

§ 17

ELECCIONES «SINDICALES» Y COMPUTO DE LOS TRABAJADORES TEMPORALES
por Fco. Javier Calvo Gallego (Universidad de Huelva)

Sentencias comentadas:

↳ S. Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo de 23 abril 1999 (AS 1999, 801)

1. La Sentencia de 23 de abril de 1999 (AS 1999, 801), del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Vigo es, sin duda, un excelente ejemplo de las múltiples dificultades y de la notable confusión con las que ha de enfrentarse cualquier operador jurídico que se aventure en el difícil campo de la normativa sobre elecciones sindicales. Y es que, de hecho, si algo caracteriza a esta normativa, tan extensa y prolija como a veces incompleta, es, sin duda, la enorme oscuridad de algunos de sus preceptos –que, «de facto», y como veremos bien podrían sustentar dos opciones radicalmente opuestas–, la a veces escasa coordinación entre los preceptos legales y su teórico desarrollo reglamentario, y, sobre todo, la dificultad en acceder a la interpretación que de los mismos se hace por muy diversos árbitros y Juzgados de lo Social que agotan la vía jurisdiccional sin más posibilidad de unificación que el hipotético recurso al Tribunal Constitucional a través de la angosta vía del amparo¹.

2. Entre estas normas de confusa interpretación destacan sin duda, por su complejidad, los artículos 72 ET (RCL 1995, 997) y 9.4 del Reglamento de Elecciones a Organos de Representación de los Trabajadores en la Empresa, aprobado por el RD 1844/1994 (RCL 1994, 2585) (RES en adelante), sobre cuya interpretación versa, precisamente, la sentencia objeto de este comentario.

El supuesto de hecho de la misma y su interesante argumentación puede resumirse sustancialmente como sigue. El 25 de febrero de 1999 se inició el proceso electoral en una determinada empresa gallega, constituyéndose la mesa en tiempo y forma. Esta fijó en cinco los representantes a elegir –se trataba, por tanto, de un comité de empresa con todo lo que ello representa a efectos de proceso electoral– al aplicar el artículo 66 ET a la suma formada por los cuarenta y seis trabajadores fijos y los 5,54 (sic) eventuales computados; número éste extraído a su vez de dividir por doscientos los 1.108 días trabajados –incluidos descansos semanales, festivos y vacaciones– por los diez trabajadores temporales con contrato de duración inferior al año que mantuvieron relación laboral con la empresa durante el año inmediatamente anterior. Y todo ello a pesar de que de estos diez contratos sólo dos se mantenían en vigor en la fecha de la convocatoria de la elección. Impugnada dicha decisión ante la Mesa electoral y, posteriormente por el empresario ante el árbitro electoral, este último procedió a estimar la reclamación, limitando a tres el número de representantes a elegir. Finalmente, y una vez presentada

1. De ahí el enorme interés de las antologías o recapitulaciones de laudos como son las de LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Arbitraje y elecciones sindicales en Cantabria (análisis de una experiencia)», en *Relaciones Laborales*, 1996, núms. 16-17, pgs. 105 y ss.; GONZÁLEZ ALONSO, M.: *Elecciones sindicales. El procedimiento arbitral en Cantabria*, Valladolid Lex Nova, 1996; GARCÍA PERROTE, I., D. LANTARÓN BARQUÍN y C. AGUT GARCÍA: *Los laudos arbitrales de las elecciones sindicales*, Lex Nova, Valladolid, 1997.

Sobre la imposibilidad, como regla general, de recurrir las sentencias del Juzgado de lo Social en la modalidad procesal de elecciones sindicales y sobre esta modalidad en general CALVO GALLEGO, F. J.: *El arbitraje en las elecciones «sindicales»*, Tirant lo blanch. Valencia, 1997; PÉREZ BORRERO, G.: *Arbitraje de elecciones y procesos judiciales en materia electoral*, Comares. Granada, 1999.

Los laudos de árbitros de la Provincia de Sevilla me han sido suministrados por don Manuel García a quien deseo agradecer su amabilidad y cooperación.

demanda en plazo hábil por el sindicato que obtuvo la totalidad de la representación, el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Vigo desestimó íntegramente la misma al considerar que, en primer lugar, no cabe computar los días no efectivamente trabajados a estos efectos –con lo que al excluir los descansos semanales, vacaciones y festivos, su número baja a unos 680–; al rechazar, en segundo lugar, que la escasa fracción que excede de seiscientos días pueda computarse como un representante más; y, finalmente, al recoger en tercer lugar –aunque ello resulte ya intrascendente para el fallo– que los trabajadores que se computan «ex» artículo 9.4 RES no son sólo los que se encuentran en activo en el momento de iniciación del proceso electoral, sino todos los que han trabajado con este tipo de contratos durante el año inmediatamente anterior, y que, por tanto, sólo cuando el resultado de dividir el número de días trabajados por doscientos supere dicho número se computarán exclusivamente los trabajadores que presten servicio en la fecha de iniciación del proceso electoral en virtud del mencionado precepto reglamentario. En definitiva, una sentencia densa en su contenido y polémica e importante en su argumentación, que, sin embargo, no siempre resulta –al menos a nuestro juicio– completamente plausible. Pero vayamos por partes.

3. A nadie escapa que, a pesar de su aparente claridad, el artículo 72 ET ha sido una norma de interpretación atormentada² desde su ya lejana introducción por la Ley 32/1984 (RCL 1984, 2012 y ApNDL 3006, nota)³. Dejando a un lado algunas posibles incorrecciones técnicas –fruto seguramente de la confusión existente en aquel momento sobre la naturaleza, por ejemplo, de los trabajadores fijos discontinuos⁴– lo cierto es que esta escueta regulación suscitó ya desde un principio numerosas interrogantes que por su posible trascendencia sobre todo el proceso electoral constituyeron el objeto de diversos procesos judiciales y, más tarde, arbitrales. Cuestiones tales como el cómputo conjunto o la valoración individualizada de estos doscientos días de trabajo para cada empleado temporal⁵, la inclusión o no de la totalidad de los días de servicio realizados durante el último año con independencia de que se hubieran desarrollado bajo anteriores contratos que no estuvieran ya vigentes en el momento de inicio del proceso electoral⁶, las reglas que podían o incluso debían ser aplicables a los trabajadores en activo con contratos de obra o servicio o de interinidad, sometidos –estos últimos sólo desde 1994– a término, aunque sea incierto en relación al «cuando»⁷, o las hipotéticas especialidades en el cómputo de las jorna-

2. Antes incluso de la reforma destacaba ya el gran número de dudas sobre la interpretación del precepto legal CRUZ VILLALÓN, J.: «El desarrollo del proceso electoral sindical a través de las resoluciones judiciales», en *Temas Laborales*, 1987, núms. 10-11, pg. 57.

3. Sobre las causas que motivaron esta introducción y las carencias del anterior sistema, PÉREZ DEL RÍO, T.: «La reforma de la representación unitaria en la empresa», y CUEVAS LÓPEZ, J. y J. MAEZTU GREGORIO DE TEJADA: «Elecciones a representantes de los trabajadores» en AA VV: *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid, 1985, pgs. 178 y 192-193.

4. Sobre el tema, CUEVAS LÓPEZ, J.: «Procedimiento electoral para los órganos de representación de los trabajadores en la empresa», en *Relaciones Laborales*, 1986, t. II, pg. 187.

5. Sobre este problema, véase ampliamente, PÉREZ DEL RÍO, T.: «La reforma...», cit., pgs. 181-182; SÁEZ LARA, C.: *Representación y acción sindical en la empresa*, MTSS, 1992, pgs. 137 y ss.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., y T. SALA FRANCO: «Algunas reflexiones en torno a la normativa electoral sindical», en *Actualidad Laboral*, 1987, núm. 7, pg. 342.

6. Vid. nuevamente BLASCO PELLICER, C.: *El nuevo procedimiento de «elecciones sindicales»: aspectos críticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995 pg. 96 y CRUZ VILLALÓN, J.: «El desarrollo...», cit., pg. 58; RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. y G. PÉREZ BORREGO: *Procedimiento de elecciones a representantes de trabajadores y funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pgs. 285-286.

7. Vid. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y T. SALA FRANCO: «Algunas reflexiones...», cit., pg. 341.; BLASCO PELLICER, C.: *La nueva regulación del procedimiento...», cit., pgs. 97 y ss.*

das desarrolladas por los trabajadores a tiempo parcial tanto horizontal como vertical cuando su contrato temporal tuviera una duración inferior al año, fueron, como decimos, algunas de las cuestiones suscitadas antes e incluso después de la actual regulación reglamentaria, y que, como era previsible, ante la falta de unificación e incluso de una información suficiente, recibieron muy dispar solución tanto en la doctrina como en la propia «jurisprudencia», con todo lo que ello implica de notable inseguridad jurídica para los interesados por la cuestión.

Sin embargo, no son éstas las cuestiones centrales abordadas en la sentencia del Juzgado núm. 1 de los de Vigo. De forma quizás algo más modesta, la sentencia va a detenerse en otras tres cuestiones igualmente polémicas e incluso centrales en la interpretación del artículo 72 ET y en la novedosa regulación del artículo 9.4 RES.

4. La primera de estas tres cuestiones hace referencia a los días que deben ser computados en el período de un año anterior a la convocatoria. Como es bien sabido, la doctrina anterior al RES se había dividido claramente en dos grupos netamente diferenciados: uno que postulaba la inclusión únicamente de los días efectivamente trabajados con exclusión de los descansos semanales, vacaciones o festivos y una segunda que postulaba la inclusión igualmente de los días naturales en los que no se hubiera realizado efectiva prestación laboral por las causas antes señaladas⁸. A favor de la primera podía jugar ciertamente el término literal utilizado —«días trabajados»—, pero en cambio, a favor de la segunda podría traerse a colación una cierta interpretación sistemática con el primer párrafo —evidentemente a estos trabajadores se les pide un contrato de duración superior a un año, no trabajo efectivo durante un año—, lo antifibológico del término legal, que desde luego no era el mucho más claro «día efectivamente trabajado», y, finalmente, una interpretación lógica favorable al derecho de participación laboral, y, por qué no, la misma aplicación del principio «pro operario», que, aun en su acepción más estricta determina que ante dos interpretaciones posibles de una misma norma jurídica ha de estarse ante la más favorable para el trabajador⁹.

En cualquier caso, y frente a esta dicotomía, el artículo 9.4 RES pareció poner punto y final a esta controversia estableciendo imperativamente la inclusión de tales días en el mencionado cómputo. Y de hecho, una buena parte de los laudos arbitrales posteriores admitió ya pacíficamente dicho cómputo¹⁰, llegando incluso un sector de la doctrina a postular la inclusión en el mismo de los días dejados de trabajar por causas suspensivas que no implicasen la desvinculación entre el trabajador y la empresa como la incapacitación temporal o el legítimo ejercicio del derecho de huelga¹¹.

Por ello, no puede dejar de sorprender la decisión del Juzgado de lo Social núm.

8. Vid. nuevamente BLASCO PELLICER, C.: *La nueva regulación del procedimiento...*, cit., pg. 97. Anterior a la reforma y al art. 9.4 del Reglamento véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y T. SALA FRANCO: «Algunas reflexiones en torno...», cit., pg. 342.

9. Vid. CRUZ VILLALÓN, J.: «El desarrollo del proceso electoral...», cit., pg. 58; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y T. SALA FRANCO: «Algunas reflexiones en torno...», cit., pg. 342.

10. Laudo de 23 de marzo de 1995, puesto en Barcelona por C. Javier Arguñáriz Parada; Laudo de 3 de febrero de 1995, puesto en Zaragoza por don Pedro González Domínguez; expresamente Laudo de 14 de noviembre de 1994 puesto en Zamora por doña M^a Dolores Martín-Albo Montes, recogidos en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., D. LANTARÓN BARQUÍN y C. AGUT GARCÍA: *Los laudos arbitrales...*, cit., pgs. 278 y ss.

11. Vid. BLASCO PELLICER, C.: *La nueva regulación del procedimiento...*, cit., pg. 97.

l que al excluir nuevamente dichos días por considerarlo un desarrollo «extra legem» del artículo 72 ET revitaliza la ya mencionada corriente doctrinal y jurisprudencial anterior al Reglamento y contraria a tal cómputo. Y ello con argumentos –como veremos– de muy distinto peso y valor.

En este sentido, y por lo que se refiere, en primer lugar, a la mención con la que se inicia la sentencia sobre la sujeción del Reglamento a la norma legal, ninguna observación parece necesaria. Si acaso sólo recordar que la relación entre Ley y Reglamento, aun con todas las peculiaridades que presenta en el ámbito laboral, es una técnica necesaria de colaboración internormativa que no puede convertir a esta fuente en una mera repetición de la regulación legal: el Reglamento es y ha de ser un instrumento normativo capaz al menos –como en este caso– de concretar y aclarar el oscuro texto legal.

En cambio, lo que sí llama la atención –y, si se nos permite, poderosamente– es la referencia literal de la sentencia a que en este supuesto nos encontramos ante «un derecho fundamental que no debe ser limitado por un Reglamento frente a su regulación por norma con valor de ley». Dejando a un lado la posible distinción entre valor, rango y fuerza de ley¹², lo que sí parece claro es, en primer lugar, que si existe algún derecho fundamental en juego –lo que en sentido estricto parece dudoso dado el origen legal de estos órganos cuya única conexión con la Constitución es el artículo 129 CE (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875)– éste sería, en todo caso, el derecho de libertad sindical de las organizaciones participantes, que no es precisamente el limitado por la norma reglamentaria¹³. En su actual redacción, ésta más bien parece destinada a favorecer tal derecho al incrementar el posible número de representantes derivados de la contratación temporal. De ahí que si alguna interpretación parece destinada a restringir dicho derecho fundamental, ésta sea, precisamente, la asumida por la Sentencia (AS 1999, 801). Y de ahí también que, quizás, la guía interpretativa básica que debiera haberse seguido en este caso hubiera debido ser, al menos a nuestro juicio, la radicalmente opuesta, ya que en caso de duda –como honestamente creemos que acontece en este supuesto– el operador ha de inclinarse –en una interpretación constitucional de la mera legalidad– por aquella opción –curiosamente la reglamentaria– que promueve el hecho sindical en la empresa y favorece un más pleno ejercicio del derecho de participación de sus trabajadores.

Por tanto, los auténticos argumentos de la sentencia sólo son realmente dos: uno literal que ya hemos comentado, y otro teleológico que, al menos a nuestro juicio, resulta ser el fundamental o, al menos, el de mayor peso en el conjunto de la decisión judicial. Por lo que se refiere al primero, ya hemos indicado que ciertamente el artículo 72 ET habla de «días trabajados», pero también hemos resaltado que éste es un término enormemente anfibológico o confuso, que –piénsese, por ejemplo, en antigüedad o a efectos de indemnización– puede ser igualmente utilizado para hacer

12. Sin poder entrar en más consideraciones sobre un tema fundamentalmente terminológico véase el excelente trabajo de RUBIO LORENTE, F.: «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley», en *Revista de Administración Pública*, 1983, núms. 100-102, pg. 423.

13. Sobre la conexión entre elecciones a órganos unitarios y libertad sindical OJEDA AVILÉS, A., M. J. RODRÍGUEZ RAMOS y G. PÉREZ BORREGO: «Actuación del Tribunal Constitucional en los procesos de elecciones de trabajadores y funcionarios», en *Tribuna Social*, 1996, núm. 6, pgs. 9 y ss., y, muy recientemente RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. y G. PÉREZ BORREGO: «Elecciones sindicales y Doctrina de los Tribunales y Jurisprudencia tras la Reforma de 1994: nada nuevo bajo el sol», en *Aranzadi Social*, 1999, núm. 22, pgs. 44 y ss.

referencia –como creemos– a todos los días en los que la relación estuvo vigente sean o no de trabajo real, más aún cuando se trata de un período de cómputo civil en el que, en principio, y salvo expresa declaración en contrario no cabe excluir los días inhábiles. Es más, la ley no ha utilizado en este caso un término claro e indubitado como podría haber sido el de «día efectivamente trabajado» que es el normalmente utilizado cuando se desea destacar la necesaria realización de prestación laboral para su inclusión en un determinado cómputo¹⁴. De ahí que aunque el término resulte ciertamente desgraciado y confuso, no creamos que del mismo pueda extraerse necesariamente la grave ilegalidad de una norma reglamentaria que en realidad se limita a asumir una de las posibles interpretaciones lógicas ya predicadas de la norma legal y que, además, coincide con aquella que permite el más amplio ejercicio del derecho de representación laboral. A nuestro juicio, la terminología utilizada por el artículo 72 ET puede ser ciertamente criticable al suscitar la lógica duda en el intérprete, pero desde luego no es lo suficientemente clara para excluir la interpretación más favorable al derecho fundamental y la presunción de validez que debe acompañar a toda norma reglamentaria como ésta.

Por tanto, creo que el elemento central del razonamiento del juzgador se encuentra en el elemento teleológico, ligado a una inteligente interpretación sistemática del artículo 72 ET. Pero también en este caso se plantean, al menos a nuestro juicio, ciertas dudas y/o dificultades para aceptar la interpretación sostenida por el órgano judicial. En principio, es evidente –aunque en ocasiones se haya sostenido lo contrario¹⁵– que a través del sistema establecido legalmente en el artículo 72 ET se trata de lograr una cierta adecuación entre el número de trabajadores temporales y de representantes elegidos eliminando las posibles discordancias derivadas del momento preciso en el que se realice el proceso electoral. Sobre esto ninguna cuestión cabe plantear. Pero, en cambio, lo que ya no está tan claro es que, como continúa la sentencia, sólo computándose los días efectivamente trabajados se logre la finalidad de la norma. Para el órgano judicial, el artículo 72 ET exigiría doscientos días realmente trabajados al «venir éstos a equivaler» a los efectivamente desarrollados por un empleado fijo durante un año. Y, sin embargo, si nos atenemos al texto estatutario dicha afirmación no es del todo –o más bien no es en absoluto– cierta, y ello, claro está, salvo que hablemos de una «equivalencia» sumamente amplia.

Y es que de hecho, si partimos de la norma estatutaria –ya que el artículo 72 ET es norma del mismo cuerpo general, y por tanto su lógica en él debe inscribirse– los días de trabajo efectivo anual serían el resultado de restar a trescientos sesenta y cinco días los cincuenta y dos domingos –ya que el medio día de descanso habría de computarse como se cuentan igualmente las jornadas a tiempo parcial¹⁶–, los catorce festivos –considerando que ninguno se incluyese en el siguiente período– y los veintiséis días de vacaciones excluidos los ya sustraídos domingos. Si esto es así, la suma alcanza los doscientos setenta y tres días lo que supone aproximadamente un treinta y seis y medio por ciento más que la cantidad fijada por el artículo 72 ET. Incluso

14. En este sentido, antes incluso de la reforma, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y T. SALA FRANCO: «Algunas reflexiones en torno...», cit., pg. 342.

15. Vid. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y T. SALA FRANCO: «Algunas reflexiones en torno...», cit., pgs. 341-342.

16. Laudo de 18 de febrero de 1995, puesto en Valladolid por D^a M^a Luz Rodríguez Fernández, recogido en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., D. LANTARÓN BARQUÍN y C. AGUT GARCÍA: *Los laudos arbitrales...*, cit., pg. 287.

aunque no computásemos los días de media jornada tampoco el resultado sería exacto –doscientos veinticinco días–. Y todo ello es aún más grave si recordamos que esta teórica equiparación se realiza no ya en general con los trabajadores fijos, sino más bien con los fijos a tiempo completo, ya que, evidentemente, los fijos discontinuos y los trabajadores a tiempo parcial verticales no realizan evidentemente tales jornadas, siendo computados sin embargo como un trabajador más. Es más, si nos atuviéramos a lo que se deduce del artículo 15 b) ET, lo cierto es que bastaría la prestación durante más de ciento ochenta días en un plazo del año –y ello computando descansos, festivos y vacaciones– para considerar que la misma no es ya eventual sino que responde a una necesidad «indefinida» de la empresa. En definitiva, que aun siendo una interpretación inteligente y razonable del artículo 72 ET no parece ser sin embargo, ni la única e indubitada interpretación posible –como demostró la disparidad de pareceres anteriores al RES– ni desde luego la que, en un caso de duda como éste, se ajusta más al principio de aplicación «pro operario» o al menos, al pleno ejercicio del derecho a la participación de los trabajadores en la empresa. De ahí nuestras serias dudas sobre lo acertado de la misma y de la inaplicación de la correspondiente norma reglamentaria.

5. Pero en cualquier caso, sin duda lo más grave de esta sentencia es contemplar la subsistencia de una cierta corriente jurisprudencial, anterior igualmente a la reforma que «desprecia el sobrante por lo escaso del mismo» una vez realizada la división del número de días trabajados por doscientos; esto es, que ante la existencia de un resto o fracción, ésta es declarada ineficaz por su pequeña cuantía¹⁷.

Dejando a un lado la peculiar interpretación que se da a la «escasa cuantía» (¿?) –no estamos hablando de uno o dos días trabajados por encima de los seiscientos, lo que a nuestro juicio, también daría derecho a otro representante más¹⁸, sino de ochenta, de casi la mitad del tramo requerido¹⁹–, lo que sin duda llama más la atención es que en el anterior paso lógico el juzgador haya asumido una interpretación desmesuradamente literal y apegada al texto de la normal legal para inmediatamente después inaplicar la misma regulación mediante una interpretación sin ningún apoyo normativo y contraria a todos los principios lógicos de interpretación. De hecho el tenor literal del precepto es tan claro –doscientos días o fracción– que entrarían en juego brocados tan conocidos como «in claris non fit interpretatio», o aquel que recuerda como «ubi lex non distinguit, nec nos distinguere habemus». La ley no fija un mínimo para esta fracción, así que cuando ésta exista, por muy pequeña o incluso ínfima que sea, la misma habrá de computarse como otro trabajador más²⁰. Cuando

17. Sobre esta jurisprudencia, véase BLASCO PELLIGER, C.: *La nueva regulación...*, cit., pg. 99; CRUZ VILLALÓN, J.: «El desarrollo del proceso...», cit., pg. 59.

18. En este mismo sentido Laudo de 14 de diciembre de 1994, puesto en Madrid por don Adrián González Martín recogido en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., D. LANTARÓN BARQUÍN y C. AGUT GARCÍA: *Los laudos arbitrales...*, cit., pg. 289.

19. Para una interpretación distinta, con un resto de ochenta y una jornadas trabajadas que sí es computada como un trabajador más Laudo de 24 de noviembre de 1994, puesto en la Coruña por don Carlos González Pedreira recogido en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., LANTARÓN BARQUÍN y C. AGUT GARCÍA: *Los laudos arbitrales...*, cit., pg. 307.

20. Nuevamente BLASCO PELLIGER, C.: *La nueva regulación...*, cit., pg. 99. Por lo demás, diversos laudos han destacado la necesidad de computar un trabajador más cuando exista dicha fracción o resto con independencia de su cuantía. Así, además de los laudos citados en las notas anteriores, véanse los de 8 de noviembre de 1994, dictado en Sevilla por don Eduardo Román Vaca –no haciendo límite alguno en cuanto a la fracción–; o el de 16 de enero de 1996, dictado en Sevilla por el árbitro don Antonio Santana Gómez.

el tenor literal es tan claro, realizar una interpretación correctora –por no decir «contra legem»– con tan escaso, por no decir inexistente argumentación debe ser objeto, al menos a mi juicio de las más severas críticas. Y ello, no sólo por la terrible inseguridad jurídica que todo esto provoca –¿cuándo el resto no es «escaso»?–: siempre que sobrepase los cien, cuando sobrepase los ciento cincuenta, cuando sólo falten uno o dos días trabajados...–, sino lo que es más llamativo, por la relativa simplicidad con la que se elude el claro tenor literal de la ley acogiendo además la posición menos favorable al derecho de los trabajadores a participar en la empresa o incluso la libertad sindical de las organizaciones participantes. Por ello, no cabe sino concluir rechazando tajantemente esta opción interpretativa del juzgador.

6. Finalmente, sólo queda por reseñar la interpretación que la sentencia hace del cuanto menos confuso último párrafo del artículo 9.4 RES.

En principio, es evidente que existen argumentos literales y finalistas²¹ a favor de la interpretación asumida por la sentencia. En realidad, el actual precepto reglamentario parece hacer referencia –a diferencia de lo que sucedía con el artículo 8.4 RD 1311/1986, de 13 de junio (RCL 1986, 2139 y 2859)– a dos colectivos de trabajadores: el primero, estaría compuesto por todos los que se computan para este cálculo, mientras que el segundo, más reducido o especificativo –al menos en una primera lectura del precepto–, sólo incluiría los que presten servicios en la fecha de inicio del proceso electoral. Y si ambos colectivos no son el mismo, la conclusión lógica –aunque el precepto como veremos, no es que resulte, ni tan siquiera así, muy lógico– habría de ser, como en su día sostuvo un sector de la doctrina y de nuestra jurisprudencia, el de computar a efectos de determinar el número de días trabajados durante el período anterior de un año a todos los trabajadores de este tipo que hubieran prestado servicio durante el mismo²² sin limitarlos exclusivamente –como, sin embargo, aún hace un importante sector de laudos arbitrales²³– a aquellos que mantengan en vigor su relación en el momento en el que se inicie el proceso electoral. De

21. Sobre estos argumentos, Laudo de 10 de abril de 1995, puesto en Valencia por don José Ramón Juániz Maya recogido en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., D. LANTARÓN BARQUÍN y C. AGUT GARCÍA: *Los laudos arbitrales...*, cit., pg. 291.

22. Véase, junto al laudo recogido en la nota anterior, los de 1 de junio de 1995, puesto en Valencia por don José Martínez Esparza; 14 de noviembre de 1994, puesto en Zamora por doña M^a Dolores Martín-Albo Montes; 7 de noviembre de 1994, puesto en Palma de Mallorca por doña M^a Luisa Baranda Turán; 30 de octubre de 1994, puesto en Madrid por don Juan Agut Pérez y de 15 de diciembre de 1994, puesto en Castellón de la Plana por doña Carmen Agut García, recogidos todos ellos en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., D. LANTARÓN BARQUÍN y C. AGUT GARCÍA: *Los laudos arbitrales...*, cit., pgs. 296 y ss. Igualmente esta interpretación extensiva de las jornadas a computar en los Laudos de 24 de mayo de 1995 y 4 de diciembre de 1995, puestos en Sevilla por don Eduardo Román Vaca y don Eugenio Palomares. En la doctrina SÁEZ LARA, C.: *Representación y acción sindical...*, cit., pg. 138 y, parece, OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1995, pg. 308.

23. Vid. Laudos de 23 de marzo de 1995, 3 de febrero de 1995 y, expresamente, de 28 de diciembre de 1994, puestos en Barcelona, Zaragoza y Palma de Mallorca por don Javier Arguñáriz Parada, don Pedro González Domínguez y doña Emilia Fortes Sevilla, y recogidos en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., D. LANTARÓN BARQUÍN y C. AGUT GARCÍA: *Los laudos arbitrales...*, cit., pgs. 278 y ss. Igualmente Laudo de 27 de febrero de 1996 dictado en Sevilla por don Antonio Santana Gómez.

En la doctrina véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y T. SALA FRANCO: «Algunas reflexiones en torno...», cit., pgs. 341-342. Reflejando igualmente jurisprudencia anterior a la reforma y favorable a esta forma de cómputo, CRUZ VILLALÓN, J.: «El desarrollo del proceso...», cit., pg. 58, si bien el autor recuerda previamente como «atendiendo a este criterio finalista... la... consecuencia habría de ser computar los días trabajados durante el año precedente no solamente de los trabajadores temporales con contratos vigentes el día de la convocatoria, sino también los prestados por otros trabajadores temporales durante ese año pero que en el momento preciso de la convocatoria no se encuentren vinculados a la empresa».

todo ello deduce la sentencia que como en este caso concreto el número de trabajadores resultantes de tales operaciones no es superior al que es usado para el cómputo –los diez trabajadores que prestaron servicios en el año anterior–, el resultado nunca podría limitarse a los dos empleados cuyo contrato temporal se encontraba vigente en el momento de iniciarse el proceso electoral.

Una vez señalado todo esto, me gustaría al menos realizar dos observaciones. La primera es que, así interpretado, esto es, distinguiendo ambos colectivos –trabajadores «computados» y trabajadores en activo en el momento de inicio del procedimiento–, y no identificándolos como en cambio también podría interpretarse, el artículo 9.4 RES puede llevar –como ha demostrado a nuestro juicio con sumo acierto BLASCO PELLICER, C.– a situaciones absurdas cuando no paradójicas. Y ello porque siguiendo tal razonamiento el número de trabajadores computados seguiría un crecimiento lineal que, sin ninguna causa, se quebraría repentina e injustificadamente cuando se sobrepasase determinado número de días trabajados que dividido entre doscientos excedieran del número de empleados computados, haciéndolo así caer en el número, normalmente más limitado, de trabajadores en activo²⁴. De ahí que quepa al menos plantearse si es ésta la correcta interpretación del confuso precepto o si por el contrario, y realmente, ambos colectivos no serían el mismo y, por tanto, sólo cabría computar los trabajadores con contrato en activo en el momento de iniciarse el proceso electoral. Por mi parte, creo que en principio la única interpretación que da una cierta lógica –y que explica la innovación producida frente al artículo 8.4 RD 1311/1986– al precepto reglamentario es considerar que para éste sólo habrían de computarse los trabajadores en activo²⁵ en el momento de iniciarse el proceso, ya que de otra forma podría caerse irremediabilmente en paradojas como la que antes reseñaba. Cuestión distinta –y que desborda evidentemente el espacio ya excesivamente dilatado de esta presentación– es saber si dicha limitación reglamentaria, introducida en el año 1994, que no se contempla expresamente en la Ley, y que reduce notablemente los derechos reconocidos en la misma no podría incurrir –ésta sí– en un posible exceso reglamentario que debiera conducir, simple y llanamente, a su inaplicación tanto por los árbitros como por los propios Jueces de lo Social²⁶.

7. Para concluir, dos ideas brevemente. La primera la terrible confusión que impera en una normativa que sigue siendo aún enormemente oscura y cuyo principal intérprete –no se olvide– es precisamente un órgano lego en la materia como es la Mesa electoral. Quizás por ello fuera aconsejable una cierta racionalización y clarificación de la misma con la experiencia acumulada en estos últimos años. Y la segunda, e íntimamente conectada con todo lo anterior, el desconocimiento casi general sobre la jurisprudencia en esta materia, desconectada por provincias, y, por lo que conozco,

24. Esto es, y por poner el ejemplo de la autora antes citada –BLASCO PELLICER, C.: *La nueva regulación del procedimiento...*, cit, pg. 95, núm. 121–, si en cómputo conjunto cinco trabajadores hubieran realizado mil días de trabajo en ese año y sólo dos siguiesen en activo, el resultado de esta interpretación sería que se computarían los cinco trabajadores a estos efectos. Pero, en cambio, y paradójicamente, bastaría con que trabajara alguno de ellos un día más para que el resultado de la operación fuera de seis trabajadores, mayor del número de trabajadores computados y, por tanto sólo se sumarían finalmente dos empleados a estos efectos. Lo que desde luego no deja de ser, cuanto menos, llamativo.

25. Con anterioridad a la reforma en este sentido véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y T. SALA FRANCO: «Algunas reflexiones en torno...», cit., pgs. 341-342.

26. Estas mismas dudas en BLASCO PELLICER, C.: *La nueva regulación del procedimiento...*, cit, pg. 96. En la doctrina arbitral véase el fundado Laudo de 10 de abril de 1995, puesto en Valencia por don José Ramón Juaníz Maya ya citado.

con notables discrepancias en su seno. Es cierto que la instauración de recursos en este tipo de materias podría tener efectos contraproducentes para la rapidez del proceso laboral. Pero ello no obsta para que quizás pudiera pensarse en instaurar algún tipo de recurso con legitimación restringida e incluso sin efecto entre las partes del propio proceso –algo parecido al recurso en interés de ley pero con legitimación restringida a sindicatos de ámbito nacional y no al Ministerio Fiscal– para que de una vez por todas se fijara por el Tribunal Supremo una cierta doctrina unificada en un campo tan extremadamente denso, complejo y problemático y en el que las interpretaciones jurisprudenciales y, sobre todo arbitrales, resultan cada vez más dispersas cuando no contradictorias.

§ 18

SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO ESPECIAL POR UN TRABAJADOR DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS PROCEDENTE DE UNA SITUACIÓN DE INVALIDEZ PERMANENTE TOTAL NO DEFINITIVA

por **María Antonia Pérez Alonso** (Universidad de Valencia)

Sentencias comentadas:

🔪 STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 1999 (AS 1999, 902)

1. Introducción.

La protección del sistema de Seguridad Social se caracteriza, entre otros muchos elementos, por su carácter obligatorio, si bien como excepción a dicha norma, se sitúa el convenio especial, el cual aparece configurado como un mecanismo de protección voluntaria del que podrán hacer uso los trabajadores en determinados supuestos previstos por la norma (Vid. un estudio sobre el Convenio especial en BARRIOS BAUDOR, G. L.: «Las situaciones asimiladas al alta en el sistema de Seguridad Social»; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Una reordenación, incompleta, del Convenio especial en el sistema de Seguridad Social», en RL, t. II, 1991; GARCÍA NINET, I.: «La asimilación al alta en virtud de Convenio especial con el Instituto Nacional de la Seguridad Social [INSS]. Tipología y régimen jurídico», en Revista de Derecho Público núm. 94/1984; PÉREZ ALONSO, M^a A. y M. MAGALLÓN ORTÍN: «El Convenio especial en el sistema de Seguridad Social». Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997).

Los problemas que en la práctica se plantean en torno al Convenio especial son básicamente dos:

- a) Encuadramiento de las situaciones a algunas de las protegidas por la norma.
- b) El plazo para suscribir el convenio especial.

2. Supuesto planteado.

En el supuesto contemplado por la sentencia objeto del presente comentario se recogen como hechos declarados probados los siguientes: 1) Con efectos 30-6-1993 se declaró al actor en situación de invalidez permanente total no definitiva; 2) Fue dado de alta médica con efectos del 10-1-1997; 3) El actor solicitó acogerse al Conve-