

La incidencia de las variaciones de plantilla sobre la existencia de delegados sindicales

María Ángeles Burgos Giner. Profesora TEU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Jaime I-Castellón

Publicación: Aranzadi Social paraf. 2/2008 (Presentación).

1- Introducción

Para la representación de los trabajadores en la empresa se contemplan dos vías o canales de representación, la unitaria y la sindical.

La representación unitaria está integrada por los delegados de personal o comités de empresa, se encuentran en relación directa con el número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo, son elegidos por y entre todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo con independencia de su afiliación sindical. Mientras que la representación sindical se manifiesta a través de la constitución de las secciones sindicales y delegados sindicales, y precisa de la afiliación sindical de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para poder constituirla con independencia del número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo. Las secciones sindicales pueden designar al delegado sindical para que las represente, pero para que pueda ostentar las garantías y facultades que la [LOLS \(RCL 1985, 1980\)](#) le otorga, tendrá que cumplir unas exigencias que, aquí sí, se encuentran condicionadas al número de trabajadores de la empresa o en el centro de trabajo así como la presencia sindical en los órganos de representación unitaria.

Y es que no olvidemos, las secciones sindicales, como ha manifestado el Tribunal Constitucional, tienen una doble naturaleza, ya que «por una parte, son instancias organizativas internas del sindicato y, por otra, son también "representaciones externas a las que la Ley confiere determinadas ventajas y prerrogativas" ([SSTC 61/1989, de 3 de abril \[RTC 1989, 61\]](#) , [84/1989, de 10 de mayo \[RTC 1989, 84\]](#) , [173/1992 de 29 de octubre \[RTC 1992, 173\]](#)) y es que será la sección sindical la que le permitirá al sindicato llevar sus actividades en la empresa para la defensa de los intereses de sus afiliados y poder así desarrollar su actividad sindical dentro de la empresa, por lo que se ha venido considerando que "la constitución de una sección sindical forma parte de ese núcleo indisponible del [art. 28.1 CE \(RCL 1978, 2836\)](#) " (SSTC 61/1989 de 3 de abril, 84/1989 de 10 de mayo, [168/1996 de 29 de octubre \[RTC 1996, 168\]](#) , [145/1999 de 22 de julio \[RTC 1999, 145\]](#)). Mientras que "la facultad de que el delegado sindical pueda desarrollar las funciones y gozar de las garantías legalmente reconocidas forma parte de lo que nuestra jurisprudencia ha venido denominando el contenido adicional de la libertad sindical" (SSTC 173/1992, de 29 de octubre, [188/1995 de 18 de diciembre \(RTC 1995, 188\)](#) , 145/199 de 22 de julio), dado que las facultades y las garantías del delegado sindical tienen un origen legal, "no viene impuesto por la Constitución ni se incluyen en el contenido esencial del derecho de libertad sindical, que continúa siendo reconocible aunque no todos los sindicatos ostenten el derecho a estar representados por delegados sindicales en los términos de la Ley Orgánica de libertad sindical. Tales facultades y garantías, en consecuencia, tienen un origen legal, por lo que la determinación de su configuración y límites corresponde al legislador o, en su caso, a la negociación colectiva, como permite expresamente el [art. 10.2 LOLS"\(STC 229/2002 de 9 de diciembre \[RTC 2002, 229\]\)](#)».

Así, de conformidad con el [art. 10.1](#) de la LOLS, las secciones sindicales que se constituyan en las empresas o centros de trabajo por trabajadores afiliados al sindicato, estarán representadas por delegados sindicales, elegidos por y entre los trabajadores afiliados en la empresa o centro de trabajo, por lo que el delegado sindical será el representante de la sección sindical ante la empresa, y de conformidad con la norma, se le reconocerán unas facultades o privilegios si reúne los requisitos allí establecidos. Como también les serán de aplicación las garantías reconocidas para la representación unitaria en el caso en que no formen parte del comité de empresa ([art. 10.3](#) LOLS), concretamente tanto las previstas en el [art. 68 ET \(RCL 1995, 997\)](#) como en el [art. 55.4 ET](#) para poder ejercitar el derecho de opción en el supuesto de despido declarado improcedente.

Sin embargo, si bien para la representación unitaria contamos con una amplia regulación de los derechos de representación y reunión de los trabajadores en la empresa a través de la normativa legal y reglamentaria ([Título II del ET y RD 1844/1994 de 9 de septiembre \[RCL 1994, 2585\]](#)), no ocurre lo mismo para la representación sindical, en concreto para la figura del delegado sindical, que hará que en muchas ocasiones utilicemos la aplicación analógica de la normativa referida a la representación unitaria y acudamos a la jurisprudencia para suplir la ausencia de una previsión legal ante el supuesto planteado y que, como veremos, se plantea en la presente sentencia que pasamos a comentar.

2- Resumen de los hechos

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Las Palmas, resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, número 1 de las Palmas de Gran Canaria, en autos sobre despido.

En dicha Sentencia se declaran como hechos probados que el actor venía prestando sus servicios con carácter indefinido en la empresa demandada contando con una antigüedad de 1998. El actor, en 2002, había sido designado delegado sindical de la Sección Sindical de CC OO, fecha en que el centro de trabajo tenía una plantilla superior a 250 trabajadores y el Sindicato contaba con representación en el Comité de Empresa.

El 7 de diciembre de 2004, la empresa comunicó al actor que al haberse producido una disminución de la plantilla por debajo de los 250 trabajadores había desaparecido el derecho a la existencia de delegado sindical.

El 22 de marzo de 2006, la empresa despide al actor por disminución continuada, reiterada y voluntaria del trabajo, comunicación que recibe por burofax el 24 de marzo de 2006, y en donde, tras reconocer la improcedencia del despido, pone a disposición del trabajador la indemnización que le correspondía legalmente, consignándola en el Juzgado Decano de lo Social ante la negativa de éste a aceptarla.

En el momento de producirse el despido la empresa contaba con una plantilla de 227 trabajadores y el [Convenio Colectivo aplicable \(LEG 2002, 7285\)](#) no establecía privilegios para los delegados sindicales.

El actor solicita ante el Juzgado de lo Social que se declare la improcedencia del despido, que se reconozca su derecho a ejercer la opción en su condición de delegado sindical y el abono de los salarios de tramitación. La Sentencia de instancia estima parcialmente la demanda al reconocer la improcedencia del despido por carecer de causa legal que lo justifique y otorga la opción de readmitir o indemnizar a la empresa

al considerar que, antes del despido, había perdido su condición de delegado sindical. Frente a esta Sentencia se plantea recurso de Suplicación en el que solicita que se reconozca su derecho a ejercer la opción entre la indemnización o readmisión que por su condición de delegado sindical corresponde al actor y no a la empresa así como el abono de los salarios de tramitación. Recurso que es estimado por la presente Sentencia y cuyos fundamentos pasamos a comentar.

3- Comentario sobre las cuestiones planteadas

La presente [Sentencia \(AS 2008, 16\)](#) plantea cuestiones de gran importancia en torno a la figura del delegado sindical previsto en la [LOLS \(RCL 1985, 1980\)](#) , ante las dificultades interpretativas que plantea la previsión legal y que pasamos a comentar.

Si bien cualquier sindicato podrá designar su representante o delegado sindical o portavoz en la empresa o centro de trabajo, como se le quiera denominar, conforme a sus propios estatutos, éste quedaría al margen de la [LOLS](#) y derivaría de ese «ejercicio de la libertad interna de autoorganización del sindicato y, en cuanto tal, la [LOLS](#) no lo prohíbe a ningún sindicato ni a ninguna sección sindical... Distinta es la cuestión de las consecuencias legales que se derivan de tales Delegados...» y que no significan un impedimento para que ...«la Sección Sindical elija representantes o portavoces permanentes ni que los mismos actúen en representación de los afiliados» ([STC 84/1989 de 10 de mayo \[RTC 1989, 84\]](#)).

La [LOLS](#), en su [art. 10.3](#) , les reconoce derechos y competencias solamente a los delegados sindicales que reúnan una doble exigencia (art. 10.1 [LOLS](#)): que los centros de trabajo o empresas que ocupen un número determinado de trabajadores, en concreto «más de 250 trabajadores cualquiera que sea la clase de su contrato» y que cuenten con presencia en el comité de empresa. Y, es aquí, en cuanto al momento en que se deben reunir los requisitos previstos en la [LOLS](#), en donde se plantean las dudas interpretativas, y muy especialmente al referirlos al momento en el que se debe verificar el cómputo del número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo, tanto para su designación inicial como su continuidad o permanencia en el tiempo habida cuenta que no se encuentra sometido a un plazo de vencimiento de su mandato representativo, y en donde la incidencia que las fluctuaciones de la plantilla sobre esta figura representativa pueden producir, teniendo además en cuenta que dicha figura no se encuentra sometida a un mandato temporal, como sí ocurre con la representación unitaria.

El tema es de importancia, dado que si reúnen dichos requisitos legales o convencionales, los delegados sindicales ostentarán las facultades y las garantías legales previstas, mientras que si no se reúnen dichos requisitos, las secciones sindicales podrán designar de igual forma, portavoces, representantes o delegados sindicales pero carecerán de estos privilegios, salvo su reconocimiento por convenio colectivo.

Las fluctuaciones o variaciones que se pueden producir sobre la plantilla de una empresa o centro de trabajo podrán significar el reconocimiento o no de esas facultades y garantías previstas legalmente y que incidirán en mayor o menor medida en la actividad sindical a desplegar en la empresa o centro de trabajo del trabajador afiliado.

Si la variación consistiera en un aumento del umbral numérico, no plantearía problemas al contar con la posibilidad de aumentar el número de delegados en función de la escala prevista y contar así con una regulación legal al respecto. Podría significar

que se aumentara el número delegados sindicales, contando además con la posible previsión del convenio colectivo que conforme al [art. 10.2 LOLS](#) admite mejorar el número establecido en la escala.

Pero no ocurriría lo mismo en el supuesto que se tratara de una disminución de la misma, que pudiera llegar a significar la desaparición del delegado sindical contemplado en la LOLS, como en el supuesto de hecho planteado en la presente sentencia, al encontrarse la plantilla al borde del umbral numérico, imaginemos que se tratara de 251 trabajadores en el momento de designar al delegado sindical y comunicarlo a la empresa, pero posteriormente debido a contrataciones temporales, por ejemplo, disminuyera su número al finalizar las mismas o producirse despidos.

Esto nos lleva a efectuarnos la siguiente pregunta ¿en qué momento se debe verificar el cómputo de la plantilla? ¿se encuentra sometida a un plazo temporal derivado de la elección? ¿debe conocer el empresario el momento en que se producirá la elección y continuidad del delegado por la sección?

La designación del delegado sindical se efectuará por elección «por y entre sus afiliados en la empresa o centro de trabajo» ([art. 10.1 LOLS](#)), no obedece a un proceso electoral como ocurre con la representación unitaria, donde existe una previsión legal y reglamentaria respecto al mismo, y podemos ver cómo incide sobre la elección tanto la antigüedad en la empresa de los trabajadores para ser electores y elegibles, como las modalidades de contratación, las duraciones de contratos en atención al número de días trabajados en el año anterior a la convocatoria ([arts 69.2 y 72.2 ET \[RCL 1995, 997\]](#) y [art. 9.4 RD 1844/1994 de 9 de septiembre \[RCL 1994, 2585\]](#)) se encuentran reguladas, mientras que la LOLS, en la línea de no interferir en la libertad de auto-reglamentación de los sindicatos, efectúa una referencia muy amplia e indeterminada, cuando dice «cualquiera que sea la clase de su contrato» para referirse al número de trabajadores de la empresa, sin indicar claramente a qué tipo de contratación hay que referir a los trabajadores en función de su vinculación con la empresa y a partir de cuándo y hasta cuándo computarán las contrataciones temporales efectuadas, en el supuestos que las hubiere.

Esta imprecisión normativa nos puede llevar como ha ocurrido en el presente caso, a computar el número de trabajadores necesario para poder «continuar» contando con el delegado sindical de la LOLS, en un momento del proceso productivo en el que la plantilla cuenta con un número de trabajadores inferior al umbral numérico exigido, por lo tanto significará la pérdida de la condición de delegado sindical con las garantías y facultades previstas legalmente. Pero ¿cómo se ha llegado a esta situación?, podría haberse llegado a dicho umbral por circunstancias puntuales, sea por ejemplo terminación de contrataciones temporales y de corta duración, extinciones de contratos, despidos, jubilaciones... es decir, podrían haber derivado de un amplio abanico de posibilidades, que dicho sea de paso, podrían incluso derivar en una voluntad de reducir la plantilla con una finalidad «antisindical». O también, se podría haber aprovechado la otra parte del momento. Es decir utilizar ese aumento, esporádico o temporal, de aumento de la plantilla que alcanza el umbral para ser designado

Consideramos que ante situaciones como las producidas en este caso que, para determinar el número de trabajadores a computar, es preciso que cuenten con una permanencia en el tiempo para poder hablar de una plantilla de trabajadores en la empresa y que normalmente la referimos a una plantilla «fija» o cuanto menos estable. Y como con buen criterio, a nuestro entender, mantiene la Sentencia, que una vez que se acredite «a) la consolidación en el tiempo de la disminución de la plantilla (de forma que la misma no sea coyuntural o fluctuante en el umbral numérico de los 250); y b) el

carácter esencial y significativo de la misma en atención al número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo en cuestión», podríamos presumir como no adecuada tanto la designación oficial como la continuidad del delegado sindical, en el supuesto en que se produjera un descenso de la misma. Seguiríamos así la doctrina mantenida por los Tribunales (STSJ País Vasco de 31 de octubre de 2000, [STS de 11 de abril de 2001 \[RJ 2001, 4911\] F4](#), [STS de 9 de junio de 2005 \[RJ 2005, 5980\]](#)) en donde admite que perdería el actor la condición de delegado sindical de la LOLS, al no reunir el requisito del número exigido, porque «la exigencia del requisito en cada momento supone que el sindicato designará el delegado cuando el mismo se cumpla y, que se perderán los derechos cuando el requisito no concurra» (STSJ País Vasco 31 de octubre de 2000). Pero que en el presente caso no ha ocurrido al entender que no ha quedado ni acreditado ni consolidada en el tiempo, ni que sea esencial ni significativa su disminución, de conformidad con la argumentación expresada en la Sentencia.

Podríamos pensar, como dice la Sentencia, que probablemente de «admitir la incidencia negativa de la disminución del número de trabajadores sobre la existencia de la figura del delegado sindical, sería abrir una espita a posibles prácticas antisindicales del empresario, que por el juego de contrataciones temporales y extinciones contractuales condicionaría, a su arbitrio, la permanencia de la figura de los delegados sindicales».

Pero en sentido contrario, como hemos señalado con anterioridad, también podríamos llegar a pensar que ante la falta de previsión pudiera aprovecharse un aumento esporádico de la plantilla para designar al delegado sindical LOLS ¿por qué no una norma igual que para la representación unitaria que modificara «cualquier tipo de contrato» y estableciera la diferenciación entre fijos y no fijos? Bajo nuestro punto de vista, consideramos que sería una mejor opción, antes que una aplicación analógica de los preceptos de la representación unitaria ante las diferencias entre una representación y otra, así como ante el cuidado que ha tenido el legislador de arbitrar una norma dentro de esa libertad sindical que reconoce el [art. 28.1 CE \(RCL 1978, 2836\)](#) dejando sin regulación estos aspectos para no lesionar el derecho fundamental, los efectos podrían ser peores que los evitados.

La presente Sentencia, nos plantea dudas en cuanto a la conducta del actor en relación a los hechos probados. Así, en primer lugar ¿por qué no reclamó el actor o el Sindicato ante la comunicación de la disminución de la plantilla? De conformidad con los hechos probados, la comunicación de la disminución de la plantilla y la consecuente pérdida del «status» privilegiado de delegado sindical ocurrió el 7 de diciembre de 2004 y la comunicación del despido disciplinario fue remitida el 24 de marzo de 2006, es decir, había transcurrido más de un año, durante ese tiempo, el actor ¿realizaba funciones de representante de la sección sindical?, si «tácitamente» reconoció la disminución de la plantilla que significaba su «cese» como delegado sindical con privilegios para el empresario, no se comprende como posteriormente pretende que le sean reconocidos, dado que durante este tiempo ¿ha realizado funciones de delegado sindical?

Si así fuera, significaría que se le continuaría aplicando el [art. 10.3 LOLS](#), por lo tanto la garantía prevista del [art. 55.4 ET](#), no solamente las previstas en el [art. 68 c\) ET](#), por lo que sí que le correspondería al actor ejercitar el derecho de opción en el despido improcedente, pero en cualquier caso esta situación debería ser conocida tanto por el Sindicato como por la empresa.

Ya que el Sindicato será el que podrá efectuar el control de la actividad desplegada por el delegado, tendrá que realizar sus funciones conforme a lo establecido en sus estatutos y en el supuesto que no lo hiciera podrá ser sancionado con la destitución

conforme a los estatutos sindicales ([STC 121/2001 de 4 de junio \[RTC 2001, 121\]](#)). En este supuesto en que el delegado sindical dejara de serlo por la destitución efectuado por su Sindicato, podría llegar a perder la garantía de indemnidad, por lo tanto el derecho a ejercitar la opción del [art. 55.4 ET](#), sólo plantearía dudas en el supuesto en que los estatutos de su Sindicato estableciera la duración de su mandato. ([STC 229/2002 de 9 de diciembre \[RTC 2002, 229\]](#)).

Si la designación del delegado sindical y su destitución corresponde la Sindicato, nos podríamos preguntar también, por qué éste en el momento en que se le comunica el «cese» al actor no reacciona, ya que es al Sindicato al que le compete comprobar que se reúnen los requisitos para en caso que se cumplan poder elegir y designar al delegado sindical, y no lo hará en caso que no se cumplan, como mantienen los Tribunales (STSJ País Vasco 31 de octubre 2000).

Por otra parte, como ha venido manteniendo el Tribunal Constitucional «la elección del delegado sindical debe notificarse al empresario cuyo conocimiento es necesario para que alcancen efectividad los derechos y garantías que corresponde a aquél» y a partir de este momento el empresario está facultado para poder comprobar que la elección se ha efectuado de acuerdo con los requisitos exigidos, pudiendo llegar a negarse a reconocerlo en caso de ausencia, sin que exista inconveniente alguno en reconocer que el empresario pueda recabar datos para comprobar la legitimidad de la elección (afiliación), sin vulnerar los derechos fundamentales del trabajador ([STC 292/1993 de 18 de octubre \[RTC 1993, 292\]](#)). Por lo que consideramos que la actitud de la empresa sería la correcta al comunicar al delegado sindical que ha cesado el derecho a ser reconocido, tras comprobar la falta de uno de los requisitos legales para su existencia, y por consiguiente sus garantías legales.

En segundo lugar, nos preguntamos a qué obedece el que el actor, delegado sindical «destituido» por el empresario y no por el Sindicato, no pide la nulidad del despido por lesión al derecho de libertad sindical. Consideramos que bajo esta perspectiva podría considerarse más acertadamente la reclamación del actor. Ya que como sostiene la Sentencia «la forma de actuar de la empresa demandada, nada más comprobar que su plantilla de trabajadores ha bajado ligeramente de 250 (a 227) se apresura a "cesar" unilateralmente al actor como delegado sindical, comunicándoles que "... ha desaparecido el derecho a la existencia de delegados sindicales" (hecho probado tercero), a parte de ser ciertamente delatadora y desprender un fuerte "tufo" (sic) a práctica antisindical, va en contra del ejercicio de libertad interna de autoorganización del sindicato, pues los delegados sindicales son elegidos por y entre los afiliados al sindicato correspondiente en la empresa o centro de trabajo a través del procedimiento electoral que venga establecido en los estatutos del mismo y son cesados por acto de contraria potestad».

Para concluir, quisiéramos significar cómo la falta de previsión legal para no interferir en la libertad de acción de un derecho fundamental, puede llevarnos a plantear situaciones complejas y de confusa solución cuando podrían ser evitadas a través de una normativa clara y precisa que evitara equívocas interpretaciones como la que se ha dado en el supuesto que hemos comentado. Ahora bien, siempre es complicado regular los temas de derechos de los Sindicatos, porque cualquier normativa podría ser una injerencia en la autonomía sindical. Y quizás sólo fuera posible, y deseable, una auto-regulación de los agentes sociales en un Acuerdo Intersindical o para una futura Ley que regule la negociación colectiva, eso sí acordada por todas las partes.