

LA PARTICIPACIÓN DE ASESORES EXTERNOS EN LA NEGOCIACIÓN DE UNA MEDIDA COLECTIVA LABORAL A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 2013

Lara M. Munín Sánchez

Juez sustituta

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho del Trabajo de la E. U. de Relaciones Laborales de A Coruña

Recepción: 27 de junio de 2014

Aprobado por el Consejo de redacción: 27 de junio de 2014

RESUMEN: Este comentario se hace sobre una reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictada el 10 de diciembre de 2013, en el Asunto número 47/2013, se analiza –al hilo de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectiva- la posibilidad de que el empresario pueda limitar el acceso a asesores externos (pertenecientes a un Sindicato) durante las sesiones negociadoras que tienen lugar por exigencias del artículo 41 y la posible existencia de asesores internos.

PALABRAS CLAVE: Negociación colectiva; Asesor; Mutuo acuerdo; Fase de consultas; Buena fe.

ABSTRACT: This comment is made about a recent judgment of the High Court of Justice of Galicia, on December 10th, 2013, in the issue number 47/2013, analyses –during a substantial modification of the working conditions of collective character- the possibility that employer can limit the access to external advisor (belonging to a Trade Union) during the negotiating sessions that take place due to requirements of article 41, and the possible existence of internal advisor.

KEYWORDS: Collective negotiation; Advisor; Agreement; Phase of consultations; Bona fide.

1. En la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que se va a analizar y que lleva por fecha el 10 de diciembre de 2013 –número de procedimiento de Instancia 47/2013-¹ se procede a analizar, entre otros muchos aspectos, la posibilidad de que en la negociación de una medida colectiva, que el empresario pretende adoptar, alterando el horario y la jornada de sus trabajadores –esto es, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo-, se excluya la presencia en las rondas celebradas de asesores externos, más concretamente, de Letrados de dos Sindicatos, que no son los representantes de los trabajadores, mientras el empresario cuenta con un asesoramiento que pretende calificar de *interno*. Para una correcta comprensión del problema de calado que se presenta es necesario hacer una síntesis del marco fáctico en el que se va a tomar la decisión, que –se adelanta- será anulatoria de la medida empresarial adoptada. Los elementos son: (a) la empresa (Rede Galega de Kioskos, S. L.) comunica a los representantes de los trabajadores en julio de 2013 que quiere iniciar un periodo de consultas, que tendría lugar unos días más tarde y por objeto modificar una serie de condiciones de trabajo afectantes a todos los trabajadores; (b) esa comunicación incluía expresamente la advertencia «[l]as reuniones del periodo de consultas se desarrollarán únicamente entre los representantes legales de los trabajadores (los 5 miembros del Comité de Empresa), y un número equivalente de representantes de la empresa, y por tanto sin la presencia de asesores externos»; (c) el día fijado para la primera reunión comparecieron tres personas por la parte empresarial y, por parte de los trabajadores, cuatro miembros del Comité de Empresa, pero acompañados de dos personas ajenas a la empresa y pertenecientes a los Sindicatos Confederación Intersindical Galega y Unión General de Trabajadores; (d) tras una discusión entre ambas partes, la empresa se niega a negociar con la presencia de esos asesores y los representantes de los trabajadores sin ella, por lo que se da por terminada la reunión; (e) uno de los representantes de la empresa era miembro de su Comité de Dirección, desarrollando funciones en su Asesoría Jurídica, y es el Letrado que ha defendido a la empresa demandada ante la propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia; (f) tanto el Comité de Empresa como la empresa presentaron sendas denuncias ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que fueron archivadas al considerar este organismo que carecía de competencia; (g) días más tarde envía a la Presidenta del Comité de Empresa un escrito en el que acusa a la parte social de no negociar de buena fe y da por terminada la fase de negociación; (h) mediante escritos notificados en diversas fechas, la empresa comunica a la totalidad de sus trabajadores (treinta y seis) individualmente la modificación de su horario y descanso semanal, junto con su justificación en causas económicas y organizativas; e (i) en agosto de 2013 el Sindicato Unión General de Trabajadores de Galicia presentó demanda de conflicto colectivo frente a la medida empresarial, solicitando la declaración de su nulidad.

2. La Sentencia comienza analizando tres excepciones procesales planteadas por la empresa; a saber, la falta de conciliación previa ante el AGA –Acuerdo Interprofesional gallego

1 Su texto puede consultarse en el enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&referencia=6950072&links=%2247/2013%22&optimize=20140205&publicinterface=true>.

sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo²; la caducidad de la acción ejercitada; y la falta de legitimación activa de la Unión General de Trabajadores de Galicia, dados los términos del AGA; además y en cuanto al fondo, razona sobre su propia actuación en la fase de consultas, atribuyéndole a la representación de los trabajadores una mala fe en su desarrollo, y sobre la concurrencia de las causas justificativas de la medida adoptada (económicas y organizativas). Estas tres excepciones son despachadas por el Tribunal Superior en sentido desfavorable por los siguientes motivos, que se expresarán sucintamente: la *falta de conciliación previa ante el AGA*, porque el procedimiento seguido –conforme al artículo 64.1 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social³– está exceptuado de cualquier trámite preprocesal previo y el hecho de que el Convenio Colectivo aplicable o el AGA prevean su obligatoria tramitación no puede modificar la exclusión legal, sino que se ha de entender como una posibilidad. En cuanto a la *caducidad de la acción*, que la empresa pretende computar desde que da por terminado el periodo de consultas, tras la infructuosa primera reunión, la Sala de lo Social, una vez que recuerda toda la doctrina jurisprudencial sobre esa institución, argumenta que en el texto del documento entregado no se hace mención a las medidas que se van a adoptar, sólo se notifica la finalización de aquella fase por una serie de reproches a la representación de los trabajadores, pero no se expresa de ninguna forma cuál es la decisión del empresario, por lo que es imposible tenerlo en cuenta a los fines del cómputo de la caducidad; concluyendo que el *dies a quo* tiene que ser el de notificación individual a cada trabajador y desde esas fechas no habrían transcurrido los veinte días del plazo correspondiente –conforme al artículo 138.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁴–. Y en cuanto a la última, la relativa a la *falta de legitimación del Sindicato demandante*, se recuerda que «los sindicatos desempeñan, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución [arts. 7 y 28] [...] una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, que no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo [...] por esta razón [...], en principio, es posible considerar legitimados a los sindicatos para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores [STC 210/1994, de 11/Julio]»⁵; y se arguye que la relación de los artículos 154.a), 138.4 y 17.2, párrafo tercero, todos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, habilitan a los Sindicatos –la Unión General de Trabajadores de Galicia, entre ellos– a presentar los conflictos colectivos –este procedimiento lo es– cuyo ámbito de aplicación sea inferior al suyo de actuación, condición que aquí concurre.

2 Cfr. Diario Oficial de Galicia de 24 de mayo de 2013.

3 «Se exceptúan del requisito del intento de conciliación o, en su caso, de mediación los procesos [...] los relativos a la [...] movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor...» (artículo 64.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

4 «1. La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes» (artículo 138 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

5 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2005 –Recurso de casación para la unificación de la doctrina núm. 6076/2003–.

Entrando ya en el fondo y previamente a analizar la buena fe en la fase de consultas y, con él relacionado, la presencia de asesores externos, se atribuye la condición de sustancial a la modificación de las condiciones de trabajo operadas en los trabajadores de los quioscos y se excluye eficacia a la cláusula contractual contemplada en sus contratos, donde se habilitaba el cambio de horario a voluntad de la empresa, porque lo que es objeto de negociación colectiva queda fuera, en principio, del alcance de la autonomía individual de empresas y trabajadores⁶ y, convalidar ese tipo de cláusulas implicaría dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato –artículo 1.256 del Código Civil⁷–, cuando la condición a la que se supedita la introducción de aquellas modificaciones –«a juicio de la empresa» sin otras matizaciones– se hace depender de la exclusiva voluntad del deudor de la prestación –artículo 1.115 del Código Civil⁸–; algo considerado desde antiguo inaceptable⁹.

La presencia de los asesores externos, que es el *leitmotiv* de este comentario, se resuelve partiendo de que *la norma general es el acuerdo entre ambas partes para acudir a una mesa negociadora con asesores*, conforme dispone el artículo 88.3 del Estatuto de los Trabajadores¹⁰; habida cuenta que, además, establece normas de derecho necesario sobre la composición de la comisión negociadora, que no pueden ser modificadas ni siquiera por la voluntad de las partes, designando claramente quién integra obligatoriamente la citada comisión y quién puede asistir o no, como el presidente o los asesores. En este aspecto, se recuerda que la jurisprudencia¹¹, pese a que no contempla directamente la interpretación del citado artículo 88.3, al analizar un supuesto fáctico similar, ha llegado a afirmar que los miembros de un Comité de Empresa, que no integraban la comisión negociadora de un convenio, pero venían asistiendo en anteriores negociaciones como asesores (dado que no existe un derecho adquirido a tal asistencia, con voz y sin voto), no pueden imponer su presencia a la empresa que a ello se niega en la negociación de convenio colectivo concreto, independientemente de lo sucedido en anteriores negociaciones. Su fundamento responde a que la composición de las comisiones de negociación regulada en el artículo 88 ET es una norma de *ius cogens* que no puede ser modificada por la voluntad de las partes. Y remata con el siguiente argumento «[c]on ser cierto lo anterior, podemos concluir, empero, que respecto a los asesores, cualquier limitación inicial, por una de las partes o de mutuo acuerdo, que pueda de futuro impedir su intervención, debiera catalogarse dentro de los

6 Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de julio de 2011 –Recurso núm. 1028/2011–.

7 «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» (artículo 1.256 del Código Civil).

8 «Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código» (artículo 1.115 del Código Civil).

9 Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1 de diciembre de 1993 –Recurso núm. 1109/1992.

10 «3. La designación de los componentes de la comisión corresponderá a *las partes negociadoras*, quienes de mutuo acuerdo podrán designar un presidente y contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores, que intervendrán, igual que el presidente, con voz pero sin voto» (artículo 88 del Estatuto de los Trabajadores).

11 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1993 –Recurso de casación para la unificación de la doctrina núm. 3910/1992–.

pactos ilegales, puesto que es cada negociación la que impone una composición específica e, incluso, la inercia negociadora no puede imponerse frente a nuevos pactos o acuerdos sobre la negociación. *La puntual coyuntura de cada negociación es la que va a determinar la composición negociadora en orden a los asesores que puedan intervenir y siempre desde el derecho básico de que en cada una de ellas pueda establecerse la discusión sobre este extremo.* Es más, si se llegase a un pacto y en él se aprecie que se vulnera un derecho de libertad sindical o trata de ser una medida desajustada o contraria a criterios de racionalidad; en este caso, ni tan siquiera el pacto puede tener virtualidad, pues la limitación de un derecho básico como es la libertad sindical queda constreñida dentro de nuestro ordenamiento, al igual que cualquier pacto que rebase los límites del artículo 1255 del Código Civil. *La buena fe se impone en toda negociación y en toda actuación, por lo que el intentar limitar la actuación de los negociadores mediante imposiciones que excluyan el libre derecho al asesoramiento, quedan prohibidas dentro de nuestro sistema»*¹². Aspecto que, enlazado con la presencia de un asesor de la empresa –su Letrado, al que trata de hacer pasar en las reuniones por un asesor interno («esa distinción entre *asesor interno* y *externo* resulta artificiosa y un argumento voluble para justificar lo que es un comportamiento inaceptable del empresario», se llega a afirmar)–, lleva a considerar que no ha habido verdadera negociación en la fase de consultas, que su finalización unilateral ha sido injustificada y, por ende, que la medida adoptada es nula de pleno derecho.

3. La sentencia aquí analizada ha resuelto un tema interesante en lo que se refiere a la presencia habitual de asesores en la negociación de las diferentes medidas colectivas (despido, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o movilidades geográficas) y los problemas que se pueden producir ante determinadas posturas de las partes en cuanto a su exclusión o a su imposición y a los fraudes que pueden concurrir¹³. No puede olvidarse que, debido a su importancia, el Legislador ha considerado imprescindible en cualquier medida colectiva contar con cortapisas, que modulen la capacidad del empleador; entre ellas, la obligatoria tramitación de una denominada «fase de consultas»¹⁴, donde –en principio– participarán los representantes de los trabajadores, pese a la preferencia actual –vía artículo 41.4, párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores¹⁵– que se da a las secciones

12 Son palabras de la Sentencia comentada, en su Fundamento Jurídico Sexto, apartado primero, párrafo segundo.

13 Véase DE CASTRO MEJUTO, L. F., «El Sindicato como asesor negocial», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, número 6, A Coruña, 2014 [en imprenta], que analiza de manera profunda y novedosa dicho aspecto.

14 «El traslado a que se refiere el apartado anterior deberá ir precedido de un *período de consultas* con los representantes legales de los trabajadores...» (artículo 40.2 del Estatuto de los Trabajadores); «[S]in perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un *período de consultas* con los representantes legales de los trabajadores...» (artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores); y «[E]l despido colectivo deberá ir precedido de un *período de consultas* con los representantes legales de los trabajadores...» (artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores)

15 «La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso

sindicales (verdaderos portavoces del sindicato¹⁶); siendo común que dichos representantes legales o unitarios pertenezcan a uno u otro sindicato; ahora bien, eso no significa que éstos se encuentren en un plano de igualdad ante el empresario, no sólo porque dependen de él contractualmente –son sus empleados–, sino porque son legos en Derecho. Para compensarlo, se mantiene una regla tradicional en nuestro Derecho laboral –desde 1973– que es la asistencia de asesores a las negociaciones, pero de *mutuo acuerdo*, sin que quepan exclusiones previas ni alteraciones en la igualdad de armas, que son los puntos en los que se incide en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Como corolario, podrían sostenerse tres puntos sobre la materia: primero, pudiendo concluirse que no se puede excluir sin más la participación futura del asesor, aunque haya acuerdo –y menos aún cuando esté ausente–; segundo, en cada nueva fase de consultas se puede discutir la asistencia de asesores (no hay derechos adquiridos); y tercero, la negativa empresarial a que asistan asesores no puede ser irracional, desproporcionada o contraria a la buena fe.

representarán a todos los trabajadores de los centros afectados» (art. 41.4, párrafo segundo del Estatuto de los Trabajadores).

16 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2011 –Recurso de casación ordinaria núm. 145/2010–.