**SOBRE LA COMISIÓN PARA NEGOCIAR ERTES: ¿PODRÁN LOS SINDICATOS ATENDER TANTA DEMANDA?**

Ahora que, poco a poco, vamos acercándonos a la nueva normalidad, y que parece que el Estado de Alarma está llegando a su fin, son muchas las empresas que están teniendo que negociar ERTEs, no vinculados a supuestos de Fuerza Mayor, sino por la falta de recuperación de la actividad productiva. Como bien saben los lectores de este Foro, con quién se negocia estos ERTEs en empresas que no cuentan con estructuras estables de representación no es una cuestión para nada pacífica. De manera novedosa, el [**artículo 23.1 del Real Decreto-Ley 8/2020**](https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3824#a2-5) introdujo nuevas reglas de legitimación al establecer que:

*Artículo 23. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción.*

*1. 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, se aplicarán las siguientes especialidades, respecto del procedimiento recogido en la normativa reguladora de estos expedientes:*

*“En el supuesto de que no exista representación legal de las personas trabajadoras, la comisión representativa de estas para la negociación del periodo de consultas 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. La comisión estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes. En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores".*

No son pocas las dudas interpretativas que genera esta nueva redacción, razón que ha exigido a la Dirección General de Trabajo la publicación del Criterio SGON-929CRA para tratar de arrojar algo de luz a los muchos interrogantes que este precepto está planteando entre los aplicadores de la norma.

La primera advertencia del Criterio Técnico es que "*aunque no se diga de forma explícita*", la comisión sindical "*se refiere a aquellos supuestos en los que en la empresa, unidad de imputación subjetiva a la que se refiere el artículo, no existe representación de las personas trabajadoras en ninguno de sus centros de trabajo*", de modo que en empresas pluricelulares que cuenten con algunos centros con representación y otros sin ella, la empresa podrá efectuar la negociación directamente con una comisión exclusivamente conformada por una representación legal de alguno de los centros o, si así lo deciden los trabajadores, con una comisión híbrida compuesta por representantes legales y con mandatados ad hoc, elegidos en los centros sin representación.

Si en ninguno de los centros cuenta con representación legal, es cuando necesariamente se activa la comisión sindical, de modo que la primera acción que ha de efectuar la empresa es enviar una comunicación fehaciente a los sindicatos legitimados para iniciar la negociación. Señala a este respecto el Criterio Técnico que podrán "*formar parte de la comisión para la negociación del período de consultas cada uno de los sindicatos más representativos y representativos del sector cuando en la empresa o centro de trabajo se carezca de representación electiva o legal*".

La norma establece una regla clara de preferencia negocial en favor del sindicato más representativo o simplemente representativo, como organizaciones a las que se reconoce legitimación para ejercitar determinadas funciones y facultades, desconectándolas de la implantación concreta en la empresa o centro de trabajo de que se trate. Como el RD Ley 8/2020 no facilita ningún medio para tener un certero conocimiento sobre quiénes son esos sujetos, una opción es pedir esta información a la autoridad laboral y simultáneamente remitir el escrito a los sindicatos firmantes del convenio sectorial, planteando una consulta adicional a la comisión paritaria de dicho convenio sobre qué otros sindicatos ostentaban legitimación para formar parte de la comisión negociadora, pero finalmente no firmaron el acuerdo. Y todo ello con el fin de evitar las consecuencias que se derivan de la incorrecta composición del periodo de consultas: la nulidad del periodo de consultas.

Nada decía el RD Ley 8/2020 sobre qué ocurría si existe respuesta sindical de una única central, y no de los otros sujetos legitimados. Ha sido el Criterio Técnico el que, a este respecto, ha señalado que

*"el problema se plantea si, dado este carácter potestativo, alguno de los sindicatos a los que el art. 23 RDL 8/2020 confiere esa facultad, no la ejerce estando legitimado, y si esa omisión invalida la presencia en ella del otro o de los otros sindicatos del sector. La respuesta tiene que ser negativa, puesto que el hecho de estar legitimado para participar en la comisión que negocia el período de consultas es siempre potestativo y la ausencia de uno o alguno de los sindicatos legitimados no invalida ni condiciona la composición de la comisión".*

Prosigue el citado criterio señalando que "*lo que la norma impide es la acción contraria: que queriendo participar en la comisión negociado un sindicato al que la ley ha reconocido esta facultad, se la nieguen las partes o se oponga a ello la empresa. Por tanto, en la medida en que alguno de los sindicatos legitimados integre la comisión negociadora, aunque no se presenten ni comparezcan otros sindicatos legitimados en el plazo improrrogable de cinco días*", esta se debe entender válidamente constituida, lo que generará notables problemas para las acreditaciones de las mayorías exigidas en los términos que analizaremos en una próxima entrada de este Foro.

Solo ante la incomparecencia sindical, entra la posibilidad de las comisiones ad hoc. El art. 23 RD Ley habla de una comisión de 3 miembros, debiendo cuestionarnos entonces si se ha de entender amortizado este periodo de consultas en empresas con 2 trabajadores en plantilla si no hay respuesta sindical. Entiendo que una interpretación concordante con el art. 41.4 ET exige a la empresa tratar de conocer la decisión de la plantilla, con independencia de su dimensión.