el sistema de planes de igualdad.

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 45.1 de la Ley Orgánica 3/2007 señala que las medidas dirigidas a evitar la discriminación laboral entre hombres y mujeres se deberán “negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral”, y el artículo 45.2 dispone que “[e]n el caso de las empresas de cincuenta o más trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral”, estas remisiones a la “legislación laboral” no introducen una reserva de ley formal, sino que deben interpretarse en el sentido de recordar que la regulación de estas cuestiones relativas a la representación de los trabajadores a efectos de negociaciones laborales se incardinan en normas del Derecho laboral —como lo es el Proyecto sometido a dictamen—. Así, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 149.1.7.^a de la Constitución, la expresión “legislación laboral” “ha de ser entendida en sentido material, sea cual fuere el rango formal de las normas y comprendiendo por tanto, no sólo las leyes, sino también los reglamentos” (entre otras, STC 35/1982, de 14 de junio, FJ 2).

En fin, hay que tener en cuenta que la determinación de la composición de la comisión negociadora encargada de aprobar el plan de igualdad constituye una pieza indispensable para un adecuado funcionamiento del sistema, una de cuyas claves de arco es el carácter negociado de dichos planes”.

que disfrutaran el resto de representantes de los trabajadores. Todo ello sin olvidar que esta propuesta concreta debería incardinarse en una más amplia reforma de la regulación de los descuelgues convencionales en la que se repensasen otros aspectos del procedimiento diseñado –singularmente, el arbitraje obligatorio ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico equivalente– y en la que, a través de una nueva definición de sus causas justificativas, excesivamente ampliadas, se devolviese a una figura que permite excepcionar la eficacia del convenio el carácter extraordinario que nunca debió perder, configurando adecuadamente la necesidad de la inaplicación, en cuanto mecanismo alternativo a la destrucción de empleo, en empresas en crisis²⁶.

Volviendo, en fin, al tema de la composición de las comisiones *ad hoc*, cabría sopesar con calma esta misma perpetuación de la fórmula asamblearia, si bien con carácter subsidiario, dada la conveniente existencia de un régimen unitario del periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial²⁷, en el caso de la intervención de las comisiones asamblearias en los procesos de reestructuración empresarial en los que, a falta de acuerdo, el empresario puede adoptar unilateralmente la decisión que corresponda. Una solución de este tipo otorgaría prioridad, de forma paralela a lo que sucede en el modelo estatutario de negociación del convenio colectivo de empresa, a la representación sindical y, al mismo tiempo, al mantener el mecanismo “asambleario”, garantizaría, en caso de no concurrir las organizaciones sindicales, el cumplimiento de la finalidad de la norma que, no hay que olvidar, se refiere en estos casos a la posibilidad de influir en el ejercicio del poder empresarial, restando conflictividad a las relaciones laborales.

5. Conclusiones

La posibilidad de que las comisiones *ad hoc* designadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4 del ET negocien en los procesos de reorganización productiva y descuelgue convencional ante la ausencia de representantes de los trabajadores suscita, como es sabido, numerosas dudas interpretativas. Entre ellas es posible destacar, no obstante, por un lado, la relacionada con la naturaleza jurídica del régimen legal relativo a su composición, fundamentalmente porque el Tribunal Supremo, pese a negar que su conformación sea libre para las partes, ha validado, de forma excepcional, la opción de los trabajadores de intervenir todos ellos como interlocutores, en lugar de designar una de las comisiones legales *ad hoc*. Los términos de este reconocimiento en la STS de 10 de octubre de 2019 parecen haber variado el punto de vista inicialmente asumido por el Tribunal en su sentencia de 23 de marzo de 2015, pues implican la superación de la aplicación de los principios generales en materia de representación cuando de la comisión asamblearia se trata. El problema es

²⁶ Igualmente, al margen de la reforma del régimen legal existente, cabría reclamar que el carácter excepcional del régimen del artículo 82.3 se tuviera siempre en cuenta en su interpretación judicial, evitando, por ejemplo, interpretaciones “ampliatorias” del listado material como la efectuada por la STS de 27 de mayo de 2013 (Rº. 90/2012). En dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo admite la validez de un acuerdo de descuelgue relativo al fraccionamiento del disfrute de las vacaciones por entender, en lo esencial, que, si bien las vacaciones no se mencionan expresamente en el precepto, está implícitas en los apartados relativos a la jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo. Parece olvidarse que una interpretación sistemática obligaría a tener en cuenta que en el art. 84.2 letra c) del ET se diferencia “el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones” y, sobre todo, parece perderse de vista la interpretación estricta que el artículo 4.2 del Código Civil reclama para las normas excepcionales. La necesidad de interpretar en sus propios términos el régimen excepcional del descuelgue sí se trae a colación, sin embargo, como se ha mencionado *supra*, por el propio Tribunal, para confirmar la irretroactividad del descuelgue (STS de 7 de julio de 2015, Rº 193/2014). Del mismo modo, se acude al carácter excepcional de la regulación, por ejemplo, para declarar la imposibilidad de extender la preferencia aplicativa del artículo 84.2 del ET a los ámbitos inferiores a la empresa (SSTS de 22 de septiembre de 2016, Rº 248/2015 y 9 de mayo de 2017, Rº 115/2016). También se interpreta en sus propios términos el listado material del artículo 84.2, recordando, precisamente, que la duración de las vacaciones no puede confundirse con la planificación de su disfrute (STS de 1 de abril de 2016, Rº 147/2015).

²⁷ NORES TORRES, L. E., *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, cit., p. 337 y ss.

que, al prescindir de la teoría de la representación voluntaria y declarar la condición de representantes de los miembros de la comisión asamblearia, se hace difícil admitir la legalidad de arrebatárselos, siquiera excepcionalmente, las facultades que se les otorgan en los procesos de reorganización productiva y descuelgue para hacerlas recaer directamente en los trabajadores.

Por otro lado, el anuncio de una reforma del ET tendente a modernizar la negociación colectiva exige recordar que, aunque sea posible defender su constitucionalidad, la fórmula asamblearia presenta, especialmente en los procesos de inaplicación de condiciones pactadas en convenio, un carácter marcadamente problemático. Como se ha indicado, desde el punto de vista empresarial, con ella se corre el riesgo de “dumping social” entre empresas de la competencia, pues pueden existir facilidades de una empresa para conseguir que los representantes elegidos sean “afines” a la misma que puede no tener otra de la competencia. Desde el punto de vista de los trabajadores, es difícil negar que las posibilidades de presión empresarial en la negociación con las comisiones asamblearias son elevadas, por lo que puede producirse un desgaste en el derecho a la negociación colectiva al incrementarse por esta vía el poder empresarial en la inaplicación del convenio colectivo.

Cabe proponer, por ello, si no se procede a su derogación, una reformulación de la composición de las comisiones *ad hoc*, que se estima también adecuada en los procesos de reorganización productiva, que otorgue preferencia a su carácter “sindicalizado” y permita, solo de manera subsidiaria, con objeto de permitir en todo caso la participación de los trabajadores en empresas sin representantes, su posible carácter “asambleario”. De optarse por esta fórmula sería imprescindible reconocer, no obstante, como parece haberse hecho en la tantas veces mencionada STS de 10 de octubre de 2019, que los integrantes de la eventual comisión asamblearia disfrutaran de las garantías propias de los representantes de los trabajadores.

Bibliografía citada

- ALFONSO MELLADO, C., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”. En: VV.AA., *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- AA.VV., “Por un nuevo marco legislativo laboral. Conclusiones del grupo FIDE sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, 2016, pp. 1069-1077.
- AA. VV., *Trends in collective bargaining coverage: Stability, erosion or decline?*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2017.
- CORREA CARRASCO, M., “La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia: una labor inacabada”, *Trabajo y Derecho*, nº 69, 2020.
- CRUZ VILLALÓN, J. et. al., *La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019.
- DE CASTRO MARÍN, E., *El “descuelgue” de convenio colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- GÁRATE CASTRO, J., *Lecturas sobre el derecho a la negociación colectiva laboral*, 1ª ed., Madrid, Cinca, 2019.
- GARCÍA NINET, J. I., “La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 34, 2013, pp. 235-306.
- GOERLICH PESET, J. M., *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Valencia, Tiran lo Blanch, 2013.
- GOERLICH PESET, J. M., 2015, “Comentario a la STS de 23 de marzo de 2015”. En: <http://www.tirantonline.com>, Disponible en: <https://www.tirantonline.com/tol/busquedaJurispru->

- dencia/search?general=jos%C3%A9+mar%C3%ADa+goerlich+peset&searchtype=substring &busquedaDesde=general [consulta: 1 de junio de 2021].
- LEONARDI, S.; PEDERSINI, R., *Multi-employer bargaining under pressure. Decentralisation trends in five European countries*, Bruselas, ETUI, 2018.
- LÓPEZ TERRADA, E.; NORES TORRES, L. E., “La evolución del tratamiento del descuelgue salarial en la negociación colectiva (2007-2015)”, en: J. M. Goerlich (dir.) *et. al.*, *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018.
- LÓPEZ TERRADA, E., “Articulación y reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 2011, pp. 365-381.
- NORES TORRES, L. E., *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, 1ª ed., Madrid, CES, 2000.
- OIT, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2017.
- SALA FRANCO, T., *Derecho Sindical*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- SALA FRANCO, T.; LÓPEZ TERRADA, E., “La negociación colectiva”. En: T. Sala, *et al.*, *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Francis Lefebvre, 2018.