ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS:

43 La seguridad y la salud en el trabajo autónomo
Un enfoque sectorial
Antonio Álvarez Montero
Manuel García Jiménez (Coords.)

44 El coste económico del despido
o el precio de la arbitrariedad
Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito
Juan Gorelli Hernández

45 Reestructuraciones de Empresas
XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Jaime Castiñeira Fernández (coord.)

46 El Servicio público de empleo y el proceso jurídico de colocación
María Salas Porras

47 Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de Seguridad Social
Santiago Gonzáles Ortega, Joaquín García Murcia, Fernando Elorza Guerrero (Coord.)

48 Relaciones Laborales y nuevo modelo productivo
XXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Jaime Castiñera Fernández (Coord.)

49 Políticas de Empleo y Nuevos Territorios de la Regulación: Discursos y Prácticas para un Modelo de Gestión Regional-Local
María Rosa Vallecillo Gámez

50 Reformas estructurales y negociación colectiva
XXX Hornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborares
Fco. Javier Prados de Reyes (Coord.)

51 Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico
XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Eva Garrido Pérez (Coord.)

52 Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil.
XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
José Luis Monereo Pérez (Coord.)

53 El Derecho a la Negociación Colectiva Liber Amicorum
Profesor Antonio Ojeda Avilés
Juan Gorelli Hernández (Coord.)

54 Reforma de las Administraciones Públicas y empleo público, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
José Manuel Gómez Muñoz (Coord.)

55 Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo
Jesús Cruz Villalón, Eva Garrido Pérez y Carmen Ferradans Carames (Coord.)

56 La política y el Derecho del Empleo en la Nueva Sociedad del Trabajo
Libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura

Esta obra da cuenta de las ponencias y comunicaciones presentadas en las XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales dedicadas al estudio y debate de las principales cuestiones a los que se enfrenta el modelo sindical español, en el año en que se cumplen treinta de la aprobación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Lo que ofrece una ocasión optima para reflexionar sobre la misma, y especialmente para mirar hacia adelante y plantearse cuales son los nuevos retos que nuestra cambiante sociedad demanda en el futuro.

Se trata de un tema central de nuestro modelo de relaciones laborales y, máxime en este momento cuando, con la excusa de apoyar la mejora de la productividad en la empresa – y con ella, se dice, el mantenimiento del empleo -, se justifican las medidas introducidas en las diferentes reformas laborales - con mayor crudeza en la Ley 3 /2012 - que suponen un nuevo cambio en el marco normativo laboral, no sólo porque se debilita la tutela del trabajador, sino, fundamentalmente, porque se minimiza la fuerza vinculante de la negociación colectiva, cada vez más difícil de encajar en una economía globalizada.

Tres han sido los temas en los que se ha diversificado el estudio: "Estado Democrático de Derecho, Representatividad y Afiliación Sindicales" a cargo del profesor Cristóbal Molina Navarrete, "Nuevas formas de acción sindical" desarrollado por el profesor Rafael Gómez Gordillo, y, "Tutela y garantía de la Libertad sindical", cuestión analizada por la profesora Mª del Mar Ruiz Castillo. La conferencia de clausura fuese impartida por el profesor Miguel Rodríguez- Piñero y Bravo- Ferrer, que, a su magisterio docente y científico, une su importante experiencia como presidente que fue del Tribunal Constitucional cuando se dicta la Sentencia depuradora 98/1985, así como su gran conocimiento de política legislativa como Consejero permanente del Consejo de Estado.

http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl

9 788460 872603

JUNTA DE ANDALUCIA
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

M TEMAS LABORALES

57

TREINTA AÑOS DE LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD SINDICAL: PERSPECTIVAS Y RETOS
XXXIV JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

JUNTA DE ANDALUCIA

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

TREINTA AÑOS DE LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD SINDICAL: PERSPECTIVAS Y RETOS

XXXIV JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

Rosa Quesada Segura
Coordinadora

57

JUNTA DE ANDALUCIA
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS:

29 XXIV Jornada Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo
y Relaciones Laborales
Miguel Rodríguez-Piñero Royo (Coord.)
María Luisa Pérez Guerrero (Coord.)

30 Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Duce Soriano Cortés

31 La dimensión socio-laboral de los nuevos estatutos de autonomía.
Un estudio particular de los estatutos andaluz y catalán
Cristóbal Molina Navarrete (Coord.)

32 Unidad de Mercado y Relaciones Laborales.
XXV Jornada Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Federico Durán López
Carmen Sáez Lara (Coord.)

33 Política Social Europea y Comunidades Autónomas
Mª Fernanda Fernández López (Dir.)

34 Derecho del Trabajo. Libre Competencia y Ayudas de Estado
José Manuel Gómez Muñoz

35 El Proyecto profesional y de Vida de Mujeres con Escasa Cualificación Orientadora
Magdalena Suárez Ortega

36 Los Efectos Económicos de la Inmigración
El Sector de la Agricultura de España
Miralova Kostova Karaboytcheva

37 La aplicación de la ley de Dependencia en Andalucía
Santiago González Ortega (Director)
Estefanía Rodríguez Santos, Cristina Blasco Rasero, Margarita Arenas Viruez

38 Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía. XXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Fco. Javier Prados de Reyes (Coordinador)

39 La situación socialaboral de los profesionales de la comunicación en Andalucía
Franciso Javier Calvo Gallego, (Director), Joaquín Guzman Cuevas, Francisco Liñán Alcalde, María José Gómez Biedma, José Fernández Serrano, Antonio J. Valverde Asencio

40 Efectividad de la mediación en conflictos laborales
Roberto Martínez Pecino

41 Derechos de Libertad Sindical y Principio de Igualdad
Esther Carrizosa Prieto

42 Cuestiones Problemáticas de la Negociación Andaluza
XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Sebastián de Soto Rioja (Coord.)

Monografías de Temas Laborales

Treinta Años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: Perspectivas y Retos

XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales

Monografías de Temas Laborales

Dirección

Ángel Javier Gallego Morales
Jesús Cruz Villalón
Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2016

© Los autores, 2015

ISBN: 978-84-608-7260-3

Impresión y maquetación: Diseño Sur, Industrias Gráficas

Depósito Legal: SE-666-2016

Monografías de Temas Laborales

Treinta Años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: Perspectivas y Retos

XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales

Rosa Quesada Segura
Coordinadora

57

JUNTA DE ANDALUCIA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

ÍNDICE DEL CD

PREÁMBULO 9
Rosa Quesada Segura

CONFERENCIA DE CLAUSURA

SINDICATO Y SISTEMA DEMOCRÁTICO..... 21
Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

ACUERDO DEL COMITÉ CIENTÍFICO DE LAS XXXIV JORNADAS UNIVERITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES 33

PRIMERA PONENCIA

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO, REPRESENTATIVIDAD Y AFILIACIÓN SINDICALES: LECTURAS Y RELECTURAS DESDE UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD..... 37
Cristóbal Molina Navarrete

COMUNICACIONES A LA PRIMERA PONENCIA

REPRESENTATIVIDAD DE LAS ASOCIACIONES EMPESARIALES: NUEVOS TIEMPOS, VIEJOS PROBLEMAS IRRESOLUTOS..... 113
(Premio Mejor Comunicación)
Margarita Miñarro Yanini

¿UN SINDICATO DE LA GUARDIA CIVIL?
LA INCOMPATIBILIDAD DEL PRINCIPIO ENTRE JERARQUÍA Y DISCIPLINA MILITAR Y LIBERTAD SINDICAL PERSISTE 127
Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

"ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE CLÁUSULAS DE SEGURIDAD SINDICAL PACTADAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA" 139
Carmen Ferradans Caramés

LA FIGURA DEL SINDICATO MÁS REPRESENTATIVO Y LA CRISIS DE REPRESENTATIVIDAD SINDICAL 167
Belén del Mar López Insua

CONSECUENCIAS DE LA UTILIZACIÓN DE LA AUDIENCIA ELECTORAL COMO VÍA DE ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA. SUS EFECTOS SOBRE LA AFILIACIÓN 181
Patricia Nieto Rojas

AFILIACIONES SINDICALES ANÓMALAS: EL CASO ANTÓN ABAD; DE PROFESIÓN, SANTO 193
María Dolores Rubio de Medina

LA FUNDACIÓN Y AFILIACIÓN A SINDICATOS DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES 205
Mª Fuencisla Rubio Velasco

EL DEBATE ENTRE LEGITIMIDAD GENÉRICA Y CONCRETA: LA REPRESENTACIÓN UNITARIA 215
María Rosa Vallecillo Gámez

SEGUNDA PONENCIA

NUEVAS FORMAS DE ACCIÓN SINDICAL 231
Rafael Gómez Gordillo

COMUNICACIONES A LA SEGUNDA PONENCIA

ACCIÓN SINDICAL EN LAS EMPRESAS MULTINACIONALES 281
Miguel Ángel Almendros González

PARTICIPACIÓN SOLIDARIA INSTITUCIONALIZADA Y ACCIÓN SINDICAL: UNA OPORTUNIDAD PARA LA CREACIÓN DE ÁMBITOS DE COOPERACIÓN 297
Pilar Charro Baena

LIBERTAD SINDICAL: UNA VISIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA 311
Adriana María Buitrago Escobar
Yaniza Giraldo Restrepo

EXPLORANDO NUEVAS FORMAS DE ACCIÓN SINDICAL EN LA ACTUAL CONFORMACIÓN DEL MODELO LEGAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA 323
Sofía Olarte Encabo

LOS DELEGADOS SINDICALES: FUNCIÓN Y DERECHOS EN LA ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA 339
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

LA HUELGA EN LAS EMPRESAS CONTRATISTAS 357
Juan Pedrosa González

TERCERA PONENCIA

GARANTÍA Y TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL 367
M. Mar Ruiz Castillo

COMUNICACIONES A LA TERCERA PONENCIA

EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA LIBERTAD SINDICAL CONFORME AL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS 443
(Segundo premio Comunicación)
María Salas Porras

OPCIONES PROCESALES EN LA TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL 461
(Tercer premio Comunicación)
José Sánchez Pérez

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA INDEMNIZATORIO DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL 475
Francisco Alemán Páez y Juan de Dios Camacho Ortega

LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA PROBATORIA EN LOS PROCESOS LABORALES SOBRE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL 491
Ana María Chocrón Giráldez

LA TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 501
Sara Guindo Morales

LIBERTAD Y REPRESENTATIVIDAD EN LA EXPERIENCIA SINDICAL BRASILEÑA 513
Saulo Silva de Miranda

LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS CENTRALES SINDICALES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO POR CAUSA DE ILEGALIDAD: REVISIÓN CRÍTICA DEL PAPEL DEL SINDICATO COMO PARTE DEL PROCESO EX ARTÍCULO 165.a) LRJS 527
Luis Ocaña Escolar

PREÁMBULO

En el año 2015 se ha cumplido treinta años de la aprobación de la Ley Orgánica 11/1985, de 8 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), lo que ofrece una ocasión optima para reflexionar sobre la misma, y especialmente para mirar hacia adelante y plantearse cuales son los nuevos retos que nuestra cambiante sociedad demanda en el futuro.

Las notas que caracterizan la LOLS son producto de las circunstancias históricas del momento que la vio nacer y, de esta forma, el modelo sindical que se impuso vino determinado por un singular y acusado protagonismo del poder público. Un intervencionismo estatal que supuso no sólo la promoción sindical sino una promoción sindical selectiva, y es que, como se sabe, el ordenamiento laboral no promocionó de manera indiferenciada cualquier representación colectiva de los intereses de los trabajadores y empresarios, sino unas concretas y específicas representaciones. La mayor representatividad sindical constituye en este sentido, uno de los elementos claves y un punto de referencia obligado para comprender el proceso de evolución del sindicalismo español. En base a la propia estabilidad del sistema político y del sistema de relaciones laborales, así como por la necesidad del poder público de contar con organizaciones profesionales consolidadas, centralizadas y en escaso número con las que negociar y gestionar las materias de índole laboral y económicas, previstas en lo que vino a denominarse la concertación social, se promovió con fuerza el sindicalismo más representativo. De esta forma la LOLS, que nació con la finalidad de garantizar la libertad sindical y por lo tanto el pluralismo, que en ésta trae su base, contradictoriamente selecciona y prima a unas organizaciones sindicales sobre otras con clara finalidad institucional, de tal forma que establece una ordenación diferenciada de las organizaciones sindicales, unas con todas las posibilidades de acción y otras con las mínimas (Rodriguez Piñero, M, 1986).

Estos presupuestos – intervencionismo estatal en las relaciones colectivas, promoción preferente sindical y, además promoción sindical selectiva – dieron lugar a las peculiaridades más notables del sistema de relaciones laborales español. Como se ha señalado, comparando el sistema de relaciones laborales español con los establecidos en otros países de Europa próximos, el dato más significativo es, precisamente, el de la extensa normativa estatal en nuestro caso (Baylos Grau, 1991).

Junto a esto, el criterio de audiencia electoral seguido, al otorgar la mayor representatividad no en virtud de la mayor o menor afiliación sino en base a mecanismos electivos de integración de las representaciones unitarias en la empresa, de forma similar a los utilizados en las elecciones políticas, condujo a una sindicalización de los representantes unitarios y de sus elecciones.

De esta centralización sindical se han producido dos consecuencias que afectan al modelo sindical español. Por un lado la composición de los afiliados se centra preferentemente en el núcleo de los trabajadores estables, siendo muy baja su presencia en los empleos precarios y entre los colectivos considerados débiles – mujeres, jóvenes…- . Por otra, la fragmentación de la base afiliativa por la perdida de los tradicionales elementos de homogeneización y la emergencia de los trabajadores heterogéneos localizados en empresas de reducidas dimensiones, en forma atípicas de empleo y situados, en definitiva, fuera de la esfera de influencia sindical.

A ello se añade el número creciente de trabajadores informales – en terminología de la OIT – expulsados del ámbito sindical, lo que supone que las organizaciones sindicales ya no extienden su tutela a todos los trabajadores y actúan muchas veces en función de la fragmentación de la clase obrera, operando con un cierto cooperativismo entre trabajadores – con capacidad de voto – y los invisibles. De forma prioritaria, pues, la acción sindical ha quedado reservada para la representación de los trabajadores con mayor estabilidad – especialmente en los sectores públicos e industriales – y para una acción institucional, importante, pero no siempre cercana al conflicto capital-trabajo.

Es más, cuando la acción sindical adquiere tintes semi-públicos, de gestión delegada de intereses generales, se aleja del modelo clásico de actuación sindical (Vida Soria, J. 1999).

Por otro lado, el sistema de relaciones laborales que se estableció tras la Constitución nació ya con una fuerte contradicción: mientras que el Titulo II del ET optaba por la representación unitaria, hubo que esperar a la LOLS para que las secciones sindicales tuvieran presencia real en la empresa.

De acuerdo con la configuración legal de estas secciones, el sindicato va ocupando un papel cada vez mayor en la defensa de los intereses de sus afiliados en la empresa; sin embargo, no será tan sólo la institución de este doble canal de representación el verdadero medio de participación del sindicato en la empresa, sino, que la LOLS- y el Estatuto de los Trabajadores - arbitró la formula para hacer coincidir en las mismas personas la doble representación, sindicalizando las elecciones a representantes en la empresa.

Sin embargo, este doble carácter de representante de los trabajadores y del sindicato da lugar – o conduce, en muchos casos – a otro efecto no deseado: el que la representación sindical en la empresa, al articularse en un circuito paralelo a la acción sindical, se vea obligada a optar entre la defensa de las reivindicaciones de los trabajadores de la empresa – sus electores -, con las más generales defendidas por el sindicato y no siempre coincidentes.

De todo lo anterior se deducen tres cuestiones que parecen fundamentales para mantener la presencia del Sindicato en los años venideros: la incorporación de los nuevos colectivos de trabajadores y sus intereses particulares al conjunto de la organización – es decir, ampliación de los objetivos de la política sindical a la consecución y mantenimiento de otros derechos ligados al Estado del bienestar -, el fortalecimiento de la negociación colectiva y, en tercer lugar, la actualización y reforzamiento del principio clave de la acción sindical como es el sindicalismo internacional.

Respecto al primer tema, el sindicato hace tiempo ya que ha comenzado a adecuar sus estrategias a la incorporación, de una manera estable a su organización, de los nuevos grupos de trabajadores surgidos de la revolución posindustrial.

Así, la visión de un sindicalismo de masas se debe sustituir por una estrategia de coordinación de unidades de representación diversificadas funcionalmente y más cerca de los diferentes colectivos de trabajadores. Esta evolución es necesaria si se quiere hacer frente a los intereses que el sindicato representa : intereses no solamente de los trabajadores masculinos cualificados de las grandes empresas de países desarrollados, sino también de los trabajadores precarios y a tiempo parcial, de las mujeres, de los desempleados, de los jubilados, de los subcontratados, de los inmigrantes…

La segunda cuestión radica en el fortalecimiento de la negociación colectiva. Lo que no deja de suponer una discordancia en la actual etapa en la que vivimos marcada por la descentralización productiva, por las diferentes formas de organización, cooperación y vinculación de las empresas, y donde se gestionan las condiciones de trabajo - el tiempo, los horarios, los salarios…- , de acuerdo a reglas "individualizadas" pactadas en microacuerdos. Pero es más, como bien se sabe, la

tendencia clara de las reformas laborales en lugar de procurar este fortalecimiento, contribuye de forma notable a restar eficacia a la misma.

Esta forma generalizada - y continua - de primar el aspecto organizativo y con ello el interés de la empresa, nos lleva cada vez más a la degradación de la naturaleza jurídica del convenio colectivo, atenuando sus rasgos de normatividad para dar paso a un convenio cada vez más contractualizado. Hasta el punto de que puedan plantearse problemas de constitucionalidad, ya que difícilmente puede entenderse cumplida la garantía de la fuerza vinculante que el artículo 37.1 CE otorga a la negociación colectiva con el reconocimiento legal de una mera eficacia obligacional. Y aquí reside el verdadero peligro: la revitalización de la naturaleza contractual del convenio frente a su valor normativo bajo la excusa de ser instrumento de regulación y de gestión flexible y adaptable de las relaciones de trabajo, conducirá, cada vez más, a suprimir una negociación colectiva - que por su carácter erga omnes y su fuera vinculante - entorpece las reglas de una economía globalizada. Pero es más, si se finiquita la negociación colectiva como instrumento reivindicativo, no sólo es que los derechos de los trabajadores van a quedar subordinados al interés empresarial y a las vicisitudes de la productividad y organización de la empresa, es que los sindicatos pierden su razón de ser.

La tercera cuestión parte de considerar que en un mundo globalizado, el sindicalismo internacional y la acción de las organizaciones supranacionales se convierten en la principal vía de racionalización y humanización de las relaciones de trabajo. Al igual que se requiere una coordinación de los Estados a nivel mundial para enfrentarse a los problemas globales, nadie duda que, para paliar el poder del capital, los sindicatos tendrían que actuar globalmente. Como se ha dicho, la organización de un sindicalismo internacional y comunitario con fuerza y presencia, es elemento necesario para contrarrestar los efectos de un capitalismo avasallador e imparable que se extiende por el mundo sin fronteras (Supiot, A., 2001). En este nuevo orden económico mundial la esperanza se centra, pues, en la acción coordinada de las organizaciones sindicales y supranacionales. Y en ésta, cada vez más precisa internacionalización de la acción sindical, la unidad entre las organizaciones sindicales es la clave fundamental. Solo con grandes instrumentos de concertación social, sólidos, coherentes y representativos, podremos dar respuestas que nos hagan avanzar.

Me he permitido estas reflexiones previas antes de glosar esta obra que da cuenta de las ponencias y comunicaciones presentadas en las XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales dedicadas al estudio y debate de las principales cuestiones y de los retos a los que se enfrenta el modelo sindical español tras los treinta años de vigor de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Tema central de nuestro modelo de relaciones

laborales y, máxime en este momento, cuando con la excusa de apoyar la mejora de la productividad en la empresa – y con ella, se dice, el mantenimiento del empleo -, se justifican las medidas introducidas en las diferentes reformas laborales - especialmente a partir del RDL 10/2010 y con mayor crudeza en la Ley 3 /2012 - que suponen un nuevo cambio en el marco normativo laboral, no sólo porque se debilita la tutela del trabajador, sino, fundamentalmente, porque se minimiza la fuerza vinculante de la negociación colectiva, cada vez más difícil de encajar en una economía globalizada.

Tres han sido los temas en los que se ha diversificado el estudio: "Estado Democrático de Derecho, Representatividad y Afiliación Sindicales" a cargo del profesor Cristóbal Molina Navarrete, "Nuevas formas de acción sindical" desarrollado por el profesor Rafael Gómez Gordillo, y, "Tutela y garantía de la Libertad sindical", cuestión analizada por la profesora Mª del Mar Ruiz Castillo. Se trata de tres reflexiones sobre aspectos diferentes del mismo tema y por ello, complementarias y exponentes de su complejidad, pero coincidentes en el fondo ya que en todos ellos, su base es el propio sistema sindical español. Por lo que, al igual que los virtuosos interpretes pueden tocar la misma pieza sin que nunca suene igual, los autores del estudio aportan igualmente su visión personal, diversificada a veces, incluso, en ocasiones divergente, pero en todo caso, siempre atractiva y sugerente.

En la primera ponencia, subtitulada "Lecturas y Relecturas desde un modelo de control difuso de convencionalidad", el profesor Molina Navarrete, con la clara agudeza e implacable ironía que le caracteriza realiza el análisis critico del sistema de representatividad sindical español partiendo de su configuración inicial y de cómo se ha ido modificando, desde el propio Tribunal Constitucional, al revalorizar el principio constitucional de libertad-pluralismo sindical y con ello la consolidación de un sistema de representatividad y legitimación sindical con una eficacia equiparable al de los mejores de la Unión Europea.

No desconoce, sin embargo, el profesor Molina, las críticas y problemas que han afectado el sindicalismo más representativo, agravados por la crisis de 2008 y las políticas institucionales diseñadas y puestas en práctica para intentar solucionarla. Lo que da lugar a una serie de cuestiones que destaca, como el mantenimiento de un modelo de duopolio sindical en la empresa pese a que, no por ello, se garantice la afiliación de los elegidos, así como la ausencia de representación unitaria en muchas de las empresas españolas, bien por no cumplir los requisitos legales o, sencillamente, por no llevarse a cabo elecciones. Sin embargo, como bien afirma, la presencia sindical en la empresa es de todo punto imprescindible, por una parte, porque es el ámbito donde se relega cada vez más la concertación, y en segundo lugar, porque también la empresa constituye el ámbito donde se construye la identidad de grupo para la mayor parte de los trabajadores.

Destaca el autor como la dependencia institucional ha afectado a los sindicatos más representativos bien porque el respaldo legal del que han gozado ha quedado bloqueado por las leyes de "austeridad-devaluación", especialmente por la perdida de representatividad en la empresa, ya que la formula legal introducida por la vía del artículo 41 ET lo que ha potenciado, finalmente, ha sido al reforzamiento (encubierto) del poder empresarial.

Tras éste dilatado análisis, propone el autor la principal cuestión para centrar reformas ineludibles: la necesidad de institucionalizar la preferencia sindical para la acción representativa en la empresa, de modo que no se condicione el papel de la sección sindical. Una institucionalización de la preferencia sindical que también debería hacerse hacia fuera, reconociendo el Diálogo Social como condición o presupuesto necesario de toda política socio-económica, más allá de la meramente consultiva de los órganos creados al efecto.

En este sentido, critica el escaso compromiso jurisprudencial con la aplicación directa de los Convenios Internacionales, a fin de corregir el exceso de aplicación de las normas nacionales en la conformación del derecho de libertad sindical.

E, igualmente, critica el profesor Molina la consideración tendenciosa que ha prosperado últimamente de la imagen de unos sindicatos con pérdida de afiliación e indolentes a los procesos de devaluación de las condiciones de vida y de trabajo, creada deliberadamente para propiciar su desestabilización. Por el contrario, sostiene como han venido adaptando sus estructuras para estar presentes en cada vez más sectores (jóvenes y mujeres, trabajadores autónomos), y cómo, cada vez más, gestionan con eficacia el conflicto en términos de eficiencia económica. Reflexiona, igualmente, sobre los problemas de la atomización de la representatividad, señalando que, si bien, los sindicatos mayoritarios deben hacer autocrítica de sus dinámicas precedentes, el hecho de la existencia de más sindicatos no va a suponer más legitimación social ni más capacidad de acción, sino todo lo contrario.

En suma, termina el autor, señalando como la mayor presencia efectiva del sindicato en la representación laboral propia de los lugares de trabajo es un presupuesto previo, pero en modo alguno el único -condición necesaria pero no suficiente- para cualquier proyecto creíble y fiable de renovación sindical. Y con sus propias palabras: "el sindicalismo contrapoder social o es fuerte -concentrado-, a fin de poder participar en un *gobierno equilibrado* -equitativo y productivo- de las relaciones laborales, o será sólo un títere de los poderes -públicos y económicos-".

En la segunda ponencia el profesor Gómez Gordillo parte de la idea de que el modelo legal español de representación sindical en la empresa es insuficiente, fragmentado y complejo, ya que establece distintos tipos de representación en

atención a la naturaleza administrativa o laboral de la relación de prestación de servicios y, en el primer caso, también en función del tamaño de la empresa siendo en la práctica que en la mayoría de las empresas, el doble canal de representación se convierte en un canal único fuertemente sindicalizado. Pese a ello, señala de forma positiva como el modelo sindical español está fuertemente consolidado, habiéndose incrementado la afiliación durante los años previos a la crisis de tal forma que la tasa media de afiliación sindical en España es cercana a la media de la UE-28. Así como la cuestión de la pluralidad sindical parece asegurada pues, si bien es cierto que CC.OO. y UGT ejercen el liderazgo sindical, otras organizaciones sindicales de ámbito territorial o sectorial han obtenido un señalado protagonismo en sus respectivos ámbitos.

Lo que no impide desconocer, como apunta Gómez Gordillo, las disfunciones que han afectado a las organizaciones sindicales y, en especial, a los sindicatos mayoritarios por efectos de la crisis económica, y de la crisis institucional que la acompaña. Ahora, denuncia, al contrario que en anteriores ocasiones, la recuperación del ciclo de crecimiento económico no se acompaña de la paralela recuperación de los datos sobre afiliación y presencia.

Por otro lado, advierte como los sindicatos han incrementado su actuación, especialmente en el ámbito internacional, tanto mediante la elaboración de propuestas de globalización de los derechos laborales mínimos como por la vía de reclamar mayor participación en los organismos internacionales – OIT, principalmente-, y europeos – mediante el fortalecimiento de la CES -, a fin de impulsar la salida de la crisis a partir de la defensa de los derechos laborales y de protección social.

Asume y traslada, el profesor Gómez Gordillo las propuestas de los sindicatos- en gran medida programáticas – cuando propugnan la necesidad de realizar una refundación del Estado social y de derecho, elevando el rango constitucional de los derechos sociales.

Y en cuanto al modelo sindical, recoge la propuesta de los sindicatos más representativos de reforzar las estructuras sindicales de empresa, al considerar la sección sindical como espacio natural de participación del sindicato, constituyendo la mejor vía para abordar los problemas derivados de la transformación de la actividad empresarial. Si bien, de forma critica, señala como la política sindical actual ignora la representación unitaria, aunque reitere la necesidad de acometer el problema de las empresas excluidas de la obligación de realizar elecciones para lo que los sindicatos más representativos optan por estructuras territoriales en lo que han venido a denominar “sindicato de proximidad”.

Igualmente, se hace eco de las propuestas sindicales en materia de negociación colectiva, favorables a un modelo de negociación articulada, en la que el convenio de empresa actúe como instrumento de mejora de las condiciones mínimas pactadas en los convenios de sector, a la vez que como formula de adaptación a las realidades específicas de la empresa. Y respecto a la función de la negociación colectiva, defendiendo su papel coordinador inter-empresas y entre las estructuras sindicales, para atender la mejora de las relaciones laborales en el ámbito de las empresas en forma de red y las que comparten un mismo espacio de trabajo.

La tercera y última ponencia corrió a cargo de la profesora Mª del Mar Ruiz Castillo, elaborada, compleja y profundamente critica, parte del redimensionamiento del Derecho del Trabajo, donde la ordenación del trabajo y el sistema mismo de relaciones laborales vienen marcados por directrices inequívocas de fundamentalismo económico, que benefician a una única clase social, y que, por lo demás, son ajenas -o impuestas-, a las políticas y ordenamientos nacionales.

Fiel a este planteamiento, el análisis del marco constitucional lo cifra en las STCC 219/2014 y 8/2015, que convalidan íntegramente las últimas reformas que afectan ampliamente a los derechos colectivos e individuales pero también a otros inespecíficos, señaladamente a los de tutela judicial efectiva o al de igualdad. Y en este sentido destaca tres aspectos de esta última doctrina constitucional tendentes a modificar gravemente el sistema de garantías constitucional:

En primer lugar, que el mismo papel institucional y cuasi-público que se le ha venido reconociendo al sindicato, vale, ahora, para atribuirle también la defensa del "interés social general" que puede no coincidir con "la defensa de los intereses de todos los trabajadores". Lo que puede dar lugar a modificar la primaria función del sindicato, de defensa de los intereses del mundo del trabajo para cumplir otras finalidades o, cuanto menos, compatibilizarlas. Así es posible, interpretando la autora con acierto las sentencias constitucionales, que pueda considerarse una finalidad del sindicato, igualmente, la defensa de la empresa porque este también es un interés social que atañe a los trabajadores - y, precisamente, en su nombre -. En consecuencia, queda justificada la intervención legislativa que modaliza sus contenidos esenciales -negociación y conflicto-, para la consecución de ese otro fin social general, la libertad de empresa, "ahora imperioso y en situación de crisis aguda".

En segundo lugar, que los derechos constitucionales reconocidos al mundo del trabajo al ser permanente redefinidos o ponderados, sin definir contenidos esenciales, y sin que encuentre su freno en éstos, ha dado lugar a una cada vez mayor desconstitucionalización del modelo de libertad sindical previsto en el artículo 28.1 CE.

En tercer lugar, destaca una cuestión, que califica con acierto,"de hondo calado", al señalar como, en nuestra legislación, los derechos colectivos del trabajo no son monopolio del sindicato, lo que da lugar a una construcción separada e independiente de los contenidos esenciales de la propia libertad sindical y de los derechos que en la misma se contienen, sin que se haya producido una ampliación de la tutela sindical a otros sujetos en atención a la función sindical que se desarrolla, dando lugar, por el contrario, a una restricción del contenido esencial del derecho de libertad sindical.

Fue un honor que la conferencia de clausura fuese impartida por el profesor Miguel Rodríguez- Piñero y Bravo- Ferrer, que, a su magisterio docente y científico, une su importante experiencia como presidente que fue del Tribunal Constitucional cuando se dicta la Sentencia depuradora 98/1985, de 29 de julio, así como su gran conocimiento de política legislativa como Consejero permanente del Consejo de Estado.

Haciendo un análisis de la evolución de la LOLS y de su importancia, destaca el profesor Rodríguez- Piñero como la libertad sindical no es sólo un derecho fundamental del trabajador sino también un elemento relevante en los procesos económicos, sociales y políticos, y una base y condición de un gobierno democrático. Señala, igualmente como las reformas laborales emprendidas en los últimos años han hecho que los sindicatos hayan de enfrentarse a la crisis económica y de empleo y, a la vez, a su propia crisis, porque la globalización y la crisis han reducido notablemente el poder y el protagonismo de nuestros sindicatos en las relaciones laborales y en el sistema político, lo que, a su vez supone, la transformación del papel de la negociación colectiva y de la representación colectiva de los trabajadores en un sistema más descentralizado y más flexible en el que la negociación se traduce en mecanismos de participación, que benefician la gestión de la empresa, mientras que no impiden la adopción unilateral por el empleador de medidas que afectan a los derechos de los trabajadores.

Denuncia el profesor Rodríguez -Piñero como la crisis del sindicato se refleja en la disminución de la tasa de sindicación, sobre todo porque esa disminución se ha hecho en sectores de gran tradición sindical y ha generado un desequilibrio por la mayor densidad sindical en el sector público que en el sector privado. Sin que, por el contrario, en los nuevos sectores en crecimiento, como los servicios, los sindicatos tengan real influencia.

Concluye el profesor Rodríguez-Piñero reafirmando al sindicato como pieza fundamental de nuestro sistema democrático y, en consecuencia, apuntando como la crisis del sindicato afecta a la propia salud del sistema. Y dictando las líneas principales para su reforzamiento : la adaptación del sindicato a los nuevos

tiempos, consolidando alianzas con otras formas sociales e identitarias y con otros mecanismos de movilización y participación; la reconstrucción de su relación con el sistema político, desde su comienzo de promoción, pero, cuya dependencia inicial le lleva, en la actualidad, a enfrentarse con medidas legales que le debilitan en el contexto general y, fundamentalmente, en el de la empresa; y, finalmente, procurando una mayor dimensión internacional que permita su adaptación – excesivamente anclada en las cuestiones nacionales - al fenómeno de la economía globalizada.

A las Jornadas asistieron ciento veintidós participantes y se presentaron veintitrés Comunicaciones, habiendo obtenido el primer premio la presentada por la profesora Margarita Miñarro Yanini "Representatividad de las asociaciones empresariales: nuevos tiempos, viejos problemas irresolutos"; el segundo premio fue para la comunicación presentada por la profesora María Salas Porras: "El tratamiento jurisprudencial de la libertad sindical conforme al Tribunal Europeo de Derechos Humanos", mientras que la comunicación premiada en tercer lugar fue defendida por el profesor José Sánchez Pérez bajo el titulo: "Opciones procesales en la tutela de la libertad sindical".

En cuanto a mi solo me restan los agradecimientos. Al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la figura de su presidente, el doctor Ángel Gallego, y al conjunto de los catedráticos de Derecho del Trabajo de las Universidades Andaluzas por haberme confiado la organización de estas XXXIV Jornadas Universitarias, al profesor Rodríguez-Piñero, por haber aceptado dictar la conferencia de clausura haciéndonos participes de su profundo conocimiento. A los profesores Molina Navarrete, Sánchez Gordillo y Romera Castillo por sus aportaciones imprescindibles en un tema central para nuestro sistema de relaciones laborales. A los comunicantes y participantes, que enriquecieron las Jornadas con sus comunicaciones e intervenciones. A las instituciones malagueñas que las hicieron posible: Universidad, Subdelegación de Gobierno, Colegio de Abogados, Ayuntamiento.

A todos, pues, muchas gracias. Ha sido un placer y un honor terminar mi carrera académica con este importante acto.

Rosa Quesada Segura
Catedrática de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

En Málaga, febrero, 2016

Conferencia de Clausura

SINDICATO Y SISTEMA DEMOCRÁTICO

Doctor D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Consejero Permanente del Consejo de Estado
Presidente Emérito del Tribunal Constitucional
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Agradezco al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, a los organizadores de estas XXXIV Jornadas Universitarias, y en particular al Departamento de Derecho del Trabajo de esta Universidad de Málaga, y a Rosa Quesada, coordinadora y alma de estas Jornadas, la invitación para participar en ellas y el honor de dictar esta conferencia de clausura. Siento, por compromisos institucionales, no haber podido asistir a las muy interesantes sesiones desarrolladas ayer.

Me parece muy acertada la elección del tema de estas Jornadas. Los 30 años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical han pasado casi desapercibidos, pero no ha sido así para los laboralistas andaluces y para el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales que organizó en las III Jornadas Andaluzas el primer seminario sobre la entonces reciente Ley Orgánica de Libertad Sindical, cuyas intervenciones dieron lugar a un libro de Comentarios a la Ley Sindical que ha devenido un clásico, que no ha perdido del todo actualidad.

Me corresponde hablar de sindicalismo y sistema democrático, lo que permite referirme al papel que los sindicatos y las organizaciones empresariales han tenido en la implantación y consolidación de nuestro sistema democrático, pero también examinar, desde el presente y hacia el futuro, el papel que les corresponde y ha correspondido en el mantenimiento y profundización de nuestro sistema democrático. Una reflexión desde el pasado sobre el papel y la función de los sindicatos, como componentes sustanciales y elementos indispensables de nuestra democracia pluralista, nos tiene que llevar a una contemplación desde el presente y hacia el futuro del papel indispensable de los actores sindicales.

El importante papel que los actores sociales y, especialmente, el sindicato jugaron en la superación del régimen franquista e instauración de un sistema constitucional democrático de libertades explica el peculiar tratamiento de esos actores sociales en nuestra Constitución, y que el art. 7 CE se refiera a los

sindicatos y a las asociaciones empresariales como instrumentos para la defensa y la promoción de los intereses que le son propios, a su libre creación y ejercicio de su actividad y a su necesario funcionamiento democrático. Lo más relevante del precepto de la Constitución no es tanto lo que dice sino donde lo dice, en su Título Preliminar. Ello supone el reconocimiento constitucional del papel institucional de los sindicatos y de las asociaciones empresariales. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, el art. 7 CE reconoce a los sindicatos y organizaciones empresariales una función institucional como piezas básicas del sistema político constitucional y organismos de participación en la tarea política, favoreciendo el mantenimiento y consolidación del Estado social y democrático de Derecho.

Aunque desde la perspectiva del derecho de libertad sindical el art. 28.1 CE haya jugado un papel muy relevante, dada su protección en amparo constitucional, en su dimensión objetiva el art. 7 CE es un precepto constitucional clave sobre el que se ha articulado la doctrina constitucional relativa a la configuración y la función institucional del sindicato, como componente de nuestro Estado social y democrático de Derecho, que no sería tal sin sindicatos y organizaciones empresariales libres, aunque éstas sólo podrían operar en un marco jurídico-político que les asegure una plenitud de libertades y de derechos. No hay Estados democráticos sin sindicatos libres, y no hay sindicatos libres sin un Estado democrático.

La democracia supone una cultura de pluralismo, de reconocimiento de derechos, de tolerancia, de debate abierto y de participación activa de los individuos y los grupos en que aquellos se organicen, con posibilidad de actuación individual y colectiva de forma autónoma, libre e independiente, sin control de los poderes públicos, y de poder crear redes organizadas de interrelaciones a través de las cuales se expresan y actúan en libertad asumiendo las responsabilidades correspondientes. Por eso, a través del sindicato también se cumple el mandato y objetivo contenido en el art. 9.2 CE de facilitar "la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

La libertad sindical, lo ha venido diciendo la OIT, es expresión de la dignidad humana y ofrece la garantía de que los empleadores y trabajadores puedan asociarse y actuar conjuntamente para defender no sólo sus intereses económicos, sino también las libertades civiles, tales como el derecho a la vida, la seguridad, la integridad, la libertad personal y colectiva, siendo no sólo una garantía sino un componente y un elemento clave de toda democracia.

En España, esta afirmación es particularmente pertinente. Tras la dictadura, el reconocimiento de la libertad sindical, aun antes de la Constitución, mediante la ratificación de los Convenios núm. 87 y 88 OIT, supuso una ruptura con el pasado y una manifestación significativa del restablecimiento de un sistema democrático. Ese

reconocimiento tuvo un papel relevante en la instauración de un sistema jurídico-político de libertades y fue un primer paso para el establecimiento de un Estado social y democrático de Derecho, que la Constitución consagraría al asegurar un sistema político y social en con organizaciones sindicales y empresariales libres, democráticas en su organización y gestión, y potencialmente plurales, proscribiendo la unicidad sindical y cualquier tipo de afiliación obligatoria.

El art. 7 CE reconoce una competencia sindical concurrente al Estado en la defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios y de los que el sindicato se convierte en portavoz, y también en defensor. El sindicato no sólo ha de exteriorizar las opiniones, deseos y aspiraciones del colectivo de trabajadores, sino que ha de intentar satisfacerlos a través de la configuración de un poder sindical de autotutela, como contrapoder, y éste es su papel fundamental en nuestra democracia. Para ello, y así lo exige la Constitución, su funcionamiento ha de ser democrático un principio democrático imperativo e indisponible que se impone a su libertad de autoorganización y que es la base de su carácter representativo, que es "originario" y no "delegado", pero la comunicación representantes-representados legitima la actuación colectiva.

El pluralismo sindical y la protección de la libertad de elección del sindicato se vincula al pluralismo político a que hacen referencia los arts. 1.1 y 6 CE. El pluralismo sindical implica tutela de libertad individual de afiliarse al sindicato de su elección, pero también libertad de creación o constitución de sindicatos allí donde existan otros. Ese pluralismo con el tiempo se ha reducido significativamente a un práctico duopolio sindical en el ámbito estatal de dos grandes centrales sindicales con una diversificación ideológica y política, originariamente paralela a dos partidos "amigos", aunque en los 30 años de vigencia de la Ley Orgánica de Libertad Sindical se haya dado un fenómeno, paralelo al de otros países cercanos, de distanciamiento entre el partido político y el sindicato y, al mismo tiempo, de acercamiento de las estrategias y acciones de las dos grandes centrales sindicales, cuya diferenciación se mantiene en criterios distintos de organización y defensa de los intereses colectivos, el plano global, sectorial y de empresa, pero que no han impedido un juego notable de unidad de planteamientos y de acción.

El pluralismo sindical incide en nuestras relaciones laborales, y ha generado una competencia intersindical acentuada por medirse la representatividad del sindicato sobre la base de las elecciones de representantes a nivel de empresa que obliga a una periódica confrontación electoral en el seno de los lugares de trabajo, lo que ha sido también un importante factor de legitimación democrática de los sindicatos, dando nueva relevancia al principio democrático a través del proceso electoral en los lugares de trabajo. La representación unitaria electiva no sólo asegura un sistema de participación en la empresa que secundariamente tutela

el art. 129.2 CE, sino indirectamente el carácter y la legitimación democrática del sindicato.

Un problema derivado del pluralismo sindical es la necesidad de selección del sujeto sindical con capacidad convencional lo que se ha hecho desde el criterio de la mayor representatividad, que puede suponer la exclusión de la contratación colectiva de sindicatos no suficientemente representativos. La jurisprudencia constitucional ha admitido, e incluso apoyado, esa designación selectiva del sujeto sindical legitimado para negociar, la noción de mayor representatividad y la utilización para su medición de la audiencia electoral, como objetiva y razonable, al permitir una defensa más eficaz de los intereses de los trabajadores que "se vería perjudicada por una atomización sindical" (STC 53/1982).

Esta afirmación supone la legitimidad constitucional de una atribución exclusiva a los sindicatos más representativos de competencias sindicales en la participación institucional, en la convocatoria electoral o en la negociación colectiva de eficacia general, sin perjuicio de un espacio propio de actuación de los sindicatos menos representativos y refleja el interés público por la existencia de unas organizaciones sindicales fuertes y dotadas de medios suficientes de acción. Sin embargo, paradójicamente en nuestro sistema de relaciones sindicales no existe un monopolio sindical para la negociación colectiva a nivel de empresa o centro de trabajo.

La Ley Orgánica de Libertad Sindical, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Convenio núm. 135 OIT, ha matizado el papel de los órganos electivos de representación unitaria mediante el reconocimiento de representación y la acción sindical en la empresa (arts. 8, 9 y 10 LOLS) y la existencia de las secciones sindicales y de los delegados sindicales, a los que el legislador ha reconocido competencia asimilable a los representantes electivos. Ello ha supuesto un sistema de doble canal de representación dentro de los centros de trabajo que en general no ha creado una competitividad entre ambos canales, dado el frecuente control sindical de los representantes electivos. Ahora que el legislador trata de fomentar la contratación colectiva a nivel de empresa y centro de trabajo, puede que se planteen problemas al respecto, que las últimas reformas legales en materia de legitimación negocial colectiva no han llegada a aclarar.

El criterio de la audiencia electoral para determinar la mayor representatividad y el reconocimiento de capacidad convencional y conflictiva a las representaciones electivas ha obligado a intensificar la vinculación de los sindicatos con las representaciones electivas, sin un reparto claro de papeles en la naturaleza y contenido del poder colectivo. Ello depende en buena parte del efectivo control sindical de las representaciones electivas en cada momento y situación concreta,

de modo que la autotutela colectiva en el nivel de empresa puede exteriorizarse a través de diversos instrumentos o mecanismos.

El sistema legal de contratación colectiva de eficacia general ha dotado a la representación sindical mayoritaria de un plus de representatividad del conjunto del colectivo de trabajadores más allá de los propios sindicados, con vinculabilidad o eficacia subjetiva general de ese convenio. Ello, y el hecho de que la representatividad se mida en función de la audiencia electoral, ha relativizado el vínculo asociativo y ha impuesto al sindicato enfrentarse con una complejidad de intereses no exclusivos de sus miembros sino de todos los trabajadores. Mantener una regulación colectiva unitaria y común ha transformado sustancialmente el papel del sindicato pero ha debilitado la relevancia de la afiliación, incluido el sometimiento a la disciplina sindical, y no ha animado la militancia sindical.

La lectura conjunta de los arts. 7, 28 y 37 CE permite contemplar la complejidad de manifestaciones de la consagración constitucional de la tutela autónoma y colectiva de los intereses del trabajo en nuestro sistema de relaciones. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho de libertad sindical no es un mero derecho de asociación, integra también derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos -huelga, negociación colectiva, promoción de conflictos- que constituyen el núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical sin el cual ese derecho no seria reconocible ni podría realizar las funciones a las que es llamado por el art. 7 de la Constitución, sin perjuicio de que el legislador conceda a los sindicatos otros derechos o facultades.

Este reconocimiento ha acentuado la naturaleza y función de representación legal de intereses colectivos del sindicato. En puridad, éste no ejercita colectivamente los derechos individuales de sus miembros, sino que ejercita colectivamente la protección de los intereses del grupo, lo que permite actuar y afectar a las esferas jurídicas de otro (STC 73/1984) en la negociación colectiva, pero también en cualquier proceso que estén en juego los intereses colectivos de los trabajadores. Esta opción legislativa ha acentuado y reforzado notablemente el poder negociador de las centrales sindicales más representativas funcionalizando la acción sindical al interés colectivo de todos los trabajadores. Pero ello ha supuesto que la eficacia del convenio colectivo viene condicionada por el legislador, lo que es fuente de la fuerza sindical pero también su mayor debilidad, al ser manipulable por aquél esa eficacia como se comprueba en las últimas reformas laborales.

El art. 28 CE define en clave subjetiva el derecho del trabajador a sindicarse. La dimensión individual de la libertad sindical tiene una perspectiva negativa, la de que nadie puede ser obligado a pertenecer a un sindicato, y una perspectiva positiva, la del derecho a pertenecer al sindicato, que ha requerido un desarrollo

legal de la tutela de la libertad sindical individual contemplada en el Título V de la LOLS que se dedica a la "Tutela de la libertad y represión de las conductas antisindicales", una denominación que recuerda y cumple la función del statuto dei lavoratori italiano de 1970, influido a su vez en esta materia por la legislación sindical norteamericana. Con esa consagración legal, la protección de esos derechos se sitúa, ante todo, en los tribunales ordinarios, habiéndose establecido vías procesales específicas para su tutela, completada y reforzada con una muy creativa jurisprudencia constitucional. La sensible reducción de sentencias constitucionales en materia de libertad sindical refleja la suficiencia de las vías judiciales ordinarias para la garantía de esa libertad.

En las democracias maduras, como ya es la nuestra, se ha generado una dinámica de interrelaciones entre las partes sociales y los poderes públicos que ha servido para profundizar en los valores democráticos, conseguir una mayor transparencia y legitimidad en el ejercicio de los poderes públicos, obtener un mayor grado de consenso y apoyo a las decisiones, y facilitar la gobernabilidad. El diálogo social se ha convertido en elemento característico del modelo social europeo, una "dimensión esencial del modelo europeo de sociedad", y también una dimensión esencial de nuestro sistema democrático.

Nuestro Tribunal Constitucional ha aceptado esta idea al afirmar que la negociación colectiva comprende no sólo la contratación colectiva en sentido propio, sino también en el plano macro-social la concertación o diálogo social, una concertación y un diálogo social que en estos treinta años han evolucionado pasando de supuestos muy formalizados de concertación social, global y centralizada, con un fuerte intervencionismo mediato de los poderes públicos, a fórmulas menos centralizadas, menos politizadas y menos formalizadas de diálogo social, con instrumentos más flexibles y abiertos, específicos y puntuales a través de informaciones, consultas, contactos y negociaciones que no se proponen necesariamente lograr acuerdo formalizados.

Esos procesos de diálogo social han contribuido a la consolidación de nuestro sistema democrático y al desarrollo armónico de las relaciones laborales, y han facilitado, a través de la llamada legislación negociada, la aceptación de medidas legales de flexibilización del mercado de trabajo y de adaptación de nuestro sistema de protección social. Al mismo tiempo, han confirmado la existencia de organizaciones sindicales y empresariales fuertes que controlan los distintos niveles de las relaciones laborales, y que han estado dispuestas a adoptar posturas más cooperativas, a limitar excesos de reivindicacionismo y a crear confianza, credibilidad y búsqueda de consenso de las partes sociales entre sí y con los gobiernos, estatales y autonómicos.

El diálogo social ha asegurado al sindicato un cierto grado de participación en decisiones políticas que le conciernen. En unos casos ha evitado reformas legales sustituidas por pactos sociales y, en otros, ha generado una negociación prelegislativa, que ha condicionado o influido en reformas importantes en nuestra legislación laboral y de Seguridad Social. Sin embargo, las últimas reformas legislativas se han hecho al margen o, incluso, en contra de los resultados del diálogo social bilateral. Con la crisis y la actitud gubernamental el dialogo social ha perdido fuerza o influencia pero no ha desaparecido. Ha sido y debe ser un elemento fundamental de nuestro sistema democrático y de nuestras relaciones laborales, a nivel del Estado y de las Comunidades Autónomas, y debe seguir siendo un elemento connatural de nuestro sistema democrático y de relaciones laborales.

La consolidación del sindicato como forma jurídica asociativa de organización representativa típica de agregación de los trabajadores para la tutela de sus intereses, ha favorecido la consolidación de nuestro sistema democrático. La Constitución ha canalizado y ayudado a esa consolidación al proteger al sindicato-asociación y al reconocer la libertad sindical como libertad de fundar asociaciones o federaciones sindicales y afiliarse libremente a ellas, y el derecho a la acción sindical, pero también nuestros sindicatos han sabido estar a la altura de las circunstancias y asumir cuotas de responsabilidad.

La experiencia de estos años ha confirmado que la libertad sindical no es sólo un derecho fundamental del trabajador sino también un elemento relevante en los procesos económicos, sociales y políticos, y una base y condición de un gobierno democrático. En la evolución de nuestro sistema económico, social y político hacia una sociedad más libre, plural y abierta, han jugado un papel muy relevante los sindicatos y organizaciones empresariales, la negociación colectiva y los mecanismos de representación y diálogo social, que se han manifestado lo suficientemente abiertos, seguros y flexibles como para propiciar y acompañar el desarrollo económico, social y político de España, un buen sistema de relaciones laborales, resultado económicos satisfactorios y paz social, que dependen, como se ha dicho por la OIT, de la manera en que los trabajadores y los empleadores hagan uso de sus derechos e instituciones de negociación y representación, que sepan conciliar las reivindicaciones en pugna y desarrollar nuevas formas de colaboración que aumenten la competitividad y el empleo. Ello ha exigido esfuerzos decididos y períodos de maduración para consolidar en las relaciones laborales y en el sistema político los principios y las prácticas democráticas.

No es necesario insistir en los cambios en las relaciones laborales que ha generado la creciente diversificación y flexibilización de las formas de empleo, el incremento de la precariedad y de los contratos temporales, los cambios en

la organización de la producción y del trabajo hacia formas individualizadas orientadas hacia el rendimiento, la externalización de actividades y el incremento de la subcontratación, con el consiguiente mayor papel de las PYME y del trabajo autónomo, los cambios demográficos derivados del envejecimiento de los trabajadores con tradición sindical, y el incremento de jóvenes y de mujeres menos propensos a la afiliación y a la actividad sindical, el número importante de trabajadores migrantes, muchos de ellos en situación irregular, etc.

Se han producido cambios en el trabajo y en el sistema de empresas que han roto algunos presupuestos de nuestro sistema de representación sindical. Hay un problema de afiliación pero también un problema de representatividad electiva, al ser muchos los trabajadores que carecen de representantes electivos y que no participan en el proceso electoral "sindical" lo que habrá de requerir reformas reguladoras y sobre todo nuevos enfoques y estrategias por parte del sindicato.

A ello se unen las transformaciones del papel de la negociación colectiva y de la representación colectiva de los trabajadores en un sistema más descentralizado y más flexible en el que la negociación no se traduce necesariamente en acuerdos, especialmente en acuerdos de carácter normativo, sino más bien en lo que tradicionalmente se han llamado mecanismos de representación o participación, a través de los cuales las empresas tratan de obtener mejoras de productividad y competitividad e introducción de nuevas tecnologías, también desde una revisión o crisis de la idea de los derechos adquiridos con un mayor papel de fórmulas de prenegociación que no impiden la adopción unilateral por el empleador de medidas ablativas de derechos de los trabajadores. Las reformas laborales emprendidas en los últimos años han ido en ésta línea, han hecho que los sindicatos hayan de enfrentarse a la crisis económica y de empleo y, a la vez, a su propia crisis, porque la globalización y la crisis han reducido notablemente el poder y el protagonismo de nuestros sindicatos en las relaciones laborales y en el sistema político.

Si en los últimos decenios el sindicato ha sido una de las organizaciones más influyentes sobre los fenómenos sociales y económicos de España por su capacidad de organizar y representar el mundo del trabajo y de movilizar a los trabajadores, esa influencia y ese poder sindical se ha cuestionado en los últimos años desde posiciones ideológicas que consideran al sindicato como un obstáculo para enfrentarse con las exigencias de la globalización y las modificaciones requeridas por los nuevos mercados. No solo entre nosotros se habla de una crisis y de un declive del sindicato que, ciertamente, se ha acentuado por la profundización de la crisis económica en España y sus graves repercusiones en los niveles de empleo.

Esa crisis del sindicato se refleja en la literatura comparada por el declive de la sindicalización, que en muchos países ha podido ser el principal indicador

del poder sindical, aunque menos entre nosotros porque ese poder sindical está reforzado legalmente a través de la eficacia general del convenio colectivo y una representatividad medida desde la audiencia electoral y, respecto a la audiencia sindical, no se observa entre nosotros un grave declive. Sin embargo, la disminución de la tasa de sindicación es un signo de la dificultad de implantación del sindicato, sobre todo porque esa disminución se ha hecho en sectores de gran tradición sindical y ha generado un desequilibrio por la mayor densidad sindical en el sector público que en el sector del mercado privado, donde los problemas de la crisis se han reflejado más agudamente. Además, en nuevos sectores en crecimiento, como los servicios, los sindicatos encuentran dificultades para implantarse y tener influencia efectiva en centros de trabajo con frecuencia pequeños y muy desperdigados.

Aunque la reducción de la conflictividad puede considerarse en cierto sentido un éxito sindical por la consecución de acuerdos, al mismo tiempo puede ser también un signo de debilidad, una reducción del poder de movilización de los trabajadores, que aparece generalmente más que en la negociación colectiva en situaciones de regulación de empleo o modificación de condiciones de trabajo, conflictos de carácter defensivo que los sindicatos no siempre pueden controlar.

Esa crisis del poder sindical se ha reflejado también en lo que se refiere a la contratación colectiva, no solo por la reducción de grado de cobertura sino también porque la eficacia contractual se ha puesto en duda ante nuevas normas legales que favorecen modificaciones unilaterales de condiciones de trabajo, establecidas en acuerdos o pactos colectivos, la inaplicación temporal del convenio colectivo y la, tan peligrosa para el sindicato, supremacía del convenio colectivo de empresa en determinadas materias.

Pero, además de estos fenómenos que se refieren al sindicato y a la acción sindical, y que podrían considerarse como coyunturales, hay otras razones más profundas y estructurales que están afectando al poder sindical y que han contribuido a un contexto poco favorable a la actividad sindical y a las acciones colectivas. Según TREU, el cambio más radical deriva de la combinación de dos fenómenos que han alterado los fundamentos del modelo económico y social sobre el que se habían construido las llamadas "relaciones industriales" y el propio sindicato, por un lado, la internacionalización de los mercados, y, por otro, las profundas innovaciones tecnológicas, que han transformado los sistemas productivos modernos. Según él, la globalización ha alterado el campo de acción excesivamente nacional de los sindicatos poniendo en crisis las funciones principales de la organización sindical y de la contratación colectiva de controlar la concurrencia sobre los salarios y sobre las condiciones de trabajo, porque la ampliación del espacio de la economía más allá del ámbito nacional ha reducido e, incluso, anulado la posibilidad de regular las relaciones laborales dentro de los confines estatales, sin que los sindicatos hasta

el momento se hayan sabido adaptar al fenómeno de la globalización adquiriendo una mayor dimensión internacional.

El capitalismo supranacional tiene vías para sustraerse a los ordenamientos nacionales, posibilidad de elección a través de la descentralización productiva de los más favorables, y utilizar como argumento ante determinadas pretensiones o reivindicaciones la amenaza de cierre por traslado de la producción, debilitando así muy considerablemente el poder de autotutela del sindicato.

Por otro lado, esto ha sido favorecido por las nuevas tecnologías y las profundas transformaciones en la organización de trabajo y de la producción, en nuevos sistemas productivos que han intensificado el factor capital sobre el factor trabajo, que han hecho desaparecer viejas profesiones, creando nuevas formas de trabajo en las que la nueva división de trabajo ha diluido la homogeneidad del colectivo de trabajadores sobre el que se ha basado históricamente el poder sindical, al que le resulta difícil tutela y defender intereses ya no homogéneos sino, incluso, contradictorios de los trabajadores.

Estos fenómenos han venido acompañados desde la perspectiva de las empresas de procesos de diversificación y de descomposición e, incluso, disolución de la figura unitaria del empleador, haciendo también deshomogénea la contraparte, que ya no es necesariamente el modelo de la gran empresa fordista. Todos estos fenómenos de internacionalización, por un lado, y de heterogeneidad y disolución del modelo de trabajador y empresa sobre el que se habían basado las relaciones laborales, no han favorecido al sindicato, más bien lo han debilitado.

Un tercer fenómeno relacionado con los anteriores es el de la dualidad de los mercados de trabajo, la división en dos áreas de trabajadores, los "situados" con "trabajos estables" y los "no situados" en formas diversas y heterogéneas de temporalidad y precariedad. Se ha acusado al sindicato, y no sin razón, de haber sido ante todo el sindicato de los situados, que, ante fenómenos de reducción en masa de trabajadores mediante la no renovación de sus contratos temporales, han estado pasivos, tendiendo sobre todo a defender el mantenimiento de dos trabajadores con un empleo fijo.

Además, estos fenómenos se han agravado por la reaparición de sindicatos horizontales, basados en una identidad profesional más o menos politizada y en una posición estratégica en la producción que les permite un poder de presión colectiva propia. Ya no se trata solo del caso tradicional de los pilotos de líneas aéreas, sino también de otros supuestos de sindicatos de profesionales con una visión corporativa y poco solidaria.

En todo caso, los trabajadores con mayores problemas son hoy, sin duda, los trabajadores precarios, que no llegan a mileuristas que, como se ha detectado, encuentran dificultades sociales y legales para integrarse en los sindicatos, para obtener una representación colectiva y electiva y para lograr que los sindicatos no pierdan de vista sus propios y específicos intereses. Y esto es un signo grave de declive sindical, que la defensa de los derechos e intereses que le son propios a muchos miles de trabajadores y trabajadores, en situación legal o no regulada, no vea en el sindicato un instrumento de tutela y defensa de sus derechos. La atención del sindicato debe también centrarse en estos intereses específicos de los sectores más débiles del trabajo, incluidos los inmigrantes que estén o no en situación regularizada.

He venido diciendo que el sindicato es una pieza fundamental de nuestro sistema democrático. Por ello, un debilitamiento o crisis del sindicato afecta a la propia salud del sistema democrático. Es necesario que los sindicatos se adapten a la nueva situación, que consoliden alianzas con nuevas formas sociales e identitarias, que no desconozcan nuevos mecanismos de movilización y participación social para mantener la hegemonía del sindicato como sujeto central la problemática social. Para ello, ha de reconstruirse también su relación con el sistema político, una relación que durante mucho tiempo ha sido de apoyo público al sindicato y de reconocimiento de su papel contractual e institucional, y de ello es buena muestra la Ley Orgánica de Libertad Sindical, cuyos 30 años conmemoramos.

Hoy, por el contrario, el sindicato se enfrenta con medidas legales que pueden debilitarle en el contexto general y particularmente en el plano de la empresa. Tanto desde abajo, preocupándose más por la afiliación y militancia sindical, como desde arriba, promocionando, fomentando o imponiendo el diálogo y la concertación social, el sindicato podrá seguir siendo lo que por definición es, y lo que nuestra Constitución quiere que sea. Termino reiterando que no debemos perder de vista la importancia del sindicato en nuestro sistema democrático y que toda enfermedad o crisis del sindicato afecta a la salud de nuestro sistema democrático. Espero con toda esperanza que el sindicato supere y ayude a superar esta difícil coyuntura.

Acuerdo del Comité Científico de las XXXIV Jornadas Univeritarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales

En Málaga a 27 de noviembre de 2015, reunido el Comité Científico de las XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.

Tras las correspondientes deliberaciones se analizaron los contenidos de las diversas obras presentadas, que en la presente convocatoria han ascendido a 23, y teniendo en cuenta el interés y relevancia del tema tratado

ACUERDAN

Otorgar la concesión del **Premio de mejor comunicación,** a:

Dª. MARGARITA MIÑARRO YANINI, por su trabajo "Representatividad de las asociaciones empresariales: nuevos tiempos, viejos problemas irresolutos".

Otorgar la concesión del **Premio de Primer Accésit, a la comunicación de**:

Dª. MARÍA SALAS PORRAS, por su trabajo "El tratamiento jurisprudencial de la libertad Sindical conforme al Tribunal Europeo de Derechos Humanos".

Otorgar la concesión del **Premio de Segundo Accésit, a la comunicación de**:

D. JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ, por su trabajo "Opciones procesales en la tutela de la libertad sindical".

Primera Ponencia

ESTADO DEMOCRATICO DE DERECHO, REPRESENTATIVIDAD Y AFILIACIÓN SINDICALES: LECTURAS Y RELECTURAS DESDE UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

Cristóbal Molina Navarrete
Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

"***En los últimos veinticinco años casi todos los sindicatos en Europa han experimentado un declive de su afiliación****…y…un debilitamiento de su posición económica, política y social. Esta pérdida se podría explicar…****por el ciclo económico a corto plazo y la evolución estructural en las sociedades capitalistas****…y…****por las decisiones del gobierno en el mediano y largo plazo****. Y, sin embargo…****la historia del trabajo y las iniciativas sindicales recientes muestran que los sindicatos tienen margen** *de maniobra*".

ETUI (2014). "*Renovación sindical y movilización*"[1]

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: NUEVAS MIRADAS A CUESTIONES CLÁSICAS

2. CONCEPTO Y CRITERIOS DE REPRESENTATIVIDAD SINDICAL: FUNCIONES Y DISFUNCIONES EN UN ESCENARIO MUTAD

2.1. "Mayor representatividad sindical", un concepto doblemente diferenciado cualitativamente

2.2. La equivocidad del modelo constitucional y la decantación en las fuentes infra-constitucionales: la influencia de la práctica.

[1] Vid. https://www.etui.org/Topics/Trade-union-renewal-and-mobilisation

2.3. Progresiva corrección de "*la mayor representatividad*": de la "exclusividad" a la "proporcionalidad real".

2.4. Riqueza de criterios y la importancia del fin de cada función o competencia (ventaja sindical): la diferenciación funcional.

2.4.1. El juicio de razonabilidad: medición de la representatividad según la función.

2.4.2. ¿Un aumento "artificial" de la base de "afiliación"?: Irradiación representativa.

2.4.3. Mayor representatividad autonómica: ¿hecho sindical diferencial autonómico?

2.4.4. Implantación sindical: nuevo e incierto criterio de acreditación-selección.

3. RELACIONES ENTRE AMBOS MEDIDORES DE REPRESENTATIVIDAD: ¿AFILIACIÓN VERSUS AUDIENCIA ELECTORAL?

3.1. Verdades y desmentidos de una crítica constante al sistema: ¿la "audiencia electoral" desincentiva la "afiliación sindical"?

3.1.1. El tópico de la baja representatividad del "sindicalismo de votantes"

3.1.2. Más allá del dato legal: representatividad -afiliación sindical expansiva hasta 2010

3.2. La pérdida de afiliación en la crisis y nueva ofensiva liberal contra el sistema: desestabilización e inequidad institucional

3.3. Quo vadis "domine"?: ¿es el modelo anglosajón el referente?

4. DESFORMALIZACIÓN DEL MODELO EN EL NUEVO ESCENARIO DE DEVALUACIÓN LABORAL: SEÑUELOS DE DEMOCRACIA DIRECTA

4.1. El doble debilitamiento del sistema de representatividad sindical: "hacia afuera" y "hacia dentro" de la empresa

4.2. Más allá de las apariencias formales: trampas de la opción legislativa formal por la preferencia sindical.

4.3. La progresiva revalorización del "señuelo" de la democracia laboral directa: "neo-lenguaje" y "neo-individualización"

4.4. Des-formalización del sistema representativo con los nuevos sujetos de interlocución: comisiones ad hoc no sindicalizadas

4.5. Nuevas manifestaciones del favor hacia la "gestión colectiva directa" en el Derecho de Precedentes pos-reforma laboral

4.6. En busca del sentido de la "medida del límite jurídico" frente a la gestión neo-individualizada en masa

4.6.1. Cegado el juicio de constitucionalidad se abre el de juridicidad social trasnacional

4.6.2. En busca del límite "ad intra": líneas de corrección sobre reglas nacionales

5. DIVERSIDAD SOCIO-LABORAL, AFILIACIÓN SINDICAL Y PRIMADO DE LA NORMA INTERNACIONAL: DEUDAS PENDIENTES

5.1. La representatividad sindical de la diversidad socio-cultural de los trabajadores en un país de acogida: doctrina del CLS

5.2. "Libertad asociativo-profesional" de las Fuerzas Armadas: ¿motivo para repensar la tradición jurídico-cultural sindical?

6. REPRESENTATIVIDAD Y "AFILIACIÓN" EMPRESARIAL: UN VIEJO Y TEMIDO "AGUJERO NEGRO" A PUNTO DE EXPLOTAR

7. LA REPRESENTATIVIDAD EN EL TRABAJO AUTÓNOMO: ¿NUEVO ESPACIO DE LUCHA POR EL "MERCADO DEL DIÁLOGO SOCIAL"?

8. REFLEXIONES FINALES: HONOR POR EL PASADO DEMOCRÁTICO, NECESARIA RENOVACIÓN PARA UN FUTURO ILUSIONANTE

1. INTRODUCCIÓN: NUEVAS MIRADAS A CUESTIONES CLÁSICAS

El reconocimiento constitucional expreso del "sindicato" -y de su "compañero de viaje" inseparable, las "organizaciones empresariales"- como sujeto preferente -arts. 7 y 28 en relación a los arts. 10.2 y 96 CE, de un lado, y 129 CE de otro- de defensa de los intereses socio-económicos y profesionales del conjunto de la población trabajadora, implicaba la *institucionalización* del concepto de "*representatividad socio-profesional sindical*", desbordando, desde el máximo nivel jurídico (axiológico y normativo), la técnica de "*representación voluntaria*", típica del Derecho privado. Sin embargo, no por ello se hacía lo mismo, a diferencia de otras experiencias del Derecho Constitucional comparado -ej.: art. 39 Constitución italiana-, con la figura, íntimamente vinculada, pero no confundible, de la "*mayor representatividad sindical*".

La institucionalización de esta técnica no sólo como (1) forma de verificación-*acreditación* sino también, y sobre todo, de (2) *selección-diferenciación* máxima de las respectivas capacidades de defensa colectiva (reivindicación, protección y promoción) de los intereses de los trabajadores, en cuanto "sujetos productores" y como "personas" y "ciudadanos", responde a una muy concreta opción de política del Derecho Sindical legislativa -arts. 6 y 7 LOLS-. Una opción legislativa que, coherente con aquel modelo constitucional, según una reiterada jurisprudencia constitucional, no exenta de virajes parcialmente correctores, no resultaba ni única ni tampoco, necesariamente, la mejor en el plano jurídico. Así lo demuestra el que la opción constituyente italiana, que reconoció -aunque con medida ambigüedad- la "mayor representatividad", no tuviera desarrollo en el plano infra-constitucional, por razones histórico-culturales de todos sabidas. Ausencia de relación mecanicista entre un concepto -la representatividad- y el otro -"la mayor representatividad" sindical- que también se advera si se tiene en cuenta, ya para nuestra experiencia, que esta última figura conoció diferentes modelos y etapas en la algo más de media década que vas desde la aprobación de la Constitución (1978) hasta la LOLS (1985), siendo más pluralista y abierta en su concepción originaria que la resultante. En realidad, como es conocido, la decisión legislativa está directamente influenciada por la "*opción selectiva*" decantada en la práctica convencional-concertada que fraguó el "ser" y el "existir" de la institución de la mayor representatividad sindical en España hasta nuestros días, no obstante el declive de aquélla y la evolución correctora de ésta.

Sin perjuicio de la mayor atención que prestaremos a estos temas más adelante, conviene en este momento introductorio recordar que, si desde una perspectiva actual o sincrónica, el sistema se ha revelado extremadamente estable, no obstante las críticas y alguna parcial reforma (1994), desde una perspectiva histórica o

diacrónica, presenta un dinamismo evolutivo no desdeñable. Ni el "dato legal" ha sido siempre el mismo ni en su decantación principal aquél ha sido exclusivo, ni siquiera el más influyente, sino que ha contado mucho más el "dato extra-legal", en su factor jurídico (fuente convencional) y político-sociológico (contrapartida ganada en la arena del intercambio político). En todo caso, como luego veremos con detalle, la valoración del reconocimiento jurídico de la figura, intrínsecamente polémica (si un sindicato es "*más representativo*", otro tendrá que ser "*menos representativo*", incluso pese a poder "*suficientemente representativo*" a ciertos efectos, con lo que implicaría, por definición, selección-exclusión/restricción, cuando el valor es el pluralismo y los derechos la libertad y la igualdad)[2], puede hacerse tanto en sí misma cuanto, más bien, en atención al *criterio elegido* para medirla y, claro, al alcance concreto del "*estatuto preferente*" que conlleva (posición de favor del sujeto sindical considerado socialmente más digno de protagonismo institucional y cultural).

Y, al respecto, como es sabido igualmente, la opción española evidencia un claro particularismo, porque no fue la "*afiliación"* -el criterio más intuitivo, y también el que gozaba de mayor predicamento comparado (la referencia al art. 40 de la Constitución italiana es también una buena referencia), no obstante la diversidad de opciones- el elegido, sino otro más ambivalente: la "*audiencia electoral*". Precisamente, ya sus metafóricas denominaciones denotan ambigüedad del criterio basado en los resultados logrados, no en términos de votos sino de porcentajes representación unitaria, en un proceso electoral llamado "elección sindical" cuando no elige "representantes directos" de este tipo sino que "mide su representatividad" que, a su vez, se complementaria, con otro criterio metafórico ("criterio de irradiación"), una suerte de "afiliación de personas artificiales" (jurídicas, no de carne y hueso) o "afiliación indirecta y de segundo grado". Con esta extraña combinación se pretendió que la "*audiencia*" no estuviese huera por completo de "*presencia efectiva*", como le reprocharán sus críticos, radicales y no tanto.

Sea como fuere, quedó manifiesta la voluntad institucional de dotar al sistema de suficientes bases democráticas, sometiendo la medición de la representatividad sindical a efectivos procesos electorales -otra cosa será las mayores o menores ventajas que, para los mismos, otorgue a unos sindicatos (más representativos)

[2]El "juicio sobre la representatividad sindical" sería inherente a todo "ordenamiento sindical", al margen de cuál sea su fundamento prevalente -heterónomo o autónomo-, y del modelo estructural que asuma, basado o no en un reconocimiento institucionalizado. Vid. G. GIUGNI. "*Il sindacato rappresentativo nello Statuto dei Lavoratori*". RivistaGiurida del Lavoro, I, 1973. p. 305. Lo recuerda para nuestro sistema constitucional, confirmando esta transmutación de un "hecho sindical" (cuestión fáctica) en una "categoría jurídica" (cuestión jurídica) F. VALDÉS DAL-RÈ. "*Capítulo VII. La representatividad sindical*". En AAVV. (Dir.: L.E. De La Villa Gil -I. García Perrote). *Los sindicatos*. (libro homenaje al profesor J. Montalvo Correa). Lex Nova. Thomson Reuters. 2014. p. 219.

respecto de otros, a fin de facilitar la continuidad de las diferencias de posición en el tablero del poder sindical-. Entre otras cosas, porque no estamos tan sólo ante una "cuestión jurídico-laboral" (la determinación de los sujetos de las instituciones del sistema de relaciones laborales), sino también, y sobre todo, "*político-institucional*", inherente a la condición de "sujetos político-culturales" que acompaña al sindicato desde sus orígenes y en su valoración constitucional. Al respecto, y también sin perjuicio de algún mayor desarrollo posterior y en coherencia con lo ya apuntado sobre la dimensión práctica de esta regulación, es obligado recordar que la institución de la mayor representatividad en España se ganó en la arena política y socio-económica antes que se reconoció en una norma legislativa. En efecto, la opción legislativa "final" no fue sino la "concesión-precio" institucional a dar-pagar a unos sujetos colectivos clave para contribuir a la gobernabilidad del sistema político, en un contexto de fuerte crisis, mediante la garantía de legitimación social a una decisiones socio-económicas adoptadas, a inicios de los años 80 y sucesivamente hasta principios de los años 90, bajo la forma de "pactos de concertación social" y que, sin perjuicio de su complejidad y carácter de intercambio, suelen representar salidas no garantistas de derechos a las crisis y procesos de "reconversión" sucesivos[3].

Cumplidas tres décadas de asentamiento de este modelo jurídico-político de representatividad sindical, en parte exitoso, pero contradictorio y vulnerable, más en un contexto de cambios profundos, algunos convulsos, de la realidad a la que debe ser aplicada, que desnuda sus lagunas y enfatiza sus antinomias de todo tipo, serían dos poderosas razones para evaluar cómo ha cómo ha madurado -o "envejecido"- este modelo. Balance que ha de serlo en su formulación normativa, tras la reforma indirecta que ha supuesto la agresiva reforma laboral orientada a *des-formalizar* buena parte de esas estructuras representativas; pero también y, sobre todo, cómo no, en la experiencia práctica. Un balance, no sólo expositivo sino crítico y, en lo posible, prospectivo.

Más allá de las siempre conflictivas cifras de afiliación sindical -célebre "guerra de cifras" -, y sus especiales tensiones en épocas de fuerte crisis socio-económica, como es la actual, que anuda otra más profunda macro-institucional, y, por supuesto, al margen de la indudable campaña ideológico-mediática orquestada contra el sindicato c como sujeto institucional, mayor a más representativo resulte, lo cierto es que no sólo se asiste a un extremo estancamiento de la afiliación sindical -en el entorno del 17% de la población ocupada; inferior si tenemos en cuenta el

[3]Para la inherencia del "componente política" en la actividad de reivindicación socio-económica del sindicato, por todos, recordando su calificación pionera en 1980, M.C. PALOMEQUE. "*Capítulo VIII. Los sindicatos y los partidos políticos*". AAVV. (L.E. De la Villa-J.I. García Perrote). *Los sindicatos*. Lex Nova- Thomson Reuters. Valladolid. 2015. pp. 265 y ss. Para el formidable despliegue de esa función en los procesos de concertación social -tras una inicial ausencia, como fue en los "Pactos de la Moncloa", hechos sólo con Partidos Políticos-, por todos, J.L. MONEREO PÉREZ. *Diálogo Social y Concertación Social*. Lex Nova. Valladolid.1999.

conjunto de la población activa, por lo tanto de la población desocupada-, sino que las "encuestas de opinión pública" sitúan una y otra vez a los sindicatos entre las "instituciones peor valoradas socialmente". La profunda "*desafección social a las instituciones políticas*" afecta de lleno también a los dos sindicatos mayoritarios que, aglutinadores de más del 75% de la representatividad, concentran la "*crítica al institucionalismo sindical*" (tres de cada cuatro españoles tiene poca o ninguna confianza en los sindicatos. Por lo tanto, en un contexto de general deficiencia del sistema de representación laboral dual asimétrico o imperfecto -plagado de notables insuficiencias y contradicciones hoy hace aguas por múltiples lados y urge una profunda reforma, cuya dirección no se vislumbra tampoco, todo hay que decirlo- el escenario de reformas institucionales proyectadas en el marco constitucional auspiciado por el nuevo panorama político salido del "20-D", pone mayor énfasis si cabe en una reflexión profunda sobre el modelo de democracia representativa de los trabajadores.

Aunque de notoria y notable menor intensidad respecto al debate político-social sobre el "*modelo de autogobierno territorial*" -no ajeno totalmente tampoco al sindical-, la cuestión del "modelo de representatividad sindical" es de trascendencia mayor para cualquier *Estado Constitucional de Derecho* asentado sobre el doble principio "social" y "democrático" -art. 1.1 ET-. La relevancia de este modelo o paradigma de "Estado Constitucional, Social y Democrático, de Derecho", lejos de perder el más mínimo valor y actualidad crece en estos tiempos convulsos y, como veremos, de institucionalizados procesos de devaluación, cuando no de mutación, de la representatividad de los sujetos sindicales, también bajo auténticos "*señuelos de democracia directa*" que se encubren nuevas y viejas formas de la temida "*individualización en masa*". Ya se ha recordado cómo la institución de la "*mayor representatividad sindical*" desborda con mucho la vertiente "jurídico-normativa" para asumir una estricta dimensión "político-cultural", de ahí su devenir "a imagen y semejanza" del "bipartidismo político".

Por lo tanto, no es posible que, esta "crisis de las instituciones" evidenciada por los "nuevos movimientos sociales", basados en una idea -más "romántica" o teórica que práctica- de favor hacia la "democracia directa" -asamblearia y derecho a decidir en común- en detrimento de la "democracia representativa", pueda resultar completamente indiferente a aquella "clave de bóveda" del entero edificio sindical[4]. En suma, al igual que el resto de las instituciones del sistema constitucional más determinantes se ven influidas, de diverso modo, por las sacudidas de unos cambios que cada vez más las representan bajo ese inquietante paradigma de la "sociedad líquida", la relativa a la "representatividad sindical" en general, y a la "mayor

[4]Vid. ESCUDERO, R. "*Logros y retos de la mayor representatividad en la década de los noventa*". En AAVV. (Dir.: F. ValdèsDal-Rè). Sindicalismo y cambios sociales. CES. Madrid. 1994.

representatividad" en particular, se vería profundamente afectada. De ahí el título elegido, que completa, de inicio, y al final, el más restringido seleccionado por la organización de estas jornadas para delimitar mi intervención. La primera noción abre el objeto, la segunda, pese a su dimensión también general, busca cerrarlo un poco y darle más operatividad práctica. Ambos "incisos" convergen para ofrecer máxima actualidad en este re-pensamiento de dos cuestiones clave del régimen jurídico-sindical: *representatividad* y *afiliación*.

De este modo, el inciso inicial, "Estado democrático de Derecho", evidencia esa típica dimensión "político-institucional" del análisis normativo en esta materia; pero el inciso final, el subtítulo, "*juicio de convencionalidad*", pretende concentrarse en un nuevo uso normativo de dimensión internacional que, en cierto modo, persigue una relectura de los orígenes -influencia determinante del Derecho Sindical Internacional en el advenimiento del actual modelo democrático de relaciones sindicales-, con mirada renovada. En el plano más político-jurídico, es conocido el carácter "refractario" del "hecho sindical" al análisis normativo, más que otras (mercado de trabajo, empresa). De ahí que, junto a los enfoques más tradicionales -económico neoliberal (el sindicato como sujeto que interviene en el mercado de trabajo afectando a los precios); sociológico (el sindicato como hecho social)-, haya tenido un especial despliegue la Ciencia Política (el sindicato como sujeto político relevante). Por eso, la evolución del "hecho sindical contemporáneo" conecta -o debe- con los procesos de mutación-tensión del modelo de "Democracia representativa" y de "Estado Democrático de Derecho", ambos retados intensamente hoy, y no sólo por el modelo de organización territorial del Estado, sino también por las nuevas dinámicas de participación de la "Sociedad Civil".

Las formas de participación directa -asambleas, referéndum…- encuentra cada vez más presencia en las decisiones de los sujetos representativos, quizás para alejar la imagen de "élites dirigentes" o "*castas privilegiadas*" ajenas a sus "*bases*"[5]. De ese movimiento, el sindicato más representativo no queda al margen, como pone de relieve la evolución hacia un "sindicalismo de proximidad" que estructure su organización hacia la "*acción sindical eficaz en los centros de trabajo*". Por otro

[5]Vid. CASTELLS OLIVÁN, M. *Redes de indignación y esperanza*. Alianza Editorial. Madrid. 2012. Participan, así, del fin de la "promesa de una sociedad ordenada, racional, segura", vid. BAUMAN, Z. La modernidad líquida. Buenos Aires. FCE. 2000; Id. *La vida líquida*. Barcelona. Paidós. 2006. Las "metáforas acuíferas" revelan la ambivalencia de una sociedad en la que hay más margen para desplegar "libertad individuales", con formas de desarrollo y expresión de identidades singulares y grupales no vistas -o que nos remontan a un tiempo muy antiguo ("democracia directa", las plazas públicas como foros abiertos*), pero también quiebra las "jerarquías tradicionales", más incertidumbre e "indeterminaciónde las formas*": "*lo líquido es aquello que no puede conservar la forma y lo cambia a la mínima presión*". El sindicalismo minoritario también crece y formula la misma crítica contra el "sindicalismo mayoritario" ("idea de la Casta" y reivindicación del "movimiento marea" frente al institucionalizado). Cfr. Secretario General de CGT: https://www.diagonalperiodico.net/global/26863-igual-casta-es-psoe-y-pp-cc-oo-y-ugt.html

lado, esta conexión con la "Democracia" no es novedad para el análisis jurídico-sindical, sino un tópico[6].

Por lo que hace al "inciso de cierre", el subtítulo, quiere incidir más, en cambio, en una vertiente jurídica del "hecho sindical", presente también en los, centenares de, estudios en la materia, pero que en España atravesó por un periodo de oscurecimiento: la dimensión internacional. La inexorable dimensión supra-legal de la regulación del "hecho sindical" se vinculó, en un momento inicial y posterior de la construcción del sistema democrático de relaciones sindicales, a su potente vertiente constitucional -ejemplo ilustre de la doctrina de "la vinculación más fuerte" al Derecho que a la Ley-, dada la opción por un reconocimiento de un "poder originario sindical". En ella se tendrá en cuenta la doctrina internacional, en especial la del Comité de Libertad Sindical OIT -CLS-[7]. Sin embargo, en un tiempo, como el actual, en que esa dimensión institucional fuerte se desvanece, o se diluye, aceptando el propio TCO la "des-formalización" del sistema, resulta evidente que crece la necesidad de elevar la mirada jurídica y buscar los "límites jurídicos supra-legales": la "Europa Social" -Carta Social Europea y "doctrina jurisprudencial" del redescubierto Comité Europeo de Derechos Sociales, CEDS- y la "Comunidad Social Internacional" (OIT y la doctrina del CLS).

En suma, se trata más que de proponer una profunda ruptura con el sistema, de evidenciar la capacidad de renovación del mismo que hay ínsita en los principios más esenciales del régimen jurídico universal de la libertad sindical en general y, en particular, del *sistema normativo de representatividad* de los derechos e intereses de los trabajadores. Para ello, se repasarán los canales para hacer efectivos, mediante el control de judicial, incluido el "*test de convencionalidad*" internacional, sus *límites al actual proceso de desinstitucionalización legislativa de aquel sistema representativo.*

---

[6]Vid. CASAS BAAMONDE, M.E. "*Democracia, representatividad y afiliación sindicales"*. En A. Montoya Melgar (Ed.). *Cuestiones Actuales de Derecho del Trabajo*: Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea. MTSS. Madrid. 1990. Más recientemente J.L. MONEREO. "El sindicalismo y el orden democrático". Estudio preliminar a RENARD, G. *Sindicatos, Trade-Unions y corporaciones*. Comares. 2014. Recuerda esta dimensión "meta-juridica" F. VALDÉS. "Capítulo VII. La representatividad sindical". En AAVV. Los sindicatos. Op. cit. p. 220. Y una dimensión laxamente "cultural" L. E. DE LA VILLA. "*Capítulo I. Los sindicatos como instituciones culturales de la sociedad contemporánea*". En AAVV. Los sindicatos. Op. cit. pp. 53 y ss.

[7]Lo recordaban recientemente A.OJEDA AVILÉS-M. GUTIÉRREZ PÉREZ. "*Análisis de la libertas sindical en España bajo el prisma de la OIT: las recomendaciones del comité de libertad sindical a escena*". En Revista del MEYSS, monográfico, 117/2015, pp. 17 y ss.

2. CONCEPTO Y CRITERIOS DE REPRESENTATIVIDAD: FUNCIONES Y DISFUNCIONES EN UN ESCENARIO MUTADO

2.1. "Mayor representatividad sindical", un concepto doblemente diferenciado cualitativamente

Así como no cabe confundir el concepto de "*representación*" - base voluntaria o asociativa, típica del Derecho privado- con el de "*representatividad*" -base institucional, típica del Derecho público, en especial constitucional-, tampoco cabe diferenciar entre "(*suficiente) representatividad sindical*" y "*mayor representatividad sindical*" sobre un criterio meramente cuantitativo -"*grado de representatividad*"-. La primera distinción (*representación* versus *representatividad*) expresa el desbordamiento de todo sindicato de su simple papel de "sujeto contractual grupal" (representativo de los intereses de un grupo o colectivo de personas -trabajadores-), para proyectar otra, adicional, de "sujeto político" y, en consecuencia, evidencia la trascendencia o relevancia social del mismo. La segunda distinción, corolario de la primera, evidencia la necesidad de garantizar que ese plus de capacidad representativa de intereses inherente a la representatividad (1) no sólo tenga una base objetiva que la justifique -*suficiente representatividad como criterio de verificación de la capacidad de defensa*-, sino que, además, (2) dada la especial trascendencia social de ciertos sujetos sindicales, no de todos, requiere una *equivalencia razonable entre su base social representativa* (que debe ir más allá de concretos grupos o colectivos profesionales, para aferrar a una "mayoría socio-laboral") y *el tipo de funciones* -de interés social general (no sólo de interés colectivo)- que (sólo) algunos pueden llegar a desarrollar (la "mayor representatividad" como *criterio de selección* de los sujetos sindicales llamados a ser actores principales del sistema).

No obstante las persistentes dificultades de definición precisa, y las diferencias de carácter doctrinal, el artículo 7.2 de la LOLS parece orientarse claramente a favor de esta diferencia cualitativa, no sólo cuantitativa. Así, el Título III LOLS elige la noción más amplia, "*representatividad sindical*". Sin embargo, dedicará el artículo 6 y el art. 7.1 a delimitar criterios y funciones propios de esa "singular posición jurídica" en que se concreta la "mayor representatividad", a efectos de favorecer tanto la "participación institucional" como la "acción sindical". En cambio, su artículo 7.2 reconocerá un tipo de representatividad que, sin ser la "mayor", sí será suficiente a ciertos efectos

Ausente del texto constitucional ex arts. 7 y 28, pero implícita, y necesaria, en su modelo normativo, la noción de "representatividad sindical" -y empresarial- no sólo admite grados, sino también la creación, con límites, de "*estatutos representativos de carácter preferencial*", precisamente, para hacer efectiva

realmente la libertad sindical y el pluralismo social que reconoce como valores y derechos fundamentales[8]. La doctrina del TCO es inequívoca en torno a esta identificación entre la "mayor representatividad" y una diferencial capacidad de representación y defensa de un interés que desborda el puramente socio-laboral colectivo o de grupo para dirigirse a otro más general. De ahí que, antes incluso de la LOLS, se reconociese plenamente la legitimidad de una política jurídico-sindical que promueva la acción sindical diferenciada de unos sindicatos respecto de la otra, pues a través de ella: "…*debe favorecerse…el cumplimiento de la función que en un régimen democrático se atribuye a los sindicatos en beneficio, no sólo de los intereses de los trabajadores,* ***sino del interés público****, que reclama… organizaciones sindicales fuertes y dotadas de medios suficientes de acción*" (STC 99/1983, 16 de noviembre, FJ 2º)[9].

Otra cosa será el significado y alcance concretos de esa "*selección institucional*" de organizaciones representativas -sindicales y empresariales-adecuadas (óptimas) para articular la capacidad de defensa de intereses socio-laborales de naturaleza general, asignándole funciones y medios apropiados a tal fin. En función de una dimensión u otra, y de sus concretas combinaciones, nos hallaremos ante un razonable "*estatuto jurídico preferente*" -principio de diferencia proporcional de trato- o ante u "*estatuto privilegiado*" -principio de preferencia reforzada de trato-, conflictivo con el pluralismo.

Problemas de una y otra índole se han presentado a lo largo de estos treinta años del modelo finalmente decantado institucionalmente a partir de la LOLS, evidenciando su intrínseca conflictividad, presente desde el principio, si bien se fue agudizando de forma gradual a medida que se fue consolidando una versión más exclusivo-excluyente de la "mayor representatividad sindical". Una concepción maximalista de la figura poco compatible con un modelo efectivamente pluralista de libertad sindical, por expresar más que un férreo compromiso con la promoción del célebre "hecho sindical" (STC 208/1989, 14 de diciembre, FJ 3º, que legitima la campaña institucional otrora realizada para promover las elecciones sindicales; 75/1992, 14 de abril, FJ 2º-, un práctica de favor estatal de unos sujetos sindicales suficientemente representativos sobre otros con mayor representatividad que llevará el criterio de selección-diferenciación más allá de lo razonable -STC263/1994- . Precisamente, por ello asistiremos a una corrección parcial para retornar a un modelo más pluralista, sin renunciar a la persistente funcionalidad de la figura, en aras del "*principio de proporcionalidad*" de las medidas (STC 7/1990).

[8]Frente al *juicio de suficiencia representativa* -aproximación neutral- asume un del *juicio de optimización representativa* F. VALDÉS. "Capítulo VII. La representatividad sindical". En AAVV. Los sindicatos. Op. cit. P. 220.

[9]Que se trataría de una cierta "anomalía jurídica, útil político-socialmente". Vid. J. GARCIA MURCIA. Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Op. cit. p.190; Para el fenómeno de la concertación social vid. J.L. MONEREO PÉREZ. Concertación social y diálogo social. Lex Nova. Valladolid. 1996.

Por supuestos, esta "cautela" o "límite" no es ninguna novedad teórica. Estuvo bien presente desde el inicio -STCO 53/1982, 22 de julio-. Pero no menos cierto es que evolucionó en un sentido mucho más operativo, pasando del discurso a la práctica. En esta dirección, adquirió mayor carta de naturaleza, o mejor, más eficacia práctica en la década de los años 90. En este tiempo, el artículo 28.1 CE en su relación con los arts. 7 y 9.2 CE -cláusulas promociones del hecho sindical- hallará como compañero de viaje, como técnica moduladora de la acción promocional no sólo a (1) la *prohibición de discriminación* sindical sino también (2) el imperativo de razonabilidad de la desigualdad de trato entre sujetos sindicales suficientemente representativos ex art. 14 CE. El problema en este momento no sería ni de reconocimiento institucional de la figura, que se mantiene prácticamente inalterado, ni tampoco del criterio de medición que, no obstante la contestación sindical y social, también continuará sustancialmente, sino de "límites efectivos" al alcance práctico de su protección -SSTCO 75/1992, FJ 4º, 263/1994, 3 de octubre, FJ 3º y 188/1995, 18 diciembre, FJ 6º[10]-.

Conviene advertir este dato porque, como bien se sabe, podría haber sido -ser- de otro modo. Un rasgo determinante del sistema español de representatividad sindical en los albores del desarrollo "pos-constitucional" era la indefinición y, por tanto, la apertura a diversos modelos normativos, ante la equivocidad o la ambigüedad, sin duda deliberada, de los textos constitucionales. Éstos abrían -y abren- diferentes opciones al legislador y, consecuentemente, ofrecían -y ofrecen- diversas soluciones a los actores, también a los operadores jurídicos, para que fueran analizadas, tensadas y decantadas a través de la experiencia práctica, como así sucedería.

2.2. Equivocidad del modelo constitucional y decantación en las fuentes infra-constitucionales: influencia de la práctica

Aunque a los juristas del trabajo nos gusta apelar, más en momentos de zozobra legislativa y, sobre todo, práctica, a la figura del denominado "modelo constitucional", tendencia que la reciente doctrina constitucional, con un exceso de deriva relativista de sentido contrario, trata de desautorizar (STCO 8/2015, 22 de enero), no descubrimos ninguna novedad, más bien sólo recordamos un tópico en la materia, cuando llamamos la atención sobre la profunda indefinición que los

[10]Su legitimidad procede del dato objetivo que es "la voluntad de los trabajadores expresada en las elecciones a órganos de representación…" (por todas, SSTCO 98/1985 y 67/1995). Pero no toda regulación apoyada en ellos es legítima, pues ha de respetar no sólo la prohibición de discriminación -STCO 53/1982, según la doctrina del TEDH-, sino también la proporcionalidad. En consecuencia, el problema "*es de límites*" (STCO 263/1994). La interpretación conjunta ex arts. 14 y 28.1 CE exige valorar-medir la proporcionalidad de la medida en directa relación *con la pérdida de posibilidades de acción de los sindicatos no protegidos* por ella (STCO 263/1994). Por tanto, un uso excluyente "*sí sería incompatible"* -ejemplo, en relación al art.10.2 L.O.L.S (privación total de Delegados pese a contar con cierta audiencia electoral-

textos constitucionales presentan respecto a la delimitación de la representatividad sindical -y también empresarial-[11]. Una equivocidad que, sin equivaler a mera indiferencia o, mucho menos, neutralidad del Poder Constituyente, si dejaba a la Ley una pluralidad de opciones de política del Derecho Sindical en la materia, sin perjuicio del llamado por la doctrina italiana "*código de doble binario sindical: no indiferencia o neutralidad, pero sí no injerencia estatal*". Precisamente, en los orígenes mismos del nuevo modelo democrático, la legislación laboral (RD 3149/1977, de 6 de diciembre) mostraría esta vacilación o indeterminación, pues, al margen de la extrema incertidumbre en torno al criterio de medición o fijación del grado de representatividad, optó por un concepto abierto, de textura mucho más abierta, como es el de "*suficiente representatividad sindical*"[12].

De este modo, el *nuevo modelo de representatividad sindical español* parecía alejarse de cualquier reformulación de sistemas "neo-corporativos" para asumir otros de base más "pluralista-asociativa", reduciendo normativamente a su mínima expresión la característica colisión entre dos valores-principios corolarios de la libertad sindical que, un año después, formaría parte del núcleo dogmático de la Constitución: el pluralismo sindical -art. 1.1 en relación a los arts. 7 y 28 CE-, de un lado, y la igualdad de trato entre los concurrentes -arts. 9.2 y 14 en relación a los arts. 7 y 28 CE-, de otro. Pero muy pronto el sistema de fuentes se iba a decantar en una dirección más comprometida político-socialmente, también más conflictiva jurídicamente. Como se recordará, el ET originario, de nuevo sobre un intenso halo de incertidumbre, reconocerá legitimidad al criterio de la "mayor representatividad sindical" a los efectos de institucionalizar el sistema de negociación colectiva pos-constitucional. La función promocional del hecho sindical inherente tanto al Estado Social de Derecho como a la cláusula social del art. 9.2 CE adquiriría aquí carta de naturaleza jurídica, aunque este reconocimiento legal no fuese ni pleno ni, como se dijo, inequívoco o lineal, ante la continuidad de una relevante indefinición de los criterios selectivos, e incluso del propio modelo de política del derecho (tensión "suficiencia representativa" versus "mayor representatividad"), siendo más pluralista (asociativo) el modelo reglamentario y más selectivo el estatutario.

[11]Esta equivocidad está presente en el entero sistema de representación laboral, también respecto de las relaciones entre el "sujeto sindical" y el "sujeto colectivo unitario". Vid. VALDÉS DAL-RÉ, f. "*Treinta años de libertas sindical: en los orígenes del cambio sindical*". En ID. (Ed.). Treinta años de libertad sindical. Fundación Francisco Largo Caballero. Madrid. 2007. P. 10.

[12]El RD 3149/1977 reguló provisionalmente la elección de representantes del personal en las empresas, de manera que, extinguidas las representaciones electivas del régimen franquista -"jurados de empresa y enlaces sindicales"-, reconoció a los "*sindicatos suficientemente representativos*" la facultad promocionar de procesos electorales. No obstante sus incertidumbres -no establecía criterio alguno para delimitar quienes eran esos sindicatos-, se le reconoce pacíficamente el mérito de actuar como técnica clarificación del panorama sindical complejo y confuso del momento, singularizando organizaciones sindicales capaces de conducir el posterior proceso en la dirección de convertirse en protagonistas del nuevo escenario socio-laboral, una vez obtuvo una base de legitimación democrática. Vid. F. VALDÉS. "*Representación y representatividad sindicales en* España". RL, n. 14/15, 1988.

Por supuesto, la opción estatutaria no fue casual, sino que, al contrario, fue la resultante de recibir en su estructura normativa la precisa elección convencional, esto es, de los propios actores principales del sistema, formalizada a través del embrionario proceso de "*concertación social" emprendido en esos años, en su modalidad bipartita*. Concretamente, se recordará -no es ocioso hacerlo en un tiempo en el que también esta institución clave del modelo socio-laboral y político español de la transición está en el mayor de los olvidos- que el Acuerdo Básico Interconfederal (ABI) anticipará el criterio de la "audiencia electoral", luego confirmado por el Acuerdo Marco Interconfederal (AMI). No obstante, éste presentaba algún matiz diferencial relevante, más respetuoso con la conjunción de la doble legitimación sindical: la de *base asociativa* (afiliación) y la de la *presencia en la representación* de empresa (*audiencia electoral afiliativa*)

En todo caso, es pacífico reconocer que la LOLS no sorprendió la confianza de los actores sino que la institucionalizó, formalizando el modelo de representatividad selectiva decantado por el éxito del proceso de concertación social precedente y que, de forma implícita, también influirá en la doctrina del TCO. Ésta legitimó esa opción, con lo que dio alas a esa opción por una mayor representatividad fuertemente selectiva[13]. Pero es igualmente claro que no se está ni ante un mandato constitucional inequívoco ni ante una realidad estática, pues si ese modelo fuertemente selectivo no es el único compatible con nuestra cultura y con nuestra experiencia también expresa una notable capacidad de evolución (transición democrática desde el modelo autoritario de sindicalismo; "procesos de concertación social").

Desde esta lógica de "*Realpolitik*" (de realismo político-social primero, pero también de realismo normativista), es un dato adquirido de nuestra cultura jurídico-social que la "mayor representatividad" fue, como la más fiel expresión de su gen "neo-corporativo", el "precio pagado" -y a pagar sucesivamente- por los diversos Gobiernos a la corresponsabilidad sindical en la gestión de la política socio-económica en épocas difíciles[14]. Cualquiera que sea la carga crítica que se tenga respecto de esta constatación, es evidente que en un tiempo en el que se desvalora

[13]El ET reflejó esa opción legislativa por un modelo de representación menos pluralista y más selectivo, de base menos asociativa y de mayor audiencia electoral propiciado por el ABI, incluso modificando la citada matización introducida por el AMI. En efecto, si éste pedía que el representante unitario elegido bajo la candidatura de un sindicato estuviese afiliado, la legislación descartará esa afiliación del representante unitario, pasando de ser el criterio determinante de legitimación negociadora al medidor de la entera representatividad sindical

[14]Si el ET acudió a esta figura para organizar la continuación renovada de un sistema de negociación colectiva de eficacia general, pieza central del entero modelo de acción colectiva, pero también para dar basamento al modelo estatutario de "representación institucional" en el seno de las empresas, será la LOLS la que lo consolide y lo impulse de un modo estratégico y sistemático. Un balance de esta larguísima evolución en GARCÍA MURCIA, J. "*El sistema español de representatividad sindical: funciones y disfunciones*". En AAVV. (Dirección: F. Valdés Dal-Rè y M.L. Molero Maraón). *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*. MTIN-Fundación Largo Caballero. 2010. p.42.

esa deriva neo-corporativa del modelo democrático-pluralista, este modelo sufrirá importantes tensiones, al menos. Así caracterizado, es evidente que, en nuestros días, este sistema, emblemática expresión de un modelo de transición desde la Dictadura hacia la Democracia basado en procesos de toma de decisiones por consenso socio-político (con las respectivas concesiones y renuncias que conlleva, también mestizajes ideológico-políticos[15]), no podrá dejar de ser afectado por la profunda deslegitimación de todas las instituciones democráticas y de aquellos procesos de intercambio.

2.3. Progresiva corrección de "la mayor representatividad": de la "exclusividad" a la "proporcionalidad real"

Pero el camino de relativa revisión del sistema normativo, siquiera parcial, empezó antes y asumió otra dimensión que, en principio, y sin perjuicio de ciertos sectores críticos minoritarios, no afectaba a su reconocimiento. El punto de partida era -y es- que las relevantes contradicciones normativas que están en su base, si bien no eran, ni son absolutas y, según sus desarrollos legislativos -y prácticos-, admitían, y admiten, conciliación razonable, llevaba indefectiblemente a equilibrios inestables e inciertos: tan inherente a la libertad sindical *efectiva* se revela la promoción del "hecho sindical más representativo", que o es representativo de toda la "clase trabajadora", o de la mayoría posible, o no será eficaz (art. 9.2 CE), por lo que hay que simplificar su extrema complejidad sindical, como la garantía de una efectividad no menor de la igualdad real y, por tanto, de un elemental pluralismo sindical, evitando una extremada reducción de aquella, en una parte importante inevitable, complejidad[16].

Un importante movimiento de revisión en ese sentido reequilibrador llevará a desplazar el sentido de la crítica, de modo que la clave para el juicio de control

[15]Esto es, una suerte de "*sindicatos con sentido de Estado*" que resolvían, sobre una base de concertación social -sacrificios y concesiones para la "clase obrera"-, los problemas socio-económicos del presente, a cambio de recibir un fuerte impulso institucional (también financiero) que compensara su relativa "debilidad asociativa" (baja afiliación). El extremadamente desoído, y desleído, art. 131 CE, que hace del Estado el eje para una economía planificada basada en el crecimiento económico justamente distribuido socialmente, y de los sindicatos su instrumento básico de cooperación, amén, claro está, de las CCAA, podría ser una buena base legitimadora de ese modelo

[16]Que suponía la reducción de la complejidad sindical extrema existente en el contexto de la aprobación de la LOLS y los años venideros, clarificando ese denso panorama sindical. Vid. M. RODRIGUEZ-PIÑERO-J. CRUZ VILLALÓN. "*El sindicato en la empresa en la LOLS*". RL, n. 1, 1987. p. 87. La evolución histórica explica un proceso centrífugo desde la representación en el seno de los centros de trabajo hacia el ambiente exterior, no ya sólo de concertación social, sino incluso estrictamente político, "*encontrando a menudo apoyo en formas de democracia directa de carácter asambleario y recibiendo, en no pocas ocasiones, el reconocimiento del empresario, que les atribuye la condición de contraparte negociadora, excluyendo, postergando o bordeando el aparato sindical franquista"*. Vid. F. VALDÉS. "Capítulo VII. *La representatividad sindical*". En AAVV. *Los sindicatos*. Op. cit. p. 221. Como es natural, en tiempos revueltos la confusión domina y los conflictos también, produciéndose tensiones.

de su constitucionalidad -y de su legitimidad social en general- se trasladaría del modelo de *reconocimiento jurídico* al problema de los *límites al contenido* (sentido y alcance) del mismo, en particular respecto del margen para evitar derivar más, e incluso corregir la deriva inicial, en un modelo basado en la doble exclusividad (del *criterio principal* legal de asignación de la necesaria capacidad representativa, el de la audiencia electoral; del *alcance de la preferencia* o ventaja sindical derivad de aquel criterio legislativo).En definitiva, tras tres décadas, el problema de valoración jurídica de esta institución de la mayor representatividad no puede ser ni de reconocimiento -consolidado-, ni siquiera de legitimidad del criterio de medición -también asumido, pese a sus deficiencias-, sino más bien un "juicio de eficacia práctica", tanto de sus "*límites jurídicos*" -principio de proporcionalidad del trato diferencial- cuanto de su "*posición*" o papel en el sistema de representación de los trabajadores en general.

Por supuesto, no han faltado ocasiones, en tiempos relativamente recientes, en que incluso el TCO ha puesto en cuestión esa dimensión general o institucional de la representatividad sindical. Así, para el voto particular a la STCO 128/2010, 29 de noviembre -designación de los representantes de los trabajadores integrantes de las Comisiones de Control de los Planes de Pensiones del sistema de empleo; pero aplicable más allá, como a la representación que ejercen las secciones sindicales respecto de la totalidad de la plantilla-, la posición de la mayoría -que excluye los representantes de los trabajadores puedan atender de forma efectiva a "los intereses de todos los partícipes del plan de pensiones del sistema de empleo"- sería incorrecta pues conduciría "*a esquemas de representación [*de carácter privatista*] ajenos a los que, fundados en la idea de la representación institucional, operan con total normalidad y, con fundamento constitucional, en el ámbito de la gestión de los intereses de los trabajadores*"[17].

En el plano de los límites, no toda minoración de capacidad representativa a favor del sindicato más representativo tiene incidencia en la libertad sindical, salvo que se ciegue su función institucional -por ejemplo, la negociación colectiva- (SSTCO 187/1987 y 98/2000)-. Lo que está vedado es el *sacrificio excesivamente gravoso*, según una lógica de ponderación entre los beneficios de la medida -para unos- y sus sacrificios -para otros-. Así, emergerá la doctrina constitucional de la prohibición de la desigualdad irrazonable o desproporcionada a la hora de diferenciar a los sindicatos atendiendo al criterio de la mayor representatividad, de modo que se valore de una forma adecuada su representatividad. Con ello no

[17]Como advirtiera el Pleno de este Tribunal hace más de veinticinco años, al analizar la posibilidad de pactos colectivos sobre la jubilación de los trabajadores (STC 58/1985, 30 de abril), deben rechazarse las visiones privatistas de las facultades representativas. Vid. ATS, 3ª, 8 de enero de 2000, Rec. 4/2005. Cfr. MERCADER UGUINA, J.R. *"¿A quiénes representan los representantes de los trabajadores en la empresa? El caso de la designación de los miembros de las comisiones de control de los planes de pensiones?*". Justicia Laboral, vol. 45/2011.

se mejora, sin embargo, en precisión, de ahí la incertidumbre e inestabilidad del equilibrio resultante[18].

En todo caso, no se trata de una mera cuestión de distribución competencial entre unos y otros sindicatos. Realmente se trata más bien de garantizar la calidad de las atribuidas a cada uno, de modo *que no se les haga de peor condición respecto de los demás, más allá de la diferencia razonable*, se insiste, atendidos a factores objetivos y valorados proporcionalmente -SSTCO 98/1985, FJ 10º y 75/1992, FJ 3º-. En suma, frente al viejo criterio de la prohibición de discriminación ahora se pide la razonabilidad de la diferencia de trato (objetividad y ponderación de medidas y fines)

2.4. Riqueza de criterios y la importancia del fin de cada función (ventaja sindical): la diferenciación funcional

2.4.1. Juicio de razonabilidad: medición según la función

En cualquier caso, la variedad de criterios para medir la representatividad, ha sido una constante, mediante el juicio de idoneidad de los criterios al fin perseguido -y al ámbito de ejercicio de la representación (funcional o territorial) o materia sobre la que se ejerce (participación institucional, cesión de inmuebles, promoción de elecciones sindicales…)-. Por eso no se acepta, por ejemplo, que los criterios de representatividad del art. 87.2 ET -para la negociación colectiva- resulten aplicables a la participación institucional -SSTCO 9/1986, 21 de enero, FJ 4º; 53/1982, 22 de julio, FJ 2º-, siendo el primero contenido esencial y el segundo adicional -SSTC 39/1986, 31 de marzo, FJJ 3º y 4º; 184/1987, 18 de noviembre, FJ 4º-. Precisamente, es en relación a la "participación institucional" donde tuvo un especial juego operativo el criterio de la "*suficiente representatividad*", de modo que frente a la inicial concepción excluyente de la "*mayor representatividad*" en buen número de organismos -STC 53/1982 (INEM)-, se extendió una concepción correctora, a fin de darles cabida a otros sujetos que acreditasen una atendible representatividad, aunque no fuese el típico de la "mayor representatividad"[19].

Del mismo modo, tampoco la mayor representatividad ha constituido el único criterio válido, para desarrollar la crucial actividad normativa consistente en el ejercicio de la *negociación colectiva de eficacia general* -SSTCO 73/1984, FJ 2º; 217/1991, FJ 10; 224/2000-. Aunque el art. 87.2 ET encabeza el reconocimiento

[18]Vi. F. VALDÉS. "*El sistema de diferenciación entre organizaciones sindicales: de la mayor representatividad sindical a la suficiente implantación y representatividad*". Relaciones Laborales n. 11 y n. 12, 1993.

[19]SSTC 184/1987 (Consejo General MUFACE); 32/1990 -extinta Comisión Nacional de Elecciones Sindicales-; 183/1992, 16 de diciembre (Comisión de gestión patrimonio sindical acumulado), 140/1990 (Comisión Superior del Personal del Gobierno de Navarra)

de legitimaciones a tal fin con la atribución competencial a los sindicatos dotados de más representatividad -estatal y autonómicos-, que sí protagonizan el gobierno convencional ex art. 83.3 ET -tampoco ya en exclusiva, por la ampliación en el art. 83.2 ET a los convenios sectoriales para ese gobierno sectorial-, aparecen otros sujetos con diferente representatividad -art. 87.2 c) ET-. No obstante, alguna de las reformas recientes y que expresaron un mayor compromiso con la opción por una representatividad socio-laboral preferentemente sindical, ahondan en un *modelo expansivo de la legitimación negociadora colectiva por la mayor representatividad*, que pretende corregir lagunas del modelo.

Así sucedería cuando no hay sujetos con legitimación correspondiente al ámbito. En este caso, se produciría la suplencia de la legitimación ostentada por la mayor representatividad. De este modo, el poco explorado RDL 7/2011 reconectaría una línea de política del derecho sindical ya impulsada por la Ley 32/1984 -que incrustó en el ET el modelo proyectado al respecto por la LOLS-, de manera que, formalizada esa opción que complementa la legitimación en el ámbito correspondiente con la legitimación por mayor representatividad -calificada por cierto sector doctrinal, quizás con cierto desdoro crítico, como "virtual" o "legal", para la llamada "legitimación inicial" -art. 87.2 a) y b) ET-, el RDL 7/2011 habría ahora cerrado el proceso formalizándolo para la legitimación plena -art. 88.2, párrafo segundo ET-[20]. La opción legislativa ha ido de la mano tanto para la representatividad sindical como para la suficiente representatividad empresarial, tanto en la legitimación inicial -"irradiación impropia" ex art. 87. 3 c) ET- como plena -remisión del art. 88.2, párrafo segundo al art. 87.3 c) ET-.

Con alguna modulación, se ha venido manteniendo la fuerza excluyente del criterio de la mayor representatividad respecto de una función sindical capital para la propia dinámica del entero sistema de relaciones de este tipo, como es la competencia para la *promoción -aviso- de elecciones sindicales (art. 6.3 e) LOLS)*. Esta prerrogativa de la mayor representatividad ha sido, desde el origen -STC 98/1985, 29 de julio, FJ 10-, la máxima expresión de la opción del Poder Constituyente por un modelo abiertamente sindicalizado -STCO 164/1993, 19 de mayo-, si bien debe recordarse que el art. 67.1 ET también atribuye esa prerrogativa a los sindicatos con suficiente implantación dentro de la empresa (10 por cien de la representación), así como al acuerdo mayoritario logrado en el seno de la plantilla a través de la Asamblea convocada adecuadamente al efecto. Una opción favorable

[20]Habla de "representación virtual o legal" GOMEZ ABELLEIRA, F.J. "*La reforma de las garantías subjetivas de la negociación colectiva: legitimación negocial y comisión negociadora*". En AAVV. (Dir.: I. García-Perrote y J.R. Mercader*). La reforma de la negociación colectiva*. RDL 11/2011. Lex Nova. 2011. p.145. Para la interesante polémica sobre si este precepto ha desplazado -derogado- o no el art. 90.2 (extensión de convenios), vid., si bien con unas conclusiones favorables a su continuidad que no comparto, la Ponencia de J.M. GOERLICHT. Disponible http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/Jornadas/CC-NCC_XXVIII_Jornada_NC_2015_Ponencia_JMGoerlich.pdf

a la mayor representatividad sindical aún más clara respecto de ciertos "pluses de tutela" -SSTC 263/1994, FJ 5 y 147/2001, FJ 3- previstos para la acción sindical a través de la garantía, en exclusiva, de la seguridad en el empleo para quienes ejercen cargos en el seno de las organizaciones más representativas. Es el caso del derecho a la excedencia forzosa prevista en el art. el art. 9.1 b) LOLS (derecho de contenido adicional).

En este caso, el carácter de auténtico "privilegio", como lo denomina de forma expresa la doctrina constitucional -STCO 44/2004, FJ 5, en la que se da cuenta de los avatares constitucionales experimentados por esta materia[21]-, se desprende apenas se ponga en contraste con el régimen contemplado en el art. 46.4 LET para los cargos sindicales de cualesquiera otras organizaciones que carezcan de esta cualidad de mayor representatividad. En este caso, estaríamos ante una excedencia voluntaria, pese a que el tenor literal del precepto nada señala al respecto, considerando la STCO 263/1994 que es razonable esa diferencia tan sustancial de trato entre unos sindicatos y otros[22].

En cualquier caso, la faceta en la que más aperturas y correcciones ha habido a lo largo de estos años es en la cuestión relativa a la *promoción económica de la mayor representatividad*, donde el principio de proporcionalidad ha adquirido una dimensión más contundente. Las enormes dificultades para sostener la actividad sindical con sus propios medios económicos -cuotas- exigiría la garantía de un apoyo mínimo. Al respecto, se recordará que la cesión de bienes de patrimonio sindical acumulado dio lugar a una cuestión de inconstitucionalidad, pese a que *la Ley 4/1986, 8 de enero*, por directa influencia de la doctrina del CLS, *cambió la exclusividad por la preferencia, con* lo que *abrió el derecho a los suficientemente representativos*. Sin embargo, asentado en una interpretación literal-formalista del inciso conflictivo, y apelando a la diferencia de trato entre bienes divisibles e indivisibles, el TC asumió su legitimidad de la opción legal, por la "*diferencia sustancial de implantación, de representatividad y de ejercicio efectivo de funciones que en nuestro sistema de relaciones laborales existe entre los sindicatos más representativos*" (SSTC 75/1992, FJ 4º y 183/1992, FJ 4º). En cambio, la

[21]Vid. SSTCO 99/1987, de 11 de junio, que declaró la inconstitucionalidad de la concesión de la excedencia en exclusiva a los cargos de sindicatos más representativos, respecto de los funcionarios. La sentencia cuenta con un voto particular de los Magistrados J. LEGUINA y M. RODRIGUEZ PIÑERO en el que emergía la tensión entre el principio de libertad sindical y el de promoción selectiva del hecho sindical, primando éste sobre aquél, a diferencia de la mayoría, por representar el sindicato más representativo un interés público prevalente; y la 18/2003, de 30 de enero, que reconoce el derecho el funcionario con cargo sindical a una situación equivalente a la excedencia laboral forzosa. Sorprende ni el art. 87 EBEP -situaciones especiales- ni el art. 89 -excedencias- lo contemplen.

[22]La doctrina constitucional decide lo que, sin embargo, no está resuelto en la jurisprudencia. Al respecto, la doctrina judicial parecía inclinarse por la consideración del supuesto del artículo 46.4 ET también como excedencia forzosa [STSJ Castilla-La Mancha, 26-11-2003 (Rec. 1815/2003) y STSJ Valencia, 5-10-1999 (Rec. 3411/1998)].

divisibilidad del bien cedido, como las subvenciones públicas, llevará a la doctrina del TC a reconocer el derecho a una promoción razonable a sindicatos que no resulten más representativos, siempre que acrediten una suficiente capacidad, con lo que se irá más allá de la prohibición de discriminación. Ciertamente, la claridad de esta prohibición como criterio excluyente para el acceso a la *potestad subvencional* pública, se diluye un poco con la apelación que se hace al casuismo.

Conviene poner de relieve que esta doctrina se basa en un criterio análogo del CLS -Informe 19, caso n. 121, párrafo 180 y 75; caso n. 341, párrafo 101-. La diversidad de situaciones hace que en unos casos se acepte la legitimidad constitucional de unos programas que contemplan subvenciones en exclusiva a favor de los sindicatos más representativos -STC 147/2001, FJ 4º- y en otros no - SSTC 20/1985, 14 de febrero, FFJJ 2º y 3º; 72/1985, 13 de junio, FJ único-, y que en unos casos se asuma la legitimidad de una diferenciación cuantitativa -técnica de la doble escala-, y en otros supuestos no, si no se justifican por una real mayor carga de carácter organizativo necesaria para una eficaz puesta en práctica de la actividad a la que la cuantía se vincula. En todo caso, parece claro que la dirección es prohibitiva en relación a los usos exclusivos y excluyentes mientras que se muestra favorable a reglas de preferencia para la mayor representatividad, admitiendo escalas diferenciales sobre la diversidad de representatividades y/o implantaciones, correspondiendo en todo caso la prueba de la eventual desproporción en el reparto al sindicato que la alega, no ya al poder público-administrativo que la concede -STC 147/2001, FJ 4[23]-.

En este sentido, debe recordarse que la referida doctrina del CLS, que ha servido de referencia principal para la consolidación de esta evolución jurisprudencial, tanto del TCO como del TS, siempre ha mantenido la legitimidad de la preferencia en el reparto de quienes acrediten una mayor representatividad. Pero esta técnica se liga más con el dato de la afiliación, aunque se admite cualquiera que sea predeterminado y objetivo, siempre y cuando la diferencia de trato no se transforme, en la práctica, en una barrera desproporcionada para el funcionamiento de los demás[24]. De ahí, que junto a la clásica "*prohibición de discriminación*" emerja una "*prohibición de obstaculización*", de modo que no sólo se proscribiría la diferencia arbitraria, sino

[23]De mucho interés el análisis de esta sentencia constitucional para apreciar la evolución del sistema, tanto en el plano normativo como jurisprudencial -en especial FJ 5-: "…al construirse [la Orden de Ayudas] sobre la base de Programas diversos con distinto alcance y beneficiarios", presentaría una estructura interna compleja que en su conjunto no excluye a los sindicatos con implantación "*pero plantea el problema de la proporcionalidad de las medidas en relación con la pérdida de posibilidades de acción de los sindicatos no favorecidos por la misma, de suerte que la simple estructuración en Programas…no convalida, en principio y por este simple "hecho distributivo", la inexistencia de una vulneración del principio de igualdad*…", ya que "es posible que, en el análisis casuístico que caracteriza la resolución de estos problemas, el recurrente demuestre…***una pérdida desproporcionada de sus posibilidades de acción…e insuficiencia de recursos que no puede presumirse**…sin que, para estos supuestos, sea de aplicación la precisión contenida en la STC 20/1985…relativa a que es carga de los órganos del Estado…".

[24]Informe 217, caso n. 1061 -España-, párrafo 133 e Informe 238, caso n. 1249 -España-, párrafo 68; 248, caso 1320 -España-, párrafo 501; Informe 297, caso n. 1798 -España-, párrafo 123

también aquella que tuviese por efecto práctico una dificultad excesiva para que los menos representativos puedan ejercer con razonable efectividad la defensa de los intereses profesionales que le son propio ex art. 7 CE.

Con carácter general, el CLS ha asumido la legitimidad de nuestro modelo, desde sus inicios -en relación con la LOLS-, hasta fechas recientes, como ha sucedido respecto de la Ley 10/2009, de 20 de octubre, de creación de órganos consultivos del Estado en el ámbito agroalimentario -Informe 358, caso n. 2759, párrafo 521-.

2.4.2. ¿Un aumento "artificial" de la base de "afiliación"?: Irradiación representativa

Más allá de la audiencia electoral -criterio común de medición, más allá de los diversos grados y de la ponderación funcionalmente diferenciada de atribuciones que aquéllos requieren para su control constitucional-, hallamos el criterio de la "*irradiación representativa*". Si aquél criterio ha sido cuestionado doctrinalmente de forma intensa, éste, con análoga carga "metafórica" en su denominación, lo habría sido todavía más, por su pretendido carácter artificial[25], ajena a la implantación sindical real en cada ámbito organizativo y/o funcional específicos. Una vez más, el TCO habría abierto una brecha importante entre el nivel crítico y la realidad práctica, avalando plenamente sin que le amerite tacha alguna conforme al juicio de adecuación del principio de igualdad.

Personalmente, nunca he considerado injustificado este criterio y me parece que el sesgo selectivo que tiene, orientando la decisión de integración en un sindicato u otro responde al modelo de promoción del hecho sindical constitucionalizado. De un lado, deja claro que la medición de la representatividad por afiliación no es el único criterio objetivo y razonable; de otro, el reconocimiento a las organizaciones directamente más representativas de una capacidad de proyectar a otras que no lo son esa singular fuerza de acción colectiva respondería a una decisión de voluntad de los trabajadores -STC 98/1985, 29 de julio, FJ 12º-. El TCO ha introducido flexibilidad cuando la precisaba -no se necesita para concretar ese vínculo asociativo (afiliación de segundo grado) que se presenten a las elecciones con las siglas de la organización de estructura compleja en l la que se inserta; STCO 187/1987- y rigidez cuando era conveniente -funcionalmente restringe el efecto de esta "representatividad por transmisión" al específico ámbito territorial y funcional en el que tiene implantación; STCO 98/1985, FJ 8-.

[25]Critica su "sesgo", evidenciando que se trata de una forma de presión institucional a favor de las confederaciones sindicales, con alto riesgo de distorsión del pluralismo representativo y la libertad de concurrencia representativa, GARCÍA MURCIA, J. "*El sistema español de representatividad sindical: funciones y disfunciones*". En AAVV. La representación de los trabajadores… Op. cit. p. 53.

2.4.3. Mayor representatividad autonómica: ¿hecho sindical diferencial autonómico?

En cambio, mucho más criticable me parece, atendiendo al principio de Estado autonómico que conforma nuestro sistema institucional, que no puede dejar de influir en la conformación de los sistemas de relaciones laborales, el "maltrato", o el "disfavor" que revela la regulación legislativa del "sindicato más representativo autonómico" ex art. 7.1 LOS. Al respecto, quizás no se haya denunciado con la suficiente contundencia el tratamiento peyorativo que, en comparación con la que recibe el estatal, se a la mayor representatividad en el ámbito autonómico resulta, al revestirse de unas garantías que dan una imagen de un excesivo rigor, lo que contrastaría con una interpretación del doble hecho promocional de la Constitución: el hecho diferencial sindical y el hecho sindical territorial autonómico. Lejos de promover una conjunción positiva, un círculo o correlación virtuosa, la LOLS promovió una lectura restrictiva, sea desde la perspectiva cuantitativa (más requisitos exigidos -15%, mínimo de 1500 representantes), como cualitativa (mayores dificultades para la adquisición de la mayor representatividad, pues excluye la irradiación; STS, 3ª, 15 de noviembre de 1989).

Una vez más, si integramos, como debemos y aquí se propone como línea básica metodológica, el plano normativo con el práctico, se corrobora, y se hace más difícil de asumir, este notable plus de obstaculización para acceder a la condición de sindicato más representativo. Así, incluso en las CCAA en los que la idea de los llamados "marcos autonómicos de relaciones socio-laborales" más arraigó (Cataluña) no se ha conseguido el despliegue de esta figura, prácticamente limitada al País Vasco y a Galicia. En suma, para la LOLS, la concentración sindical derivaba también, alejándose del sistema de representación política, en centralización sindical. La huida del riesgo de "minifundismo sindical" -o de atomización sindical- se traducirá en esa doble voluntad de evitar la dispersión autonómica en el modelo de organización sindical español. Las críticas se mantienen y nunca ha habido ningún intenso serio de modificar ese estatus quo, pese al consenso que reúne la desautorización por lesivo del principio de igualdad de trato ex art. 14 CE. El TCO ha protegido siempre la idea de la: "…*voluntad del legislador de que los interlocutores sociales…lo sean con el peso adecuado a la realidad global del mundo del trabajo en el marco de la economía nacional*" (STCO 98/1985, FJ 14).

No entro aquí en la crítica jurídica del art. 7.1 a) LOLS, que tiene fuertes avaladores en una dirección y en la contraria[26], sino en la político-institucional. En este ámbito se evidencia una opción de política jurídica claramente diferenciada en relación al sistema político-institucional en sentido estricto, pues mientras que

[26] Lo recordaba recientemente el profesor F. VALDÉS. *"Capítulo VII. La representatividad sindical*". Op. cit. p. 236

en este ámbito se han potenciado las "minorías autonómicas", a fin de contar con la presencia en las instituciones de representación política del "hecho diferencial autonómico", no se ha realizado la misma concesión para el "*hecho diferencia autonómico sindical*". Hoy, a través de otras vías, se empieza a fraguar ese "marco sindical autonómico", como es el caso de los Acuerdos Interprofesionales autonómicos en Cataluña, si bien por sindicatos que, con una base funcional y territorial estatal, actúan diferenciadamente en el contexto propio de autogobierno o autonomía política.

Sí es interesante llamar la atención sobre el contraste con la opción de política judicial ordinaria del Derecho Sindical que sí ha reconocido, a mi juicio con buen criterio, no obstante las críticas recibidas por un autorizado sector doctrinal, la figura de la "*mayor representatividad sindical poli-autonómica*", esto es, la posibilidad de un sindicato de actuar como tal fuera de su ámbito territorial, si en él reúne la condición de más representativo y siempre que no se acredite una vocación de acción estatal (SSTS, 3ª, de 1 de diciembre de 2003). A juicio de una solvente doctrina científica, esta figura desbordaría tanto el principio de correspondencia cuanto erosionaría la concepción general de la mayor representatividad del TCO[27].

Ciertamente, no se trata de una doctrina susceptible de aplicación general, pero no conviene por ello concluir en la quiebra evidente tanto del principio de igualdad como del de seguridad jurídica, en la medida en que es, precisamente, expresión de la protección del referido "***hecho diferencial autonómico-sindical***". No explicita pero sí está implícita en ella los hechos diferenciales concurrentes en un determinado sindicato (ELA/STV), cuya valoración es inherente el principio de pluralismo político-sindical autonómico que también es dable utilizar para la lectura constitucional de las normas. Se considera que no es el juez quien debe reconocer el valor jurídico de ese hecho diferencial autonómico sindical sino el legislador. En suma, también bajo esta diferente forma, el "*principio institucional*" de la mayor representatividad" enfrenta al *principio constitucional del pluralismo sindical territorial ex art. 1.1 y 2 CE*.

2.4.4. Implantación: el nuevo e incierto criterio de acreditación-selección

Hemos visto cómo la doctrina del TCO ha llevado a cabo una corrección parcial del rigor con que, en la primera fase del sistema, se concibió la *promoción institucional del hecho-sujeto de la mayor representatividad sindical*. Con esta evolución se buscaba proteger la efectividad de un cierto pluralismo sindical, no identificado con la excesiva atomización. A tal fin, el canon fundamental de control constitucional ha sido, según vimos, el de la garantía del principio de

[27]Cfr. F. VALDÉS, "*Articulo 7*". En AAVV. Ley Orgánica de Libertad Sindical. La Ley. Madrid. 2010.

proporcionalidad de la diferencia de trato, de modo que no sólo se prohíba la discriminación (STCO 98/1985) sino que, además, o más bien, se asegure el respeto a una *cierta -razonable- igualdad de trato*, en el nivel básico o mínimo propiciado por el juicio de razonabilidad de la ventaja sindical concedida y la finalidad de defensa de la diferenciación sindical de la mayor representatividad, pero valorada en forma concreta, no genérica (STCO 75/1992)[28].

Más allá de este evidente cambio, relativo, de canon de constitucionalidad, los resultados han sido variados, de modo que si bien predominan los "avales" a los "reveses" para las medidas de promoción selectiva del hecho sindical, no habría un cuerpo suficientemente homogéneo de doctrina constitucional, excesivamente variable atendiendo al caso concreto (cuestión de hecho más que de derecho). Pero, en todo caso, sí es apreciable esa transición *gradual hacia usos más restrictivos de la técnica de la mayor representatividad como criterio de diferenciación-selección sindical.* Es evidente que, en esa política jurisprudencial del Derecho Sindical de clara contención del uso expansivo típico de la primera etapa, se reflejarán las críticas a la institución crecientes ya a mediados de la década de los años 90. Y no sería el único límite desplegado por el TCO al desmedido despliegue del criterio de la mayor representatividad sindical, como evidencia su férrea defensa del "*principio de correspondencia*", expresión del juicio de adecuación o idoneidad entre la representatividad y el tipo de función sindical (SSTCO 9/1986, 21 de enero, FJ 3º; 7/1990, 18 de enero, FJ 2º)[29].

Pero, en última instancia, todos estos límites responderían al mismo principio de justificación razonable de la medida, de modo que el fin de la norma emerge al primer plano de la valoración de la legitimidad de la medida -STCO 217/1988, FJ 4º y 183/1992, 16 de noviembre, FJ 7º-. Ahora bien, este tránsito desde el inicial "problema de legitimidad" del reconocimiento de la mayor representatividad al "problema de límites" de su eficacia conoce otra dirección: la propia pérdida de exclusividad del criterio legal de audiencia electoral para acreditar suficiencia representativa -que se sumaría a la desactivación real de la posibilidad legal de atribución en exclusiva de funciones sindicales a la mayor representatividad-. Por tanto, la doctrina constitucional, muy pronto (STCO 11/1981, FJ 11), decidirá irá más allá de la limitación del juego de la mayor representatividad, privándola de aquella originaria vocación de exclusividad, para "inventar" un nuevo parámetro

[28]Este relativo cambio del el canon de constitucionalidad, aunque los preceptos fuesen siempre los mismos -arts. 14 y 28-, evidenciando incluso una variación de la influencia de sujetos jurídico-internacionales, el TEDH de un lado (discriminación), y el CLS de otro (juicio de razonabilidad de la diferencia), vid. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ. "*La Ley de cesión de patrimonio sindical acumulado y su constitucionalidad. Una aparente vuelta a los orígenes en la valoración de las consecuencias de la mayor representatividad sindical*", REDT, n. 56, 1992, p. 926

[29]Vid. M.E. CASAS. "La mayor representatividad y su moderación, en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión". RL, 14/15. 1988.

medidor de la "suficiente representatividad", dando carta de naturaleza y creciente protagonismo a criterios diferentes a los legales, como es el "***criterio de la implantación sindical***"[30].

Aunque éste se utiliza de una forma especialmente intensa para favorecer la legitimación del ejercicio de la acción de conflicto colectivo, ya sea en sede procesal ya lo sea en relación al derecho de huelga -SSTC 11/1981, 8 de abril, FJ 11º y 37/1983, 11 de mayo, FJ 3º-, presenta cada vez más manifestaciones diversas. En ellas se apreciaría lo resbaladizo o quebradizo de este concepto autónomo de acreditación-selección de sujetos sindicales con suficiente representatividad a ciertos fines. Una exigencia que podría verse como antinómica con la consolidada doctrina según la cual el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, amén de la huelga, son contenidos esenciales de la libertad sindical y, en consecuencia, un instrumento útil para el ejercicio de sus misiones institucionales ex art. 7 CE. El nuevo art. 124.3 LRJS sigue esta senda, exigiendo "implantación suficiente" -para legitimar la acción colectiva de impugnación de los despidos colectivos (decisiones del empresario o acuerdos, en su caso). Incluso, como evidencia una reciente doctrina judicial, la propia composición tasada -límite de 13- de las Mesas de Negociación de los acuerdos de gestión productivista en tiempos de crisis -art. 41.4 ET y sus proyecciones (arts. 40, 47, 51, 82.3 ET)- evidenciaría, de una forma implícita, *un nuevo criterio legal de implantación suficiente, dotado en este caso de mayor certidumbre que el que se deriva de su referencia genérica o indeterminada*.

Precisamente, este es uno de los mayores problemas de este criterio de medición de la representatividad, más de acreditación de la *suficiente capacidad representativ*a que de selección de los "más capacitados representativamente", propia de un concepto nacido de la estricta creación jurisprudencial a fin de colmar el salto recordado entre un *modelo constitucional moderadamente pluralista* y el *infra-constitucional selectivo* en función de la acreditación de una "mayor capacidad representativa", fuera de la cual no habría un reconocimiento de su existencia jurídica funcional. En última instancia, el TCO recupera para nuestro Derecho Sindical el citado viejo concepto reglamentario de "*suficiencia representativa*" diferenciado, como vimos, de la "*simple representatividad sindical*" (*criterio diferenciador* entre capacidades representativas concurrentes, SSTCO 9/1986, FJ 3º y 184/1987, FJ 4), pero también de la "*mayor representatividad*". Por lo tanto, actúa como *criterio de flexibilización de técnica de selección* legal basada en la audiencia, evitando usos rígidos de la mayor

[30]El TC ha advertido sobre la necesidad de no confundirlos, en la medida en que "*si cuando un sindicato reúne los requisitos de representatividad necesarios en el ámbito de que se trate, es evidente que posee implantación suficiente, lo contrario ya no es exacto*" -STCO 37/1983, 11 de mayo, FJ 3º-.

representatividad (STCO 217/1988, FJ 3)[31].

A mi entender, más que de "*mayor representatividad rebajada*", como dice una autorizadísima doctrina científica, que además propone su marginación, lo que, no está sucediendo, al menos en el ámbito de la jurisprudencia ordinaria[32], se trataría de un concepto jurídico-social diferente de representatividad sindical, el citado de "*representatividad suficiente*", con autonomía y sustantividad propia. De ahí, que las diferencias no serían sólo de índole cuantitativo, sino cualitativo también y sobre todo, como prueba el que admita para su determinación no ya sólo porcentajes relevantes, pero menores, de audiencia electoral, sino otro tipo de criterios -afiliación, trayectoria sindical precedente… (STCO 184/1987)-, incluso alternativos a la audiencia electoral, que evidencien la entidad del sindicato en el ámbito de la cuestión concernida -reemerge la primacía del fin en la fijación del Derecho (*Ihering*)-. Por eso, *más que seleccionar* -aunque en ciertos casos también asuma este uso más intenso*- busca la acreditación de grado de representatividad razonablemente suficiente para cada situación*.

Cierto, el problema práctico mayor, junto al peligro de actualizar en práctica el riesgo de atomización la representatividad sindical que la mayor representatividad quiso desactivar, es el de la inseguridad del criterio, de difícil control jurídico no sólo por su dimensión más político-sindical que jurídica, salvo manifiesta arbitrariedad, sino por la propia equivocidad de la doctrina constitucional tanto en su delimitación como en sus usos -polivalentes- para resolver numerosos conflictos (SSTCO 98/1985, 183/1992). Sin embargo, a mi juicio, esta constatación servirá para reclamar de la jurisprudencia, no ya sólo constitucional, sino ordinaria, una mayor precisión de los criterios y funciones de la técnica de la implantación, perfectamente conciliable con la flexibilidad y apertura que necesita una materia compleja, viva y dinámica como es la representatividad sindical, y no tanto su condena a la zona de sombras del sistema.

[31]El art. 7.2 LOLS reconoce una modalidad de *representatividad sindical suficiente* diferente a la de la "*mayor representatividad*" ("aun no teniendo la consideración de más representativo"), dotando de autonomía -tanto conceptual como funcional- al concepto de "*sindicato (suficientemente) representativo de sector*". No obsta el que utilice para su medición el mismo criterio de la audiencia electoral, pero reducido al ámbito funcional y territorial que le es propio -combina implantación y audiencia electora suficiente-. La diferencia se justicia en función del interés público representado -inexistente en los de sector, presente en los más representativos-, lo que es relevante para esa distinción, aunque las sucesivas leyes la hayan ido diluyendo. Vid. F. VALDÉS DAL-RÈ. "*El sistema de diferenciación entre organizaciones sindicales: de la mayor representatividad sindical a la suficiente implantación y representatividad*", RL, números 11 y 12, 1993.

[32]Cfr. F. VALDES. "*Capítulo VII. La representatividad*…". Op. cit. p. 248. Propone su "marginación y olvido" en p. 250.

3. RELACIONES ENTRE AMBOS MEDIDORES DE REPRESENTATIVIDAD: ¿AFILIACIÓN VERSUS AUDIENCIA ELECTORAL?

3.1. Verdades y desmentidos de una crítica constante: ¿la "audiencia electoral" desincentiva la "afiliación sindical"?

3.1.1. El tópico de la baja representatividad del "sindicalismo de votantes"

Hemos visto cómo, el legislador, por motivos más realistas (nivel de observación político-sociológica de la norma) que jurídicos (nivel de observación normativa del Derecho), primó el "principio democrático" sobre el "principio asociativo" a la hora de la conformación del sistema de (mayor) representatividad sindical, haciendo depender la técnica de selección de los sujetos sindicales preferentes para participar en el sistema de relaciones socio-laborales de un *proceso electoral laboral* ("elecciones sindicales"), en detrimento de la base de afiliación. Esta primacía del momento político-institucional sobre el asociativo de la figura de la representatividad, coherente con la diferenciación entre las nociones jurídico-privada de "representación profesional" (dependiente de una base asociativa fuerte dentro del grupo o colectivo en defensa de cuyos intereses se actúa), y jurídico-pública (social) de "representatividad sindical" (vinculada a la trascendencia social general que alcanza un sujeto político-cultural por antonomasia), habría propiciado una relación "contra-intuitiva" entre ambos conceptos en España.

En efecto, la lógica más elemental llevaría a pensar que la "representatividad sindical" (presencia institucional e influencia social) se alimenta de "afiliación sindical" (respaldo asociativo) y viceversa, de modo que ésta -*la base asociativa*- sería mayor a medida que lo fuese aquélla -*presencia sindical* (dentro y fuera de la empresa)-. Sin embargo, unos, los críticos del sistema[33], y otros, los defensores del mismo, confluyen en análoga crítica: el sistema legal vendría favoreciendo la "desafección sindical" de los trabajadores que, percibiendo que está ante un "sindicalismo de dirigentes" y no ante un "sindicalismo de bases", no sólo no tendrían interés en afiliarse sino que, además, cada vez desarrollarían un mayor interés por desafiliarse. De ahí que se insista, de forma en exceso superficial, en que primar la mayor representatividad de "votantes" desalienta la de "afiliados", a imagen y semejanza de lo que ocurriría con el "sistema de partidos".

Por supuesto, conviene evitar las comprensiones más simplistas del sistema, de un lado y de otro -"ley pendular"-, de la trascendencia de la audiencia electoral, en

[33]Cfr. LAHERA FORTEZA, J. "El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa: funciones y disfunciones". En AAVV. (Dir.: F. Valdés Dal-Ré y M.L. Molero Marañón). La representación… op. cit. p. 28.

lo positivo -sería el factor de mayor objetividad, trasparencia y legitimación-, y en lo negativo -fuente desincentivo institucional de la afiliación sindical-. Al respecto, nadie duda de que, el "*factor institucional*" -la acción de sostén de los poderes públicos, en sus diversas formas- es el principal condicionante de la configuración del sistema y de su praxis[34]. Ni los defensores -aún hoy mayoría- ni los críticos -minoría, aun creciente- del sistema de representatividad ignoran las ventajas e inconvenientes del mismo, y de sus alternativas -en especial la eterna búsqueda del criterio de afiliación como referente principal-, inclinándose la balanza a favor de su persistencia, eso sí, revisada, aunque no quede suficientemente clara cuál es la opción alternativa propuesta. De ahí, que satisfagan sus críticas pidiendo una mejor ponderación del principio, ya referido, de la proporcionalidad de la diferencia sindical. Los críticos suelen apelar más tanto a una eventual inequidad estructural cuanto a su constatada, disfuncionalidad, aunque también se resalten ventajas[35].

Inequidad por favorecer la posición del "más fuerte" -el sindicato mayoritario- sobre el "más débil" -el minoritario-, con lo que se perpetuaría su ventaja sin posibilidad legal de cambio real del "*duopolio sindical"*, corrosivo del principio pluralista típico de una democracia sindical efectiva, deslizada hacia el corporativismo. Disfuncionalidad por su pretendida incapacidad de satisfacer su doble función legalmente atribuida. De un lado, no conseguiría mayor representatividad al disociar las "élites (corporativas) sindicales" y sus "bases", cada vez más alejadas de la afiliación. De otro, tampoco aumenta el número de representantes, más bien retrocede, más en este tiempo de crisis, cuando más fuerza institucional necesitan.

Consecuentemente, la -necesaria- búsqueda de mejoras en la posición de ventaja representativa se haría depender de otros criterios, de modo que podría pensarse -a mi juicio, erradamente-, que nada o poco interesaría aumentar la base asociativa (afiliación) del sindicalismo español, lo que contradiría uno de los tópicos más difundidos: ***la corrección de ese declive sindical pasaría por aumentar su presencia asociativa (afiliación***). Además, se pone de relieve que esta suerte "devaluación asociativa" se complica en nuestro sistema por la "devaluación democrática" que significaría el que la "base electoral" no sólo no es general, para todos los trabajadores de las empresas, sino que cuenta con una doble restricción. De un lado, la "dimensión ocupacional de la empresa, por lo que no hay "elecciones

[34]Cfr. JÓDAR, P. "*Conflictividad y huelgas generales en España (1993-2004)*". 2006. Disponible online. Asume esta crítica y propone ampliar el "caladero de afiliación sindical" D. MORAL MARTIN. "La actual crisis del sindicalismo y una explicación desde el modelo de alta inestabilidad sindical". En XIV Jornadas de Economía Crítica. *Op. cit.* pp. 140 y ss.

[35]Entre los defensores vid. GARCÍA MURCIA, J. Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política. MTSS. Madrid. 1987, p. 105-106. Entre los críticos, *ÁLVAREZ CUESTA, H. Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la mayor representatividad*. Comares.Granada. 2006: el sistema "*cabría valorarlo como tremendamente subjetivo y poco fiable*",p.5.

sindicales" en la mayoría. De otro, identificar de unidad electoral con "centro de trabajo" hace que baste con "pulverizar" su estructura para evitar elecciones[36]. La libertad organizativa empresarial (descentralizar o concentrara, o combinarlas diversamente), sumado a un tejido empresarial en el que más del 90% de las empresas no llegan a 10 trabajadores y más del 80% ni siquiera alcanza 6, alteran negativamente las bases de la mayor representatividad sindical y, por ende, del orden político-jurídico de la democracia laboral, sí; pero no las hace inservibles[37].

3.1.2. Más allá del dato legal: representatividad -afiliación sindical expansiva hasta 2010

Un análisis más profundo y realista, evidencia que esa tensión lógico-estructural exige modulación desde la praxis socio-laboral. Ésta evidencia una presencia asociativa del sindicato en los lugares de trabajo mayor de la que se suele aceptar y sin perjuicio de las ambigüedades de la "verdad estadística". Un "realismo estadístico" que, objeto de especial atención y puesta al día ante la reactivación del debate actual que vuelve a cuestionar la legitimidad social del sindicato más representativo, pondría de relieve que *sí hay una relación positiva entre "más afiliación" y capacidad representativa* Así, la Encuesta de Calidad de Vida en el Trabajo -ECVT/2010- permite diferenciar "*tasa de afiliación sindical"* y "*tasa de cobertura de la representatividad sindical*". La primera se situaba en ese periodo entorno al 19 %, con lo que refleja una progresiva caída, pero también su relativa estabilización, manteniendo un porcentaje homologable con la UE-27, cuya media se situó en el 23%. La segunda -tasa de cobertura de representatividad- dobla, a través de la representación electa en los centros (47,5%) a la primera, que es triplicada cuando se atiende al indicador de la negociación colectiva de eficacia general.

Como resaltan los analistas (de sociología sindical y economía del trabajo) que ponen de manifiesto estos datos para denunciar el carácter mítico-ideológico del debate de la "deslegitimación sindical por su baja representatividad", no son de parte, sino que proceden de Encuestas oficiales. Destaca en especial la información procedente de la célebre "Encuesta Europea de Empresas", en especial de la Segunda, la ECS/2009, correspondiente a ese momento[38]. La ECS/2013, realizada -cada cuatro años- antes del año 2012, incluso mejora la tasa de representación sindical

[36]Una completa puesta al día, expositiva y crítica, en P. NIETO ROJAS. *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*. Lex Nova. Thomson Reuters. 2015, en especial pp.26-27 y pp. 241 y ss., en las que desarrolla el argumento, que compartimos parcialmente, de la incapacidad-insuficiencia de la fuente más abierta, la negociación colectiva para resolver la deficiente legislación.

[37]Cfr. GOMEZ ABELLERIA, F.J. "La representación de los trabajadores en pequeñas empresas". En AAVV. Las relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas. Tirant Lo Blanch. 2015.p.180

[38]Vid. ALÓS, R- P.J. BENEYTO et altri. *La representación sindical en España*. Fundación 1º de Mayo. 2015.

en la empresa (57%) -eso sí, conviene tener en cuenta que es para empresas de más de 10 trabajadores-, coincidiendo con la ECVT/2010. El análisis agregado desvela que la tasa de representatividad ofrece más variabilidad en función de la afiliación: *donde no la hay, apenas alcanza el 42 por cien, llegando incluso a descender hasta el 19 por cien, mientras que donde sí hay afiliación la representatividad superará el 75 por cien*[39]**.** Estos datos manifiesta una interacción positiva, virtuosa, entre ambos criterios de medición -afiliación (presencia) y representación delegada (audiencia)-, incentivándose recíprocamente, desautorizando el tópico del efecto de desincentivo asociativo del llamado "sindicalismo de votantes"[40]. En consecuencia, esta crítica es incoherente y quedaría desnudada científicamente, sin perjuicio de las disfunciones parciales que existen en el sistema y que nadie puede negar

A fin, una vez más, de aportar datos objetivados -aunque siempre valorables, por supuesto, en el conjunto de la información que ofrece otros-, no sólo especulaciones, se puede acudir al *Índice Europeo de Participación Sindical* (EPI), que mide la calidad de esa intervención sindical en la conformación del sistema de relaciones socio-laborales de producción. Pues bien, de nuevo, el sistema sindical español está en el entorno de la media, pues tiene un EPI 0,50. Por tanto, no obstante sus limitaciones de origen y las propias restricciones que genera nuestro tejido socio-económico y empresarial, está por encima del resto de países del "*modelo sindical latino*" (por debajo del 0,40), así como del "*modelo anglosajón*" (EPI 0,16), y cerca del "modelo germánico" (EPI 0,60). No alcanza, ciertamente, el escalón más alto del "modelo nórdico" (EPI superior al 0,80), pero es conocido el "hecho diferencia socio-cultural e institucional" del mismo, por lo que, en relación a la mayoría de sistemas de representatividad sindical y países, ninguna duda ofrece la convergencia evolutiva con los mejores estándares europeos[41].

Por lo tanto, despreciar esta realidad evolutiva y experimental sería tanto como aceptar que la legitimidad democrática de los "partidos políticos" es mayor por el número de militancia que de votantes, lo que carece de razón. Por supuesto, no se quiere confundir con ello ambos tipos de representatividad, la "político-partidaria" y la "político-sindical", sino volver a recordar que los sindicatos más representativos no son sujetos profesionales sólo, ni meros "sujetos político-culturales", representantes de un "*interés privado o de grupo*". Al contrario, la LOLS ha querido, y el TCO lo ha avalado como una opción propia del Poder Constituyente, que los protagonistas sean sindicatos "fuertes" por representar e influir en una gran mayoría social[42], actuando más como defensores de intereses de

[39]Vid. J.P. BENEYTO. "*Sobre la legitimidad del sindicalismo*". Op. cit. Tabla 8.

[40]Cfr. P. ÑIETO ROJAS. *La representación*… op. cit. pp. 40-41.

[41]Vid. P.J. BENEYTO. "*Sobre la legitimidad del sindicalismo. Derechos y fuentes de financiación en España y la Unión Europea*". Fundación 1º Mayo, 2012, Tablas 1 y 2.

[42]Así, 3 de cada 4 representantes unitarios lo son de UGT o CCOO, aunque sólo en torno a la mitad estén afiliados a uno de ellos; entre los dos suman más de 7 millones de votos, lo que, ciertamente, da idea de un

una auténtica "clase social" y no sólo de uno o varios grupos (interés colectivo o de categoría profesional). En consecuencia, si bien es cierto que no cabe identificar "*interés (público) general*" con "*interés socio-laboral mayoritario*" tampoco es asumible infravalorar que tutelan "*intereses colectivos de trascendencia social general*" (STCO 18/1984)[43].

Como es natural, también *la dimensión ocupacional de la empresa* afecta a esta *relación positiva entre audiencia electoral y afiliación*: a mayor sea la organización -aquí también el "tamaño de la cosa importa"-, aumentará la afiliación sindical y, a partir de ella, la representación sindical. Por lo tanto, en atención a este segundo factor, parece confirmarse igualmente que, en la práctica, la conformación de un sistema de mayor representatividad sindical basada en la técnica "jurídico-institucional", no "contractual", como es el dispositivo electoral -impropias "elecciones sindicales"-, *no desincentiva* la afiliación, como rezaría el tópico doctrinal también al respecto, *sino que la aumenta*. Así lo corroborarían, al menos, dos datos empíricos, cuya integración en el análisis de naturaleza exquisitamente normativa aparece inexorable si se quiere una comprensión jurídica integral del sistema (axiológica, normativa y realista), según los criterios de la hermenéutica jurídica más acrisolada ex art. 3.1 CC en relación a los arts. 1. y 9.2 CE[44].

De un lado, una adecuada evaluación de la referida tasa de cobertura de la representación sindical (47,4%, según ECVT/2010 -o 57% según ECS/2013, para las empresas de más de 10 trabajadores-) atendiendo al dato legislativo que posibilita las elecciones sólo en empresas de 6 o más trabajadores. En principio, este dato lego puede ser interpretado como un importante déficit democrático, en la medida en que casi el 80 por cien de las empresas carecerían de elecciones. Ahora bien, ese porcentaje se reduce cuando se tiene en cuenta el número de trabajadores afectados realmente por ese factor legal de exclusión (en torno al 30 por cien de la población asalariados). Por lo tanto, y sin perjuicio de reconocer que esa exclusión constituye una de las dichas disfuncionales parciales del sistema que merecerían corrección -legal y/o convencional-, la proyección de la última ECVT atendiendo

fenómeno de concentración sindical o "duopolio sindical", de ahí la crítica, a mi juicio no estrictamente coherente, por parecer paralelo al hoy, también injustamente, vilipendiado "bipartidismo político". Estos y otros datos de interés aparecen en R.ALÓS-P.J. BENEYTO et altri. *La representación sindical en España*. Op. cit. pp. 24-25, y 191 y ss.

[43]Coincido con las cautelas evidenciadas, en torno a la necesidad de distinción, por el profesor J. CRUZ, pero defiendo igualmente, a diferencia de lo sostenido por él, de que los intereses defendidos por los sindicatos más representativos lo sean sólo "privados". Cfr. J. CRUZ. "*La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español*". Op. cit. p. 141.

[44]Esta dimensión integral e integrada es inherente a la naturaleza "social" de esta parte del ordenamiento, para la cual, la clásica distinción entre "privado" y "público" se revela absolutamente desfasada e inoperante. Lo recordaba recientemente MONEREO PÉREZ, J.L. "*La teoría jurídica y social de Otto Von Gierke: teoría del Derecho Social y de las personas colectivas*". Estudio Preliminar a O.V. GIERKE. La función social del Derecho Privado y Otros Estudios. Comares. 2015.

a la "depuración del universo laboral real de referencia" (en el momento de la encuesta unos 10 millones y medio; hoy sería menor) ofrece una "tasa neta de cobertura de representación sindical" del 67 por cien, haciendo del sistema español, tan cuestionado por muchos -sociológica, económica y jurídicamente-, uno de los que presentan mayor nivel de representatividad en la UE-27. Así lo confirmaría más recientemente la también citada ECS/2013, que nos sitúa muy cerca del modelo sindical más representativo, el nórdico.

De otro, el dato según el cual, asimismo, son los sectores de actividad con mayor representación (audiencia institucional), los que, a su vez, tienen también más afiliación sindical (presencia asociativa). Consecuentemente, si bien es cierto que evidencia una menor capacidad de penetración allí donde sería más necesaria la acción sindical, para los trabajos del "mercado secundario", esto es, los más precarios y fragmentados, no menos verdad resulta que, con anterioridad a 2012, los sindicatos más representativos ponían de relieve una creciente capacidad de presencia en sectores ocupacionales no sindicalizados tradicionalmente. En suma, es constatable sea la relevante elevación de la tasa media de afiliación entre los trabajadores y en sectores que cuentan con más representación electiva, sea también la presencia sindical en toda clase de categorías profesionales y de empresas, incluso en las de menor tamaño y no sólo en las grandes, como reza también el tópico de la presencia sindical (sólo) en éstas[45].

No debería dejar de enfatizarse esta confirmación empírica -realista- de los fines perseguidos por el nuevo dato normativo emergido a partir de 1985 (arts. 6 y 7 LOLS). En un contexto europeo que ya había vivido su ciclo expansivo sindical, invirtiéndose en aquel momento la tendencia, la afiliación sindical en nuestro país evidenció un gran dinamismo evolutivo. Frente al recurrente, aunque minoritario en el ámbito jurídico, más extendido en el sociológico-económico, discurso de la deslegitimación práctica del sistema legal de representatividad sindical, emergería con fuerza la capacidad de este sistema de representatividad sindical legalmente institucionalizado, basado en la citada audiencia electoral, para propiciar también un crecimiento sostenible de la afiliación sindical. Los datos evidencian un proceso expansivo que coincide con la implantación de ese sistema legal -en 1980 era del 13,7%, en 1985 del 13,4%, en 1990 del 16%; en 1995 del 19,5 %...-, manteniéndose en su efecto favorable, sin perjuicio de las inherentes oscilaciones en las fases críticas de los ciclos económicos -en 2000 había bajado a 16,5%-, hasta 2010. De la fuerza de ese efecto expansivo dará idea otro dato: mientras que la población asalariada se duplicó, la afiliación sindical se triplicó.

En suma, la mayor representatividad evidencia, en la práctica, una importante

[45]Vid. R. ALÓS-P.J. BANEYTO et altri. La representación sindical… Op. cit. pp.190 y ss.

presencia socio-laboral, por encima de la estricta afiliación, pero sin que ésta dejara de crecer. Este desmentido empírico de las críticas al sistema legal no es "partidario", porque los datos proceden de Estudios públicos, nacionales (ECVT) e internacionales (ECV de EUROFOUND; OCDE). Puede verse en este gráfico de la OCDE.

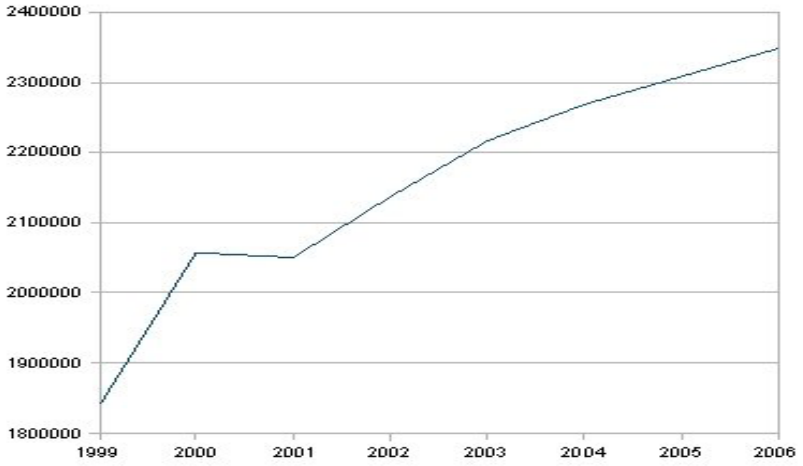

Gráfico.1. Fuente OCDE. Quedan excluidos afiliados jubilados y autónomos afiliados.

3.2. La pérdida de afiliación en la crisis y nueva ofensiva liberal contra el sistema: desestabilización e inequidad institucional

Aunque, incluso hoy, la "salud del sindicalismo español" es mayor de la que poner de relieve la "campaña ideológico-política" de "devaluación sindical" -incluye también una inquietante deriva de criminalización de su acción-, no sería nada positivo ignorar tanto la necesidad de auto-crítica como el gran impacto de la crisis actual. En ella se evidencia el gradual declinar de su otrora hegemonía en la Sociedad Civil[46]. La historia enseña que no hay momento crítico que no reduzca la afiliación, destacando, por ser la más reciente, antes de la última que estamos viviendo, la de 1993-1994. La actual no iba a ser diferente. Al contrario, y a pesar de la referida ausencia de datos suficientemente fiables, es inevitable la caída de la afiliación, lo que, al tiempo, ha supuesto una importante reducción de ingresos por cuotas (212 millones de euros anuales, cuando en el año 2010 superaban los 270 millones). Reducción que se suma a la importante pérdida de "cobertura financiera pública", a raíz de las políticas y leyes de "austeridad" (de más de 13 millones a sólo 9 millones de euros). El descenso de la afiliación, que no conviene identificar

[46]Vid. DUFUOR, C.-HEGE, A. "*Legitimidad de los actores colectivos y renovación sindical*". En AAVV. Legitimidad y poder para la renovación sindical. Documentos 21, 2012. p. 43. Disponible online.

sólo con una pérdida de confianza sindical de los trabajadores (muchas bajas responden al ahorro de cuota), se cifra por algunas informaciones -exageradas y no precisadas- en más de un millón, regresando a cifras de épocas de crisis profunda[47].

Pero al margen del número concreto de caída de afiliación sindical, lo realmente cierto e inquietante es el importante "*efecto de inestabilidad institucional*" creado en el sistema de representatividad sindical a raíz de la crisis del *factor de promoción pública del hecho sindical más representativo*. Por tanto, a la reducción del "poder sindical" de facto (menor número de afiliados por el abultado número de desempleados; menor participación electiva sindical; menor cobertura de negociación colectiva; rebaja del número de representantes legales…), habría que sumar la de Derecho. Este segundo tipo de impacto normativo conoce la dirección "*hacia fuera*" de la empresa (*acción sectorial e interprofesional; incluso en el plano de la concertación social)* y otra "*hacia dentro*" (acción de empresa), mediante las políticas y leyes de austeridad y de devaluación laboral (reforma laboral). Precisamente, en la radicalidad que adquiere en España la desestabilización normativo-institucional de la mayor representatividad sindical supone una de las mayores novedades del nuevo tiempo de descontento, por otro lado crónico en toda Europa, con el movimiento sindical.

Es a éste al que tanto Estado como empresarios, así como una parte creciente de la Sociedad Civil, los responsabilizarían, por razones muy diferentes, incluso opuestas -los primeros los culpabilizan por la falta de compromiso con los cambios normativos y organizativos en la dirección de una mayor eficiencia productiva, base para la creación de empleo; la segunda, en cambio, los culpabilizaría de todo lo contrario, esto es, de corresponsabilizarse, por pasiva, con la intensa devaluación de las condiciones de vida y de trabajo-, de la falta de capacidad de respuesta frente a la crisis[48]. Ciertamente, como se apuntaba, ni este descontento institucional y social es una novedad, ni en Europa ni en EEUU, ni la distancia entre determinados grupos sociales y los sindicatos más representativos constituyen por sí mismo factores que cuestionen la legitimación social de aquéllos ni su capacidad para

[47]En medios económicos vid. http://www.eleconomista.es/economia/noticias/6900078/07/15/CCOO-y-UGT-pierden-durante-la-crisis-el-44-de-los-afiliados-hasta-14-millones.html

[48]La falta de un adecuado sistema de intercambios de mejoras y sacrificios, de concesiones y renuncias, entre los diferentes actores en juego -públicos, empresariales, sindicatos, trabajadores de base-, de modo que cada sujeto encuentre en el intercambio una razón de compromiso -beneficios a cambio de esfuerzos, e incluso sacrificios- está en la base de toda legitimación de la representatividad sindical en los modernos Estados Sociales, incluso fuera de Europa, como en los países suramericanos. De especial interés, para México, DE LA GARZA TOLEDO, E. "*Democracia, representatividad y legitimidad sindical*". En Democracia y cambio social en México. 2007. Disponible online. Este autor poner de relieve cómo, "*cuando la empresa ha logrado inducir…una nueva cultura laboral comprometida con la productividad...*", se hace necesaria una capacidad de transformación en mejoras de las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores a través de un "*espacio potencial para la representación de sus intereses*" que, al contrario, puede tornarse, si perciben que los sindicatos no lo están llenando, en una crisis de legitimación democrática y, por lo tanto, de representatividad.

seguir persiguiendo el bien común. En estos casos peligra "*el proceso mismo de la reproducción de la representación colectiva*", conforme "…círculos más amplios de asalariados acentúan su distancia de los representantes…": "*Los jóvenes, nominalmente los supuestos futuros miembros, no se atreven a desarrollar más que relaciones instrumentales con los sindicatos. Los trabajadores precarios expresan de manera similar esta laguna de identidad cuando señalan que los sindicatos, cuya importancia no niegan, no están hechos… para ellos....*"[49].

Una certificación de pérdida del poder sindical en el debate científico que estaría igualmente en el social, ante la radical desafección sindical de la ciudadanía -según el Barómetro del CIS 2013, 7 de cada 10 rechazan el papel de los sindicatos ante la actual situación de zozobra-. Una desafección que no es ajena al desvelamiento, en un tiempo reciente, pero que parecían arraigadas, de ciertas malas praxis sindicales en una materia como el gasto público, área sensible para la "Opinión Pública" española. No sorprende que, si bien críticamente y con mordaz ironía, pero también con melancólica convicción de estar ante la defensa de una causa perdida, medios de comunicación con gran influencia hablan de "muerte a los sindicatos" (I. Gabilondo), hasta el punto de asumir, por quienes lo defienden, "*su pasado épico, para comentar su presente mediocre y augurar un futuro residual o inexistente*"[50].

Quienes reabren la crítica de la deslegitimación del sistema de representatividad sindical ponen el ojo del huracán en el recordado origen "*desde arriba*" (representación y política de sostenimiento público) en detrimento de su legitimación "*desde abajo*" (afiliación directa): "*La escasa implantación, que provenía del franquismo, se perpetuó en la regulación actual, que es de finales de los años 70 y nunca se ha reformado, al otorgar representatividad a los sindicatos* ***desde arriba****, en vez de requerir que la obtuvieran* ***desde abajo***"[51]. Dejando de lado sus errores -la normativa de finales de la década de los años 70 desapareció, sustituyéndose por la de 1985; y sí ha habido reformas, como el proceso electoral-, y sus incoherencias -desconoce la correlación positiva entre representación delegada y mayor afiliación sindical, así como el proceso de crecimiento sostenido de la afiliación-, tiene el mérito de situar el nudo gordiano del proceso de deslegitimación sindical en el factor institucional (construcción desde arriba de la mayor representatividad sindical).

---

[49]Vid. DUFUOR, C.-HEGE, A. "*Legitimidad de los actores colectivos y renovación sindical*". Op. cit. p. 43.

[50]Vid. A. BAYLOS. ¿Para qué sirve un sindicato? Catarata. 2012. p. 13. Asume el carácter de tópico de la "literatura sindical" esta pérdida de poder D. MORAL MARTÍN. "*La actual crisis del sindicalismo y una explicación desde el modelo de alta inestabilidad sindical*". En XIV Jornadas de Economía Crítica. Perspectivas económicas alternativas, 2014, p.129. Para la crítica ideológica vid. R. ALÓS. "*Afiliación y representación del sindicalismo en España y en la Unión Europea*". Fundación 1º de Mayo, n. 96/Junio 2014, disponible online. Para un enfoque de política del Derecho, en el que se critica ese más que sombrío futuro sindical. cfr. A. BAYLOS. "*Cambios en el mundo del trabajo*". Fundación 1º de mayo de 2014, Madrid. Abril 2014.

[51]Cfr. BENTOLILLA, S. et altri. *Sindicatos para el siglo XXI*. FEDEA. 2010. Disponible online.

De ahí que, en el trasfondo de la reforma desreguladora y de devaluación de las condiciones de trabajo, esté presente la desestabilización, e incluso desformalización (des-institucionalización) fáctica del sistema de representatividad sindical[52]. Pero hay otros enfoques de crítica económico que también recurren a esa tópica dialéctica de "*alta intervención institucional-baja afiliación sindical*" como marca señera mayor de nuestro sistema de representatividad sindical. Aunque rechaza el sesgo liberal de aquel otro sector, dotándola de una perspectiva social, coincide en la crítica deslegitimación inducida por las reformas estatutarias, paradojas del destino, a partir del mismo cuerpo legislativo sobre el que se empezó a escribir el nuevo modelo de representatividad con la, posterior, LOLS. El ET originario pondría las primeras piedras de construcción del nuevo edificio representativo para que, más de treinta años después, una de sus reformas más convulsas, llevé en su ADN la deconstrucción -sino dinamitado- del mismo[53].

Precisamente, partiendo de una caracterización de nuestro modelo, integrado en el "sistema latino" (o "*mediterráneo de corporativismo débil y doble canal asimétrico de representación*"), como de "*muy alta inestabilidad*", superior al de Portugal e Italia, el sindicalismo español más representativo se habría visto obligado a aceptar, por esa persistente prevalencia de la componente institucional sobre la asociativa, y sin perjuicio de sus reacciones críticas a través de huelgas generales de reducida incidencia, la sucesivas reformas legislativas modificadoras de los equilibrios precedentes del sistema. Una indirecta y progresiva, pero inequívoca, desestabilización institucional del sistema que comenzaría por el propio debilitamiento de la institución en la que mayor es la capacidad de intervención de la mayor representatividad: el convenio colectivo de eficacia general. Un debilitamiento complementado con la reducción de los recursos de personal -"liberados sindicales"; legión de contratados con cargo a proyectos finalistas- y financieros otrora contrapartida coherente con un modelo basado en el reconocimiento del sujeto sindical a favor del interés general socio-laboral, que no puede ser financiado sólo con cuotas, porque los beneficiarios de su acción desbordan el espacio asociativo.

De este modo, se cerraría el círculo de presión institucional contra el poder de representatividad sindical, comprimiéndolo hacia su estricta base asociativa

[52]Serían, pues, las estrategias de gestión empresarial productivista, y la desregulación de las relaciones laborales que precisan, impuestas por la reformas de 2012, las generadoras de una precariedad y segmentación obstaculizadoras tanto de la acción sindical -al cercenarse sus instrumentos de gobierno del sistema de negociación colectiva ex art. 83 ET por el art. 84.2 ET-, como de la afiliación sindical, y no el modelo vigente de representatividad y de negociación colectiva. Esto es, "justamente lo contrario de lo defendido por los ideólogos" del neoliberalismo económico (FEDEA) y asumido institucionalmente por la reforma laboral. Vid. la crítica realizada a ese planteamiento por R. ALÓS et altri. "*La dinámica de la afiliación sindical. El caso de CCOO*". Fundación 1º de Mayo. Madrid. 2011; AAVV. (Coord.: P.J. BENEYTO). *Reivindicación del sindicalismo*. Edición Bomarzo. Albacete. 2012.

[53]Vid. D. MORAL MARTIN. "*La crisis actual*…". Op. cit. p. 137

(afiliación) que, a su vez, quedaría cada vez más "*jibarizada*" o reducida. Aunque tampoco es posible entrar en este diverso enfoque crítico, algunos de cuyos planteamientos resultan cuestionables -la pretendida aceptación sin resistencia sindical del actual estado de cosas desestabilizador del sistema ("relación amable" o "dócil" entre sindicatos y poderes -públicos y económicos-); deslegitimación del sistema por la pretendida "artificialidad" de la representatividad basada en la "tasa de cobertura" y no en una mayor afiliación-, no podemos dejar de reseñar aquí un par de aspectos del mismo que sí resultaría, a mi juicio, de notable interés. De un lado, reclamaría mayor atención sobre *la correlación positiva* existente entre "*la tasa de afiliación*" y la "*función de equidad social* (justicia social distributiva)" del sindicalismo: ésta es directamente proporcional a aquélla. De otro, alerta del *alto riesgo de desestabilización del sistema* que tienen tanto las políticas de austeridad impuestas, prescindiendo del diálogo y la concertación social, a favor de la influencia de "lobbies" (grupos de presión económico-mercantiles), cuanto las de mercado de trabajo orientadas por el valor de la flexibilidad de gestión empresarial y las estrategias de desregulación de las relaciones de trabajo.

Respecto a la primera correlación entre ambas funciones institucionales -acción sindical mayormente representativa y justicia distributiva-, será la Comisión Europea la que evidencie, una vez más a través de Estudios con una importante base empírica y realizados por prestigiosas entidades, que todo incremento verdaderamente significativo -lo sitúa en un 10 por cien- de la tasa de afiliación sindical reduce las desigualdades retributivas en 2 puntos. Y un aumento análogo de la tasa de cobertura de la negociación colectiva implicaría la rebaja de medio punto (0,5) de la pobreza en el trabajo (*efecto de distribución compensatoria*). Datos analíticos y empíricos -extraídos de un número cada vez mayor de estudios científicos - que ilustran cómo la equidad social es una función variable no sólo de la *afiliación -cada 10% adicional de afiliación se genera un 2% más de redistribución de renta-* sino *de la acción sindical misma -cada 10% de incremento de tasa de cobertura convencional se reduce un 0,5 la pobreza laboriosa-*[54]. Como es natural, la situación opuesta, hoy constatada, la reducción de una tasa y otra de forma conjunta, producirá el efecto contrario, ampliando insolidariamente los sacrificios.

Por lo tanto, la reforma desestabilizadora (prima lo contractual sobre lo normativo; arts. 82.3, 86.3 ET) y descentralizadora (prima el nivel de empresa frente a los sectoriales, tanto estatales como, sobre todo, provinciales) de la negociación colectiva iría contra la triple línea de flotación del sistema de representatividad

[54]Así lo evidenciaría el Estudio de la Comisión titulado *Industrial relations in Europe 2008*.pp.89 y ss. Vid. P. J.BENEYTO. "Sobre la legitimidad del sindicalismo". Op. cit. nota 30. El autor recoge otros Estudios más recientes en el mismo sentido. Asume esta correlación positiva D. MORAL. "La crisis actual…". Op. cit. p.140. De ahí, que este autor critique claramente el uso desestabilizador del sistema de representatividad sindical de la reforma laboral.

sindical -audiencia, cobertura convencional y afiliación-, aunque no se toque ni una letra de la LOLS. Así, cuando se promueve el ámbito empresarial para la acción convencional (art. 84.2 ET), cegando o restringiendo la acción interprofesional típica del gobierno solidario y global de la mayor representatividad (art. 83 ET), al tiempo que se presiona para arrinconar a la negociación colectiva en espacios de cobertura "contractuales", no generales, es decir, tendencialmente "sólo para afiliados", el legislador de la reforma laboral pretende reajustar la acción sindical convencional a su tamaño asociativo (base de afiliación), sobre el que, además, presiona a la baja -los datos así lo evidencian, como vimos-. Pero este objetivo no sería tanto un fin en sí mismo cuanto, más bien y sobre todo, un camino instrumental para alcanzar el verdadero fin último: reducir su función socialmente distributiva de las rentas para propiciar la función productiva, en la que la trasferencia de rentas se hace desde el trabajo hacia el capital[55].

3.3. Quo vadis "domine"?: ¿Es el modelo anglosajón la referencia?

Por supuesto, esta dirección de política legal jurídico-sindical de favor hacia una deconstrucción/deslegitimación indirecta y diferida del sistema formalmente vigente de mayor representatividad sindical ni es improvisada ni carece de referentes teóricos y político-ideológicos claros. En realidad, con algunos matices, cualitativos y de grados, se corresponde con la reorientación de nuestro modelo sindical (mediterráneo y propio de un corporativismo débil) hacia el *sistema sindical anglosajón* (de base asociativa y pluralista). Y dentro de éste, parecería haber en el proyecto reformador más proximidad con el modelo norteamericano (pluralista y de base asociativa débil y decreciente) que incluso británico (pluralista, pero con una mayor base asociativa -en torno al 35 %-). Precisamente, pese a caracterizarse por un contexto económico e institucional diferente, el hecho de que los cambios tengan una misma base económica e ideológica (ofensiva neoliberal), evidenciarían que los procesos de devaluación de la representatividad sindical son globales, paralelos en el modelo norteamericano y en los europeos.

El modelo norteamericano conoce una *reducción en picado no sólo de la "base asociativa" -tasa de afiliación- sino del "poder sindical" mismo en EEUU*[56], a resultas tanto de los cambios en las estructuras socio-económicas y en las estrategias empresariales *cuanto de normas orientadas a consolidarlos.* Serían estos factores los más explicativos de ese declinar sindical, y no ya sólo, como algunos autores sostienen, el retorno a la típica -y mítica- cultura individualista norteamericana

[55] Vid. CLAUWERT, S.-SCHÖMANN, I. *The Crisis and national labour law reforms: a mapping exercise.*Bruselas. ETUI. Disponible online; D. MORAL. "La crisis actual…". P. 142.

[56] Vid. "*Unions in Decline"*:http://www.shmoop.com/labor-wages-unions/unions-decline.html; C. FISCHER. *Why Has Union Membership Declined?* http://economistsview.typepad.com/economistsview/2010/09/why-has-union-membership-declined.html

(toda asociación es puro espacio voluntario). Por lo tanto, salvo en épocas de crisis económico-social (la Gran Recesión y el modelo propuesto para su salida -el *New Deal Era*-), la reducción es continua: del 45% de afiliación sindical al 12% (8% de empleados privados).

Gráfico 2. Fuente: C. FISCHER

Ciertamente hay un crítica "externa" que se puede y se debe dirigir a una política de reformas normativo-institucionales que incluye tal "caballo de Troya", cuya evolución democrática se había venido dirigiendo, como vimos, hacia la conversión con los sistemas sindicales más consolidados en la UE, por tanto más inclusiva y solidaria. El viraje hacia un modelo más profesional-pluralista representa un déficit de solidaridad inasumible. Pero también hay una crítica interna, desde la correlación que analizamos entre la influencia sindical (representatividad) y equidad social u justicia redistributiva, pues estudios de reputadas Universidades norteamericanas, como la de Harvard (2011), y manifiestos de prestigiosos economistas (2009), incluyendo varios premios Nobel de economía (Arrow, Solow y Stiglitz), demuestran la pérdida de igualdad que representó el citado proceso de declive sindical instado "*desde arriba*"[57].

En suma, no sólo el análisis teórico, también la experiencia práctica demuestra, una vez más, que la acción sindical, en nuestro país identificada claramente con la mayor representatividad, lejos de incrementar las dualidades del mercado de trabajo contribuye, sin perjuicio de evidentes disfunciones parciales conocidas para los juristas, a su progresiva reducción. De este modo, quedaría igualmente desmentida la conocida teoría de "*insider* (trabajadores protegidos/mercado primario)/*outsider*

[57]Da cuenta de esos estudios J.P. BENEYTO. "*Sobre la legitimidad del sindicalismo*". Op. cit. Apartado IX.

(trabajadores precarizados y excluidos por aquéllos/mercado secundario)"[58], según la cual el sindicato es un agente de protección de una minoría de trabajadores que lleva a la desprotección -y desempleo- de la mayoría, tan influyente no sólo en el sector económico crítico con el sistema hecho "desde arriba" sino también en las políticas de austeridad (RDL 20/2012) y devaluación laboral (Ley 3/2012) normativamente formalizadas. En consecuencia, aunque la LOLS no se modifica directa y formalmente, sí se hace, y de forma profunda, con la estructura de la negociación colectiva y las representaciones de empresa ad hoc para los acuerdos de gestión productivista de las crisis, lo que, como "infraestructura socio-laboral" (sustrato) del sistema sindical, alterará intensamente su dinámica.

Ahora bien, una vez más, diversos estudios científicos evidencian que la variable *estabilidad-inestabilidad estructural* del sistema, reductivamente apoyada en el eje de la afiliación, no aseguraría la efectividad de la función de defensa sindical solidaria de los intereses laborales cuando una opción de política jurídico-sindical determinada decide alterarla en aras del primado la función productiva (razón económico-mercantil). Al respecto, ni esa histórica mayor base asociativa ni la confirmación empírica de la relación eficiente, no sólo equitativa, entre costes/beneficios de la acción sindical, que dejaría al descubierto la componente más ideológica que científica del proceso de deslegitimación institucional, habría frenado la revisión a la baja de la financiación pública del sindicalismo por parte del Gobierno británico[59].

4. DESFORMALIZACIÓN DEL MODELO EN EL NUEVO ESCENARIO DE DEVALUACIÓN LABORAL: SEÑUELOS DE DEMOCRACIA DIRECTA

4.1. El doble debilitamiento del sistema de representatividad sindical: "hacia afuera" y "hacia dentro" de la empresa

Más allá, e incluso al margen, del nivel de aceptación y/o de crítica que puedan -y deban- merecer este análisis sobre la deslegitimación de la representatividad sindical, no es posible ignorar que el sindicato está viendo mermada su otrora reconocida -legal y práctica- capacidad de gestión de los intercambios entre "sacrificios" y "beneficios" que requerirían los cambios de la realidad socio-económica y ocupacional. El "riesgo de inestabilidad", genético en el sistema, al situar como clave de bóveda del entero edificio del mismo al principio de representación

[58]La asume para justificar la reforma laboral BENTOLILLA, S. -DOLADO, J. et altri. *Reforming an Insider-Outsider Labor Market: The Spanish Experience*. Discussion Paper, diciembre 2011.FEDEA. Disponible online.

[59]Vid. para esos estudios y para el caso omiso de la política del Gobierno conservador británico J.P. BENEYTO. "*Sobre la legitimidad*…". Apartado VI, in fine.

institucional de intereses, en detrimento del principio de representación contractual de intereses de los asociados (afiliados), parece convertirse en un "factor de doble debilitamiento" y, por tanto, de deslegitimación sindical. Primero, "desde arriba", esto es, a través de "las leyes" que ahora -a diferencia del pasado- inciden negativamente en sus principales instrumentos de acción -reducción del apoyo público, con la rebaja de subvenciones y de contraprestaciones por servicios- y de "devaluación" de las relaciones y condiciones de trabajo (rebaja de la normatividad del convenio; introducción de nuevos sujetos competitivos sin base colectiva real…).

Segundo, también "desde abajo", por la sangría de afiliados que provocarían aquellas políticas, sumando a la reducción típica de la fase recesiva del ciclo económico un plus respecto del pasado por esa "desafección-crítica ciudadana" de las "instituciones políticas", que incluye a los sindicatos más representativos. La dirigencia se ve como parte de la "casta corporativa" distanciada de su "base asociativa". Ésta, como la ciudadanía, reivindicaría un ejercicio del poder sindical basado en una movilización democrática directa (asamblea, referéndum). En coherencia, desde diferentes puntos de vista, se enfatiza la necesidad de dar más voz y prestarle más oído a las "bases", a través de una renovación del sindicato rumbo a un "modelo de mayor proximidad sindical" a la denominada "ciudadanía laboriosa", esté o no ocupada y al margen del estrato socio-profesional que ocupe, adaptándose a la diversidad de la nueva "subjetividad laboriosa". Este modelo de representación sindical basada en la mayor proximidad -que no es incompatible, más bien al contrario, con un "modelo de globalización sindical", porque global es el gobierno de la economía y los discursos de deslegitimación- debería conocer, a su vez, una doble dirección. De un lado, "hacia fuera de la unidad productiva", a fin de incorporar la voz de los que se están quedando fuera del mercado de trabajo y del disfrute de derechos sociales. De otro, "hacia dentro de la organización" misma, extendiendo e intensificando presencias de las representaciones, al margen de cuál sea el tamaño y la forma de organización elegida por el empleador.

El problema es que las referidas políticas y leyes de reducción del poder sindical a su base asociativa, presionada a la vez a la baja, buscan la desestabilización de la representatividad sindical en esa doble dirección. En el primer ámbito -hacia afuera-, porque mutan las relaciones entre el Estado -los poderes públicos- y sindicatos más representativo (otrora típica relación de concertación neo-corporativa). A tal fin, no sólo los margina efectivamente del sistema de intercambios sociales, desplazándolos por relaciones con "grupos de presión económico-privados" ("lobbies"), sino que también les restringirá los apoyos públicos (menos subvenciones, menos contraprestaciones por servicios, como los formativos -Ley 30/2015-). El panorama es, pues, hacer con menos recursos públicos más acción de interés general (representación de la multiplicidad de colectivos en que se

fragmenta la ciudadanía social para evitar la "desconexión sindical" final). En el segundo -hacia dentro-, lo que tendería a mutar es la relación entre los sindicatos y los empresarios (regulación colectiva) para la gestión de la vida laboral, bien descentralizando la negociación colectiva bien con la "invención institucional" de nuevos sujetos representativos de intereses formalmente colectivos pero sin sustrato real de tales, con las que el sujeto sindical tiene que competir-colaborar (art. 41.4 ET).

En suma, el sindicato más representativo -de clase-, *ve cómo se le excluye o se le restringe la posibilidad de negociar* aspectos de las condiciones de vida y de trabajo antes típicas de un sistema de gobierno basado en el diálogo y en la concertación social. Ésta no sólo es ignorada desde hace más de media década -sin perjuicio de algún aislado episodio, más efectista que efectivo[60]-, sino que ha sido desactivada institucionalmente, apostándose decididamente por primar el papel de los "lobbies", cuya realidad continúa en la reciente "Ley de Trasparencia" y de "buen gobierno" (Ley 19/2013). La palabra "lobby" proviene de la experiencia parlamentaria británica de hacer "*política de vestíbulo*" (los diputados eran abordados en el vestíbulo -lobby- por grupos interesados en influir decisivamente en sus decisiones), esto es, un modo opaco -no necesariamente ilegal-, de presión política para conseguir intereses particulares.

Pero, al mismo tiempo, *ve cómo se le presiona institucionalmente para negociar aspectos que escapaban* a su horizonte clásico de negociación (concesiva), como los procesos de devaluación de condiciones para la mejora -no sólo en momentos críticos- de la productividad (arts. 84.2 y 86.3; arts. 41 y 82.3 ET). Para ello tendrá que enfrentarse al proceso de descentralización de decisiones en los lugares de trabajo, que si no constituye necesariamente el retorno a una democracia sindical asamblearia -cuyas formas se multiplicarán- sí exigen una mayor apuesta por la estructura sindical en las empresas[61]. En lo que sigue, y dada la enorme trascendencia que esta presión hacia la acción sindical mayoritaria en los niveles

[60]Por ejemplo el Acuerdo para la continuidad de la célebre ayuda de 426 euros para quienes llevan más tiempo en el dique seco; primer y único "pacto social" de la Legislatura pasada. A esa exclusión-desplazamiento habría que sumar las restricciones, tanto legislativas como inerciales, para que la negociación laboral desborde su ámbito y abarque las condiciones de vida del conjunto de la ciudadanía social. Un desafío cuya superación requería desplazar, a su vez, o forjar una nueva alianza, diferente respecto del pasado, a aquellas organizaciones-movimientos sociales que ya están asumiendo esa labor. Vid. B. TRENTIN. *La ciudad del trabajo*. Fundación 1º de Mayo. Madrid. 2013; A. BAYLOS. Cambios en el mundo del trabajo. Fundación 1º de Mayo. 2014. Para el análisis sociológico: "La unidad entre precios y salarios parece haber establecido un binomio que entendemos han de estar forzosamente unidos…". Cfr. D. MORAL. "*La crisis actual*…". Op. cit. p. 143. Sin entrar ahora a analizar tan enjundiosa cuestión, sí conviene poner de relieve que ni esa dimensión consumidora es completamente ajena a la negociación colectiva actual ni son menores los límites institucionales a esa expansión, desde el Derecho a la Competencia, como evidencia la STJUE 4 de diciembre de 2014, asunto C-413/13.

[61]La "*legitimidad la dará en el futuro la capacidad de descentralizar y a la vez coordinar en múltiples niveles a la capa creciente de participantes sindicales…así como la eficiencia negociadora a nivel de empresa*". Cfr. E. DE LA GARZA TOLEDO. "Democracia, representatividad y legitimidad sindical". Op. cit. p.

descentralizados tiene, nos centraremos en exponer la práctica más reciente, a fin de comprobar cómo se está comportando ante este nuevo, e inquietante, reto para el sindicato más representativo, donde, además de la "competencia desleal" por parte de las "comisiones ad hoc", hallará una significativa "oposición" del "sindicalismo minoritario" -profesional, autonómico e incluso de clase-, fraguada también en numerosas contiendas judiciales. Veámoslo, sucintamente, claro.

4.2. Más allá de las apariencias formales: trampas de la opción legislativa formal por la preferencia sindical.

A diferencia de lo evidenciado respecto de la "mayor representatividad sindical", figura no incluida, con calculada ambigüedad, explícitamente en la Constitución, pero perfectamente compatible con ella, la "*preferencia del sujeto orgánicamente sindical*", dentro del elenco de "*sujetos colectivos*" de representación de intereses socio-laborales es explícita en aquélla -arts. 7 y 28 CE-. Ahora bien, tampoco la "preferencia sindical" puede hacerse equivalente a "exclusividad sindical", apareciendo "los otros" sujetos de representación de forma indiferenciada y sin nominación precia -arts. 37 y 129 CE-.En consecuencia**,** su inventario y funciones aparecen de estricta configuración legal -textura abierta de la norma constitucional en este punto, más que propiamente indefinición-, sin más límite que, claro está, respetar la efectividad de esa preferencia sindical**.** La doctrina constitucional, incluso la más reciente, ha venido siendo muy firme (SSTCO 134/1994; 8/2015, 22 de enero y 203/2015, de 5 de octubre), no obstante su gran conflictividad[62].

Esta preeminencia ha sido continuamente reeditada por la Legislación, incluso en tiempos críticos -redacción del art. 41.4 ET tras las reformas del bienio (2010-2011), mantenida y clarificada, formalmente al menos, con las del trienio (2012-2014)- y por la Interpretación, en sede constitucional y jurisprudencial (STS,4ª, 21 de octubre de 1998, Rec. 1527/1998), sin perjuicio de experimentar en los últimos tiempos ciertos reveses o quiebras, indirectas en muchos casos, pero no menos efectivas que las directas. Pero, el legislador, formalmente "fiel" a esa preferencia sindical, oculta una profunda paradoja, sino una auténtica contradicción. En efecto, las secciones sindicales, que responden a un principio de libertad organizativa (STS, 4ª, 18 de julio de 2014, Rec. 91/2013), pueden cubrir cualquier unidad empresarial, al margen de su tamaño y estructura (principio de correspondencia). Claro, antes deben contar con la mayoría de la unitaria. Pero ¿y sí, ésta, se niega o no existe (microempresas, macro empresas pulverizadas)?

El Derecho de precedentes jurisprudencial había reconocido al legislador, en línea con la debilidad jurídica de la apertura constitucional a sujetos no sindicales,

[62]Vid. OJEDA AVILÉS, A. "*La representación unitaria: el "fauxami*"". MTAS, n. 58.pp. 347 y ss.

una amplia libertad de opción para elegir las formas de representación colectiva. A saber:

- Un argumento normativo: carácter programático del mandato constitucional. (STS 31 de enero de 2001, FJ Cuarto).

- Un argumento sociológico: en las empresas de reducidas dimensiones la vía más "realista" de solución de los problemas de gestión debe ser la directa (*doctrina de la acción comunicativa directa en la empresa menor*)

- Un argumento axiológico: pese a las críticas y evidentes deficiencias prácticas, el sistema sería "suficiente", si se toma en su conjunto, para no dejar vacíos.

No podemos entrar en el detalle de la crítica de esta jurisprudencia tradicional, urgida de revisión profunda. Aunque sí es oportuno evidenciar que adolece tanto de un

(a) exceso de *irrealismo en la "pre-comprensión" del modelo de acción representativa* en las empresas de menores dimensiones -*la pintoresca doctrina de la acción comunicativa directa* no deja de ser una ironía, cuando no un sarcasmo que encubre la realidad de la gestión unilateral de las relaciones de trabajo-, o también de las más grandes, pero dispersas en una red de microcentros -el criterio cuantitativo no es único que cuenta, sino también la decisión de libertad distributiva geográfica -, cuanto

(b) de un *formalismo extremo en la lectura de la norma* -pasa por alto el "pequeño detalle", ya comentado, de que las representaciones sindicales ligan su acción colectiva preferencial a la decisión de la representación unitaria, incurriendo en un "círculo vicioso", una "petición de principio"-.

En suma, como el legislador, también esta inalterada jurisprudencia oculta que los problemas, para la representación eficaz y para la gestión eficiente, no son efecto automático del designio legal (norma imperativa), sino de la comprensión de su sentido práctico (decisión de exclusión de la autonomía). Es erróneo sobrevalorar la capacidad sindical para cubrir las necesidades de representación del mundo del trabajo español, pese a su "*doble canal asimétrico de representatividad*". Las lagunas de representación del actual sistema, en el que no ya la dimensión del centro -decisión de contratación-, sino la organizativa -libre distribución del número de trabajadores por toda la geografía, incluso, virtual[63]- perjudican la efectividad del

[63]La SAN 221/2015, 23 de diciembre declara que la decisión de la empresa de extinguir, tras convertir ciertos centros de trabajo en virtuales, a través del teletrabajo, el mandato representativo supone una vulneración del artículo 28 CE.

modelo de (mayor) representatividad sindical, corolario del "*principio de Estado Democrático de Derecho del Trabajo*". Pero la preferencia sindical no puede quedar al albur de la evolución en la práctica de las relaciones entre ambas instancias de representación, ni a las puras condiciones del tejido-socioeconómico, como tampoco a las estrictas decisiones, que se mantienen injustificadamente inalteradas durante décadas, del legislador.

La razón está en que la posición de favor sindical es un imperativo jurídico-internacional. Una cosa es que nuestra Constitución "se abra" -que no debe confundirse con "indefinición"- a "otros" sujetos de la representación socio-laboral y otra que la Ley no deba hacer cuentas con las normas y principios de fuente internacional -art. 96. CE y su desarrollo reciente por Ley 25/2014, de 27 de noviembre-. El reforzamiento del control judicial del principio de conformidad transnacional jurídico-social de las Leyes nacionales, con una más correcta comprensión por la práctica forense, hoy necesaria, bien podría determinar que no siguiésemos siendo tan "*buenos clientes*" del CLS, como hemos sido hasta ahora[64]. Entonces ¿*cuál es el margen de conformidad supra-legal, no sólo constitucional, sino también de convencionalidad, de la opción político-jurídica del legislador para resolver lo que es un problema real y grave, no ya sólo presunto*?

4.3. La progresiva revalorización del "señuelo" de la democracia laboral directa: "neo-lenguaje" y "neo-individualización"

El debate sobre la representatividad democrática en el ámbito de las relaciones de trabajo no es ajeno al que se presenta en el conjunto mismo de la sociedad en nuestro tiempo y que, como los movimientos inherentes al célebre "15 M", apelan a la razón, tan seductora y deslumbrante como mítica, del "retorno a la democracia directa", poniendo en cuestión el modelo institucionalizado de "democracia representativa". Por supuesto, este debate no es original en el sistema de las relaciones colectivas de trabajo. Al contrario, presenta una intensa y larga tradición, tanto en el plano de los fundamentos -el universo del discurso-, como en el de las prácticas -el universo de las experiencias-.

Para el primero cabría remontarse a los célebres (hoy vuelve estar de actualidad decirse de esa época)- movimientos de "mayo del 68 francés" y "otoño caldo" italiano; en el segundo se localizó en la posibilidad de avanzar en la tasa de cobertura de la negociación colectiva laboral, reservada al poder de un "sujeto

[64]Recordar la falta de hábito jurisprudencial nacional en la reinterpretación de los textos legales conforme a estas normas y su comprensión jurisprudencial-doctrinal (CLS), haciendo una aplicación más directa e inmediata, incluso corrigiendo el tenor literal de aquéllos en función de éstas, es otra constante en los estudios científicos. Vid. OJEDA AVILÉS, A. -GUTIÉRREZ PÉREZ, M. "Análisis de la libertad sindical…". Op. cit. p. 27; ARIAS DOMINGUEZ, A. *La acción normativa de la OIT*. Laborum. 2003.pp.99-100

colectivo" -expresión de una subjetividad autónoma y diferenciada respecto de la mera red sumatoria de sus integrantes-, a través de su desarrollo mediante la "*modalidad de negociación colectiva asamblearia directa*". Respecto de ésta, la mayor parte de la doctrina judicial se resistió, por ser "negociación plúrima" y "acuerdo plural", distintos y alternativos tanto al convenio estatutario como al extra-estatutario (STCO 118/1983)[65]. Pero no faltaron doctrinales judiciales de suplicación -hoy es útil, no pura nostalgia, recordarlo- que sí se dejaron seducir por "cantos de sirena" de la democracia laboral asamblearia:

"*…No se puede pretender paralizar…el ejercicio del derecho de negociación colectiva -ex art. 37 CE- mediante la negación del derecho a la regular las relaciones de trabajo en convenio…No es válido admitir, por su interpretación "ad absurdum", la restrictiva interpretación de…* ***supervaloración del representante****, anulando la legal acción de los representados, pues…* ***la acción directa se satisface óptimamente por la autenticidad en la emisión de voluntades…***" (STSJ Andalucía/Sevilla, 1700/2007, 17 de mayo, FJ Cuarto[66])

Sin embargo, todavía más sorprendente fue, a mi juicio, que el propio TS dudara de la calificación o no de colectiva de este tipo de negociación laboral directa, al menos en un primer momento, en el que no quiso blindar jurídicamente la facultad negociadora reconocida constitucionalmente sólo a los "sujetos colectivos". Al contrario, mantuvo, evocando el típico -y errático- "juicio salomónico", una deliberada ambigüedad (SSTS 30 de octubre de 2007, Rec. 3179 y 21 febrero de 2012, Rec. 45/3011). Asimismo, de interés resulta el reconocimiento de una "dimensión colectiva" al que no sería, en la lógica estatutaria ortodoxa, sino un "acuerdo plural", al estar firmado no por el sujeto colectivo institucionalizado -comité-, sino por una minoría de los sujetos individuales que lo integran (STS 12 de diciembre de 2006, Rec. 21/2006)[67]. Posteriormente, sí precisaría que la negociación colectiva sólo puede darse con sujetos colectivos. La negociación directa, aún con toda la plantilla en forma de "Asamblea negociadora" -actualización laboral de la legendaria acción popular de la villa de "Fuente Ovejuna, todos a una"-, quedaría

[65]Vid. TOMÁS JIMÉNEZ, N. *Los sujetos del convenio colectivo. Partes negociadoras*. Comares. Granada. 2013, pp. 53-54

[66]En este caso "lo absurdo" estaba en asumir el carácter estatutario de un convenio celebrado por los dos trabajadores de la empresa directamente con el empresario. Pero esa doctrina judicial toma como base la, mucho más antigua, del TSJ Aragón, que validó como un convenio colectivo la acción negociadora directa de la plantilla de 8 trabajadores

[67]En la misma línea, STSJ Galicia, 26 de noviembre de 2010, Rec. 2402/2010. En otras ocasiones, el "*complemento de representación colectiva para subsanar el déficit*" de representatividad del grupo minoritario integrante de la representación unitaria negociador -representaría a dos centros de trabajo, no al resto de los que integran la empresa (principio de correspondencia*)- proviene de la suscripción del acuerdo por un sindicato más representativo* -aunque no se probara la implantación concreta en la empresa. Vid. STS 6 de mayo de 2015, Rec. 167/2014: "*…la postura de la empresa, negando ahora cualquier valor al convenio…porque se suscribió supuestamente con una minoría de los representantes unitarios de sus centros, constituye una actuación que atenga frontalmente contra la buena fe, que le es exigible, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1258 CC*"…

extra-muros del art. 37 CE, tanto estatutaria como extra-estatutaria (STS 20 de febrero de 2008, RCUD 4103/2006).

En todo caso, la visión restrictiva juega incluso para los acuerdos de consulta-negociación típica de la función de gestión empresarial modificativo-peyorativa (MSCT, ERTES, descuelgues). En última instancia, en esa posición prohibitiva subyace la prevención frente a cualquier socavamiento de la negociación colectiva mediante fenómenos de "individualización de las relaciones laborales", trasunto de la "individualización en masa" (SSTCO 92/1992 y 225/2001). En estas modalidades de acción reguladora subyace más un nuevo ensayo de extrañamiento de la acción sindical de la empresa que el Noble Evangelio de la "participación directa" de los trabajadores en la regulación, urgidos de ser tratados como sujetos individuales maduros y capaces -reconocimiento de un poder real individual-[68]. Consecuentemente, la jurisprudencia social consiguió mantener a salvo la preferencia por el principio de solidaridad en la acción, inherente a la gestión colectiva, frente a la acción individual o plural.

Como es conocido, la reforma de 2010 provocó un giro significativo. Aunque algún sector doctrinal lo ha destacado como "sorpresivo", era realmente esperado para la mayoría, ante las notables disfunciones que generaba la ausencia de representaciones legales, si bien, claro está, no se esperaba en los estrictos términos en que se produciría. Me refiero a la introducción, por vía legal, de una profunda brecha entre "*dos modelos de negociación colectiva estatutaria*", esto es, en el seno mismo del ET, de manera que una queda abierta a esta negociación por "sujetos mero-interlocutorios", directamente dependientes del grupo o "asamblea" de trabajadores, sin la mediación de "elecciones sindicales", como serían las "Comisiones Ad Hoc" (como las "Comisiones híbridas"). Éstas responden más al mecanismo privado de la representación de voluntad que al socio-político de la representatividad de intereses socio-profesionales. Evidentemente, el problema jurídico-sindical central no está en la -necesaria- búsqueda de alternativas al deficiente modelo legal de representación español, que se mantiene sustancialmente inalterado desde 1980, incluso con un sentido netamente favorable a la necesidad de gestión productiva del empresario. La crítica radical está en el la fórmula concretamente elegida para resolverlo o intentar darle satisfacción, pues no era la única y ni siquiera es la más eficiente y equitativa, al mermar esta doble función de la acción sindical, como vimos ut supra en el análisis de la figura de la mayor representatividad[69].

[68]vid. BENAVENTE TORRES, M. I. "*Representación extra-estatutaria, participación directa y posible inconstitucionalidad de la Comisión Ad Hoc no sindicalizada"*. CEF-Trabajo y Seguridad Social. n. 385/2015, p. 76.

[69]Las deficiencias del sistema para dar satisfacción a las posibilidades de acuerdos de reestructuración novatoria a la baja de condiciones de trabajo colectivamente pactadas ya habían sido evidenciadas. Vid. SSTS 31 de enero de 2001, Rec. 1959/2000 (Empresa MINIT COLORS ESPAÑA) y -transcribiendo prácticamente aquélla- 19 de marzo de 2001, Rec. 2012/2000 (empresa MINIT SPAIN). En ambos casos -de sectores de actividad muy diferente- se trataba de empresas con una gran plantilla -casi 160 una, más de 350 otra- pulverizada en decenas de centros de trabajo que, en su mayoría, estaban por debajo de 10 trabajadores, e incluso de 6.

4.4. Des-formalización del sistema representativo con los nuevos sujetos de interlocución: comisiones ad hoc no sindicalizadas

Es manifiesto que la opción más coherente para el nuevo Derecho Legislado hubiese sido reforzar de forma efectiva, no formal, la *preferencia del sujeto sindical*, con una fórmula mucho más flexible de elección representativa, como las "*comisiones ad hoc sindicalizadas*". Sin embargo, con la voluntad legislativa presunta de ofrecer al trabajador un mayor abanico de opciones, posiblemente por considerar que a más libertad de elección mayor "democracia real", contempló también la posibilidad de una modalidad "laboral no sindicalizada" de comisión ad hoc. Precisamente, no de forma inocente, a ésta la adjetivó de "elección democrática".

Esta decisión de favorecer una gestión inmediata se mostraba acorde tanto con la maximización de los casos de gestión individualizada de decisiones materialmente "grupales" o "plurales"[70], cuanto con el apelativo de "*acción interlocutoria*"[71]. De nuevo, "probablemente", como diría el TS, esa decisión responde a la convicción de que, pareciendo "más fluida la comunicación" por la proximidad para las pequeñas empresas, la elección de "democracia directa" es más útil y ágil, sin "enfangarse" en los problemas de la representatividad sindical, mayor al participar no sólo los sindicatos más representativos sino también los representativos, ni en complejas cuestiones como la conformación de la "c*ircunscripción electoral*". Quizás, también sólo quizás, el legislador español -de 2010 y 2012-, fue tan iluso, o quedó tan deslumbrado por el brillo de ese señuelo democrático, como el propio TS, por lo que ambos cierran los ojos a la excesiva artificiosidad de sus improvisados "interlocutores alternativos", fabricados sin un sustrato de subjetividad colectiva real para actuar de "contrapoder" efectivo.

Cierto, podrá decirse, sobre todo tras la reforma de la reforma (2013-2014), que con este nuevo "nivel de interlocución" se corrige uno de los mayores problemas del sistema, criticado en sede científica[72], que no desconoció nominalmente el Derecho de precedentes, pero sí ignoró prácticamente. El blindaje de esta diferencia se estableció a través de una rígida defensa del referido "principio de correspondencia" -ningún órgano puede actuar más allá de su ámbito de representación, abarcando

[70]Identifica una gestión "individual" en decisiones "plurales", respecto de los traslados "masivos", la STS 12 de febrero de 2014, Rec. 64/2013. Esta mutación de "lo materialmente colectivo" en "formalmente individual" aparece en la redefinición de las modificaciones sustanciales de trabajo -MSCT-.

[71]Como reconoce el propio TCO: "*...regula los sujetos legitimados para actuar, en representación de los trabajadores,* ***como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas****...*" -STCO 119/2014, 16 de julio; FJ Cuarto, ab initio-.

[72]Vid. GARCÍA MURCIA, J. "*El sistema español de representatividad sindical: funciones y disfunciones*". En AAVV. (Dir.: F. Valdés Dal-Rè y M.L. Molero). *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*. MTIN-Fundación Largo Caballero. 2010. pp. 37 y ss.

otros centros sin representación y sin adhesión específica por los trabajadores de éstos a que aquél actúe en su representación-, que se ha venido manteniendo a raja tabla por la jurisprudencia[73]. Frente a la "gestión diferenciada por centros de trabajo" -criterio legal rechazado por ultra-vires en la doctrina de la Audiencia Nacional, si bien valido por el Tribunal Supremo-, ahora la regulación legal exige que se trate, aunque afecte a varios centros de trabajo, de una "*Comisión única*", estableciendo reglas que faciliten la constitución de una "Comisión negociadora" que actúe en representación de todos, incluso avalando las, muy conflictivas en la práctica precedente, "*comisiones mixtas o híbridas*".

Podría pensarse que con este reconocimiento, el legislador no hacía sino, además de dar respuesta al referido problema de gestión práctica relativo a la falta de un "sujeto interlocutor-cooperador" para el sacrificio de condiciones de trabajo a cambio de unas promesas -inciertas- de empleo, profundizar en una dirección de política legislativa que ya contaba con precedentes normativos, escasos, incluso excepcionales, pero existentes. Así, el protagonismo del "movimiento asambleario laboral" se reconoce en el ejercicio del *derecho -de titularidad individual y ejercicio colectivo- a la huelga* y los acuerdos de fin de huelga y el referéndum como condición de eficacia (art. 8.2 RDRT; SSTS 9 de febrero de 2010, Rec. 19/2009 y 21 de febrero de 2012, Rec. 45/2011)[74]-. O incluso, hay diversos ejemplos de reconocimiento a los trabajadores del ejercicio directo de acciones colectivas, ya en ausencia de las representaciones legales ya incluso existiendo -acción directa alternativa a la institucionalizada-, si así lo prevé un convenio colectivo (art. 35.4 LPRL -designación de Delegados de Prevención[75]-; art. 44.7 ET -los trabajadores *como sujetos directos de la información en ausencia de una vía de representación formalizada,* en el marco de una transmisión de empresa-[76]*)*.

Ahora bien, parece claro que estos "precedentes" no pueden legitimar la opción legislativa a favor de los sujetos formalmente colectivos pero materialmente

[73]SSS 30 de noviembre de 2010, Rec. 142/2009 y 25 de noviembre de 2013, Rec. 87/2013 (para el Comité Inter-centros que pierde la legitimación de origen por su ejercicio sobre sujetos a los que ya no representaría).

[74]Recientemente GÁRATE CASTRO, J. *El derecho de huelga.* Bomarzo. 2013. pp.130 y ss. Como bien establece, su eficacia jurídica -normativa o contractual de derecho común- y personal -general o limitada-, dependerá de las condiciones del pacto -recuérdese que es de los que pueden inscribirse en registro público de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (art. 2. 1 d) RD 713/2010, de 28 de mayo-. Critica la distinción F. VALDÉS DAL-RÈ. La negociación colectiva, entre tradición y renovación. Comares. Granada. 2012, pp.103 y ss.

[75]Vid., por todos, ALVAREZ MONTERO, A. El Delegado de Prevención. Comares. Granada. 2001.

[76]En esta misma línea de considerar, de forma subsidiaria, esto es, en defecto de representación colectiva, "sujetos directos de la información" a "los propios trabajadores" el art. 60.5 de la Ley del Mercado de Valores, que traspone la Directiva 2004/25/CE, 21 de abril, relativa a las Ofertas Públicas de Adquisición (OPA): "5. Reglamentariamente se establecerán: …o*) La información que habrá de suministrarse por los órganos de administración o dirección de la sociedad afectada y del oferente a los representantes de sus respectivos trabajadores* ***o, en su defecto, a los propios trabajadores…***". El art. 25 del RD 1066/2007, 27 de julio, desarrolla esta previsión

plurales (o "neo-individualizados en masa") que aquí analizamos. En aquellos casos en juego están derechos de rango fundamental, constitucional o comunitario, en los que, además, existe una titularidad de carácter individual, con lo que, por lo general, la dimensión directa complementa a la representativa. Sin embargo, en los casos aquí referenciales, es claro que esta acción subsidiaria directa va directamente contra la línea de flotación de la colectiva en general, y de la sindicalizada en particular. Paradójicamente, como vamos a ver, y si bien es cierto que hallamos experiencias de diverso signo, la más reciente jurisprudencia social abre un espacio, escasamente controlable desde la hermenéutica jurídica, por tanto incierto, para ampliar esos usos alternativos al sujeto sindical mediante acciones directas por "grupos no colectivos".

4.5. Nuevas manifestaciones del favor hacia la "gestión colectiva directa" en el Derecho de Precedentes pos-reforma laboral

En efecto, como la Legislación, también la Jurisprudencia las presenta como excepciones, singularidades que no quebrarían a la posición de rechazo tradicional. Pero, lo cierto es que aquélla no ofrece las suficientes certezas como para controlar hermenéuticamente ese proceso de contención dentro de los estrictos confines de la marginalidad o la excepcionalidad, por lo que se vuelve altamente imprevisible. El caso más llamativo es de la STS 23 de marzo de 2015, Rec. 287/13, que casa parcialmente la SAN 20 de diciembre de 2013, Autos 401/13 (caso LUMAC), que había entendido lo contrario, siguiendo los precedentes anteriores -la SAN 89/2015, 22 de mayo, segunda dictada, ha terminado reconociendo ajustado a derecho este despido colectivo-. En este supuesto, la Sala entendió legitimo que negociaran todos -*¡¡17¡¡*-, negándose a la forma de la comisión *ad hoc*, prefiriendo la referida épica modalidad *"Fuenteovejuna*, *todos a una*". Forma de negociación asamblearia que aceptó el empresario.

De este modo, se abre la vía a una suerte de "nuevo Derecho de precedentes" que autoriza, en ciertos casos -cuyas pautas de control interpretativo no quedan nada claras- mutar a la "asamblea de trabajadores" en "*entidad representativa colectiva*", por más que "sin pretensión… de generalidad". Pero la STS 14 de mayo de 2015, Rec. 144/2011 (Doctrina Grupo GAM) ya ha fijado otro precedente: puestos a ampliar "singularidades" admitamos, sí, sólo para el -nuevo- caso concreto, uno más-: es lícito, aunque atípico, tanto que se integre en la Comisión ad hoc híbrida el único trabajador de un "centro de trabajo afectado" -centro unipersonal-, cuanto los representantes de otro en el que "sí existía tal órgano de representación", pero para el que el comité de centro eligió a otro que representaría al centro. Cierto, formalmente no estaríamos sino ante la ratificación de un principio general constante que se matiza en determinados supuestos, conforme a la clásica lógica de la "norma" o "justicia del caso concreto". Pero esa tensión "justicia material"/arbitrio judicial existe.

4.6. En busca del sentido de la "medida del límite jurídico" frente a la gestión neo-individualizada en masa

4.6.1. Cegado el de constitucionalidad, se abre juicio de convencionalidad

Desde su inequívoca caracterización material -por encima del reconocimiento formal- como innovadoras "*formas de negociación neo-individualizadas en masa*", cabe pensar que tendría difícil superar el juicio de conformidad constitucional ex art. 28 CE[77]. Pero la doctrina constitucional piensa lo contrario -SSTCO 119/2014, 16 de julio y 8/2015, 22 de enero). En época de crisis, las excepciones legislativas tendrían más fuerza que las garantías de efectividad de las libertades de tipo colectivo. Por tanto, no cabría apelar a ellas para reforzar las posiciones de resistencia sindical a reformas que el TCO tiene por necesarias, pues van dirigidas a conjurar el mal mayor del desempleo, aunque para ello se desestabilice tanto los derechos individuales (seguridad) como los colectivos (libertad). Lejos queda, pues, la apelación del TCO, para comprender los derechos colectivos constitucionales, a las normas, y por tanto a los límites y garantías de origen internacional -STCO 4/1983, 28 de enero-. Y eso que el art. 5 del Convenio n. 135 OIT, relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, es absolutamente cristalino cuando institucionaliza la preferencia real, efectiva, de las representaciones sindicales (STCO 208/1989, FJ 5).

No es norma aislada, sino el eje cardinal de un grupo normativo amplio con un mismo principio jurídico-sindical: *el deber de garantizar la efectividad del primado del sujeto negociador sindical sobre el sujeto negociador (meramente) electo, no sólo en la letra de la Ley sino atendiendo a sus condiciones prácticas de uso o vigencia*. Por lo que la norma internacional jurídico-sindical de principio incorpora no sólo un "*mandato de no injerencia*" -pública o privada que sea- en el modelo establecido de preferencia sindical representativa, sino también, desde una vertiente positiva o activa, un "*mandato de optimización*", esto es, de facilitación de su efecto útil por encima de las vigencias formales[78]. Conforme a un nutrido cuerpo de doctrina del CLS, una exigencia mínima de este mandato normativo-institucional es la garantía de un sustrato colectivo real del sujeto negociador, prohibiendo *formas de negociación directa por encima de las organizaciones representativa*s, pues violan: "…*el principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores* y ***organizaciones de trabajadores***" (Informes CLS n. 290, caso 1612 y 325, caso 2107 -Chile-, párrafo 234).

---

[77]vid. M.I. BENAVENTE TORRES. "Representación extra-estatutaria, participación directa…". CEF-Trabajo y Seguridad Social. op. cit. pp. 86 y ss

[78]Lo que exige no sólo (1) *prohibir la discriminación* sino (2) *comprometer una política orientada a remover los obstáculos existentes* para fomentar el hecho sindical, según el CLS (Informe 308, Comité Libertad Sindical, caso número 1934, párrafo 127, para Camboya; Informe n. 290, caso 1612, párrafos 28-29, para Venezuela; Informe 332, caso 2255, párrafo 944). Vid. GERNIGON, B. et altri. *La negociación colectiva de la OIT y principios de los órganos de control. Ginebra. OIT. 2000.*

No supera esta cautela sujetos negociadores basados en una elección puramente oportunista, fragmentada y consumo inmediato, sin vocación de continuar en la gestión, esto es, "líquida". Sujetos que, muy a menudo, como muestra la experiencia, elegidos sin trasparencia, y por tanto con la elevada sospecha de ser promovidos o instados por la empresa -aunque no los imponga, por supuesto-, carecen de experiencia negociadora y de capacidades típicas de estas funciones. De ahí, que su posición sea más la de "*sujeto cooperador oportuno y necesario*" del empresario -sin su concurso no se puede decidir válidamente, adoptándose unilateralmente por el empleador una vez fallida, o por la mediación de una decisión arbitral pública-, "útil de gestión competitiva"[79], que la de un "*sujeto conflictual-representativo*" con reivindicación de las razones de los trabajadores. Es llamativo que el legislador -¿olvido o silencio elocuente?- no los dote de garantías -ni siquiera de legitimación para impugnar las decisiones del empresario; tampoco tras la reforma; será la jurisprudencia la integrara ¿la laguna? (STS 18 de marzo de 2014)-. En cambio, sí previó una "acción de jactancia empresarial" -art. 124. 3 LRJS- que, precisamente, presupone inexistente la contradicción real de quienes, presumiblemente, estaban llamados a firmar la mayor parte de los acuerdos -la comisión ad hoc-, como así ha sucedido, debiendo la doctrina jurisprudencial corregir su alcance para evitar "fraudes procesales" (STS 23 de marzo 2015).

Al respecto, una relectura jurisprudencial de nuestra legislación de reforma a la luz del referido principio de conformidad con la juridicidad sindical internacional debe llevar a controles no ya sólo correctores del tenor literal de estos preceptos, sino, en algún caso, abrogativo. Sin embargo, no existe hábito de nuestra jurisprudencia respecto de usos directos de la norma -y su doctrina- internacional para corregir -menso abrogar- el texto de una ley nacional, de modo que se ha tratado más de usos más teóricos, e incluso simbólicos, que operativos (STCO 142/2001; SSTS 28 de enero de 1999, 21 de abril de 2010, 4 de julio de 2006 y 21 de julio de 2009…-. De ahí, que se le reproche un uso revestido de cierta pátina de "*patriotismo normativo nacional*"[80], relativizando el fin garantista de la norma internacional respecto a la nacional (eje: STS 8 de octubre de 2009, RJ 2009/5665). No es sólo una cuestión del pasado inmediato sino que está también presente en la más reciente jurisprudencia social.

Así podemos comprobarlo en la jurisprudencia que evalúa-corrige aspectos de la reforma laboral que dinamitan algunas garantías de estabilidad de la acción sindical, que o (1) *ignora u obvia* su vínculo más fuerte con el principio de

[79]Actualiza un "*riesgo de micro-neo-corporativismo*" (*neo-corporativismo de empresa*) creado por los "PEC" -Pactos para el Empleo y la Competitividad-. Vid. Keith SISSON-A. MARTIN ARTILES. Pactos para el Empleo y la Competitividad. CES. 2001. pp.16-17..

[80]Vid. A. OJEDA-M. GUTIÉRREZ. "*Análisis de la libertad sindical en España bajo el prisma de la OIT…". Op. cit.* pp. 45 y ss.

juridicidad socio-sindical transnacional (OIT -doctrina del CLS- y Consejo de Europa -doctrina del Comité de Derechos Sociales o Económicos, CDSE-, respecto de la Carta Social Europea) o (2) *lo reduciría* a una llamada a mero título de "*obiter dicta*". Un ejemplo relevante de botón de muestra. De un lado, respecto del nuevo modelo de ultra-actividad temporal, *la desconexión total nacional con la norma internacional* se produce en la, célebre, y aún más polémica, STS, 4ª, de 22 de diciembre de 2014, Rec. 264/2014, según la cual, es plenamente legítimo que a la caducidad de un convenio estatutario sus cláusulas se devalúen y muten en una eficacia jurídica a mero título contractual. Consecuentemente, los trabajadores en activo verán debilitadas las garantías de sus condiciones de trabajo, ahora tangibles para el poder unilateral del empresario por la vía del art. 41 ET, mientras que los desempleados y potenciales nuevos contratados se excluye de esta regulación sólo contractual (reducción legislativa del espacio de la acción sindical, de la que ya hablamos anteriormente y ahora seguimos ilustrando).

¿No había otra opción hermenéutica, fuera de un retorno al voluntarista, pero arbitrario, paradigma del "uso social alternativo del derecho", como, en todo caso, le han criticado los defensores de la "muerte total" del convenio colectivo una vez caduca en su vigencia? Yo no lo creo. Y para no ser especulativo, de nuevo, acudiré a un dato jurídico-jurisprudencial, derivado de la invocación del sistema de garantías la Carta Social Europea. Al respecto, si la invocación como canon de constitucionalidad por el voto particular de la STCO 8/2015 se vio frustrada por la decisión mayoritaria, el TS sí tenía la posibilidad, bien en aquélla sentencia bien en un momento posterior, de acudir a la doctrina jurisprudencial del CEDS (Conclusiones XX-3/2014). Ésta, al analizar el vigente art. 41 LET a la luz del art. 6.2 de la CSE, considera que

"*…la derogación unilateral de convenios colectivos libremente negociados vulnera la obligación de promover procedimientos de negociación*" (página 28).

¿Acaso no está vinculada la jurisprudencia social por esta doctrina a la hora de fijar los "*límites jurídicos supra-legales de los límites legales nacionales a la ultra-actividad convencional*? Sin entrar ahora en tan interesante, y conflictiva, cuestión, a mi juicio la respuesta es claramente positiva.

Al respecto, la otra decisión determinante de la jurisprudencia social en materia no es completamente ajena a ese principio de vinculación más fuerte a la juridicidad socio-sindical transnacional, pero la devalúa, como decía, a mero *obiter dicta*. Ahora me refiero a la doctrina sobre la continuidad pos-reforma laboral de las cláusulas de ultra-actividad indefinida pactadas pre-reforma, que, para reafirmar su continuidad, esgrimirá: "*…A mayor abundamiento, el criterio interpretativo seguido es el que mejor se acomoda al pleno respeto a la primacía del derecho a*

la negociación colectiva, tanto en su alcance constitucional (art. 37 CE), como internacional (Convenio nº 98 OIT y 6 de la Carta Social Europea)…. Asimismo… el art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea" (STS 2 de julio 2015, RCUD 1699/2014, FJ Cuarto; reitera la doctrina de la STS 17 de marzo de 2015, Rec. 233/13; con voto particular que cada día gana más adeptos).

Más allá de esta específica, pero muy relevante, cuestión -no es anecdótica, sino que permite formar categoría-, la "doctrina jurisprudencial" del CLS es contundente para una relectura correctora-abrogatoria de los textos legales en un sentido favorable a la estabilidad convencional y, por su conexión con la "tasa de representatividad", para la propia efectividad de la legitimación sindical. Así, respecto de la reforma laboral afirma: "*…la elaboración de procedimientos que favorecen de manera sistemática la negociación descentralizada de disposiciones derogatorias menos favorables…**puede desestabilizar globalmente** los mecanismos de negociación colectiva así como **las organizaciones…de trabajadores y debilita la libertad sindical**…en violación de los principios consagrados en los Convenios número 87 y 98 (vid. Informe 365ª, caso 2820 -Grecia-, párrafo 977)*" (371º Informe del CLS, caso 2947 -España-; párrafo 453)[81].

Consecuentemente, concluye: "*….A juicio del Comité, el problema de si las dificultades económicas…pueden reclamar…la modificación de los convenios… debe abordarse y, pudiendo ser tratado de diferentes maneras, éstas deberían concretarse en el marco del diálogo social*". En suma, toda una enmienda a la totalidad de la doctrina constitucional española que, en virtud del juicio de convencionalidad, la jurisprudencia social no debería ignorar o infravalorar, una vez superado el juicio de constitucionalidad.

4.6.2. En busca del límite "ad intra": corrección sobre reglas nacionales

Ante la trascendencia de los bienes jurídico-sociales en juego (principio del Estado Socio-Democrático de Derecho y sus derechos colectivos fundamentales), y en espera -confío que no ad calendas graecas- de una aplicación más directa de este sólido entramado normativo transnacional (principios, reglas y doctrinas jurisprudenciales) por la jurisprudencia social nacional -*juicio de control difuso de convencionalidad*-, queda claro que hay que mirar hacia dentro del propio sistema. La doctrina judicial debe afanarse en buscar el sentido de la medida del límite al poder desestabilizador legal, para evitar que esas libertades de "economía de

[81]En coherencia con ello, como subrayará el voto particular a ambas sentencias constitucionales -119/2014 y 8/2015-, la inaplicación temporal de un convenio exige la consulta con los sindicatos firmantes del acuerdo a novar. Vid. Informe 327ª, caso 2118, párrafo 639. Vid. OIT. La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración. Ginebra. 2006, pp.200-201.

opción representativa" terminen siendo una fuente de desestabilización y desformalización profunda de las bases del sistema.

Consecuentemente, se hace precisa una interpretación particularmente restrictiva y vigilante de las experiencias en la práctica, a fin de evitar no ya ejercicios abusivos y fraudulentos de forma episódica, sino incluso una auténtica "normalización del fraude". En la reciente experiencia forense cabría identificar en este tipo de negociaciones por sujetos cooperativos electivos "directos" dos grupos de supuestos. Aquéllos en los que (1) *la representación sindical asume efectivamente el protagonismo,* bien decidiendo hacer *efectiva la preferencia (SAN 192/2014, 4 de diciembre),* bien todo lo contrario*, su auto-exclusión a favor de la unitaria* (STS de 22 de septiembre de 2014, Rec. 305/13, caso PARADORES DE TURISMO), de aquellos, frecuentes, en los que (2) *la opción informal es un "batiburrillo representativo antisindical"* (STS 27 de enero de 2015, Rec. 189/14, Arción SA. Construcciones; FJ 3º). La STS de 27 de enero de 2015 desliza una crítica sobre algo que, sospechado, se ha revelado una práctica extendida: responde a una interlocución al "gusto" o/"interés" empresarial. Una constatación que no siempre se corrige por la jurisprudencia (STS, 4ª, 14 de mayo de 2015, FJ 2º, punto cuatro)[82].

En un buen número de casos, esta connivencia empresarial con formas de acción más directa, incluso si se trata de negociaciones con sindicatos más representativos, como es la sujeción de los acuerdos al referéndum de la plantilla en Asamblea, termina viciando la decisión. Interesante es el caso resuelto por la SAN 180/2014, de 11 de noviembre de 2014, caso ATENTO.

En este supuesto hallamos un ejemplo de la tendencia, asumida por los propios sujetos representativos institucionalizados, a desplazar las decisiones de intercambio de sacrificios laborales por compromisos de tutela del empleo (*concertación corporativa de empresa o micro-neo-corporativismo*) hacia formas de democracia directa. Así, los dos sujetos negociadores ex art. 51 ET consideraron "*condición de eficacia jurídica*" para el acuerdo de despido la ratificación por referéndum. Pero terminó convirtiéndose en "condición de validez", actuando como "Caballo de Troya". La decisión de someter el acuerdo a referéndum "*buscaba un plus de legitimidad democrática*, cuyas razones de oportunidad nos parecen razonables…" -FJ 7º-. Pero lleva un "*plus de conflictividad*" al mismo tiempo, pues abre "*voluntariamente un nuevo espacio de controversia sindical*", que evita la negociación representativa. Las irregularidades en la gestión del referéndum

[82]La STS de 22 de septiembre de 2014, Rec. 27/14 (Empresa ROS CASARES Centro del Acero, SLU): "la eventual fuente de costumbre negociadora de los representantes ad hoc no sirvió a los intereses de la empresa", pues no hubo acuerdo. Quizás por la fuerte presencia, en conmixtión con la representación ad hoc, de asesores sindicales.

laboral, para apartar al sindicato opositor al acuerdo, terminará viciando de nulidad un despido que la vía representativa hubiese convalidado. La irregularidad del referéndum no provoca por sí misma la nulidad del despido (SAN 95/2014, PANRICO SAU), pero aquí la oferta empresarial "*quedó…contaminada con el desarrollo del referéndum*…".

Otro ejemplo palmario de uso de estas formas de micro-concertación "sacrifical" para desestabilizar el sistema de negociación colectiva de eficacia general nos lo ofrece la SAN 156/2014, 25 de septiembre, *Grupo Hoteles Playa*. En esta sentencia apela al principio de prohibición de uso fraudulento de una facultad para anular un descuelgue de empresa que pretendía dejar de aplicar 10 convenios provinciales. De este modo, se desactiva la *voluntad empresarial, favorecida por este nuevo interlocutor cooperador necesario, de normalizar, por la vía del descuelgue, las devaluaciones laborales frustradas en la vía judicial y arbitral*, centro a centro.

Pero el problema de instrumentación abusiva es mayor, identificándose un buen número de intentos de desplazamiento, actualizando en peligro concreto el citado "*riesgo regulatorio de desestabilización institucional del modelo*", también a través de los convenio de empresa ex art. 84.2 ET. Por eso se está forjando una doctrina judicial que obstaculiza -hasta con "cinco vallas"- la carrera por el convenio de empresa en aras del primado de los sindicatos más representativos, pero también para evitar prácticas "*ventajosa con las empresas de la competencia*" ("dumping social")[83].

5. DIVERSIDAD SOCIO-LABORAL, AFILIACIÓN SINDICAL Y PRIMADO DE LA NORMA INTERNACIONAL: DEUDAS PENDIENTES

5.1. La representatividad sindical de la diversidad socio-cultural de los trabajadores en un país de acogida: doctrina del CLS

Hemos visto cómo se precisa aumentar la afiliación sindical, pese a la prueba estadística del aumento sostenido de la base asociativa de nuestro sindicalismo, en especial el más representativo, durante el desarrollo del sistema institucionalizado en 1985, sin perjuicio de la rebaja en épocas de crisis, para evitar que crezcan las grietas abiertas para la legitimación del sindicalismo en el conjunto de una clase socio-obrera fragmentada. Entre los diversos colectivos de la población activa que parecerían estar quedando "desconectados" del sistema de representatividad

[83]Vid. STS 18 de febrero de 2015 (MEGASEGUR); STS 16 de septiembre de 2015, Rec. 110 (ARIETE SEGURIDAD). Para un análisis más detenido de estas y otras muchas sentencias en las que sostengo esa teoría vid. MOLINA NAVARRETE, C. *La reforma laboral a juicio de los Tribunales. La Ley.* 2016.pp. 239 y ss.

sindical mayoritario, por su mayor vulnerabilidad y extrañamiento, no sólo ocupacional sino social, estarían los "inmigrantes económicos" -a los que habría que añadir los "grupos de refugiados" que esperan "a las puertas" de Europa para su integración, al menos provisional-. Al margen de la dimensión sociológica que esta cuestión tiene, parece claro que, siguiendo con el hilo discursivo principal de este Estudio, en su exclusión tiene un papel preponderante el denominado "factor institucional", tan determinante para el conjunto.

Precisamente, no es tampoco ocioso recordar en este balance de tres décadas de LOLS cómo el legislador orgánico -en otra época de gobierno liberal y autoritario que se vivió en nuestro país, pese a ser fase expansiva del ciclo económico- también intentó mermar las bases de representatividad sindical para estos crecientes colectivos -que en poco tiempo pasaron a ser millones- prohibiendo la afiliación sindical. A mi juicio, este vergonzoso capítulo de "restricción legislativa excluyente" de la libertad sindical a un amplísimo grupo social, caracterizados por no tener la nacionalidad española ni comunitaria, refleja las diferentes valoraciones que una misma cuestión merece según el ámbito del "juicio de conformidad" afectado -constitucional, europeo, internacional-, teniendo en cuenta que participamos de un *sistema de justicia social multinivel*. En este sentido, queda clara que la cuestión de *la extensión de la representatividad sindical por la mayor afiliación pasa también por la necesidad de dar cabida a la diversidad socio-cultural de las personas* en el mundo laboral, a raíz del crecimiento exponencial de la mano de obra inmigrante. Eso sí, hay "inmigrantes económicos pobres" -tienen menos cualificación-, que hallan un sinfín de obstáculos, e "inmigrantes económicos ricos" -con más cualificación- ven cómo se les ofrece las mayores facilidades (Ley 14/2013).

Al respecto, es interesante recordar, para los primeros, que antes de que el TCO -SS 236 y 259/2007- declarara la inconstitucionalidad del art. 11 de la LO 4/2000 -LOEXIS-, en la versión de la LO 8/2000, tuvo lugar, a instancia de una queja presentada por la UGT ante la OIT, un pronunciamiento del CLS en el que se reconocía la lesión de los principios de la libertas sindical. En él se consagra su carácter de derecho de la persona, no condicionado a autorizaciones administrativas. El CLS recordó que el art. 2 del Convenio 87 de la OIT reconoce el derecho de todos los trabajadores, sin ninguna distinción y sin necesidad de autorización previa, a afiliarse. Justamente, como luego se verá, por proporcionar en estos días un especial interés y actualidad, la única excepción prevista en el art. 9 de dicho Convenio internacional tiene que ver con las Fuerzas Armadas y la Policía. En su Informe -327, caso 2121, párrafo 561-, el CLS destacó, además, la necesidad de que los sindicatos tuviesen facilidades -mandato de optimización analizado ut supra también- para poder representar y asistir a todos los trabajadores, incluidos los de nacionalidad extranjera, a fin de propiciar una defensa más realista y efectiva de los intereses del conjunto de los trabajadores.

Como se sabe, la reforma por la LO 2/2009 acogió el criterio internacional y constitucional[84]. Ciertamente, y enlazando de nuevo con el argumento central de este Estudio, dos son las cuestiones de carácter práctico que se suscitan con esta apertura. La primera, es determinar el alcance concreto de esa libertad sindical, pues si queda claro que afecta a la subjetiva -afiliación-, e incluso a la objetiva -creación-, más difícil es determinar si cabría asumir la creación de sindicatos únicamente integrados por los trabajadores de una determinada nacionalidad, o por un criterio negativo -todos los inmigrantes extracomunitarios-, atendiendo a sus indudables intereses diferenciales. La segunda lleva a plantear si es posible conformar estructuras de representación en la empresa integrados tan sólo por trabajadores inmigrantes, cuando se trate de empresas mayoritariamente integradas por este tipo de trabajadores. Si en relación a la primera cuestión la respuesta jurídica es claramente prohibitiva, en aras del principio de no discriminación ex art. 14 CE -la nacionalidad es una de las cualidades clásicas de segregación-, para la segunda no parece haber una respuesta tan nítida, habiendo ya alguna experiencia en tal sentido (es el caso del Comité de Empresa de la compañía, afincada en Cataluña, del sector cárnico -venta de conejos-, PALAU I FILLS S.A.).

5.2. "Libertad asociativo-profesional" de las Fuerzas Armadas: ¿motivo para repensar la tradición jurídico-cultural sindical?

Otro campo de desbordamiento del sindicalismo industrial en la dirección de una economía de servicios se produjo, en su tiempo, a través del empleo público. Se trata de un ámbito especial para la ordenación de la representatividad dada la fuerte presencia del sindicalismo profesional-corporativo. Al margen de las insuficiencias reguladoras al respecto, no cabe duda de que en este ámbito siguen existiendo una serie de "franjas" de función pública que ven no sólo restringida la acción sindical, sino incluso prohibida, abriendo un camino importante al "asociacionismo profesional" de tipo reivindicativo. Desde esta perspectiva restrictiva, en la permanente tensión existente entre la dimensión orgánica, de un lado, y la laboral, de estas relaciones profesionales, tiende a emerger primaria aquélla sobre ésta.

Entre estos ámbitos dejados usualmente "extramuros" de la *acción sindical*, no de la *acción colectiva de defensa de intereses profesionales*, reabriendo la distinción más allá de las leyes nacionales y de las convicciones más clásicas, está el ya referido de las Fuerzas Armadas. En este sentido, en el ámbito regional europeo el asunto más destacado que torna actual estos "conflictos de Leyes" en el marco de un principio de juridicidad social trasnacional, o universal, es el que

[84]La crítica a la regulación precedente en MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. "Los derechos de sindicación y huelga". En AAVV. (Dir.: José Luis Monereo); Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. La ley. Madrid. 2010, p. 245 y A. BAYLOS. Inmigración y derechos sindicales. Bomarzo. Albacete. 2009

suscitan las SSTEDH 2 de octubre de 2014 (Casos MATELLY y ADEFDROMIL). Éstas resuelven de forma renovada, a mi juicio, la tradicional dialéctica entre *libertad asociativa profesional* -permitida- y *libertad de sindicación* -prohibida-, para el colectivo, cada vez más profesionalizado en su funcionamiento -cuando no materialmente "laboralizado"-, de las Fuerzas Armadas -y otros Cuerpos bajo su Estatuto. En esencia, esta jurisprudencia, en relación al art. 11 del CEDH -libertad de asociación, en la que incluye la libertad sindical (de creación y/o afiliación)-, reafirma la legitimidad de la restricción -por el interés general que tiene el mantenimiento de la disciplina militar por encima de una conflictividad de alta intensidad-, pero siempre que no vacíe de sentido práctico el reconocimiento del derecho. La conciliación práctica, de esta doble exigencia de "principio" lleva a la ilicitud de una "prohibición absoluta" (MATELLY, apartados 75 y 77; ADEFDROMIL, apartados 60 y 62). Para concretar el juego de derechos e intereses en conflicto, el principio restrictivo debe contener una garantía de efectividad que asegure *un margen de acción colectiva útil* para la defensa de sus intereses (STEDH 21 de abril de 2015, ERNE vs. España, párrafos 28-30).

Vemos cómo se pone en juego el característico método tanto de ponderación de la acción legislativa como de control jurisdiccional: el principio de proporcionalidad. A resultas del cual se declara ilegítima la regulación prohibitiva del Derecho francés. Ahora bien, ¿cabe extraer alguna lección revisora de la situación en España? La mayor parte de la doctrina científica, así como la doctrina judicial dictada al respecto, ya se ha precipitado a afirmar que no. Mi juicio es bastante diferente y si bien no es posible abordar aquí un análisis detenido para dar cumplida prueba científica de mi posición, sí evidenciaré, de forma sucinta, las razones por las cuáles creo que, cuando menos, debería revisarse la rígida posición tradicional restrictivo-excluyente.

Como es sabido, el art. 28.1 CE remite a la LO la decisión de "limitar" o bien "exceptuar" el ejercicio de tal derecho a las FFAA. Para el Poder Constituyente, el Legislador tendría una libertad de opción: o una "*regla restrictiva*" del ejercicio del derecho o una, diversa y más gravosa, *"regla prohibitiva*". En principio, ningún condicionante marca el Constituyente a la opción, pero es evidente que debe entenderse como una "norma incompleta" en virtud del art. 10.2 CE, e incluso del art. 96 CE, pues esa opción tiene otra "norma implícita", que sería algo así como lo que sigue: "*A la Ley compete determinar la opción que estime oportuna, sin perjuicio de las exigencias de las normas internacionales ratificadas por España*" -art. 31 Ley 25/2014- y de "*la jurisprudencia dictada por su máximo órgano de garantías*" -STCO 61/2013, FJ 5º-.

Pero no menos sabido es que el art. 1.3 LOLS excluyó, sin más, a estos colectivos de la libertad sindical. En coherencia, más reciente y específicamente, el

art. 7 de la LO 9/2011, 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (LODDFA), mantiene la regla prohibitiva. Eso sí, y aquí hay una diferencia con el ordenamiento francés, el Derecho español sí reconoce un derecho específico de asociación profesional ex art. 14 LODDFA. Consecuentemente, se reactualizan dos cuestiones relevantes. Una de clarificación conceptual, la otra estrictamente normativa.

La primera nos lleva a plantear si no cabe registrar una importante movilidad de las fronteras entre "*sindicato*" y "*asociación profesional reivindicativa*", tal y como las dejó fijadas la STCO 219/2001, 31 de octubre. Una lectura más abierta de esta doctrina -que distingue de forma rígida entre sujeto formalmente sindical y acción materialmente sindical- genera razonables dudas sobre si no se estará ante una distinción artificial, en la que se quiere probar lo que no sería sino premisa.

En otros términos: hasta qué punto se niega, por requerimientos ligados a una etapa social, económica y jurídica diferente a la actual, que *una asociación militar -o de otro tipo que tenga prohibido la sindicación- creada con fines de defensa reivindicativa de intereses como grupo profesional*, es sindicato porque, formalmente, no puede ejercer acción sindical -negociación colectiva, huelga, conflicto-; en cambio, *sí puede ejercer acción colectiva de representación*, consulta y propuesta -e incluso de presión (manifestación, libertad de expresión crítica)-, materialmente sindical, frente a sus "empleadores", pues, además, así lo perciben y visualizan los afiliados, a lo que tiene derecho ex art. 11.2 CEDH. Recuérdese que la Sala contencioso-administrativa anterior mantenía una prohibición al modo francés.

Precisamente, el art. 14.2 LODDA recogerá esta doctrina constitucional -legitima el derecho de asociación profesional: su ejercicio a fin de la "*defensa de sus intereses profesionales*"-. Eso sí, doblemente condicionado -en positivo: a los derechos de acción colectiva ex art. 40; en negativo: reitera la prohibición sindical (arts. 14.3 y 42 LODDA)-. El concepto de "*actividad de defensa de intereses profesionales*" es más preciso, pese a ser una "norma de textura abierta" también, que la precedente de "*actividad reivindicativa de intereses -y derechos- profesionales*", que, según el voto particular "*resulta a priori incierta e imprevisible* (…)".

Esta idea está presente, aunque no la formule así de forma expresa, en el Auto de la Audiencia Nacional -AAN- 40/2015, 11 de marzo, según el cual, aunque una "asociación profesional" puede ejercer "actividad sindical" ex art.11.2 CEDH, parecería evidente que "*…el derecho a emprender una acción reivindicativa, con miras, o en el marco de, un conflicto social…es…prácticamente imposible, conciliar(lo)…con los roles y funciones de los miembros de las Fuerzas Armadas y*

de las fuerzas de policía, a las que se podría añadir otras fuerzas…". Ahora bien, el art. 14 de la LODDFA, al reconocer de forma abierta y expansiva el derecho de asociación profesional a los militares, que incluye acción colectiva en sentido estricto, pero muy restrictiva ("paniaguada" o "desnaturalizada" respecto a la original) ¿no estaría introduciendo, por la vía de hecho y de derecho, atendiendo a un desarrollo realista del fin de una asociación profesionalmente reivindicativa, la garantía de una acción colectiva equiparable a un reconocimiento restringido de la libertad sindical en sentido material, con lo que se estaría eludiendo la prohibición formal que el art. 7 de la propia LODDFA introduce de forma expresa y confirma su art. 14.3?

Según la respuesta que se dé a esta pregunta, cabrá una aproximación más radical, o más conciliadora, a la segunda cuestión planteada más arriba, eminentemente normativa. En efecto, ante la doctrina del TJUE, que considera la "no conformidad" del art. 11 CEDH con una política legal de la libertad sindical que excluya a los militares de este derecho fundamental de plano ¿no existe una colisión, real o, cuando menos aparente, con el Derecho español? Este conflicto de normas de diferente ámbito y rango presentaría, además, una doble tensión dialéctica con nuestro Derecho.

De un lado, el ineludible "juicio de conformidad" de loso arts. 1.3 LOLS y 7 de la LODDFA a la doctrina del TJUE sobre el art. 11 del CEDH plantea la necesidad de hacer una *lectura abrogatoria*, por contradecir una norma internacional, prevalente. Pero, de otro lado, incluso suscita la necesidad, o cuando menos la posibilidad o conveniencia, de hacer una *lectura correctora d*el propio art. 28.1 CE. Nuestra norma constitucional abre una opción al Legislador para conformar el derecho a la libertad de asociación profesional de los militares -restrictiva o excluyente- que la norma europea cierra en garantía de una libertad de asociación sindical, mínima, pero útil.

No es este el criterio, de la doctrina judicial. El reciente AAN 40/2015, de 11 de marzo de 2015, considera que no hay colisión entre la normativa europea y la nacional, sin que, además, sea de aplicación, al Derecho español, la doctrina de TEDH. Dos son los argumentos que da para descartar esa colisión:

- Formal o estrictamente de técnica jurídica internacional. La existencia de una reserva del Estado Español a la ratificación de ese artículo del CEDH.

- Material. Al margen del alcance que pueda tener esta reserva, no sería útil entrar en ella, porque realmente, atendiendo a la "norma-justicia del caso concreto", la doctrina del TEDH tiene sentido para el Derecho francés, donde hay una prohibición absoluta del asociacionismo profesional, pero no para el español.

La polémica está servida, por fortuna, pues este contraste de puntos de vista es el alma del Derecho "vivo", y de la Ciencia Jurídica que tiene que evitar que aquél quede huérfano de orientación, razonablemente segura, para cada decisión, también para las futuras. Los promotores del autollamado "Sindicato Unificado de Guardias Civiles (SUGC)" -formalmente Asociación Unificada- están dispuestos a llegar hasta el TEDH (Estrasburgo, la "ciudad de la Justicia de la Europa de los Derechos"), si no consiguen que, poco previsible, el TS les dé la razón, o, menos probable aún, lo haga el TCO.

En definitiva, ni conceptual ni normativamente, ni mucho menos en la actual realidad social de una sociedad verdaderamente democrática, la conexión, histórica y legal, del derecho de huelga y el de libertad sindical (aquél es contenido esencial de ésta) no pude ser impedimento, ante un derecho, el de huelga, que no está, en nuestro ordenamiento al menos, reservado a los sindicatos[85]. Pero tampoco podría impedirles alguna forma de negociación de los intereses profesionales, sin que sea negociación colectiva, o de conflicto colectivo, máxime teniendo en cuenta que ninguno de ellos se reserva, como vimos al comentar las cuestiones de actualidad sobre el principio de representatividad, a los sindicatos, sino a los "*representantes de los trabajadores*" -art. 37.1. CE-, incluso a los "trabajadores", sin más para la adopción de medidas de conflicto colectivo -art. 37.2 CE-.

6. REPRESENTATIVIDAD Y "AFILIACIÓN" EMPRESARIAL: UN VIEJO Y TEMIDO "AGUJERO NEGRO" A PUNTO DE EXPLOTAR

Pese a que está asentado en nuestra doctrina constitucional, y científica[86], la separación de lo que en otro tiempo estuvo unido -legislación relativa a la libertad de asociacionismo empresarial-, no sólo la evidenciada conexión ligada a los inexorables compromisos de carácter internacional españoles sino una dosis de sano realismo, exige alguna referencia al **problema de la representatividad en el seno de la contraparte de las relaciones sindicales, esto es, de las organizaciones empresariales**. Es un tópico al respecto señalar que la acreditación de la representatividad empresarial es una de las "piezas más débiles" del sistema de negociación colectiva estatutaria -incierta regulación legal, no obstante las reformas recientes; inexistencia de elecciones que puedan medir resultados, acotándose mediante el más inseguro de la implantación-, susceptible,

[85]El TEDH sí ha asumido la posibilidad de que un sindicato, en sentido estricto, como el de la policía -en este caso autonómica-, quede excluido de la libertad sindical. En este sentido, concluye a este respecto que "*El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha considerado que la prohibición total del derecho de huelga a la policía no es contraria a la Carta Social y a la jurisprudencia correspondiente… El TEDH no ve razón alguna para apartarse de esta conclusió*n". Vid. STEDH 21 abril de 2015, Caso E.R.N.E. contra España, párrafo 40.

[86]Vid. M.E. CASAS. "Las asociaciones empresariales, su exclusión del derecho de libertad sindical y su representatividad. Los diferentes sistemas de medición de la representatividad empresarial y sindical". REDT. n. 58. 1993.

por su extrema trascendencia socio-económica, de arrojar dudas sobre su validez y eficacia[87].

Ahora bien, si durante todos estos años ha habido una más que fundada sospecha, en los últimos han aparecido concretas experiencias que confirman la extremada debilidad de las bases sobre las que se construyó esa representatividad. Ciertamente, no puede decirse que el legislador, también en fechas recientes, no haya intentado, si bien muy parcialmente, reforzar y expandir uno de los ámbitos más relevantes de la representatividad empresarial, *la relativa a la legitimación negociadora por mayor representatividad*, tanto en el ámbito de la legitimación inicial como plena:

"….En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, según lo previsto en el párrafo anterior, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal **que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores"** (art. 87.2 letra c), párrafo segundo, ET).

Aunque por su especialidad, y porque no se puede dar una dimensión excesiva a este Estudio -que analiza precisamente límites-, no puede ser tratado aquí de la manera exhaustiva que hoy exige[88], sí es oportuno dejar constancia de dos grupos de datos novedosos que evidencian la necesidad de replantear adecuadamente el problema y dar una solución mucho más sólida y estabilizadora, cierta. A saber:

El desvelamiento de la falta de suficiente legitimación convencional en algunos sectores de actividad, evidencia de forma práctica -y cruda- la gran problemática histórica y abre el debate sobre las nuevas posibilidades de solución que ofreció el RDL 7/2011. Al respecto, al margen de lo que está sucediendo de una forma nada episódica, sino generalizada, en una Comunidad Autónoma donde existe un desarrollo más intenso, y muy singular, del "hecho diferencial autonómico de la mayor representatividad sindical", el País Vasco[89], destacamos una historia sectorial estatal llamada a destapar una inquietante realidad. Me refiero al atormentado

[87]SOLANS LATRE, M.A. *Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria*. P. 208; ESTEVE SEGARRA, A. *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico*. Aranzadi, 2003.

[88]Un análisis actualizado y crítico, a partir de una interesante experiencia práctica -base empírica añadida-, en MIÑARRO YANINI, M. "*Representatividad de las asociaciones empresariales: nuevos tiempos, viejos problemas irresolutos*". Estudio incluido en este libro.

[89]Por eso me parece especialmente acertada la elección de la profesora MIÑARRO YANINI, M, que hace una fundada crítica de estas situaciones, ofreciendo pistas para la necesaria solución más pronto que tarde. Vid. "*Representatividad de las asociaciones empresariales: nuevos tiempos, viejos problemas irresolutos*". Op. cit.

proceso negociador del *I convenio estatal del campo*, cuya Mesa de Negociación acaba de constituirse tras un atormentado proceso, laudo incluido.

El afloramiento de efectos indeseados también para la representatividad y legitimación de las organizaciones empresariales, a raíz de la reforma laboral orientada a favorecer un sistema de relaciones laborales más descentralizado, que hace de la empresa el centro neurálgico de interlocución/negociación. Al respecto, como ya evidenciara la referida doctrina del CLS, el desplazamiento de las unidades de negociación centralizada a otra descentralizada en la empresa (micro-concertación y negociación colectiva de empresa), no sólo eleva de una forma extremada, e indebida, el riesgo de desestabilización de las organizaciones de los sindicatos, sino también de las propias organizaciones empresariales, sujetos colectivos interlocutores en esos niveles de aquéllos. Consecuentemente, la pérdida de vigencia de los convenios sin el paraguas de los de ámbito superior -que sí expresaría una forma de recentralización del sistema- también provoca una conmoción en la representación empresarial. Así lo habría ya concretado la *SAN 64/2014, de 31 de marzo, Rec. 36/14 -confirmada por la STS, 27 de noviembre 2015 (Rec. 316/2014)-,* según la cual, la decadencia del convenio colectivo ex art. 86.3 ET haría decaer la propia representatividad antes asumida por la organización patronal.

7. LA REPRESENTATIVIDAD EN EL TRABAJO AUTÓNOMO: ¿NUEVO ESPACIO DE LUCHA POR EL "MERCADO DEL DIÁLOGO SOCIAL"?

Una de las características más señeras de los modernos mercados de trabajo y de las "políticas de empleo" orientadas a favorecer su mayor dinamismo y equilibrio posibles es, como confirma la proliferación de Leyes, tanto estatales como autonómicas, en tal sentido, la promoción de una base cada vez mayor de profesionales autónomos, cualquiera que sea la modalidad que asuman -autoempleo individual o colectivos; de economía mercantil o de economía social; autónomos en sentido estricto o autónomos económicamente dependientes; autónomos sin asalariados o emprendedores con más o menos base de contratación laboral de apoyo al desarrollo de sus iniciativas-. Por lo tanto, y dadas las singularidades relevantes de este "profesional autónomo" y/o "micro-emprendedor", para los que la creación de estructuras de representación colectiva sí tendrían una importante significación para la mejora de sus "Estatuto Profesional", queda claro que se abre un espacio de "nuevas bases asociativas" a interesar, incluso, "codiciar" para los sujetos sindicales más representativos en sentido estricto.

Ahora bien, es igualmente manifiesto que aquí surgirán importantes tensiones no sólo de carácter institucional, por las limitaciones legislativas en tal sentido,

ante la actual marcada diferencia, no sólo formal sino, si bien más diluida cada vez, material, entre la "libertad de asociacionismo profesional", ya indicado al analizar la situación de las Fuerzas Armadas, y la "libertad sindical" en sentido estricto, sino también fácticas, por cuanto en este espacio se abre una "feroz" o "ardua" competencia entre diversos sujetos colectivos en sentido estricto, diferenciados, de nuevo formalmente, del sujeto sindical. No sorprende, pues, que una de las piezas fundamentales del "Estatuto del Trabajo Autónomo", esencial en su propia existencia como norma especial, y al margen de la mayor o menor credibilidad de los derechos que reconoce más allá de la tradición, viene representada por ***el reconocimiento y garantía de los derechos colectivos de estos grupos profesionales.***

Al respecto, sería preciso ya darle la adecuada carta de naturaleza como nuevo subsector, con autonomía propia, pero integrado, en un moderno del "*Derecho Sindical*" de corte profesional. El artículo 19 del ETAU presupone la básica dualidad existente en la representatividad de intereses de este sector, cuyas bases constitucionales aparecen diferenciadas, de modo que al derecho de afiliación sindical -o empresarial- genérico, conforme a la LOLS, letra a), suman el **derecho de asociacionismo profesional específico** (derecho a afiliarse y fundar asociaciones profesionales específicas de trabajadores autónomos sin autorización previa; artículo 20 CE)[90]. El apartado 4 otorga al sindicato una posición equiparada, para sus trabajadores autónomos afiliados -en este espacio especializado no hace falta recordar con mínimo detalle que esa posibilidad sólo se reconoce a los que no tienen trabajadores a su servicio (art. 3 LOLS)-, a las *asociaciones profesionales específicas de autónomos* respecto de los derechos de actividad colectiva, incluyendo la negociación de acuerdos colectivos de interés profesional. Como es lógico, esta intensa actividad organizativa y de acción, que cuenta también con el compromiso de promoción o fomento público del "*hecho asociativo del profesional autónomo*", exige una ordenación de las diversas capacidades de acción colectiva reivindicativa, para lo que se acude a la técnica de la representatividad de las asociaciones específicas de profesionales autónomos -que tienen su registro especial, al margen del genérico del derecho de asociación-.

Esta materia ha sido objeto de reforma recientemente, en especial del art. 21 del ETAU, redactado por el apartado uno de la disposición final quinta de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el *Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral*. No deja de ser curioso que se haya incluido una reforma de este tipo en una Ley que, además de no tener una relación material muy directa -sin perjuicio del carácter transversal evidente de la formación

[90]Para un exhaustivo análisis, sobre bases teórico-conceptuales muy sólidas y un importante bagaje, ya en aquél tiempo, hoy muy superior, de experiencias concretas, por todos, GALLEGO MORALES, A. *Colegios profesionales y sindicatos: confluencias y tensiones* .Comares. 1996 e Id. *Los intereses profesionales y las fórmulas organizativas*. Universidad de Granada, 1997.

profesional-, supone, como ya se anticipó, una cierta restricción del papel de los sindicatos más representativos, y también de las organizaciones empresariales de este tipo, en el sistema de formación profesional para el empleo, como manera de controlar -se dice- los abuso precedentes. En todo caso, y ya situados en un plano jurídico estricto, es interesante ver cómo en este ámbito no sólo se prescinde de la "audiencia electoral", por razones obvias[91], al no haber procesos electorales, sino también de un criterio de "mayor representatividad", tratando de garantizar la máxima efectividad del principio de proporcionalidad.

Consecuentemente, el criterio que se utiliza legislativamente para medir la "capacidad representativa" de los sujetos colectivos defensores de intereses grupales de los profesionales autónomos es el de la "***suficiente implantación***": serán consideradas como asociaciones profesionales representativas de los trabajadores autónomos a nivel estatal, aquéllas que, inscritas en el Registro Estatal específico, "*demuestren una suficiente implantación en el ámbito nacional*". La suficiente implantación a nivel estatal se reconocerá teniendo en cuenta dos criterios -art. 21.2 ETAU-: "*el número de trabajadores autónomos afiliados*" (base asociativa) y "*la dimensión de su estructura*, reflejada en los recursos humanos contratados por la asociación y su implantación en el territorio" (dimensión estructural)- Estas asociaciones representativas específicas -junto con y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas-, también "*gozarán de una posición jurídica singular*". Ésta, a imagen y semejanza del propio del sindicato más representativo, les otorga capacidad jurídica especial para actuar en representación de los trabajadores autónomos a todos los niveles territoriales a fin de ejercer sus funciones. Éstas se concretan igualmente en participación institucional -AAPP-, consulta previa para políticas públicas propias -diálogo social profesional-, colaboración en el diseño de los programas -participación concertada- dirigidos a los autónomos y "cualquier otra función que se establezca legal o reglamentariamente".

En suma, una configuración análoga a la propia de la LOLS, aunque tenga una menor intensidad[92]. En todo caso, y sin poder hacer ahora un análisis en detalle, conviene poner de relieve que este reconocimiento promocional no es neutral y presenta un nuevo flanco de conflictos en el "mercado de la representatividad socio-profesional", cada vez más atomizado o repartido. Así lo prueba el reciente proceso legislativo que ha dado lugar a la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan

[91]No obstante, conviene poner de relieve que otras Leyes relativas a organizaciones profesionales de autónomos sí recogen entre sus criterios para medir la mayor representatividad ciertos procesos electorales. Vid. la ya citada Ley 10/2009, de 20 de octubre, de creación de órganos consultivos del Estado en el ámbito agroalimentario

[92]Esta regulación se "irradia" al ámbito autonómico -apartado 4-.

medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social. Un ámbito de concertación social institucionalizada y permanente, como el CES lo acaba de poner negro sobre blanco.

En efecto, el CES -recuérdese que el ETAU prevé la incorporación en el CES de las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos, según evolucione el Consejo del Trabajo Autónomo-, en su Dictamen 7/2015, de 13 de mayo expresa una dura crítica a la opción política de dejar fuera -extramuros- del Diálogo Social previo a la Ley, a los sindicatos y patronales más representativos. Éstos -confirmando, también desde este ámbito, la evidenciada campaña de desestabilización pública del sistema, reduciendo la acción mayormente representativa a sus asociados, y en todo caso a una parte sólo de las relaciones de empleo del mercado de trabajo- se ven desplazados por las asociaciones profesionales específicas, a diferencia de lo que sucedió respecto de la LETAU. El Dictamen es rotundo cuando crítica que

"*…esta circunstancia es especialmente relevante por la importancia del diálogo social en la regulación de materias sustanciales, cuyo impacto no se circunscribe al amplio grupo de personas que trabajan por cuenta propia en España (del orden del 20 por 100 del total del empleo), de manera que no se puede entender adecuado limitar el diálogo al sostenido con las asociaciones profesionales de…autónomos acreditadas como representativas*".

Un nuevo y muy sugerente ámbito de estudio jurídico-sindical que se abre para la comunidad de juristas del trabajo y que, como es natural, aquí sólo ha podido quedar apuntado. Alguna comunicación defendida -y ahora publicada- en las XXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en las que este Estudio, que ahora llega a su fin, tiene su origen, ya se sitúa en esa línea.

8. REFLEXIONES FINALES: HONOR POR EL PASADO DEMOCRÁTICO, NECESARIA RENOVACIÓN PARA UN FUTURO ILUSIONANTE

La Constitución de 1978 primó -más que privilegió- un sistema de intervención sindical sostenida sobre sujetos de esta naturaleza lo más fuertes posible, identificados, manteniendo una cierta coherencia con la configuración de los partidos políticos, con su capacidad para representar y defender los intereses de los trabajadores no ya sólo como colectivos profesionales, sino como genuina clase social mayoritaria. Pero para llevar a la práctica tal opción constituyente fue preciso, en un contexto originario convulso, en el que los sindicatos llamados a protagonizar esa función están fraguándose, andaban en "busca de visibilidad" e "identidad", como los personajes de Pirandello, la intervención legislativa. Será la LOLS la que institucionalice definitivamente esa selección, a partir de la opción que empezó a

formalizar el ET y que decantó la embrionaria práctica de concertación social, de los "sindicatos más fuertes socialmente" (la figura de la mayor representatividad sindical), para lo que prefirió una base electiva democrática (audiencia electoral) respecto de la base asociativa (afiliación). Sin embargo, y pese al tópico que existe en contrario, esa opción por el principio democrático respecto del asociativo o de afiliación, ni impidió la intensa sindicalización de las representaciones unitarias ni puso freno, más bien todo lo contrario, al incremento sostenido de la afiliación sindical.

A lo largo de este largo periodo histórico-institucional y socio-cultural, quedó claro que el sistema, mucho más estable de lo que suelen dar a entender ciertos análisis de sociología y economía sindicales, no ha permanecido inmóvil. Al contrario, conocerá evoluciones, pese a que ni se ha reformado la LOLS -sí, en 1994, la norma estatutaria sobre representaciones unitarias, lo que de una forma indirecta, pero muy relevante, incidió en la estabilidad del sistema sindical-, ni se han corregido algunos de los vicios que arrastra la regulación de la representación unitaria -principio de proximidad y centro de trabajo como unidad electoral-. El TCO ha desplegado un determinante papel en la conformación final, al evolucionar él mismo desde una asunción del sistema de mayor representatividad como estatuto diferencial fuerte, concentrador de la política de promoción del hecho sindical en pocos sindicatos, a una importante corrección, a fin de revalorizar el principio constitucional de libertad-pluralismo sindical. Para ello, siguió, básicamente, una doble vía: la de dar una mayor operatividad práctica del límite -el principio de proporcionalidad-, de un lado; la promoción de otros criterios alternativos, como el de implantación, no obstante su marcada incertidumbre, de otro.

Ciertamente, el resultado final de todo ello haya sido, hasta el estallido de la crisis de 2008 y las políticas institucionales diseñadas y puestas en práctica para intentar solucionarla, la creación de un sistema de representatividad y legitimación sindical bajo un inequívoco principio democrático y con una eficacia equiparable al de los mejores de la UE. Pese a las críticas y problemas, la salud del sindicalismo más representativo en España es mayor del que la nueva etapa de crítica deslegitimadora daría a entender, incluso por sus partidarios, que a menudo se dejan arrastrar por un cierto pesimismo. Sin embargo, esta constatación no puede llevar tampoco a pensar que, durante estos años, más con la crisis y el debilitamiento institucional elegido como salida a la misma, no haya crecido y no se hayan agravado los problemas que arrastraba.

Que más del 80% de los representantes unitarios de los trabajadores lo sean bajo el nombre de uno de los dos grandes sindicatos (modelo de duopolio sindical) más representativos de nuestro país, pero que no se asegura que la mayoría de ellos sean afiliados, no puede ser indiferente a nadie; ni siquiera atendiendo al análisis empírico realizado ut supra y que evidencia que el sistema lejos de propiciar la

desafiliación favoreció la afiliación. Si, además, se tienen en cuenta que la mayor parte de las empresas carecen de representación unitaria, de modo que o bien no tienen posibilidad legal de hacer elecciones o bien, pese a tener el derecho, no se llevan a cabo, parece confirmarse la dificultad que hallan los sindicatos de clase para proveer una presencia directa en las empresas. Pero esta presencia no es elegible ya para el sindicato, sino que se convierte en el lugar central no ya sólo del conflicto social -micro-concertación-, sino también de construcción de las identidades de grupo para la mayor parte de los trabajadores, para los que la identidad solidaria de clase social tiende a diluirse.

Ahora bien, esta constatación no debe llevar de inmediato a despreciar el modelo vigente desde hace más de tres décadas, imputándole todos los problemas. A tal fin, el principio de mayor representatividad y democracia no se identifica mecánicamente ni con más afiliación -dado que responde a un criterio muy importante, pero no único, ni necesariamente el principal, propio del principio privatista asociativo, marginador del principio público representativo de la audiencia electoral- ni tampoco con la mayor "participación directa" en la empresa -pues hoy serían legión las personas y grupos que se quedan fuera de la empresa y precisan también "audiencia", "voz"-. La solidaridad socio-laboral hoy se construye de formas muy diversas, por lo tanto, hay que huir de las formulaciones sencillas, simplistas, no articuladas, brillantes quizás, pero vacías.

Piénsese, por ejemplo, en el crecimiento de las empresas multinacionales para las que *una misma afiliación sindical transnacional nada dice* a la hora de identificar las posiciones, pues, por lo general, cada representación, incluso si hay un comité global -de empresa europeo, mundial-, se alineará con los intereses de las empresas o centros de cada uno de sus países (identidad territorial nacional). Será, pues, el sentimiento de pertenencia organizativa nacional -ni siquiera global a la empresa- más que la afiliación sindical la que determine la defensa de los intereses, por lo que el interés territorial pesará más que el interés grupal. No obstante, hay que garantizar que exista un adecuado nivel de representación en cada caso de los intereses en juego. De la misma forma, pensar que transformar la negociación colectiva en una negociación ciudadana social en sentido estricto -atender a la dimensión de consumidor del trabajador-, llevará a recuperar masivamente la afiliación, o a incrementarla de forma exponencial, no sólo choca con los límites jurídicos ya indicados, sino que constituye, a mi juicio, una vía en exceso compleja e irrealista. Al respecto, bien conocido es que, antes de la crisis y de las leyes-políticas de austeridad y devaluación, la negociación colectiva y, sobre todo, la concertación social (ambas expresiones del diálogo social en sentido amplio típico del modelo de la mayor representatividad), ya habían hecho de ese desbordamiento laboral una de sus estrategias básicas de acción -organizativa, institucional y convencional-.

Por supuesto, que el modelo vigente hoy haría especialmente vulnerables a los sindicatos más representativos (estatales y autonómicos, no se olvide a éstos, pese a su falta de desarrollo generalizado, salvo en dos CCAA), por la dependencia institucional, es claro. Si por arriba, las leyes de austeridad-devaluación han desestabilizado, cuando no cegado, la relación de concertación social entre Estado y sindicatos mayormente representativos, el reconocimiento de sujetos interlocutorios en las empresas sin un real sustrato colectivo -comisiones no sindicalizadas- habría desestabilizado la reguladora. Por eso, cualquier propuesta de resolver las evidentes lagunas de representación a través de la extensión o generalización de las fórmulas del art. 41.4 ET, salvo que se trate de comisiones sindicalizadas, por su mayor formalidad y garantías de colectividad, no haría sino desnaturalizar la representación sindical en mera interlocución, puro señuelo democrático que enmascara o encubre el reforzamiento del poder empresarial. En consecuencia, siendo necesario eliminar algunas de las lagunas, paradojas y antinomias que pueblan nuestro sistema desde hace mucho, demasiado tiempo, no cualquier vía es adecuada.

Desde luego que es más fácil convenir en la necesidad de reformas, evidenciadas desde hace más de una década pero sistemáticamente dilatadas, pasando de necesarias a urgentes no sólo por el transcurso del tiempo sino por las convulsiones socio-económicas y político-culturales del sistema, que en el sentido concreto de las mismas. No obstante, algunas cuestiones sí parecen claras. La primera y más relevante de ellas es ***la necesidad de institucionalizar la preferencia sindical para la acción representativa en la empresa***, relanzada con la reforma del RDL 7/2011, pero luego condicionado al propio juego estatutario, con lo que volvemos a la casilla de salida. Ese círculo vicioso debe eliminarse de raíz, de modo que no se condicione el papel de la sección sindical, cuyo ámbito se constituye conforme al principio de libertad organizativa a la existencia y/o decisión de la mayor representatividad. En todo caso, la carencia de una adecuada interlocución representativa en más de dos tercios de nuestras empresas, aunque luego la base laboral sea menor -por lo reducido del número de trabajadores de las mismas, no se olvide- erosiona, aunque no demuela, los cimientos de la representatividad sindical. Una institucionalización de la preferencia sindical que también debería hacerse hacia fuera, reconociendo, como en la experiencia francesa, el Diálogo Social como condición o presupuesto necesario de toda política socio-económica, más allá de la meramente consultiva de los órganos de tal guisa -Consejos Económicos y Sociales-.

Desde luego que no se pueden corregir las desviaciones y ahuyentar los riesgos volviendo a una defensa numantina de la tradición, como propone el discurso de la crisis sindical por los ataques político-institucionales al sindicato, con ser ciertos, y ser más que evidente ese nuevo contexto institucional hostil al sindicato, por ser un sujeto obstáculo para el libre juego de las fuerzas de mercado, conforme, ésta

sí, a una visión vieja pero hoy dominante, la neoliberal. Pero conviene diferenciar los problemas que evidencian tendencias más generales, que suponen una cierta "de-construcción" del sistema, de las que responden a la clásica idea de la "norma del caso concreto", que no desautoriza el orden general pero que sí evidencia, claro está, su complejidad, por lo que la inseguridad que genera es relativa, previsible en tanto en cuanto se especifiquen los criterios que abren el sistema, sin que quede a la arbitrariedad ni de los "legisladores" ni de los "intérpretes". Justamente, siendo conscientes de que la misión principal para los cambios corresponde al Legislador, tras la debida negociación-concertación con los dos sindicatos más representativos, así como con los que acrediten no sólo suficiente, sino una "mayor implantación" en otros ámbitos, la interpretación también puede hacer más.

De ahí que, como se ha evidenciado, se eche de menos un mayor compromiso jurisprudencial con la aplicación directa de los Convenios Internacionales referidos, menos programática o meramente marginal. De ahí la importancia de enfatizar el "*juicio de convencionalidad*" que corrija el exceso de "*nacionalismo normativo" exhibido, de forma usual, por nuestros Tribunales en la conformación de la libertad sindical*. Por eso conviene evidenciar la nueva trascendencia no sólo de esas normas, sino también de sus órganos de garantía, sean o no propiamente jurisdiccionales, como se advertía, tal y como se aprecia en la doctrina constitucional, al menos en su discurso general -STCO 61/2013-, otra cosa es el uso oportunista que hace en cada caso -STC 8/2015-, y también en la última reforma de la LOPJ -si bien se centra más en el Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE-. Precisamente, como se vio, una de las materias más profusamente llevadas al CLS de la OIT, y en estrecha relación con las cuestiones relativas al régimen económico -Ley 4/1986, relativa al patrimonio sindical acumulado y al histórico-, ha sido la relativa a la mayor representatividad.

En definitiva, a pesar de todo y de nueva caída de afiliación, la imagen de unos sindicatos indolentes a los procesos de devaluación de las condiciones de vida y de trabajo es un puro mito, creado deliberadamente para propiciar su desestabilización y la reducción de su praxis a los asociados, cuya base también se tiende a reducir. Los sindicatos no son monolíticos y vienen adaptando -motu proprio u obligados tanto por la realidad como por la presión de políticas restrictivas y bases críticas- sus estructuras para estar presentes en cada vez más sectores (afiliar jóvenes y mujeres, trabajar con los autónomos, y a utilizar más herramientas que la gestión del conflicto, lo que, por cierto, tiene unos retornos en términos de eficiencia económica extraordinarios). Los sindicatos mayoritarios son hoy más fuertes que hace 30 años, pese a lo que se dice. Estos días asistimos a los problemas de la atomización o pulverización de la representatividad -en este caso política- y eso debe mover a una reflexión. Si bien los sindicatos mayoritarios deben hacer autocrítica de sus dinámicas precedentes, y corregirlas, y si no pueden aspirar a

identificar preferencia sindical con su exclusividad (y marginalidad de los otros que acrediten suficiente representatividad), es igualmente manifiesto que, más sindicatos no va a significar más legitimación social ni más capacidad de acción, sino todo lo contrario. El sindicalismo contrapoder social o es fuerte -concentrado-, a fin de poder participar en un *gobierno equilibrado* -equitativo y productivo- de las relaciones laborales, o será sólo un títere de los poderes -públicos y económicos-

Al respecto, la primigenia doctrina constitucional defensora del hecho sindical más representativo, para evitar que la pluralidad se devalúe como pulverización de ese hecho, hasta convertirlo en dependiente -doblemente, de lo público y de lo empresarial-, sigue estando vigente, quizás hoy más que nunca. En suma, frente a quienes proponen cambios en un sentido lineal, apostando por un polo u otro de la dicotomía (afiliación-audiencia), proponemos tanto más "presencia" (sindicato de proximidad social) cuanto más "audiencia" (sindicato de proximidad organizativa), tanto más "acción" -real- cuanto "influencia" -política potencial-. La mayor presencia efectiva del sindicato en la representación laboral propia de los lugres de trabajo es un presupuesto previo, pero en modo alguno el único -condición necesaria pero no suficiente- para cualquier proyecto creíble y fiable de renovación sindical[93]. Y es que:

"…*No hay nada más poderoso que una idea a la que le ha llegado su tiempo*"
(Victor Hugo)

[93] Vid. ETUI. Jeremy WADDINTON. *Trade union membership retention and workplace representation in Europe.*Brussels. 2014. Para diversas experiencias europeas de renovación sindical vid. ETUI. Magda BERNACIAK (ETUI), Rebecca GUMBRELL-McCORMCK (University of London) y Richard HYMAN (London School of Economics).2014. Ambos están disponibles, en versión inglesa y francesa, en la web del Instituto Sindical Europeo (ISE/ETUI-). El primero: https://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/Trade-union-membership-retention-and-workplace-representation-in-Europe; https://www.etui.org/Publications2/Reports/European-trade-unionism-from-crisis-to-renewal

Comunicaciones a la Primera Ponencia

REPRESENTATIVIDAD DE LAS ASOCIACIONES EMPESARIALES: NUEVOS TIEMPOS, VIEJOS PROBLEMAS IRRESOLUTOS

(Premio Mejor Comunicación)

Margarita Miñarro Yanini
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I -Castellón-

1. PLANTEAMIENTO

Las asociaciones empresariales son unas estructuras asociativas -sujetos colectivos-impropiamente tratadas en el ámbito laboral. Así, pese a encontrarse a caballo entre las asociaciones profesionales y las organizaciones económicas, son referidas por las normas laborales debido a las importantes funciones con incidencia directa en el ámbito laboral que tiene asignadas, principalmente la de ser interlocutor de los sindicatos en la negociación colectiva estatutaria sectorial. Sin embargo, no se establece una verdadera regulación de las mismas, sino que las normas las tratan de forma muy incompleta, alcanzando sólo algunos aspectos que, además, tampoco son regulados de forma acabada, por lo que plantean numerosas incógnitas. Abundando en esta dirección, queda pendiente el anunciado desarrollo reglamentario previsto en la DA 1ª.2 de la LOLS, que podría haber despejado algunas de las dudas que ahora se plantean.

Con todo, los problemas no se agotan en el plano jurídico, sino que también alcanzan a los medios probatorios de la representatividad. Como es sabido, las asociaciones empresariales no participan en procesos electorales semejantes a los que determinan la condición de más representativos de los sindicatos, y no hay ningún cauce público alternativo que permita acreditar de modo fehaciente la concurrencia de la representatividad exigida por las normas laborales.

Este régimen incompleto, inconcreto y laxo no ha constituido, en la práctica, un grave problema para las propias asociaciones empresariales, que cobijadas en la unidad representativa de la CEOE y asociaciones vinculadas, han podido actuar como más representativas sin tener que demostrar que alcanzan exigentes requisitos ni desarrollar complejas actividades probatorias. No obstante, en los últimos tiempos, la hegemonía de la patronal única está siendo puesta en cuestión por otras asociaciones empresariales que mantienen muy diverso posicionamiento. Esta tesitura está evidenciando las tachas y problemas derivados del deficiente régimen jurídico de estas asociaciones y de la ausencia de vías probatorias de su representatividad que sean garantistas. De este modo, ha aflorado esta cuestión irresoluta -hasta ahora latente-, dándole plena actualidad y reclamando para ella una respuesta adecuada, tan necesaria como importante.

Esta situación queda reflejada en la SJS nº6 de Bilbao de 23 de abril de 2014 (Rec.102/2014), confirmada por la STSJ del País Vasco de 14 de octubre de 2014 (Rec.1818/2014) que, en una situación de pugna entre dos asociaciones empresariales en el marco de la negociación colectiva sectorial, por la oposición de una de ellas al convenio negociado por la otra que desarmaba aspectos fundamentales de la reforma laboral, evidencia las carencias y problemas apuntados. Las cuestiones debatidas en estos pronunciamientos, y algunos otros a los que se aludirá, inciden en los puntos que en la práctica resultan más problemáticos, que marcan el eje del epígrafe IV de este análisis.

2. BREVE REFERENCIA AL MARCO NORMATIVO

Las asociaciones empresariales son, a tenor del art.7 CE, instituciones básicas del sistema político[500]que, junto a los sindicatos y al más alto nivel, tiene atribuida la elevada función de contribuir *"(…)a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios"*.Pese al refuerzo que supone para las asociaciones empresariales su mención explícita en el texto constitucional[501], éste, a diferencia de a los sindicatos, no les otorga una cobertura jurídica singular, sino que aquéllas quedan amparadas por el genérico derecho de asociación establecido en el art.22 CE. Con todo, en el nivel infra-constitucional, cuentan con la todavía vigente regulación específica que de ellas establece la Ley 19/1977, de 1 de abril, de asociación sindical, aplicándose con carácter supletorio la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación.

[500] GARCÍA MURCIA, J. *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas*, MTSS, 1987, p.36.

[501] Según destaca CRUZ VILLALÓN, J., "La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español", Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº8, 2004, p.151.

Estas asociaciones son organizaciones profesionales con tintes económicos[502], si bien su proyección en el ámbito de las relaciones laborales es de primer orden, puesto que son los interlocutores que representan a la parte patronal frente a los sindicatos. Esta trascendencia laboral explica que, según prevé el art.2, l) LRJS, sea el orden jurisdiccional social, y no otro, el competente para conocer las cuestiones litigiosas que se susciten en torno a la constitución y reconocimiento de personalidad jurídica de estas asociaciones.

Asimismo, determina que las normas laborales regulen ciertos aspectos de su función representativa en su dimensión de estructuras representativas con trascendencia en el ámbito socio-laboral. Éstos hacen referencia básicamente a las condiciones de representatividad que han de cumplir para desarrollar sus funciones de negociación colectiva estatutaria de ámbito sectorial (art.87.3,c TRET), representación institucional, así como para la obtención de cesiones temporales del uso de bienes inmuebles patrimoniales públicos (DA 6ª TRET). Se trata, en consecuencia, de una regulación parcial, puesto que únicamente se refiere a funciones y competencias muy concretas de las asociaciones empresariales. Además, es muy incompleta y laxa, puesto que los criterios de medición de la representatividad que establece presentan lagunas e indefiniciones que suscitan numerosas dudas.

3. LA CONFUSIÓN Y LAXITUD DE LOS CRITERIOS DE MEDICIÓN DE LA REPRESENTATIVIDAD DE LAS ASOCIACIONES EMPRESARIALES: CRÍTICA A LA FÓRMULA ESTABLECIDA

Como se acaba de apuntar, la proyección de la mayor representatividad en el ámbito de las asociaciones empresariales se ha realizado de modo sumamente confuso. Así, el art.87.3,c) TRET, precepto capital a los efectos que aquí interesan, establece que podrán negociar convenios sectoriales las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del mismo *"cuenten con el diez por ciento de los empresarios, en el sentido del artículo 1.2 y siempre que estas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al quince por ciento de los trabajadores afectados".* Como regla subsidiaria para sectores en los que ninguna asociación alcance dichos porcentajes, el precepto establece que estos convenios podrán ser negociados por *"asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el diez por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de comunidad autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del quince por ciento de las empresas o los trabajadores".*

[502] En este sentido, se ha indicado que se encuentran *a caballo entre las organizaciones profesiones y las organizaciones económicas*, vid. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. *Manual de Derecho Sindical*, Granada (Comares), 2015, p.123.

Por su parte, la DA 6ª TRET utiliza estos porcentajes aunque no de modo totalmente uniforme, al reconocer capacidad representativa a efectos de ostentar la representación institucional y de obtener cesiones temporales del uso de bienes inmuebles públicos, a las asociaciones empresariales *"que cuenten con el diez por ciento o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal"*, así como a las de comunidad autónoma que *"cuenten en esta con un mínimo del quince por ciento de los empresarios y trabajadores"*.

En consecuencia, a diferencia de los criterios de representatividad de los sindicatos, los relativos a las asociaciones empresariales carecen de una regulación uniforme[503], puesto que sólo tiene valor parcial, no son uniformes y no se aplican sobre el mismo referente.

Así, por lo que respecta a la parcialidad, según se desprende del citado art.87.3 y la DA 6ª TRET, la representatividad no se establece con carácter general, sino sólo a determinados efectos, que son la negociación de convenio colectivo sectorial, la representación institucional y la cesión temporal del uso de bienes inmuebles públicos[504]. Además, en cuanto a la falta de uniformidad y fraccionamiento, pese a que numéricamente se fijan dos parámetros -10% y 15%- éstos no se aplican sobre el mismo referente, sino que éste varía en atención a cuál sea la función y/o ámbito en el que pretenda hacerse valer.

Estas tachas derivan en una gran laxitud del sistema de medición de la representatividad de las asociaciones empresariales, incomparablemente más flexible que el aplicado a los sindicatos. Indiscutiblemente, la ausencia de un proceso electoral entre los empresarios al modo del que se aplica a aquéllos, vinculado a las elecciones a representantes unitarios, determina que éste deba ser distinto. Así, aunque doctrinalmente se han apuntado otros posibles parámetros de medición -no exentos de problemas-[505], en atención a la cuasi-unidad asociativa empresarial existente tradicionalmente en la realidad empresarial en España[506], nuestro ordenamiento jurídico opta por el criterio más inmediato y sencillo, que es la medición del nivel asociativo de la asociación empresarial, si bien lo combina con el porcentaje de trabajadores que ocupan las empresas que la integran. Establece así un doble requisito, acumulativo en primera instancia, dirigido a lograr

[503] Según destaca CRUZ VILLALÓN, J., "La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español", op. cit., p.170.

[504] En este sentido, la doctrina destaca que nuestro sistema no reconoce a las asociaciones empresariales una singular posición jurídica, sino sólo prerrogativas muy concretas, vid. GARCÍA MURCIA, J. *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas*, op. cit., p.125.

[505] Así, se han apuntado como posibles vías de medición el número de trabajadores, volumen de negocios, cifras de ventas, valor de recursos propios y otros parámetros rechazables por ser netamente económicos, así como la posibilidad de desarrollar procesos electorales en el ámbito empresarial con este objeto, GARCÍA MURCIA, J. *"Organizaciones sindicales y empresariales más representativas*", op. cit., pp.131-132.

[506] PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. Derecho Sindical español, Madrid (Tecnos) 5ª edición, 1994, p.119.

un equilibrio de representatividad entre la pequeña -siempre exigiendo que además de empresa mercantil lo sea laboral- y la gran empresa, puesto que la exigencia de un porcentaje de empresas garantiza la representatividad entre las primeras y la del mismo número porcentual de trabajadores garantiza la representatividad de la asociación entre grandes empresas[507].

En principio, es cierto que este criterio se ajusta a la realidad tradicional del panorama asociativo empresarial en España y por tanto no carece de justificación. El problema es que no está debidamente desarrollado y no resulta suficientemente garantista, al carecer de medios que acrediten su concurrencia. De este modo, faltan especificaciones importantes, como la de cuáles son los trabajadores que entran en el cálculo porcentual, que ante la indeterminación normativa habrá de incluir a todos[508].

No obstante, más relevante aún es que, pese a que la representatividad empresarial permite el desarrollo de funciones sumamente relevantes, este sistema no es suficientemente garantista, dado que no existen vías fiables para controlar su cumplimiento. Esta dificultad se pone particularmente de manifiesto con la aparición de otras asociaciones empresariales que rompen esa tradicional unidad, mostrando la concurrencia de sensibilidades distinta en el ámbito empresarial, y que disputan espacios representativos a las asociaciones mayoritarias preexistentes.

4. LAS DIFICULTADES DE LA PRUEBA DE LA REPRESENTATIVIDAD DE LA ASOCIACIÓN EMPRESARIAL: ESPECIAL REFERENCIA A LA DISPUTA POR LA LEGITIMACIÓN EN EL MARCO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SECTORIAL

4.1. La ruptura de la unidad en el asociacionismo empresarial y su proyección en la negociación colectiva

Como ya se ha apuntado, más allá de las dificultades o tachas que presenta la determinación de la representatividad de las asociaciones empresariales en nuestro ordenamiento jurídico-que son importantes y numerosas-,se considera que su mayor problema es la inexistencia de mecanismos que permitan comprobar fehacientemente que alcanzan los porcentajes exigidos por las norma. Tal defecto no tiene efectos prácticos notables en un sistema de unidad asociativa empresarial, puesto que no hay posible disputa, pero la realidad está demostrando cada vez más, a través de la emergencia de nuevas asociaciones, que también en este ámbito

[507] En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J., "La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español", op. cit., p.171.

[508] Así lo destaca GARCÍA MURCIA, J. *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas*, op. cit., p.135.

hay diversas sensibilidades que quieren hacerse valer reivindicando sus espacios de actuación en el ámbito socio-laboral. Este es el caso de asociaciones como la emergente Círculo de Empresarios del Sur -CESUR- que mantiene posicionamientos muy alejados de CEOE[509]. También lo es de la asociación Bizkaidendak, que el 16 de octubre de 2013, en el ámbito del comercio textil de Bizkaia, adoptó un convenio colectivo negociado con ELA en el que lograba revertir las principales previsiones de la reforma laboral de 2012[510], dejando claro con ello que no convergía con la patronal mayoritaria. Se sustraía así esta asociación de participar en la comisión negociadora para la renovación del convenio textil que se constituyera el 7 de julio de 2009 y en la que participaba la hasta entonces única asociación patronal del sector, CECOBI, y los sindicatos UGT, CCOO y LAB. ELA consideraba que la falta de acuerdo en esta comisión durante tan dilatado período respondía a la estrategia de CECOBI de promover la pérdida de vigencia del convenio, prorrogada hasta septiembre de 2013. Esta última asociación empresarial impugnó el convenio colectivo suscrito por ELA y Bizkaidendak, aduciendo la falta de representatividad de ésta y propiciando sendas respuestas judiciales, las citadas SJS nº6 de Bilbao de 23 de abril de 2014 y STSJ del País Vasco de 14 de octubre de 2014.

La pluralidad de asociaciones empresariales podría no derivar en confrontación directa en situaciones en las que sus papeles no son excluyentes, sino que permiten que cada una de ellas ostente su espacio de representatividad -representación institucional, cesión temporal de bienes inmuebles públicos-. Sin embargo, se torna en disputa en los casos en que la actuación de una resulta excluyente de la de otra u otras, como es el caso de la negociación colectiva estatutaria cuando las potenciales asociaciones empresariales participantes mantienen posiciones tan divergentes que determinan que no quieran formar parte de la misma comisión negociadora, sino que cada una de ellas desee negociar en solitario. En tal caso, como sucede en los pronunciamientos referidos, la pugna, de un lado para que el convenio no vea la luz o sea anulado -por parte de la asociación que no lo ha negociado- y por otro, para que alcance validez y perviva -por parte de la asociación firmante- saca a relucir importantes cuestiones sobre el papel de los diversos sujetos implicados -partes negociadoras e interesados- así como de la autoridad laboral encargada del registro de los convenios en el control de la representatividad de las asociaciones empresariales, para las que no siempre se encuentra respuesta adecuada. Asimismo, ponen de manifiesto las dificultades que derivan de la inexistencia de medios garantistas de medición de la representatividad patronal en nuestro sistema y la consecuente necesidad de establecer a nivel normativo cauces adecuados fiables.

[509]Según se destaca enhttp://www.elconfidencialdigital.com/dinero/empresarios-creando-alternativa-CEOE_0_2600139974.html

[510] Este convenio, incorporaba, entre otros contenidos, la ultractividad indefinida (art.2), limitaciones adicionales en la distribución irregular de la jornada y la consideración de no laborables de domingos y festivos (art.7) y en procedimientos de inaplicación del convenio terminado el período de consultas, la renuncia a aplicar el arbitraje obligatorio ante la CCNCC salvo que así se acordase por voto favorable de la mayoría de ambas representaciones (art.16).

4.2. El método aplicable para determinar la representatividad de las asociaciones empresariales: presunciones en defecto de datos oficiales

Como se apuntaba anteriormente, no sólo no hay posibilidad de trasladar el sistema de medición de la representatividad de los sindicatos al ámbito de las asociaciones empresariales, sino que no existe en nuestro país ningún procedimiento alternativo que permita contar con datos oficiales al respecto. Así, la vía más inmediata que permite conocer el nivel asociativo son los censos de las asociaciones empresariales, si bien éstas suelen ser reacias a mostrarlos. Esta situación se produce en el supuesto que constituye la base de la SJS nº6 de Bilbao de 23 de abril de 2014 y STSJ del País Vasco de 14 de octubre de 2014, en la que ninguna asociación presenta a los sindicatos dato alguno que acredite su representatividad. En cualquier caso, aunque los presenten, se trata de información carente de carácter público, por lo que su fiabilidad es muy cuestionable, como prueban los no infrecuentes casos de doble asociación de empresas, situación inconcebible en el plano sindical pero que incluso ha sido admitida en alguna ocasión ensede judicial (STSJ de Murcia de 31 de octubre de 2000), si bien sin refrendo en instancias superiores (STS de 19 de septiembre de 2001). A ello hay que añadir que, aprovechando la falta de vías adecuadas para clarificar la representatividad real, las asociaciones empresariales tienden a hinchar sus cifras de asociados[511].Ilustrativo de ello es la situación que refleja el laudo arbitral dictado por el profesor Sala Franco en el ámbito de la negociación colectiva estatal del campo el23 de marzo de 2015. Ante las dudas en torno a la representatividad ostentada, el árbitro requirió a las siete asociaciones implicada sus datos asociativos y, existiendo en este sector 90.000 empresas -según estimación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social-, las autocertificaciones presentadas por las seis asociaciones empresariales que atendieron tal requerimiento arrojaron un inverosímil saldo conjunto que ascendía a la cifra de 213.048 empresas asociadas.

No obstante, aun con todos los problemas que rodean los censos como medio probatorio, son incompletos puesto que también ha de probarse el número de trabajadores que ocupan las empresas, lo que implica tener que recurrir a otros medios complementarios que prueben este dato, como pueden ser recibos de salarios o boletines de cotización. Asimismo, para conocer los datos globales sobre los que calcular la representatividad puede acudirse a certificados de Cámaras de Comercio, Registro Mercantil, Tesorería General de la Seguridad Social o informes de la Dirección General de Trabajo, si bien la utilidad de estos instrumentos a estos efectos es relativa, por cuanto incluyen empresarios autónomos y no utilizan

[511] Las diferencias se evidencian en la cifra de asociados declarada en diferentes momentos por asociaciones empresariales españolas de diversos niveles territoriales, que ponen de manifiesto la sobredimensión numérica, según destaca ESTEVE SEGARRA, A. *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*, Navarra (Aranzadi), 2003, p.98.

parámetros homogéneos respecto del ámbito laboral en aspectos tan esenciales como es la delimitación de sectores de actividad[512].

Para tratar de salvar las importantes carencia de mecanismos adecuados que permitan acreditar con garantías de veracidad la representatividad de las asociaciones empresariales, se han desarrollado una serie de prácticas que tratan de colmar el vacío y dar respuesta a las situaciones que plantea la realidad negocial.

La primera de ellas es el reconocimiento de la contraparte. Así, se presume que tiene representatividad para negociar las asociaciones empresariales a quienes los interlocutores sociales con los que negocia se la reconocen. El efecto que provoca esta presunción es que *"se invierte la carga de la prueba y se obliga a probar la falta de representatividad a quien la alega"* (STS de 25 de enero de 2001), protegiendo así la posición de la asociación reconocida como representativa, aunque dando la posibilidad a los sujetos interesados de presentar pruebas que rompan la presunción. Sin embargo, ésta plantea varios problemas, puesto que, por una parte, se traslada a la asociación que quiera romper la presunción los problemas y dificultades de falta de medios de prueba garantistas -aunque ahora en sentido negativo-, y por otra, como la realidad suele superarse de continuo, pueden darse casos en los que este reconocimiento no sea tan nítido.

De este modo, en el supuesto examinado por las referidas sentencias, ELA se había sumado al reconocimiento del 100% de representatividad en favor de CECOBI que UGT, CCOO y LAB habían realizado el 7 de julio de 2013, cuando se firmó la última prórroga del convenio anterior. No obstante, pocos meses después, el 3 de octubre de ese mismo año 2013, reconoce el 60% de representatividad a Bizkaidendak, por lo que el doble y muy próximo en el tiempo reconocimiento patronal de ELA añade confusión a la situación. Con todo, cierto es que tampoco sería imposible que se produjera un vuelco asociativo que explicase la rápida ascensión de la nueva asociación sobre la preexistente, máxime en previsibles situaciones de tensión por la persistente lentitud de las negociaciones derivada de una actitud de CECOBI poco proclive a avanzar en la adopción de un nuevo convenio.

La segunda de las presunciones viene dada por el registro del convenio, si bien ya se anuncia que queda condicionada y devaluada por la oscuridad del art.90 ET. De este modo, a tenor de esta presunción, si el convenio colectivo supera el control de legalidad que efectúa la autoridad laboral encargada del registro se presume que es válido, por lo que quien mantenga su invalidez habrá de probar en el correspondiente proceso de conflicto colectivo la falta de representatividad de quienes lo negociaron

[512] Sobre el particular vid. ESTEVE SEGARRA, A. *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*, op.cit., p.100.

(STS 11 de noviembre de 2009, R.38/2008). En el supuesto referido del sector del comercio textil de Bizkaia, el convenio gozaba de tal presunción de validez al haber superado el filtro de legalidad y haber sido registrado por la autoridad laboral competente, por lo que correspondía a la asociación demandante, CECOBI, probar la falta de legitimación por insuficiencia de representatividad de Bizkaidendak, firmante del convenio. Con todo, como después se verá, en sede judicial se produjo *de facto* un cuestionable traslado de la actividad probatoria.

En suma, dos presunciones tratan de ordenar la representatividad de las asociaciones empresariales, protegiendo a la reconocida por el banco sindical en el proceso negociador así como a la firmante de un convenio que ha superado el preceptivo control administrativo y por tanto es válido. Con todo, en ambos casos se trata de presunciones *iuris tantum*, destruibles por prueba en contrario que demuestre la falta de representatividad de la asociación empresarial. El problema es que el hecho de que no puedan acreditarse los niveles representativos de las asociaciones empresariales por cauces oficiales y que la ley no deje claro el papel de la autoridad laboral en el registro de convenios colectivos determina que no sean una solución aceptable.

4.3. El papel de la autoridad laboral respecto del control de la representatividad de las asociaciones empresariales en el registro de convenios (y de nuevo, los problemas probatorios)

Cabe plantearse cuál es el papel de la autoridad laboral encargada del registro de los convenios respecto del control provisional de legalidad relativo al concreto aspecto de la representatividad de las asociaciones empresariales firmantes, pues es éste un requisito de legalidad de los convenios colectivos. En el supuesto que subyace a sendas sentencias de 2014 referidas, ambas asociaciones rechazan que tenga tal competencia, pues por una parte CECOBI insiste desde el principio en que la única función de la autoridad laboral en este caso ha de ser abstenerse de registrar el convenio e instar el procedimiento judicial de oficio, mientras que la asociación firmante del convenio -Bizkaidendak- rechaza la posibilidad de cualquier control del convenio por parte de la autoridad laboral, a la vez que la presiona para que registre el convenio con el argumento de que de no hacerlo se producirá un vacío de regulación. En suma, cada una de las asociaciones defiende sus dispares intereses, pero ambas coinciden en que la autoridad laboral debe realizar una actividad mecánica alejada de cualquier función fiscalizadora del convenio.

El proceder de estas asociaciones se encuentra de algún modo respaldado por el confuso art.90 ET, que lejos de ser claro, muestra la tensión que genera la fiscalización administrativa en el marco de la negociación colectiva. De este modo, este precepto dispone en su apdo.2 que los convenios han de ser *"presentados ante*

la autoridad laboral, a los solos efectos de registro", lo que parece apuntar a la imposibilidad de mayor actividad por su parte[513]. No obstante, otras previsiones del mismo establecen la base de una efectiva actividad de control de la autoridad laboral sobre los convenios presentados a registro. Este es el caso de la contenida en el apdo.6, que encomienda a la autoridad laboral velar por el cumplimiento del principio de igualdad por razón de sexo por los convenios. También lo es el muy significativo apdo.5, que de forma concluyente dispone que *"si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción social, la cual resolverá sobre las posibles deficiencias (...)"*, lo que implica, claro está, que ésta ha examinado y valorado previamente el contenido del convenio. En suma, estas previsiones del art.90 ET no ofrecen sombra de duda acerca de la labor de control que debe realizar la autoridad laboral sobre la legalidad o lesividad de los convenios presentados a registro.

Sin embargo, es cierto que también muestran la tensión que genera la fiscalización administrativa en el marco de la negociación colectiva. Con todo, de la implicación de la autoridad laboral en la garantía del ejercicio efectivo de la autonomía colectiva propia de un sistema democrático de relaciones laborales deriva precisamente que haya de evitar un uso extralimitado de sus funciones de control. En consecuencia, debe realizar una adecuada combinación entre acción e inhibición, desarrollando efectivamente el control público pero sin caer en un ejercicio extralimitado de esta función. Este punto de equilibrio se encuentra en la existencia de una duda razonable que haga cuestionar el cumplimiento de las exigencias legales por parte del convenio colectivo. En relación a la legitimación de las asociaciones empresariales firmantes de un convenio, dicha duda puede derivar de indicios que hagan cuestionar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts.87 y 88 ET por aquéllas. Indudablemente, constituye duda razonable que un mismo sindicato haya reconocido en un breve espacio de tiempo el 100% y el 60% de representatividad a dos asociaciones empresariales diferentes, como ha sucedido en el supuesto al que se refiere la SJS nº6 de Bilbao de 23 de abril de 2014.

Es de destacar que en la realización de dicho control de legalidad la presunción de legitimación de las partes negociadoras derivada del reconocimiento mutuo no supone límite ni condicionante, puesto que sólo es de aplicación a los sujetos colectivos que la cuestionan, pero no a la autoridad laboral, según ha declarado el Tribunal Supremo -si bien en casación ordinaria y en base a una interpretación *a contrario sensu-,* (STS de 3 de julio de 2012 -rec.83/2011-). En consecuencia, el reconocimiento de la asociación empresarial por la contraparte social y la consiguiente inversión de la carga de la prueba sobre quien se opone no juega en

[513] Así lo destaca PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *"Derecho Sindical español"*, op. cit., p.430.

el control previo sobre la legalidad de los convenios realizado por la autoridad administrativa, lo que no sólo implica que ésta puede examinar este aspecto, sino que no está sujeta a los condicionantes que de ella derivan.

En consecuencia, la desvinculación de la presunción derivada del reconocimiento mutuo en el control administrativo de legalidad determina que la prueba de la falta de representatividad aducida no recaerá en exclusiva sobre la asociación empresarial que cuestiona la legitimación de la firmante, aunque ésta no quedará exenta de realizar actividad probatoria. Por tanto, ante la inexistencia de reglas específicas, procede atender a las reglas generales establecidas en el art.217 LEC a fin de dilucidar a quien corresponderá la actividad probatoria[514]. En cualquier caso, se descarta que del criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria *ex* apdo.7 derive que haya de ser la administración laboral la que deba cargar con la prueba, puesto que los datos de representatividad *"(...) se encuentran en la propia asociación empresarial, que es una persona jurídica de derecho privado, y no en la Administración Pública garante de la legalidad de los convenios"*. Además, la pretensión de atribuir a la Administración la carga probatoria *"supone un obstáculo inaceptable en la defensa de la legalidad en un sistema de negociación colectiva como el regulado en el Título III del ET, que atribuye a los convenios colectivos una eficacia general que desborda los ámbitos de representación asociativa de los sujetos negociadores"* (STS de 3 de julio de 2012, citada). Más adecuado será, en aplicación de los arts.217 apdos.2 y 3 de la LEC, que la autoridad laboral reclame a todas las asociaciones implicadas la acreditación de sus respectivos porcentajes de representatividad, puesto que son éstas quienes más ajustadamente pueden facilitar dicha información, siendo además esta solución la que mejor se adecúa al principio de imparcialidad de la autoridad laboral. Este proceder es el que sigue la autoridad laboral en el supuesto contemplado en la SJS nº6 de Bilbao de 23 de abril y STSJ del País Vasco de 14 de octubre, ambas de 2014. Sin embargo, ninguna de las dos asociaciones presentó ninguna prueba; CECOBI, que desde el principio venía reclamando la presentación de tal dado por parte de Bizkaidendak, aduciendo que no disponía de autorización de los asociados para facilitar esos datos; esta última, simplemente por la vía omisiva. Es por ello que, dado que ninguna de las asociaciones empresariales acreditó su representatividad por vía alguna, la autoridad laboral admitió la otorgada por las partes en la constitución de la comisión negociadora y procedió al registro del convenio.

En suma, en su función de garante inicial de la legalidad de los convenios colectivos, la autoridad laboral debe examinar la representatividad de la asociación empresarial firmante siempre que existan dudas razonables acerca del cumplimiento

[514]Así lo destaca la STS de 21 de marzo de2002 (rec.516/2001).

por su parte de los requisitos de representatividad que hagan cuestionar su legitimación. En caso de que sus dudas se despejen en sentido positivo, procederá al registro del convenio. En caso contrario, rechazará el depósito e iniciará procedimiento de oficio para que sea el juez de lo social quien, en su caso, determine la nulidad del convenio.

En cualquier caso, se traslada desde los interlocutores sociales a la autoridad laboral, en su función de control previo de legalidad y, en su caso, posteriormente, al órgano judicial, en el correspondiente procedimiento de impugnación de convenio colectivo o de conflicto colectivo, la problemática derivada de la falta de medios de control adecuados de la representatividad de las asociaciones empresariales.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como reza el título de este trabajo, la representatividad de las asociaciones empresariales constituye un viejo problema no resuelto en nuestro sistema jurídico que se enfrenta a nuevas situaciones, como es la ruptura de la tradicional unidad asociativa empresarial. Esta situación pone en primer plano las tradicionales carencias del sistema establecido y aplicado, al tiempo que va revelando nuevos problemas. En este sentido, particular incidencia ha de hacerse a dos órdenes de cuestiones que laten en el supuesto enjuiciado en las STJ nº6 de Bilbao de 23 de abril de 2014 y STSJ del País Vasco de 14 de octubre de 2014, en las que he apoyado el discurso de último epígrafe.

Estos son, en primer lugar, un argumento de técnica jurídica: La crisis de los principios establecidos para cubrir las carencias de la regulación y las limitaciones de prueba de la representatividad de las asociaciones empresariales. La ruptura de la hegemonía de la asociación empresarial única pone de manifiesto el muy limitado y cuestionable papel del reconocimiento mutuo y de la presunción de validez de los convenios registrados. Con todo, la solución a esta disfuncionalidad no debe consistir en ningún caso en la sustitución de éstas por otras pautas de similar origen, sino que el primado de la ley ha de determinar que, lejos de buscarse usos o técnicas que parcheen las lagunas y puntos oscuros de la regulación, la norma establezca un sistema fiable que garantice fehacientemente la representatividad de las asociaciones empresariales. Como queda manifiesto en el supuesto referido, finalmente los principios sólo son atendidos por la autoridad laboral -que precisamente es la que no está vinculada a ellos-, que ante la falta de prueba de la representatividad por las dos asociaciones empresariales se apoya en reconocimiento que el sindicato dio a la firmante. Posteriormente, este convenio fue impugnado por CECOBI a través del procedimiento judicial de conflicto colectivo, siendo anulado -y en consecuencia

perdiendo efectos como convenio colectivo de eficacia general[515]- por la referida SJS en decisión que es ratificada por la STSJ antes citada, si bien con un argumento que es formalmente cuestionable a tenor de los principios examinados: sólo Bizkaidendak presentó sus datos afiliativos y de ocupación, los cuales revelaban que algunos de sus asociados pertenecían al comercio en general y que igualmente se incluía cierto número de trabajadores autónomos del comercio textil sin personal a su servicio. Se permitía así a CECOBI mantenerse en su hegemónica y soberbia actitud no colaboradora, basada en que nada tenía que demostrar quien un día lo tuvo todo.

En segundo lugar, un argumento de política del Derecho: Los intentos de instrumentalizar a la autoridad laboral al servicio de las estrategias empresariales y sindicales para rectificar y corregir la reforma laboral. En situación social de cambio, confrontación y posiciones polarizadas, se agudiza el riesgo de instrumentalizar a la autoridad laboral, pretendiendo que asuma un papel de moderador de la negociación colectiva que no responde a esquemas democráticos. Sin duda, la autoridad laboral debe ejercer efectivamente sus funciones de control de legalidad, aunque atendiendo pautas claras que indiquen cuáles son sus facultades y límites. Sin embargo, el art.90 ET no sólo no esclarece cuál sea su función, sino que genera tensión al albergar la clave tanto de la inhibición como de la acción de la autoridad laboral, siendo por ello fuente de confusión y oscuridad.

En suma, mientras todo avanza, nuestro sistema de medición de la representatividad de las asociaciones empresariales parece lastrado a un pasado en el que no se hallan respuestas a los problemas que plantea el actual panorama socio-laboral. En consecuencia, es prioritario que la ley defina un modelo de representatividad patronal que contribuya a construir un sistema español de relaciones laborales moderno y desarrollado, acorde a los nuevos tiempos y a los desafíos que éstos plantean.

[515] Pues sí desplegaría efectos como convenio de eficacia limitada, según destacaba la asociación firmante al conocer la sentencia de suplicación confirmatoria de la de instancia http://www.elcorreo.com/bizkaia/economia/201410/22/tribunal-superior-confirma-anulacion-20141021234718.html.

¿UN SINDICATO DE LA GUARDIA CIVIL? LA INCOMPATIBILIDAD DEL PRINCIPIO ENTRE JERARQUÍA Y DISCIPLINA MILITAR Y LIBERTAD SINDICAL PERSISTE

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Profesor Agregado y TU Acreditado
UniversitatOberta de Catalunya (UOC)

1. EXCLUSIONES EN LA TITULARIDAD DE LA LIBERTAD SINDICAL: EL PARTICULAR CASO DE LA GUARDIA CIVIL

El art. 28.1 CE proclama que la libertad sindical es un derecho cuya titularidad es ostentada por "todos", y si bien este término debe interpretarse en sentido lato[1], también prevé la posibilidad de que determinados colectivos vean limitado su ejercicio, o bien, queden completamente exceptuados del mismo.

La libertad sindical de los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad que no tengan carácter militar (Cuerpo Nacional de Policía, cuerpos de policía de las comunidades autónomas y cuerpos de policía dependientes de las corporaciones locales – art. 1.5 LOLS y art. 104.2 CE), como se sabe, presentas algunas "particularidades" (o limitaciones)[2].

[1] OJEDA AVILÉS (1979), p. 362.

[2] Como se sabe, según la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad los miembros de la Policía Nacional pueden constituir organizaciones sindicales siempre que: a) tenga un ámbito territorial nacional; b) se limite a la defensa de sus intereses profesionales; c) estén formadas exclusivamente por miembros del cuerpo nacional de policía; y d) no pueden federarse o confederarse con otras organizaciones sindicales. Limitaciones que son similares a las establecidas para los Cuerpos de Policía Autonómicos y Locales. En la medida que el Legislador optó por limitar el derecho a los cuerpos y fuerzas de seguridad, la STC 273/1994, refiriéndose a la Policía Local, afirma que debe tenerse en cuenta que "limitar" el derecho de

Y, los funcionarios de las fuerzas armadas y de los institutos armados de carácter militar (art. 28.1 CE y art. 1.3 LOLS), en cambio, quedan excluidos de la titularidad de la libertad sindical[3].Aunque conviene recordar que, a diferencia del tratamiento del art. 127.1 CE, el art. 28.1 no prohíbe expresamente la posibilidad de que las fuerzas armadas e institutos armados ejerzan la libertad sindical, sino "por la vía indirecta de un reconocimiento con posibilidad de excepción"[4]. Y, en esta línea, el art. 1.3 LOLS, en el marco de los arts. 9.1 Convenio núm. 87 y art. 1.3 Convenio núm. 151 de la OIT[5], ha optado por la opción más restrictiva de todas las posibles ("opción cero"[6]), prohibiendo totalmente el ejercicio del derecho[7].

A partir de estas premisas, la Guardia Civil (en adelante, GC)ha quedado desprovista de este derecho, en la medida que el art. 9.b) LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante, LOFCS), se establece que es un Instituto Armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que esta Ley le atribuye, y del Ministro de Defensa

libertad sindical no es "excepcionar", pues, la libertad sindical "debe contar con una zona de existencia en la que pueda ser reconocida, lo que presupone, a su vez, la existencia de ciertos contenidos – por mínimos que estos sean – en que sustanciarse aquella libertad, pues lo contrario supondría tanto como la negación práctica de la misma". En concreto, respecto de los miembros de la Policía Local, "la libertad de sindicación no se circunscribe exclusivamente a la afiliación y constitución de organizaciones sindicales, sino que, además, aquélla también alcanza a lo que genéricamente se conoce como acción sindical", esto es, entre otros, "el derecho de información y la posibilidad de adoptar medidas de presión sindical siempre que, obviamente, no excedan los límites legalmente establecidos" (STC 273/1994). Ver al respecto, entre otros, DEL REY GUANTER (1986); FERNANDO PABLO (1987); GARCÍA JIMÉNEZ (1989).

[3] Un análisis de las dudas interpretativas que plantea el art. 28.1 CE en la enumeración de estos colectivos, OJEDA AVILÉS (1979), p. 364 y ss.; y FERNANDO PABLO (1984), p. 135 y ss. Una breve exposición del trámite parlamentario alrededor del art. 1.3 LOLS en FERNANDO PABLO (1984), p. 130; y ROJO TORRECILLA (1985), p. 15. Autor, este último, que recoge la opinión del portavoz socialista (Sr. Planas) en el debate en Pleno del Congreso en 1984, "(...) apoyándonos en el artículo 9.° del Convenio número 87 de la OIT y en el artículo 5.° del Convenio número 98 (...), el Gobierno y este grupo parlamentario han efectuado lógicamente una opción política que recoge, en su letra y espíritu, la postura del legislador constitucional. El ejercicio del derecho de libertad sindical no comprende a los miembros de la Guardia Civil, dado su estatuto jurídico y las tareas que están llamadas a desempeñar (*ex* artículos 38 y 39 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, reguladora de los criterios básicos de la defensa nacional y de la organización militar".

[4] FERNANDO PABLO (1984), p. 126.

[5] "La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las Fuerzas Armadas y a la Policía, las garantías previstas por el presente convenio". Por su parte, el art. 22 Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pese a que establecen que "1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses"; a continuación, añaden (art. 22.2 y art. 8.2) que "El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía"

[6] SAGARDOY BENGOECHEA (1985), p. 121.

[7] En este sentido, GÓMEZ CABALLERO (1994, p. 122), recogiendo el criterio de DURÁN LÓPEZ, sostiene que el Legislador español optó por una interpretación extrema del art. 9.1 del Convenio núm. 87 de la OIT, pues, ha considerado que "no es aplicable 'en ningún punto'" a dicho colectivo. De hecho, en 1987, FERNANDO PABLO (1987, nota 15, p. 34) apunta que "Ni siquiera el derecho de petición parece librarse de la represión de todo lo que tenga alguna similitud con reivindicaciones profesionales en ese cuerpo. A este respecto, téngase en cuenta la situación de algún miembro del Cuerpo acusado de sedición por ejercer lo que más parece derecho de petición que actividad sindical".

en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que éste o el Gobierno le encomienden[8].

Pues bien, recientemente, la SAN 11 de marzo 2015 (rec. 316/2014) ha confirmado que, si bien la GC, en virtud de la LO 11/2007, 22 de octubre, tiene reconocido el derecho fundamental de asociación, la imposibilidad de llevar a cabo actividades políticas o sindicales o de formar parte de partidos políticos o sindicatos no supone una violación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH);y, en concreto, de su artículo 11.2 (y la interpretación que del mismo ha llevado a cabo recientemente las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – en adelante, TEDH -, dictadas en los asuntos *Matelly v. Francia* y *ADEFDROMIL v. Francia*).

De hecho, como es bien sabido, se trata de una reivindicación histórica que se ha denegado de forma sistemática por los Tribunales[9]. El objeto de este ensayo es, precisamente, abordar el estudio de la citada resolución y los motivos alegados para mantener la negativa a que esta colectivo pueda constituir su propio sindicato. Análisis en el que, por otra parte, subyace la cuestión relativa a si cabe reconocer un derecho a la libertad sindical desprovisto de sus tres manifestaciones nucleares fundamentales (la negociación colectiva, las medidas de conflicto colectivo y la huelga); y que, tras el estudio del citado pronunciamiento, será tratado (brevemente) en la parte final del trabajo.

---

[8] Y, por otra parte, la LO 11/2011, 1 de agosto, al derogar (art. 2) el apartado 1 del art. 8 LO 11/2007, 22 de octubre, y a establecer, en su art. 1 que "La regulación contenida en el artículo 13.1 de la LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las fuerzas armadas, será también de aplicación a la guardia civil, en su condición de instituto armado de naturaleza militar". Lo que significa que el ejercicio del derecho de manifestación de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil es común en virtud del citado art. 13 LO 9/2011. Por tanto, el ejercicio del derecho de reunión *ex* LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión, queda sometido a los siguientes límites: "no podrá organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical"; y, por otra parte, "vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar, no podrá organizar, participar ni asistir en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo". Extensamente al respecto GUALDA ALCALÁ (2011).

[9] De hecho, ya en 1983 (como recoge FERNANDO PABLO, 1984, p. 147) se planteó una iniciativa similar, enviando una carta al Presidente del Gobierno y solicitando la desmilitarización de la Guardia Civil. Y, en 1986, el clandestino *Sindicato Unificado de la Guardia Civil* envió una carta al Presidente del Gobierno reivindicando, entre otros aspectos, nuevamente su desmilitarización. "El País" 18 de agosto 1986.http://elpais.com/diario/1986/08/18/portada/524700004_850215.html (última consulta: 27/10/2015). De hecho, un GC perteneciente a esta asociación fue sancionado por tratar de inscribirla (en marzo de 1987) en la Delegación de Gobierno de Madrid. Sanción sobre la que se manifestó la STC 194/1989 al confirmar la negativa del Juez de Instrucción a tramitar un procedimiento de *habeas corpus* en base a la naturaleza militar de la GC y su consiguiente sumisión al régimen disciplinario militar (y estimando que la revisión correspondía a la Jurisdicción militar). Posteriormente, como recoge OJEDA AVILÉS (1995, nota 57, p. 174), la AN en 1994 autorizó la inscripción de una asociación "cultural y social" denominada Asociación de Guardias Civiles Seis de Julio, "a la que el Ministerio de Interior había denegado el trámite por entender que el nombre inducía a error".

2. DESCRIPCIÓN DEL CASO: UN NUEVO INTENTO A TRAVÉS DEL "SINDICATO UNIFICADO DE GUARDIAS CIVILES"

En octubre de 2014, un colectivo de nueve GC acordaron la constitución de un sindicato con la denominación "SINDICATO UNIFICADO DE GUARDIAS CIVILES, en anagrama SUGC", plasmándolo en un documento firmado por todos y cada uno de los promotores. En esa reunión se adoptaron diversos acuerdos, entre los que conviene destacar los siguientes:

- Constituir un sindicato, cuya denominación es SINDICATO UNIFICADO DE GUARDIAS CIVILES, en anagrama SUGC, de trabajadores públicos de la GC, que tendrá como fines generales la defensa y promoción de los intereses sociales, económicos y profesionales que le son propios, de conformidad con el art. 7 CE y ámbito profesional de los trabajadores públicos de la GC y territorial de carácter estatal.

- Aprobar los estatutos redactados conforme al contenido establecido en el artículo 4.2 LOLS. En este sentido, conviene destacar que en el artículo 8, apartado 3.2.20 de estos Estatutos, se recoge como uno de los fines del Sindicato "La realización de los actos y acciones necesarios tendentes al pleno alcance y disfrute por parte de sus asociados de los derechos y beneficios reconocidos en la Constitución Española, y especialmente los contenidos en los arts. 9, 14 a 28, 29 a 36, 53, 54, 87, 105, 125, 139, 161 y 162 de la misma; todo ello sin vulnerar la legislación vigente y siguiendo los cauces especificados y contemplados en las Leyes".

- Aprobar la iniciación de los trámites administrativos establecidos en el artículo 4 LOLS a efectos de proceder al depósito del acta de constitución del sindicato y de sus estatutos, con la finalidad de que adquiera personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar.

El acta de constitución y los estatutos aprobados por los promotores fueron presentados en la Oficina Pública de Depósito de Estatutos del ME y SS. Por Resolución, de fecha 22 de octubre de 2014, dictada por el Subdirector General de Programación y Actuación Administrativa, se acuerda: "Declarar que se archive el expediente correspondiente a la solicitud de depósito del acta de constitución y estatutos del sindicato denominado "SINDICATO UNIFICADO DE GUARDIAS CIVILES". Decisión que, en términos generales, se fundamenta en los aspectos anteriormente descritos: esto es, que la constitución de un sindicato de esta naturaleza es contraria a los arts. 28.1 CE; art. 1.3 LOLS; y art. 9.b) LOFCS.

Los promotores, disconformes, impugnan la decisión ante la AN a partir de dos argumentos: a)El Código de Conducta que prevé el art. 7 de la Ley 29/2014, de

28 de noviembre, de Régimen Personal de la GC no limita ni excluye el derecho a sindicarse de la GC; b) La resolución impugnada omite hacer una valoración sobre el impacto de las sentencias TEDH dictadas en los asuntos *Matelly v. Francia* y *Adefdromil v. Francia*; ni tampoco sobre el art. 11 CEDH que requiere que las restricciones al derecho de libre sindicación sean legítimas[10].

Además, los promotores del Sindicato entienden que la AN debe plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el contenido del apartado 3 del artículo 1 LOLS, por considerar que es contrario al núcleo esencial del art. 28.1 CE, en relación al art.14 CE, contrarios a su vez al art. 11 CEDH.

El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal se oponen a la pretensión de los promotores del sindicato con argumentos coincidentes. El primero se opone porque entiende que la naturaleza militar y de Instituto Armado de la GC (*ex* LOCFS) hace que queda exceptuada del ejercicio de la libertad sindical en virtud de los art. 1.3 LOLS y el art. 28 CE. También se opone a la aplicación del art. 11 CEDH porque el instrumento de ratificación por parte del reino de España introduce una reserva en la aplicación del art. 11.2 CEDH en la medida en que fuera incompatible con los arts. 28 y 127 CE. En cuanto a las sentencias del TEDH que se traen a colación, la doctrina constitucional (expuesta en la STC 219/2001[11] y los recursos previos de inconstitucionalidad que en su día se interpusieron contra el proyecto de la LOLS[12]) estima que son suficientes para descartar su aplicación al presente caso.

El Ministerio Fiscal articula su oposición en base a los mismos pilares argumentales. Respecto de lo apuntado por el Abogado del Estado añade que el art. 44 CEDH requiere que las sentencias sean firmes y en este caso no consta su firmeza. Por otra parte, recuerda que el art. 46 CEDH establece que la sentencia sólo concierne a las partes en el proceso y España no lo fue. Y, finalmente, concluye que

[10] En concreto, el art.11 CEDH reconoce la Libertad de asociación en los siguientes términos: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado".

[11] Y que trae causa en la STS\C-A 30 de junio 1997 (rec. 6035/1993) y que anula. Recuérdese que en virtud de la STC 219/2001, ante la denegación de la inscripción de una modificación de los Estatutos de una Hermandad de las Fuerzas Armadas, en la que se establecía su carácter reivindicativo, el TC sostiene que la asunción de tales objetivos no era suficiente para atribuir la condición de sindicato a los efectos del art. 28.1 CE a dicha asociación. Especialmente porque entre los rasgos de un sindicato destaca "su esencial vinculación con la acción sindical que (…) se plasma en el ejercicio del derecho de huelga (art. 28.2 CE), en la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y en la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE)".

[12] STC 98/1985 (Recursos previos de Inconstitucionalidad números 584, 585, 594/1984, acumulados).

la situación de hecho en Francia no es la misma que en España y cuando falla el elemento fáctico las soluciones jurídicas no pueden ser las mismas.

3. FUNDAMENTACIÓN DEL FALLO: EL ART. 1.3 LOLS SE AJUSTA AL ART. 11 CEDH (PESE A NO SER APLICABLE A NIVEL INTERNO)

La AN centra la cuestión litigiosa en los términos siguientes: "debemos analizar si la denegación por la Administración del depósito de acta de constitución y estatutos del sindicato, con base en el artículo 1.3 de la LOLS interpretado a la luz del art. 11 CEDH y de la doctrina del TEDH es contraria a derecho como mantiene la parte demandante, o por el contrario, como mantiene el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, la resolución impugnada es ajustada a derecho".

La AN, tras recordar que el art. 15 LOFCS dispone que "los miembros de la Guardia Civil no podrán pertenecer a partidos políticos o sindicatos ni hacer peticiones colectivas", hace una exposición detallada del derecho de asociación expuesto en el Preámbulo de la LO 11/2007[13], de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil; y de su posterior desarrollo en el cuerpo de dicho texto legal. Y, en este sentido, recuerda que, de acuerdo con el art. 9.5, el reconocimiento del derecho de asociación a los miembros de la GC no incluye aquellas actividades que lesionen la debida neutralidad política del Instituto, así como las que incidan en el campo reivindicativo propio de las organizaciones sindicales (esto es, negociación colectiva, la huelga o la adopción de medidas de conflicto colectivo)[14].

Esto implica, siguiendo el razonamiento de la AN, que los GC tienen reconocido el derecho fundamental de asociación en una doble vertiente: la genérica (*ex* LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación); y la específicamente profesional (*ex*LO 11/2007), para la promoción de sus intereses profesionales, siempre que no incluyan actividades de naturaleza sindical. Y, dicha exclusión es ciertamente explícita en el texto de la LO 11/2007, respecto de los miembros individualmente considerados (arts. 11 – no sindicación; art. 12 – no huelga; art. 18.1 – no fundar ni afiliarse a sindicatos ni partidos políticos, ni tampoco participar en

[13] Y que, en esencia, delimita los aspectos esenciales para configurar estas asociaciones profesionales: carácter no lucrativo, posibilidad de obtener subvenciones públicas, medios que se ponen su disposición, y condiciones para que las asociaciones puedan celebrar reuniones en centros oficiales de la Guardia Civil

[14] De hecho, recuérdese que la LO 11/2007 crea y regula (Título VII) el "Consejo de la Guardia Civil". Se trata de un órgano colegiado integrado por representantes de los miembros de la GC (elegidos, a través de un proceso electoral, por ellos mismo y al que pueden concurrir las propias asociaciones o agrupaciones de electores no asociados) y de la Administración, con el fin de mejorar tanto las condiciones profesionales de los Guardias Civiles como el funcionamiento de la propia Institución. Extensamente al respecto, FERNÁNDEZ ALLÉS (2014), p. 136 y ss. Repárese que, en cualquier caso, supone romper con el principio de absoluta heteronomía estatal de los intereses profesionales de la GC (SALA FRANCO y ALBIOL MONTESINOS, 2000, p. 543).

actividades políticas ni sindicales), como de las asociaciones que eventualmente puedan constituir (art. 36 – finalidad principal de las asociaciones de GC es la satisfacción de los intereses sociales, económicos y profesionales de sus asociados y la realización de actividades sociales que favorezcan la eficiencia en el ejercicio de la profesión y la deontología profesional de sus miembros; y art. 41 – las asociaciones no tienen reconocido el ejercicio del derecho de huelga, las acciones sustitutivas de las mismas, la negociación colectiva, la adopción de medidas de conflicto colectivo ni tampoco pueden realizar acciones que excedan el ejercicio de los derechos reconocidos a los miembros de la GC por la LO 11/2007 y, en especial, los de los arts. 7 y 8).

Matriz normativa que se alinea totalmente con el contenido de la STC 219/2001 (que cita la STC 67/1985). En concreto, este pronunciamiento, tras afirmar que el derecho de asociación (*ex* art. 22 CE) "se refiere a un género -la asociación- dentro del cual caben modalidades específicas", y, entre ellas, aquellas con "con especial relevancia constitucional, como son los sindicatos, los partidos políticos y las asociaciones empresariales (arts. 6 y 7 CE)", declara que ahí no puede extraerse ("nada permite afirmar") que "una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda ser equiparado al mismo a los efectos del art. 28.1 CE". Especialmente porque los rasgos o caracteres de tales instituciones están esencialmente vinculados con la acción sindical, plasmada (entre otras, SSTC 98/1985; 134/1994; y 74/1996) en el ejercicio del derecho de huelga (art. 28.2 CE), en la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y en la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE). Medios de acción suficientemente significativos como para que "el art. 28.1 CE haya permitido que la ley llegue incluso a exceptuar del ejercicio del derecho de libertad sindical a los miembros de instituciones que están sometidas a la disciplina militar..."[15].

Llegados a este punto, en la medida que las asociaciones de GC experimentan una limitación de derechos, pues, no pueden desarrollar "actividades sindicales", la AN aborda la cuestión relativa a si este recorte (siguiendo a la STC 57/1994) es necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, si es respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido. Parámetros que, en caso de concurrir, justificarían que bienes e incluso intereses constitucionalmente relevantes pudieran forzar al derecho fundamental a ceder.

Y, en este caso, la AN estima que la menor extensión de los derechos fundamentales de los GC queda justificada porque deben coexistir con los bienes y

[15] Sin olvidar que (STC 103/2004) "el derecho fundamental se integra no sólo por su contenido esencial sino también por esos derechos o facultades adicionales, de modo que los actos contrarios a estos últimos son también susceptibles de infringir dicho art. 28.1 CE".

funciones constitucionales, así como la relación especial de sujeción a la que estos funcionarios están sometidos (la jerarquía, disciplina y subordinación y la eficacia necesarias para el adecuado cumplimiento de las funciones constitucionales que tiene atribuidas la Administración militar - STC 81/1983). No obstante, advierte que esta especial intensidad de sujeción será justificadora de una limitación de derechos mayor que la del resto de funcionarios sólo si "es adecuada, necesaria y proporcionada para los fines constitucionales a cuyo servicio se establecen (STC 21/1981)".

En este sentido, las concretas misiones que han de desempeñar, la peculiar estructura organizativa y de funcionamiento de la institución en la que se integran y la obligación de neutralidad e imparcialidad que les es exigible (*ex* art. 18 LO 11/2007) condiciona la limitación legítima de sus derechos fundamentales. Sin embargo, en la medida que el art. 9 LO 11/2007 habilita a las asociaciones de GC a defender los derechos profesionales, económicos y sociales de sus miembros y que, a su vez, una de las finalidades de los sindicatos es (*ex* art. 7 CE) la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales, emerge un espacio de conflicto, pues, como apunta la AN, surge la cuestión de delimitar con la necesaria concreción qué tipo de actividades sindicales son las que deben abstenerse. Y, llegados a este extremo, retomando un argumento ya expuesto con anterioridad, la sentencia concluye que debe entenderse que el contenido mínimo de la actividad sindical a la que se refiere la LO 11/2007 está constituido por el contenido de los arts. 28.1 CE, art. 2.2 d) LOLS y art. 41 LO 11/2007.

Una vez admitida que esta específica limitación a los derechos fundamentales de los GC es ajustada a los parámetros constitucionales, la AN resuelve la posible incompatibilidad del art. 1.3 LOLS con el CEDH y la doctrina del TEDH. Y, en este sentido, el Tribunal se alinea con el criterio defendido por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. De modo que afirma que no puede entenderse que se esté violando el art. 11.2 CEDH porque España (*ex* art. 64 CEDH) hizo reserva de aplicación de la norma en la medida en que fuera incompatible con los arts. 28 y 127 CE. Extremo que sería, *a priori*, suficiente para descartar la cuestión relativa a la interpretación del art. 11 efectuada en las sentencias del TEDH, ambas de fecha 2 de octubre de 2014 (asuntos *Matelly vs. Francia*[16]y *ADEFDROMIL vs. Francia*[17]).

[16] Relativo a un oficial de la Gendarmería, fundador en 2009 de "Gendarmes y ciudadanos", asociación dotada de un foro en internet en el que se efectuaban reivindicaciones profesionales. La dirección de la Gendarmería instó a dicho fundador, así como al resto de gendarmes en activo miembros, a dimitir. Elevado recurso ante el Consejo de Estado frente a la citada orden, este lo rechazó

[17] Relativo a la Asociación de Defensa de los Derechos de los Militares (ADEFDROMIL), creada por dos antiguos oficiales (el primero del Ejército de Tierra y el segundo de la Gendarmería). El Consejo de Estado rechazó los recursos de esta Asociación contra los actos administrativos por los que se impedía su actividad, apoyándose en la prohibición de sindicarse de los militares.

No obstante, la AN no soslaya la cuestión y recuerda que, en ambos pronunciamientos, la Corte sostiene que el párrafo 2 del citado artículo cita expresamente a las Fuerzas Armadas y a la policía entre aquéllas que pueden ser objeto de restricciones legítimas por parte de los Estados, sin que por ello el derecho a la libertad sindical de sus miembros se vea cuestionado. En ambas sentencias se destaca, no obstante, que las restricciones que se pueden imponer a los grupos que cita el precepto exigen una interpretación estricta y deben, por consiguiente, limitarse al ejercicio de los derechos en cuestión, sin que puedan atentar a la esencia misma del derecho a organizarse. De modo que las restricciones que afecten a los elementos esenciales de la libertad sindical, sin los cuales el contenido de esta libertad quedaría privado de su esencia, no serían aceptables. Y, en este sentido, sostiene que el derecho a formar un sindicato y a afiliarse al mismo forma parte de esos elementos esenciales. Finalmente, remarca que para ser compatible con el párrafo 2 del artículo 11, la injerencia en el ejercicio de la libertad sindical debe estar prevista por la ley, inspirada por uno o varios objetivos legítimos y ser "necesaria en una sociedad democrática" para la persecución de tal o tales objetivos.

La exposición resumida de las sentencias de octubre de 2014 permite a la AN afirmar – del mismo modo que al Ministerio Fiscal – que "los concretos supuestos sometidos a la decisión de la Corte responden a la singularidad de los hechos a los que las sentencias se refieren". Y, en concreto, al régimen jurídico francés (Código de Defensa y la jurisprudencia del Consejo de Estado) que, en términos amplios y generales, prohíben totalmente todas las agrupaciones profesionales o asociaciones de miembros de la gendarmería, creados especialmente con el objetivo de defender a promover los 'intereses materiales y morales' de los miembros. Porque, a los ojos de la legislación francesa (y en opinión del TEDH), "son vistos ipso facto", como agrupaciones o asociaciones "de carácter sindical". Lo que, lógicamente, afecta al derecho de los miembros de la gendarmería a organizarse para promover y defender sus intereses.

Lo que, puntualiza la AN, no significa que las sentencias deban interpretarse como si "los miembros de las Fuerzas Armadas o de la policía, tienen necesariamente el derecho a formar un sindicato o de afiliarse a él". Especialmente porque en el marco del Derecho comparado, la libertad sindical y la afiliación se entienden como el derecho a emprender una acción reivindicativa, con miras, o en el marco de, un conflicto social (al que le acompaña una inmunidad frente a eventuales responsabilidades contractuales o delictivas). Y, es claro que esta naturaleza reivindicativa casa difícilmente con los roles y funciones de los miembros de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas de policía. Por este motivo, en ciertos países se prohíbe a los miembros de estos cuerpos a afiliarse

a un sindicato. De modo que, para proteger sus intereses o, para la defensa de su situación material y moral, se les permite, no obstante, formar o afiliarse a asociaciones o federaciones que desempeñan funciones similares a las de un sindicato, salvo, evidentemente el derecho de huelga.

Y, este planteamiento – recoge la AN - se alinea con el defendido por la STEDH 27 de octubre de 1975 núm. 4464/70, *Nationalunion of Belgianpolice vs. Belgium*, en virtud de la cual, tal y como sintetiza la propia AN, "lo importante no es la denominación de tal o cual asociación, sino su función y su capacidad para gestionar los intereses profesionales o sociales de sus miembros. Desde el momento en que una asociación tiene por objetivo (O entre sus objetivos) la gestión o promoción de los intereses profesionales o sociales de los miembros de las Fuerzas Armadas o de la policía, no tiene necesidad de ser un sindicato para cumplir con las exigencias del artículo 11.1".

De modo que, como afirma la AN, desde el momento en que la LO 11/2007 reconoce el derecho de asociación profesional de los GC para la defensa y promoción de sus intereses profesionales, económicos y sociales, no tiene necesidad de ser un sindicato para cumplir con las exigencias del artículo 11.1 CEDH. Lo que permite concluir que las restricciones legales previstas por el ordenamiento jurídico español, pese a no estar sometidas a su contenido, encuentran fundamento en el artículo 11.2 CEDH y en la interpretación del mismo del TEDH, porque las restricciones están previstas por una Ley que está inspirada por los objetivos legítimos de neutralidad e imparcialidad que exige el art. 18.2 LO 11/2007.

Por todo ello, el interés de los promotores del Sindicato a que la AN plantee una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional no puede prosperar porque en opinión de la AN, "la limitación del ejercicio del derecho se encuentra justificada y es adecuada, necesaria y proporcionada para los fines constitucionales a cuyo servicio se establecen". De modo que el "ajuste a la Constitución no condiciona la sentencia que hemos de dictar y quiebra uno de los presupuestos para que traslademos al Tribunal Constitucional las dudas que al respecto pudiéramos albergar".

4. (BREVE) VALORACIÓN CRÍTICA (Y FINAL): LA INCOMPATIBILIDAD DE PRINCIPIO ENTRE JERARQUÍA Y DISCIPLINA MILITAR Y LIBERTAD SINDICAL PERSISTE

La doctrina de las sentencias del TEDH no ampara que la defensa de los derechos e intereses profesionales del colectivo de la GC deba llevarse a cabo

ineludiblemente a través de un genuino Sindicato. A su vez, el CEDH tampoco exige que la canalización de estas pretensiones deba llevarse a cabo a través de estas instituciones. En la medida que el marco normativo español habilita en la Constitución y en la normativa de desarrollo la constitución de asociaciones para la defensa de sus intereses[18], parece – al igual que defiende la AN, el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal – que el ordenamiento jurídico español está alineado con el CEDH y la interpretación que del mismo ha hecho del TEDH.

Sin duda, como ya ha manifestado la doctrina, persiste la incompatibilidad de principio entre jerarquía y disciplina militar (principios del «ordenamiento militar») y libertad sindical[19]. De hecho, la STS\Militar 1 de febrero 1993 (rec.28/1992) declara que "No anda desacertado el recurrente cuando dice que no se puede prohibir o sancionar el pensar o discurrir, como acto interno e íntimo del individuo, pero sí que le está vedado el que -como ha quedado demostrado- haya hecho manifestaciones en favor de una u otra fuerza sindical y la labor de proselitismo llevada a cabo en favor del Sindicato Unificado de la Guardia Civil: lo prohíbe la Constitución Española (art. 28); lo prohíben las RR.OO. (arts. 180 a 182); lo prohíben los arts. 9.b, 13 y 15.2 de la LO 2/1986, de 13 marzo; y lo sancionan los arts. 9.28 de la LO 12/1985 y 8.3, 9.1 y 9.8 de la LO 11/1991)".

Sin olvidar que la neutralidad política que les es exigible y su subordinación al poder civil exigen que los intereses profesionales de sus miembros del Ejército queden por entero a merced del aparato del Estado[20]. Lo que lleva a que la única alternativa para superar esta dicotomía es la de potenciar un asociacionismo reforzado[21].

---

[18] Facultad implícitamente apuntada por la STC 291/1993, al declarar que la negativa del Registro de Asociaciones del Ministerio de Interior de aceptar la inscripción de la llamada "Unión Democrática de Guardias Civiles" *ex silentio*, esto es, "sin dar respuesta sobre las razones de tal denegación o acerca de los defectos -subsanables o no- que pudieran afectar a la documentación presentada", debía calificarse como una vulneración del derecho de asociación. Sin llegar a afirmar que la Administración esté obligada a la inscripción (como recuerda la STS\Militar 15 de marzo 1996, rec. 245/1995), el TC declara que "la actuación administrativa supuso en este caso una obstaculización enteramente inmotivada del pleno ejercicio del derecho entonces invocado, pues es claro que la libertad de asociación no se realiza plenamente sino cuando se satisface la carga de la inscripción registral que la Constitución impone (art. 22.3) y que la Administración no puede denegar arbitraria o inmotivadamente".

[19] FERNANDO PABLO (1984), p. 102; y LAHERA FORTEZA (2000), p. 170.

[20] FERNANDO PABLO (1984), p. 102. De hecho, la STC 101/1991 declara que "que la finalidad de la limitación impuesta por la Disposición adicional tercera de la LOLS se asienta en el citado principio de neutralidad, que a su vez, al igual que otros particulares rasgos organizativos de la institución militar, encuentra su justificación en los fines que el art. 8 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas (SSTC 97/1985, 107/1986, 161/1987 y 77/1988)".

[21] FERNANDO PABLO (1984, p. 129), por ejemplo, habla de la posibilidad de crear un "sindicato militar" desprovisto del derecho de huelga y el de negociación colectiva.

A su vez, – como apunta el Ministerio Fiscal – en este caso también subyace la cuestión relativa a si es posible construir una libertad sindical restringida en la que no se desnuclearice el derecho sindical de sus funciones más representativas, de su núcleo indisponible que comprende las tres actividades que caracterizan a un sindicato (la negociación colectiva, las medidas de conflicto colectivo y la huelga)[22]. Y, en este sentido, cabe pensar que efectivamente, a pesar del "parentesco"[23] entre el derecho de asociación y la libertad sindical, (a partir de toda la doctrina constitucional reproducida) resultaría muy forzado admitir que una restricción de esta naturaleza mantendría reconocible a la libertad sindical[24].

De modo que cabe entender que mientras persista la naturaleza militar de la GC difícilmente podrá admitirse la constitución de un sindicato para la defensa de sus intereses profesionales.

BIBLIOGRAFÍA

DEL REY GUANTER (1986). Los derechos colectivos en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Revista de Trabajo, nº 84.

FERNANDO PABLO (1984). «Ejercito, policía y libertad Sindical». *Revista de Política Social*, nº 144.

FERNANDO PABLO (1987). «Policía y libertad sindical: desarrollo constitucional y desarrollo estatutario». *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 18

FERNÁNDEZ ALLÉS (2014). «Las funciones del derecho de asociación en el régimen constitucional español». *Derechos y Libertades*, nº 30.

GARCÍA JIMÉNEZ (1989). «La libertad sindical de los funcionarios de los Cuerpos de Seguridad». *Revista de trabajo*, nº 93.

GÓMEZ CABALLERO (1994). *Los derechos colectivos de los funcionarios*. CES, Madrid.

GUALDA ALCALÁ (2011). «La doctrina constitucional sobre el derecho de reunión o manifestación con fines sindicales o reivindicativos». *Revista de Derecho Social*, nº 55.

LAHERA FORTEZA (2000). *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*. CES, Madrid.

OJEDA AVILÉS (1979). «La Libertad Sindical». *Revista de Política Social*, nº 121.

OJEDA AVILÉS (1995). *Derecho Sindical*. Tecnos, Madrid (7ª Edición).

ROJO TORRECILLA (1985). «La Ley Orgánica de Libertad Sindical». *Revista de Política Social*, nº 148.

SAGARDOY BENGOECHEA (1985). «El ámbito de aplicación de la LOLS». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº Extra 7.

SALA FRANCO y ALBIOL MONTESINOS (2000). *Derecho Sindical*. Tirant Lo Blanch, Valencia (6ª Edición).

[22] Y, sin duda, ésta ha sido una discusión con un largo recorrido doctrinal. Por ejemplo, ya lo apunta (con respecto al sindicalismo militar), FERNANDO PABLO (1984), p. 127.

[23] OJEDA AVILÉS (1979), p. 349.

[24] Tal y como apunta el Ministerio Fiscal en relación a la sentencia objeto de comentario: "es difícil encontrar una restricción de esa naturaleza que siga manteniendo en pie que lo que se construye es un derecho sindical".

"ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE CLÁUSULAS DE SEGURIDAD SINDICAL PACTADAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA"

Carmen Ferradans Caramés
Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

ÍNDICE

1. Marco normativo
2. Valoración de las cláusulas de seguridad sindical en la jurisprudencia
2.1. Nulidad de acuerdos más favorables a afiliados
2.2. Cláusulas que amplían o mejoran los derechos sindicales de afiliados en la empresa, secciones sindicales y delegados sindicales
3. Conclusiones

1. MARCO NORMATIVO

La libertad sindical es un derecho fundamental de contenido complejo (artículo 28.1 Constitución Española), que integra un sinfín de manifestaciones[25], entre las que se encuentran facultades jurídicas y derechos potestativos, además de libertades y límites. El ejercicio de este derecho fundamental puede ser realizado tanto desde una perspectiva individual como colectiva (artículo 2

25 Entre otras, STC de 25 de marzo de 1983, de 3 de abril de 1989, de 25 de julio de 1995 y de 11 de noviembre de 2002, "*… por muy detallado y concreto que parezca el artículo 28.1 CE a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerársele como exhaustivo o limitativo, sino meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de la libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad".*

Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical), protegiéndose su doble faceta, positiva (derecho de afiliación) y negativa (derecho a la no afiliación) y prohibiéndose conductas que impidan o transgredan su ejercicio (artículo 12 LOLS).

Las cláusulas de seguridad sindical (*union security*) son aquellas en cuya virtud se condiciona el empleo o el disfrute de determinada ventaja a la afiliación o a la elección de una determinada opción sindical. Son cláusulas que nacen de la autonomía colectiva y que en ningún momento deben confundirse con aquellas que prohíban el ejercicio en sentido positivo del derecho de sindicación, que están prohibidas. Su fundamento está en la libertad de autorregulación y en la disponibilidad de poderes y ámbitos que corresponden exclusivamente a las partes. Sin embargo, cuando un trabajador individual se ve obligado a cursar una afiliación a un sindicato, se opondrá la operatividad del derecho a la libertad sindical al derecho al trabajo (si éste se encuentra de alguna forma comprometido) a la libertad ideológica y a la objeción de conciencia e incluso a la igualdad y no discriminación (si se trata de justificar el acceso a una determinada ventaja o para defender la proscripción de una que se le deniega por ese mismo criterio de la no afiliación).

Se pueden encontrar referencias en textos internacionales y nacionales a la no obligación de pertenecer a una asociación (artículo 20 Declaración Universal de Derechos Humanos), así como al derecho que tiene toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (art.23.4 DUDH). Asimismo, existen algunas alusiones en los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, respectivamente, sobre "libertad sindical y protección del derecho de sindicación" y sobre "el derecho de sindicación y de negociación colectiva", aprobados en 1948 y 1949. Los artículos 2 y 5 del Convenio 87 incluyen un amplio reconocimiento de la libertad sindical individual y colectiva, sin ninguna mención al aspecto negativo de la misma. Y en el Convenio 98 no se contempla previsión alguna sobre la libertad sindical negativa, la libertad de no afiliación, y se excluye la mención a toda convención libremente concluida en el seno de un convenio colectivo aunque haga de la afiliación a un determinado sindicato una condición de empleo. No obstante, los Convenios 87 y 98 OIT pretenden evitar toda discriminación en el empleo basada en la afiliación sindical (exclusión, despido u actos que perjudiquen al trabajador en su relación contractual por este criterio de distinción) y, por ende, el reconocimiento del derecho de sindicación y del derecho de elección de sindicato debe permitir la conclusión de disposiciones y acuerdos colectivos que promocionen la afiliación, pero no de aquellos que impidan la afiliación o una libre selección de la organización sindical. No se amparan supuestos de separación del empleo por la no afiliación, ni de sindicación forzosa o a un solo

sindicato. Eso sí, la normativa no fuerza al trabajador a asociarse, pero tampoco prohíbe de forma tajante que se le pueda presionar para que lo haga (más aún si no es el Estado), sino que debe valorarse y ponderarse cada caso concreto.

A nivel europeo, el Comité de Expertos Independientes[26], órgano principal en la interpretación y vigilancia de la aplicación de los mandatos de la Carta Social Europea, de 1961, que reconoce el derecho al trabajo, a la libertad sindical y a la negociación colectiva (artículos 1,5 y 6), emite la siguiente doctrina sobre esta materia: 1) La Carta prohíbe la sindicación obligatoria impuesta por el Estado; 2) No se condenan expresamente las cláusulas de seguridad sindical, pero es acorde a la Carta Social Europea prohibir el despido de un trabajador por el hecho de que no sea miembro de un sindicato o de un sindicato determinado; 3) Son contrarias a la Carta disposiciones, legales o convencionales, que autoricen a un empleador a despedir a un trabajador que rechace ser miembro de un sindicato o de uno determinado; 4) Son contrarias a la Carta aquellas disposiciones, legales o convencionales, que autoricen el despido de un trabajador que rechace continuar afiliado a un sindicato.

Asimismo, la Declaración de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), establecen referencias como la del artículo 11 de esta última, que declara el derecho de empresarios y trabajadores a asociarse libremente con el fin de constituir organizaciones profesionales o sindicales, sin que ello pueda suponerles perjuicios personales o profesionales.

En el ámbito interno, nuestra Constitución reconoce la libertad sindical negativa, lo que tiene efecto reflejo en sede legislativa (art. 28.1 *in fine* CE; art. 2.1.b) LOLS). Simultáneamente se prohíben las conductas que transgreden o impiden el ejercicio de la libertad sindical, tanto en su faceta positiva como negativa, y las que sean discriminatorias por razones sindicales (art. 14 CE). A consecuencia de ello, el artículo 12 LOLS establece que "*serán nulas y sin efectos… las cláusulas de los convenios colectivos…que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio en general de actividades sindicales*" y el artículo 17.1 ET considera nulas y sin efectos, "*las cláusulas de los convenios colectivos…*

[26] Muy influenciado por la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Entre otras, sentencias "Sorensen y Rasmusen", "Sibson" y "Gustaffson". El TEDH no prohíbe de forma absoluta estos pactos ni equipara la libertad sindical positiva y la negativa, pero de su doctrina se deduce que esta última debe ser protegida, debiendo las medidas que puedan afectarla estar justificadas, y valorando caso a caso los motivos aducidos que pudieran justificar estos acuerdos que, como regla general, no serían admisibles.

que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo…, a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de… adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos".

En el ordenamiento jurídico español cláusulas como las de taller cerrado o mantenimiento del empleo son consideradas ilegales, por infringir directamente el derecho de afiliación, ya sea positivo o negativo, si bien la fórmula de las cláusulas de seguridad sindical como mecanismo para atribuir algunos derechos de forma favorable a los afiliados a determinados sindicatos e impulsar, por ende, la afiliación no está tajantemente prohibida, sino que debe ser ponderada en cada caso concreto.

Es indudable que la tasa de afiliación sindical es baja, en torno al 17,5% del total de empleados asalariados por cuenta ajena a nivel Estatal[27], porcentaje que varía en función del volumen de trabajadores de las empresas. A este resultado coadyuvan algunas características de nuestro sistema de relaciones laborales: 1) Que la representación unitaria tenga asignada una tarea de representación y defensa del conjunto de los trabajadores, y no sólo de los afiliados a los sindicatos que componen la misma, dado que es necesaria una acción sindical eficaz, dentro y fuera de los centros de trabajo, en beneficio de todos los asalariados y 2) Que la negociación colectiva estatutaria tenga efectos *erga omnes,* para todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación funcional y territorial del convenio colectivo, independientemente de su afiliación o no a los sindicatos que participan en la comisión negociadora que concluye el convenio colectivo. Y a estos datos hay que añadir que alrededor del 87% de las empresas españolas, por su número de trabajadores, tienen vedada la elección de un representante unitario de los trabajadores y, correlativamente, entre otros efectos, no pueden celebrar asambleas (presididas por representación unitaria), no pueden plantear conflictos colectivos, no pueden prestar asesoramiento a los trabajadores a la hora de firmar un finiquito, lo que conlleva la existencia de una negociación más directa, y potencialmente debilitada, entre empresa y trabajador, con mayores riesgos de imposición unilateral de las condiciones de trabajo por una parte, la empresarial, a la otra, la trabajadora. Por ello, para colmar esta laguna es importante incentivar una mayor presencia de afiliados e impulsar la acción de la representación sindical, a lo que puede contribuir, en su caso, el contenido de determinadas cláusulas en los convenios colectivos que se negocian.

2. VALORACION DE LAS CLÁUSULAS DE SEGURIDAD SINDICAL EN LA JURISPRUDENCIA

[27] Según los datos reflejados en el informe de la OCDE sobre densidad sindical. Los datos españoles son parejos a los de países como Holanda, Suiza o Alemania, y por encima de otros países como Francia (7,7%) o Estados Unidos (10,8%).

Existe un reconocimiento constitucional del derecho de no sindicación como parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical en su dimensión individual[28], de conformidad con el cual la no afiliación sindical debe ser consecuencia de un acto libremente querido por el trabajador y no producto de presiones empresariales o de otro tipo; eso sí, la liberad sindical negativa no impide el establecimiento de medidas legales de favorecimiento de la sindicación ni de medidas que traten de favorecer la presencia del sindicato en la empresa[29], dado que, entre otros motivos, según el artículo 7 CE, el sindicato tiene atribuido un rol de defensa y protección de los intereses económicos y sociales que les son propios, para lo que se le asignan derechos y competencias.

Por lo tanto, el reconocimiento de la libertad sindical negativa no impide que el legislador conceda unos derechos a los trabajadores afiliados o que el contenido de estos sea diverso que el de de aquellos que no se afilien. No se está favoreciendo la sindicación obligatoria, y la diferencia de régimen jurídico será legítima sí lo es dentro del campo de actuación del artículo 14 CE, siempre que no entrañe presión o coacción. Es decir, en esta materia entra en juego el principio de no discriminación entre afiliados y no afiliados (14 CE, 4.2.c) ET), lo que genera como consecuencia que las cláusulas colectivas de seguridad sindical tengan un espacio limitado.

En este sentido, incluso en la propia LOLS, artículos 8 y 10.3.3º, se establecen algunos derechos sindicales diferenciados para los afiliados a determinados sindicatos[30], que contribuyen al fortalecimiento de un pilar esencial del Estado Social consagrado en la Constitución, el fenómeno sindical.

A consecuencia del juego del derecho a la libertad sindical y del principio de no discriminación, de conformidad con lo establecido en los artículos 28.1 y 14 CE y 17 ET, a continuación se analizará cómo la jurisprudencia generalmente ha declarado la nulidad y carencia de efectos de acuerdos concluidos en el marco de la negociación colectiva, que contenían o suponían cualquier tipo de discriminación, directa o indirecta, en el empleo o en el ámbito de retribuciones, jornada o demás condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, mientras que, sin embargo, determinadas cláusulas de ventajas reservadas, fundamentalmente relacionadas con la mejoras de los derechos sindi-

[28] Entre otras STC 12/1983, de 22 de febrero y 68/1982, de 22 de noviembre.

[29] STC 142/1993, de 22 de abril.

[30] Concretamente, se concede a los sindicatos más representativos ciertas ventajas en el artículo 8.2 LOLS, bajo la rúbrica "De la acción sindical", y en el artículo 10 LOLS, que establece tres niveles de secciones sindicales, secciones de todo sindicato, cualquiera que sea su número de afiliados, que tienen derecho a recibir la información que les remitan los sindicatos a que pertenezcan, celebrar reuniones y constituir secciones sindicales (art. 8.1 LOLS); las de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa (que tienen los derechos mínimos incluidos en el artículo 8.2 LOLS); y finalmente las secciones de los sindicatos que tienen derecho a nombrar delegados sindicales en empresas de más de 250 trabajadores.

cales de afiliados a ciertos sindicatos, en unas ocasiones son declaradas nulas y sin efectos y en otras han sido admitidas e incardinadas dentro de la constitucionalidad y legalidad[31].

1.1 Nulidad de acuerdos más favorables a afiliados

Desde años atrás se pueden localizar sentencias que, cuando sobrevienen determinadas vicisitudes, declaran la nulidad de ciertos acuerdos que conllevan un trato más favorable a los afiliados del sindicato firmante.

Ejemplo paradigmático de lo que se indica se encuentra en sentencia del TSJ Extremadura, 21 junio de 1996, rec.408/1996, en la que se dilucida si, en el contexto de un conflicto laboral, un pacto que contempla que tras la próxima adjudicación de un servicio al nuevo concesionario se le obliga, únicamente, a la subrogación de los afiliados al sindicato que negocia el acuerdo, con exclusión de los no afiliados, puede suponer un trato de favor a los afiliados al sindicato al que pertenecen los negociadores. La sentencia emitida por el TSJ es estimatoria, al entender que con este pacto se infringe no sólo el artículo 28.1 CE, el derecho a la libre sindicación en su vertiente negativa, sino también el artículo 14 CE. Así como en sentencia del TSJ Galicia, de 21 de junio de 1993, rec.1773/1993, en la que tras concluirse un expediente de regulación de empleo, se pactó una mayor indemnización para los trabajadores afiliados al sindicato del que eran miembros los integrantes del Comité de Empresa que lo negoció, suponiendo ello, según el fallo emitido, una discriminación positiva para los afiliados, que provoca la lesión del derecho a la libre sindicación, en su vertiente negativa, y el de actividad sindical, al no asumir en su integridad la central obrera que finalizó el pacto una de sus funciones esenciales: la promoción y defensa de los intereses económicos y sociales de todos los trabajadores. Y en STS de 3 de junio de 2008, rec.177/2004, que considera que constituye un indicio de discriminación por afiliación a un determinado sindicato la constatación de que el número de afectados por un despido colectivo corresponde mayoritariamente a los afiliados a un sindicato, mientras que el resto de sindicatos tienen un número muy inferior de afectados, de lo que se deduce la existencia de una diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o no y por razón de la afiliación a un sindicato y no a otro.

De la doctrina emanada de estos pronunciamientos judiciales se desprende que no se puede utilizar la negociación colectiva para instaurar determinados beneficios laborales supeditados a la afiliación. Por lo tanto, los trabajadores comprueban que su incorporación a una organización sindical no repercute favorablemente en sus

[31] El análisis se va a centrar en la viabilidad legal de las cláusulas de ventajas reservadas, dejando a un lado otras como las de taller cerrado, mantenimiento de la afiliación, etc…, que se consideran ilegales por infringir directamente el derecho individual de afiliación, ya sea positiva o negativa.

posibilidades de obtener un puesto de trabajo, y tampoco, una vez logrado el mismo, en su mantenimiento, ni en su retribución y condiciones laborales; el convenio colectivo que corresponda se les va a aplicar en condiciones de igualdad con los trabajadores asociados o no a las organizaciones sindicales que lo concertaron , y, finalmente, de existir, los órganos unitarios de representación van a velar por sus intereses, haciendo abstracción de su pertenencia a un sindicato o no. Los trabajadores, por ende, aunque pueden reconocer la utilidad de los sindicatos y la acción sindical, difícilmente visualizan la utilidad de la afiliación, pues la mayoría de los efectos de la acción sindical les llega, estén afiliados o no, a lo que se suma el temor a eventuales represalias o discriminaciones que se les pueda ocasionar por razón de la afiliación sindical.

Es decir, como ya se ha resaltado, la representación unitaria representa a todos los trabajadores del centro de trabajo, no sólo a los afiliados, la negociación colectiva estatutaria tiene unos efectos *erga omnes* y de conformidad con la doctrina judicial reseñada los acuerdos de empresa y los períodos de consultas previos a la adopción de determinadas medidas de flexibilidad externa e interna, deben respetar de forma escrupulosa el principio de igualdad y no discriminación entre afiliados y no afiliados a los sindicatos pactantes. Consecuentemente, el margen del que se dispone en la negociación colectiva para introducir incentivos a la afiliación es escaso. No son admisibles tratos más favorables por razón de la afiliación y, en su caso, debe valorarse si se pueden introducir por vía convencional ciertas ventajas, fundamentalmente relativas a los derechos colectivos de los afiliados a determinados sindicatos.

2.2. Cláusulas que amplían o mejorar los derechos sindicales de afiliados en la empresa, secciones sindicales y delegados sindicales

Ejemplo prototípico de la controversia que suscita este tipo de cláusulas es el caso del convenio colectivo de Telefónica, cuyo contenido ha sido analizado hasta en tres ocasiones por sentencias del Tribunal Supremo. La primera de las sentencias evacuadas por el Alto Tribunal[32] aborda el contenido de la cláusula 17ª del convenio colectivo, en su versión de 1991, suscrito en representación del banco social por el comité intercentros, estableciendo la misma que los afiliados a sindicatos más representativos, los que obtengan al menos un 10% de representación en los comités de empresa a nivel Estatal, dispondrán de 20 horas anuales remuneradas para asistir a asambleas convocadas por sus delegados sindicales, así como ventajas para acceder a los programas de formación de la empresa. El Tribunal Supremo considera que tales ventajas suponen una desigualdad no razonable entre sindicatos en función de su distinta representatividad, detectándose una discriminación que

[32] STS de 18 de enero de 1992, rec.4147/1992.

alcanza a los trabajadores de la empresa en función de su afiliación sindical, que provoca una "*inadmisible inducción para que se afilien a los sindicatos que les proporcionan mayores ventajas*". De lo que se concluye la nulidad de la cláusula controvertida, al encajar en el supuesto de hecho previsto en los artículos 17.1 ET y 12 LOLS.

La segunda de las sentencias emitidas por el Alto Tribunal es la de 11 de octubre de 1999, rec.4524/1998, que valora el nuevo contenido de la cláusula 17ª del convenio colectivo de Telefónica, en virtud de la cual empresa y comité intercentros pactan la atribución a los sindicatos con representación en el comité intercentros la posibilidad de organizar asambleas, durante la jornada laboral, con una duración máxima de treinta minutos, disponiendo los afiliados a dichos sindicatos de un crédito de 12 horas remuneradas al año. El TS declara que esta cláusula constituye una discriminación, y, por lo tanto, no tiene justificación objetiva, sustituyéndose el derecho de los afiliados de los sindicatos más representativos por el de los sindicatos con presencia en el comité intercentros; aunque se pretendiera camuflar el trato de favor en función de una supuesta canalización de la información del comité a los trabajadores, nuevamente se aprecia por el TS la presencia de una cláusula que encaja en la prohibición prevista en el artículo 17.1 ET y en el artículo 12 LOLS.

Finalmente, el TS se pronuncia sobre la legalidad de la tercera versión de la cláusula en *litis* del convenio de Telefónica[33] , apartándose de lo anterior sobre la base de que el derecho diferenciado se reconoce a los afiliados de los sindicatos con un mínimo grado de implantación en la empresa. La cláusula discutida, la 13.8, fue incluida en el convenio colectivo 2003-05, estableciendo que, con objeto de canalizar la información a sus respectivos afiliados, los sindicatos con representación en los comités de empresas podrán organizar asambleas para sus afiliados durante la jornada laboral, siempre que la racional prestación de servicios lo permita, con una duración máxima de 30 minutos cada una y ello con independencia de las asambleas convocadas por los comités de empresa. A tal efecto, los afiliados a dichos sindicatos dispondrán de hasta un máximo de diez horas anuales. El Alto Tribunal, con criterio distinto, defiende que "*las cláusulas que imponen a las centrales sindicales la acreditación fehaciente de su implantación en la empresa, y que reconocen la paralela facultad empresarial de control de la misma, no afectan a la libertad ideológica de los trabajadores afiliados, pues de las mismas no se infiere que, en modo alguno, se imponga revelación de la afiliación sindical del trabajador al margen de su consentimiento"*. La cláusula convencional discutida erige al criterio de presencia en el comité de empresa como criterio objetivo que permite reconocer y definir un régimen adicional de garantías sindicales en la empresa -organización de asambleas para los afiliados

[33] STS de 16 de febrero de 2006, rec.177/2004.

a los sindicatos con la citada presencia[34], durante la jornada laboral, a fin de canalizar información sindical, establecimiento de un crédito horario a tal fin y su distribución-, instaurando, a su vez, como fórmula para acreditar la implantación sindical, que se entenderá a estos efectos como afiliados los cotizantes por nómina al 31 de diciembre del año anterior. Y todo ello, a juicio del TS, es legítimo porque se concede a los sindicatos con presencia en los comités de empresa medios para una mejor desarrollo de la acción sindical, siendo la propia LOLS la que fija este criterio como un criterio de objetividad y no de discriminación (artículo 8 LOLS), debiendo los mismos acreditar sus afiliados en la empresa, a los que alcanzan los efectos de la norma paccionada y la empresa, en su caso, controlar la realidad y vigencia de los datos aportados por las centrales sindicales para atribuir los derechos adicionales reconocidos en la cláusula. En este caso, parece que la cláusula recibe bendición constitucional y legal, porque el criterio elegido permite un mayor número de sindicatos participantes del trato diferente, es decir, la mayor amplitud del trato de favor (entre afiliados a varios sindicatos) y la legitimación última del conjunto de trabajadores influye en la flexibilización del pronunciamiento judicial.

En la misma línea, la sentencia del TS de 18 de septiembre de 2007, rec.82/2005, valora la legalidad de dos preceptos del IV convenio colectivo del personal laboral de las Universidades Públicas de Andalucía. En concreto, el artículo 70, relativo a los derechos de las centrales sindicales y afiliados, delimita el número de liberados sindicales correspondientes a los sindicatos firmantes del convenio colectivo, por encima de los límites legales, concediéndose un tratamiento especial y exclusivo a aquéllos. Consecuencia de esta regulación, el TS considera que los sindicatos firmantes del convenio han negociado la implantación de una ventaja, una desigualdad de trato que supone la exclusión total de unos beneficios de acción sindical en el seno de las Universidades que incide en el derecho de libertad sindical del sindicato que no cuenta con esa ventaja adicional de actuación que supone la existencia de uno o varios "liberados" por convenio, lo que no tiene una justificación objetiva y razonable ni guarda proporcionalidad en la forma de extensión de este derecho, pues "*mantener la mayor posibilidad de acción sindical para los sindicatos que han firmado el convenio supone un reforzamiento de los que tienen mayor implantación y representatividad en perjuicio de quienes, teniéndola en porcentajes legalmente significativos, la tienen en menor proporción"*.

[34] La sentencia resalta que el criterio de la representación como causa determinante de la desigualdad de trato se declaró por el Tribunal Constitucional acorde a la Constitución Española (STC 22 julio y 10 noviembre de 1982), que resuelve que el reconocimiento y existencia de la figura del sindicato más representativo no puede suponer un atentado al principio de igualdad y de libertad sindical, dado que en un régimen de pluralismo sindical no resulta irrazonable la adopción de algún criterio no discriminatorio, que trate de evitar el perjuicio de una atomización sindical para los trabajadores. Resulta evidente, para el TS, que el concepto de mayor representatividad y de mayor implantación son criterios objetivos y por tanto constitucionalmente válidos para fundamentar o legitimar una desigualdad de trato, si bien ello no significa que toda regulación que se ampare en dicho conceptos es constitucionalmente legitima, dado que ello exige la concurrencia de otros requisitos, singularmente la proporcionalidad.

Con una perspectiva algo más abierta a la fijación de ventajas en la negociación colectiva se pueden localizar escasas sentencias. A estos efectos, se puede mencionar el fallo emitido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de julio de 1994, rec. 1039/1993, que dilucida la validez de cláusula de convenio colectivo que establecía que las secciones sindicales de empresa con un mínimo de afiliación del 10% del total de la plantilla, dispondrían para el conjunto de sus afiliados de un máximo de 5 días anuales de licencia no retribuida para asistencia a cursos de formación sindical, congresos de su central y actividades análogas, así como de un determinado número de horas anuales retribuidas para asistir a reuniones sindicales fuera del horario de trabajo, limitándose dicho derecho a las secciones sindicales de las centrales legitimadas para integrar la representación negociadora del convenio. En este supuesto de hecho el TS, con una perspectiva más aperturista, considera que la cláusula controvertida fomenta la formación sindical mediante horas sindicales retribuidas, concedidas a los trabajadores de las secciones sindicales de los sindicatos firmantes del convenio, sin que ello suponga un ataque a la libertad sindical ni una discriminación[35].

Resulta también esclarecedora la sentencia del TS de 3 de octubre de 2013, rec.10/2013, que analiza la legalidad del artículo 29.10 del convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid, que concede una licencia a los trabajadores de hasta 15 días para asistencia a actividades sindicales previo aviso, siempre que dichas actividades estén previstas en los estatutos y se acredite documentalmente la asistencia. El litigio surge cuando un sindicato, CC.OO., comunica a la empresa la realización de una asamblea para constituir su sección sindical en la empresa, así como la disposición de tiempo para la celebración de la asamblea dentro de la jornada de trabajo, considerando que encaja en el supuesto regulado por el convenio colectivo y no en las reuniones sindicales previstas en el 8.1.b) LOLS, que previa notificación al empresario, deben ser realizadas fuera de la jornada de trabajo, sin perturbar la actividad normal de la empresa. En este contexto, la empresa deniega la autorización a la central sindical, pues entiende que no concurren los presupuestos habilitantes para la celebración de la asamblea, actividad prevista en los estatutos sindicales, en el modo solicitado, y tras la interposición de recurso de reposición al TSJ Madrid, se dictó sentencia que declaró que la actuación empresarial de referencia vulnera el derecho de libertad sindical, y se ordenó el cese inmediato de la conducta antisindical de la Comunidad de Madrid, lo que ha sido confirmado por el Tribunal Supremo.

[35] Según el Tribunal Supremo, el derecho atribuido sólo a determinadas secciones sindicales "*es una manifestación del derecho a la formación de los afiliados a los sindicatos negociadores y en los términos fijados en el convenio; y en definitiva, una manifestación de la ordenación legal sobre la actuación de las organizaciones sindicales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 LOLS, que fundamenta un trato diferenciado en la acción sindical*".

O por último la sentencia del TSJ Cantabria, de 18 de junio de 2014, rec.293/2014, que dilucida la legalidad de una mejora sobre las previsiones legales en materia de crédito horario retribuido sólo aplicable a afiliados a los sindicatos firmantes, o adheridos, al Acuerdo de la mesa general de negociación que regula esta materia. El sindicato recurrente, que ni ha firmado ni se ha adherido al Acuerdo, considera que se ha vulnerado su derecho de libertad sindical y el de igualdad y no discriminación por esa sola condición, pues aún teniendo implantación y representatividad en dicho ámbito no se le aplica la ventaja establecida. En este caso el TSJ declara[36] que no es contrario al derecho de libertad sindical por discriminatorio el hecho de no aplicar un Acuerdo que condiciona su extensión a la adhesión de los no firmantes, la cual es posible en los términos pactados en el propio Acuerdo, sin exclusión o discriminación de sindicato alguno. La aplicación de dicho pacto únicamente exige la adhesión, condicionándose su extensión a dicho acto de voluntad del sindicato eventualmente beneficiario del mismo, lo que no resulta arbitrario, injustificado o contrario a derecho.

Otras cláusulas convencionales se pueden introducir en los convenios colectivos, sin que se haya considerado la existencia de una lesión al derecho a la libertad sindical o al principio de igualdad y no discriminación, tales como las que exigen oír a la sección sindical, o delegado sindical de existir, antes de la imposición de sanciones por faltas graves o muy graves o las que conceden un rol más relevante al delegado sindical en la solución de ciertos problemas, atención de quejas, planteamiento de reivindicaciones y denuncias etc. Es más, se admite la conclusión de pactos que establezcan trámites de intervención o garantía para los trabajadores afiliados a un sindicato para evitar, por ejemplo, la imposición de un despido sin un previo expediente con intervención del delegado sindical o del portavoz o la autorización de modificaciones de condiciones o traslados sin la previa audiencia del delegado o portavoz sindical. Estos acuerdos son lícitos en la medida en la que contribuyen a reforzar la garantía de indemnidad de los trabajadores afiliados, puesto que son ventajas procedimentales o de tutela, que de algún modo refuerzan los propios mecanismos legales de protección de la libertad sindical.

Finalmente, resaltar que en algún supuesto se ha admitido en sede judicial el reconocimiento de derechos sindicales a los sindicatos firmantes de un acuerdo extraestatutario, no extensibles a los sindicatos no firmantes que no asumen obliga-

[36] Según el TSJ Cantabria, "*el derecho de libertad sindical incluye la prohibición de trato diferenciado entre los sindicatos que no responda a criterios objetivos y por ello el principio de igualdad está subsumido en tal derecho, de tal forma que la vulneración del primero conlleva la del segundo, cuando esa diferencia de trato no tiene una justificación razonable y objetiva. De modo que sólo es atentatoria del núcleo de la libertad la reducción de prerrogativas que resulte arbitraria, injustificada o contraria a la Ley* ". En definitiva, no toda reducción de derechos de un sindicato puede calificarse de vulneración de la libertad sindical, sino que es preciso que esas eventuales restricciones sean arbitrarias, injustificada o contrarias a la Ley (STC 164/2003, entre otras).

ción alguna, a los que se les serán respetados, en todo caso, los derechos sindicales legales[37]. En esta vía, debe valorarse de forma cautelosa que los convenios extraestatutarios no pueden ser un campo abierto a la diferenciación de trato por motivos sindicales; no es admisible cualquier cláusula de ventaja reservada en un acuerdo extraestatutario, sino que debe ponderarse el contenido de la misma en cada caso concreto.

En cualquier caso, se puede concluir que por lo general el tratamiento de esta cuestión es estricto, pareciendo incluso que en algunos momentos prevalece la defensa de la libertad sindical negativa frente a la positiva, lo que repercute en la poca difusión de este tipo de cláusulas convencionales en el modelo español de relaciones laborales. Falta seguridad jurídica en el reconocimiento, a través de cláusulas convencionales, de derechos colectivos incrementados a determinados sindicatos y a sus afiliados, normalmente los más representativos o implantados en la empresa, pues el mismo es aceptado en escasas ocasiones por la jurisprudencia, exigiéndose que, en su caso, las diferenciaciones sean razonables, proporcionadas, sean pactadas y respondan a criterios de diferenciación objetivos; resultando conveniente procurar una vía de reforzamiento de las estructuras y derechos sindicales para conseguir mayores derechos individuales para los afiliados, para facilitar un régimen promocional del hecho sindical, en línea con el papel asignado a las organizaciones sindicales en el Estado Social y Democrático de Derecho (art. 7 CE) y el propio derecho fundamental a la libertad sindical (28. 1 CE).

3. CONCLUSIONES

El derecho a la libertad sindical es reconocido, en el ámbito nacional e internacional, de forma amplia, tanto en su vertiente positiva como negativa. La legislación de forma tajante no permite condicionar la obtención de un empleo o el mantenimiento del mismo o de unas determinadas condiciones laborales a la afiliación o no a un sindicato o a la afiliación o no a un determinado sindicato. En lo que se refiere a las cláusulas de ventajas reservadas la jurisprudencia española por lo general no admite que mediante acuerdos, pactos, se implanten ciertos beneficios, ya sean en materia sindical o en contextos de reestructuraciones empresariales, sólo aplicables a los afiliados a los sindicatos negociadores, pues ello supone una discriminación entre afiliados y no afiliados que no presenta justificación objetiva y razonable alguna. En sede judicial se ha discutido la legalidad de distintas cláusulas convencionales que implantan mejoras de los derechos colectivos sólo aplicables a los afiliados a ciertos sindicatos, normalmente a los más representativos en un ámbito o a los implantados en la empresa, a los delegados sindicales o a las secciones sindicales. Esta posibilidad es aceptada en algunas ocasiones por la jurisprudencia,

[37] Vid Sentencia Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2012, rec. 2244/2012.

que, en su caso, exige que las diferenciaciones sean razonables, proporcionales, sean pactadas y respondan a criterios de distinción objetivos.

En la coyuntura actual, con una tasa de afiliación baja, resulta conveniente procurar una vía de reforzamiento de las estructuras y derechos sindicales para conseguir mayores derechos individuales para los afiliados, para facilitar un régimen promocional del hecho sindical, en línea con el papel asignado a las organizaciones sindicales en el Estado Social y Democrático de Derecho (art. 7 CE) y el propio derecho fundamental a la libertad sindical (28. 1 CE). Pero, como se constata en la jurisprudencia analizada, falta seguridad jurídica, pues este fin y los medios para su consecución no son pacíficos.

LA FIGURA DEL SINDICATO MÁS REPRESENTATIVO Y LA CRISIS DE REPRESENTATIVIDAD SINDICAL

Belén del Mar López Insua
Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

1. Constitucionalismo democrático-social y representación sindical en el actual contexto de crisis económica: panorámica general

La representatividad sindical de los trabajadores constituye, a día de hoy, un problema de gran de trascendencia que sobrepasa todos los niveles políticos, sociales y empresariales. La razón es evidente, se trata ésta de una figura (la del sindicato más representativo) que aparece vinculada no sólo a la negociación colectiva, sino también a las formas de organización en la empresa y a los métodos de interlocución con los poderes sociales[54]. En los últimos tiempos se habla de una "crisis de representatividad sindical" producida a merced de los procesos de "individualización", "fragmentación" y "descentralización", que están afectando de lleno al mercado de trabajo. Y es que la necesidad de frenar la fuerte y compleja tensión que se produce entre la centralización y la descentralización, con vistas a lograr un equilibrio (no siempre fácil) entre todos estos niveles, está siendo la principal causa que pone en duda las bases mismas y el papel que desempeñan estas organizaciones[55].

Junto a la lluvia ácida que sobre los sindicatos más representativos ha caído se sitúa ahora un creciente fenómeno de empresarialización de las relaciones laborales, el cual enlaza con las nuevas formas de organización del trabajo, aunque también con las orientaciones flexibilizadoras e individualizadoras que se están impulsando por parte del legislador (tanto internacional, como comunitario y nacional). Lo que está determinando un desconfianza hacia las instituciones de defensa

[54] RENARD, G: *Sindicatos, Trade-Unions y corporaciones*, Estudio Preliminar "El sindicalismo y el orden democrático" a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2014, páginas: VIII y siguientes.

[55] MONEREO PÉREZ, J.L: "Modelos sindicales: Función del sindicato y mayor representatividad sindical (Ponencia general sobre libertad sindical)", en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (Dir) *Los derechos de libertad sindical y negociación colectiva desde una perspectiva comparada*, Granada, Comares, 2011, páginas 48 a 69.

de los trabajadores y su sistema de valores. Paradójicamente, en un constitucionalismo social y democrático en donde debería exigirse la primacía de los valores y derechos fundamentales se está, por el contrario, haciendo valer las libertades económicas[56] y las políticas de austeridad. De ahí que los sindicatos más representativos se vean limitados a la hora de influir en materia socio-política. Espoleada por la situación de crisis económica se refuerza así la centralidad del mercado y se debilita, al mismo tiempo, el sistema de garantías sociales de primer nivel al convertir los intereses colectivos en una individualización del trabajo[57]. En este contexto, los valores de la trabajadores quedan relegados a un nivel inferior debido a que la lógica actual es más la propia de un sistema capitalista de mercado, que de un constitucionalismo social y democrático de derecho (en el sentido que propugna la Carta Magna de 1978- en adelante CE-).

El debate abierto en torno al papel que desempeñan los sindicatos más representativos ha provocado profundas brechas en la doctrina científica. Así pues, de un lado, está la tesis de aquellos que abogan por la desaparición de los sindicatos más representativos y, de otro, la de aquellos otros que defienden su mantenimiento[58]. Eso sí, en este último caso, será necesaria la revisión del actual modelo de mayor representatividad a fin de que las funciones de éstos se adecuen, de forma directa y en conexión con los problemas reales que ofrecen las transformaciones sociales contemporáneas, a la defensa de los intereses específicos de los trabajadores[59].

2. El sindicato más representativo: antecedentes, nacimiento y evolución. El modelo mediterráneo de relaciones sindicales

El sindicato aparece con el sistema capitalista de mercado y la cuestión social obrera[60], sin embargo, su institucionalización y juridificación no se producirá hasta el nacimiento del sistema democrático[61].

[56] En esta línea, las sentencias del TSJUE de 11 de diciembre de 2007 (Asunto C-438/05, Caso Finnish Seamen's Union International Transport Workers' Federation contra OÜ Viking Line EestiViking); de 18 de diciembre de 2007 (Asunto C-341-15, caso Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet) y Rüffert (Asunto C-346/06). Para un conocimiento más exhaustivo ver GUAMÁN HERNÁNDEZ, A: "Los límites de la acción sindicial en las situaciones de desplazamiento trasnacional de trabajadores", Revista Doctrinal Aranzadi Social Doctrinal, núm. 22/2007, páginas: 1362-1372.

[57] RENARD, G: *Sindicatos, Trade-Unions y corporaciones*, Estudio Preliminar "El sindicalismo y el orden democrático" a cargo de José Luis Monereo Pérez... op. cit., páginas: XIII a XCIV.

[58] RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.A: "La representatividad sindical en la LOLS: 25 años después", *Relaciones Laborales*, nº 8, sección doctrina, Quincena del 15 al 30 Abril de 2011, Año 27, pág. 347, Tomo 1, Editorial LA LEY.

[59] RENARD, G: *Sindicatos, Trade-Unions y corporaciones*, Estudio Preliminar "El sindicalismo y el orden democrático" a cargo de José Luis Monereo Pérez... op.cit., página: XCIX.

[60] MONEREO PÈREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, Mª.N: *Manual de Derecho Sindical*, Granada, Comares, 10ª edición, 2015, páginas 33 a 41.

[61] La normalización democrática pasó por dos fases: la salida del franquismo (1975 a 1978) durante el período de transición democrática y el nacimiento del sistema democrático. Tras decaer la estructura sindical

El Constitucionalismo del Estado Social de Derecho determinará una reacción y superación del anterior modelo liberal, el cual dará paso a la creación de un nuevo orden de garantía de los principios y valores fundamentales, a lo que se le añade el proceso de internalización, en general, de las normas laboral y del derecho sindical en particular[62]. Precisamente será en este momento cuando el reconocimiento del sindicato y del derecho a la libertad sindical[63] formen parte de dos caras de una misma moneda, erigiéndose así, dentro de la forma política de Estado de Derecho, en pilares centrales de la constitución del trabajo. Es en esta tradición cuando el sindicato encuentra un marco pluralista de reconocimiento de poder de autodeterminación, regulación social y jurídica autónoma[64].

Junto al reconocimiento del sindicato como institución básica del sistema democrático (artículo 7 CE) se produce la subjetivación político-sindical del trabajo, en donde el sindicato está llamado a desplegar una función política y de equilibrio en el marco de las relaciones laborales a través del reconocimiento de determinados derechos (a saber: el derecho a la libertad sindical, el derecho a la huelga y el derecho a la negociación colectiva). En un sistema de neocorporativismo democrático, como es el propio del ordenamiento Español[65], la publificación del sindicato como sujeto sociopolítico viene a atribuirle a éste una doble obligación, de un lado, la de

franquista (sindicato vertical) se pasa a una etapa de legalización de los sindicatos gracias a la Ley Sindical de 1977 (contenido el cual es acorde con el Convenio nº 87 de la OIT), la cual culminará con el reconocimiento del derecho a la libertad sindical en la CE de 1978. El Estatuto de los Trabajadores de 1980 formulará, por primera vez, la representación sindical. Ahora bien, la institucionalización sindical de éstos como organización no se alcanzará hasta la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985. Ver con más detalle, BAYLOS GRAU, A: "Ley sindical y sindicato más representativo en España", *Política y Sociedad*, número 5, 1990, páginas 23 a 30.

[62] En este sentido, el artículo 23. 4 de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 dispone que: "Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses". En esta misma línea, el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales de 1966 reconoce en su artículo 8: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la Ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar Federaciones o Confederaciones Nacionales, y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la Ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país".

[63] El reconocimiento a nivel internacional del derecho a la libertad sindical no se vio consagrado hasta los Convenios de la OIT número 87 (del año 1948) y número 98 (de 1949). La preocupación de la OIT por reconocer este derecho se vio de nuevo consagrado en otros textos normativos (recomendaciones) y convenios publicados con posterioridad. Los principios básicos del derecho a la libertad sindical son para la OIT los de: universalidad, plenitud e institucionalización.

[64] RENARD, G: *Sindicatos, Trade-Unions y corporaciones*, Estudio Preliminar "El sindicalismo y el orden democrático" a cargo de José Luis Monereo Pérez... op.cit., página: VIII.

[65] El modelo "mediterráneo" de relaciones laborales y sindicales incluye a los siguientes Estados: Italia, Francia, Portugal, España y Grecia. RENARD, G: *Sindicatos, Trade-Unions y corporaciones*, Estudio Preliminar "El sindicalismo y el orden democrático" a cargo de José Luis Monereo Pérez... op.cit., páginas: XLI a XLIV.

participar en la defensa de los intereses de todos los trabajadores (incluida la institucional en los organismos públicos)[66] y, de otro, la de definir las políticas públicas (artículos 7, 28, 37 y 103.3 CE). Esto dará lugar al surgimiento de la representación sindical y a la selección de la técnica legal de mayor representatividad[67]. A pesar de que la situación, tras la legalización de los sindicatos en 1977, se caracterizaba por un acentuado y disperso pluralismo sindical con tendencias ideológicas, organizativas y estrategias centrifugas, se pudieron fijar fácilmente, objetiva y razonablemente dos técnicas legales de mayor representatividad[68], esto es, la audiencia electoral[69] y la irradiación[70].

En el modelo mediterráneo de sindicalismo reivindicativo, ideologizado en clases y fragmentado, la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical (LOLS) atribuye a la mayor representatividad una singular posición jurídica que va más allá del ámbito contractual y estrictamente profesional. De ahí que el sindicato más representativo, como institución semi-pública y sociopolítica, tenga una labor de tutela de los intereses de los trabajadores en todos los ámbitos de la vida social[71].

[66] STS de 27 de octubre de 2014 (RJ 2015/737): "*Las exigencias normativas resumidas traducen el doble significado de constituir una garantía de la representatividad de los participantes y expresan un derecho de los más representativos a participar en la negociación, en orden a asegurar la representación de los intereses del conjunto de los trabajadores y empresarios*".

[67] Con anterioridad al ET, en efecto, diversas normas utilizaron indistintamente conceptos tales como «representatividad», «suficiente representatividad», «implantación», sin definir con precisión su significado. Fue ya el ET de 1980 el que utilizó el concepto de mayor representatividad (a efectos de trabajos prohibidos a los menores, medidas de fomento del empleo, fijación del salario mínimo, modificación de ampliación o limitación de la jornada de trabajo y de los descansos, o negociación de acuerdos o convenios marco), aunque en estas materias todavía sin fijar su significado; y, para otras cuestiones (legitimación para negociar convenios supraempresariales, representación institucional) estableció la capacidad representativa de los sindicatos en función del porcentaje, y en su caso, del número absoluto de representantes del personal con los que el sindicato contara. Como se puede ver, todavía el ET adolecía de falta de sistematización y precisión. Cuando utilizaba el concepto de mayor representatividad, no lo definía; cuando daba unas definiciones correspondientes (o casi) a los conceptos actuales de mayor representatividad y representatividad suficiente o cualificada, no utilizaba esos conceptos. Ver RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.A: "La representatividad sindical en la LOLS: 25 años después"...op.cit., página 354.

[68] VALDÉS DAL-RÉ: "Rappresentanza e rappresentatività sindacale in Spagna", *Rivista Lavoro e Diritto*, 1988, página 505. BAYLOS GRAU, A: *Dialogando dalla Spagna sulla rappresentatività sindacale e la costituzionalità democratica in Italia*, 2013, página 7.

http://www.academia.edu/9190182/DIALOGANDO_DALLA_SPAGNA_SULLA_RAPPRESENTATIVIT%C3%80_SINDACALE_E_LA_COSTITUZIONALIT%C3%80_DEMOCRATICA_IN_ITALIA

[69] La concreción de la audiencia electoral, como criterio para seleccionar al más representativo, se traduce en la búsqueda de dos opciones de política legislativa: a) evitar el minifundismo sindical (o atomización) y b) buscar la centralización sindical. Ver VALDÉS DAL-RÉ: "Sobre las condiciones de acreditación de un sindicato como más representativo de Comunidad Autónoma", *Relaciones Laborales*, Nº 2, Sección Editorial, Quincena del 16 al 31 Ene. 2011, Año 27, Tomo I, página 17.

[70] BAYLOS GRAU, A: "Ley sindical y sindicato más representativo en España"... op.cit., páginas 24 y 25.

[71] Reconocimiento que ya estaba previsto en la misma Constitución de la OIT (texto que entró en vigor en 1919, pero que ha sufrido varias modificaciones -la última en con motivo de la Enmienda de 1972-) en su artículo 3.5: " Los Miembros se obligan a designar a los delegados y consejeros técnicos no gubernamentales de acuerdo con las organizaciones profesionales más representativas de empleadores o de trabajadores, según sea el caso, siempre que tales organizaciones existan en el país de que se trate".

El "status" privilegiado de la mayor representatividad se traduce en la atribución legal de ciertos poderes: la negociación colectiva con fuerza de ley y eficacia *erga omnes*; la participación en la determinación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos de las Administraciones Públicas; la facultad de promover elecciones para los organismos representativos en las empresas y presentar candidaturas a los mismos; la participación en los sistemas voluntarios de solución de conflictos y cesión de uso de bienes inmuebles en proporción al *score* electoral obtenido. A todo éste listado de facultades cabe añadir, aunque no venga expresamente reconocido en el artículo 6.3 de la LOLS, la concertación social ya sea bajo la forma de acuerdos marcos bilaterales entre asociaciones empresariales y sindicatos o con arreglo a los acuerdos tripartitos entre el Gobierno, la patronal y los sindicatos más representativos[72].

3. CRISIS EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA REPRESENTATIVIDAD SINDICAL EN EL ACTUAL MODELO NEOCORPORATIVISTA DEMOCRÁTICO

En el sistema español de relaciones laborales la gestión de los distintos conflictos de intereses se articulan en torno a tres centros de poder: Estado, patronal y sindicatos. Precisamente, es en este ámbito en donde la correlación entre todos estos se mueve en una situación de equilibrio inestable debido a la existencia de unas reglas de juego, más o menos institucionalizadas, que se encuentran condicionadas por la presencia de: circunstancias políticas, económicas y sociales; un marco organizativo e institucionalizado; las funciones atribuidas a los agentes sociales y a los poderes públicos y las realmente ejercidas, así como por los procedimientos que articulan sus relaciones mutuas[73].

Se trata éste de un modelo nacional caracterizado por una cultura sindical conflictual, reivindicativa y fragmentada ideológicamente, que desemboca en el pluralismo y que determina la creación de la figura del sindicato más representativo a nivel Estatal y autonómico, a efectos de su participación institucional y acción sindical. No obstante, la LOLS también ha previsto la regulación de las organizaciones suficientemente representativas[74] cuando acrediten una audiencia electoral del 10% de los representantes de personal en un ámbito funcional y territorial específico (Art. 7.2).

El modelo español presenta líneas de convergencia con otros sistemas de relaciones laborales europeos (el anglosajón, el germánico y el mediterráneo), fruto no

[72] MONEREO PÉREZ, J.L: "Modelos sindicales: Función del sindicato y mayor representatividad sindical (Ponencia general sobre libertad sindical)"..op.cit., páginas 47 y siguientes.

[73] RENARD, G: *Sindicatos, Trade-Unions y corporaciones*, Estudio Preliminar "El sindicalismo y el orden democrático" a cargo de José Luis Monereo Pérez... op.cit., página: XXVIII.

[74] VALDÉS DAL-RÉ: "Sobre las condiciones de acreditación de un sindicato como más representativo de Comunidad Autónoma"... op.cit., páginas 17 y 18.

sólo de las tendencias homogeneizadoras en la actuación de la OIT[75], sino también de las respuestas que ante los problemas económicos y tecnológicos presentan los distintos países comunitarios. La similitud de soluciones que ante las dificultades ofrecen las relaciones entre trabajo y capital determinan una predilección hacia la convergencia organizativa. Por lo que, al final, esa tendencia normativa del colectivo europeo acaba presentando rasgos concurrentes, a saber: en cuanto a la precarización del empleo; las políticas de competitividad, crecimiento y empleo; la pérdida de poder de los sindicatos y la descentralización de la negociación colectiva[76].

3.1. Funcionalidades y disfuncionalidades en el sistema español de mayor representatividad

Son dos los puntos críticos que presenta aquí la LOLS: a) Funciones de los sindicatos más representativos y principio de igualdad y, conectado con este apartado, b) Las reglas para la determinación de la mayor representatividad.

El marco jurídico que diseña la LOLS (título III) institucionaliza el *status quo* del sindicato más representativo al concederle efectos beneficiosos para que pueda éste desarrollar la función promocional de acción sindical y efectividad en la defensa tanto de los intereses de los trabajadores, como los de interés públicos (STC 99/1983, de 16 de noviembre)[77]. La atribución de un catálogo de funciones privilegiadas, así como el reconocimiento de unas organizaciones sindicales fuertes puede, sin embargo, friccionar con el principio de igualdad y el pluralismo social inherente al derecho a la libertad sindical. De ahí que, la ley imponga unos mínimos a fin de que la actividad que desempeñan estas organizaciones se desarrolle de forma eficiente y cuente con el beneplácito de todos los beneficiarios[78].

En lo que respecta a la exclusividad de los más representativos para participar institucionalmente en el ámbito de las Administraciones Públicas, el Tribunal Constitucional entiende que se trata ésta de una facultad que forma parte del contenido a la libertad sindical (Art. 28.1 CE). Por lo que, los sindicatos más representativos no sólo gozan de la posibilidad de ejercer libremente sus actividades, sino también de poner en práctica sus programas de actuación sin que, en ningún caso,

[75] En los Convenios números 87 y 98 se marcan los estándares mínimos internaciones. Aspira así la OIT a formular un modelo sindical de referencia para los distintos Estados que encuentre una tradición jurídica y una cultura organizativa definida.

[76] MONEREO PÉREZ, J.L: "Modelos sindicales: Función del sindicato y mayor representatividad sindical (Ponencia general sobre libertad sindical)"..op.cit., páginas 47 y siguientes.

[77] En este mismo sentido, las sentencias del TS de 18 de julio de 1997 (RJ 1997\6086) y 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999\6727); del TSJ de Valencia 246/2015, de 27 de marzo (RJCA 2015\558).

[78] MONEREO PÉREZ, J.L: "Modelos sindicales: Función del sindicato y mayor representatividad sindical (Ponencia general sobre libertad sindical)"..op.cit., páginas 29 a 32. MONEREO PÉREZ,J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: " La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 73, 2008, páginas 256-262.

los poderes públicos (o la Administración Pública) interfieran en tales actividades o entorpezca la ejecución de los programas (TC en sus sentencia de 23/1983, de 25 de marzo y 235/1988, de 5 de diciembre). Ahora bien, este principio no impedirá que la Administración Pública promocione el hecho sindical, siempre y cuando lo haga de acuerdo con el mandato constitucional (arts. 9.2 y 129.2 CE)[79].

En esta línea, el Constitucional ha avanzado un poco más al entender que aún cuando la LOLS atribuya la participación institucional a los más representativos, ello no impedirá que también otros sindicatos (no ostenten dicha condición) puedan representar a los trabajadores del sector público. Cierto es que esa afirmación del TC se hace, específicamente, en el sentido de que las Comunidades Autónomas puedan integrar en sus propios órganos a otros sindicatos que no alcancen las reglas legales de mayor representatividad (STC 99/1983). Ahora pues, en jurisprudencia posterior ya quedó patente —la referida al Consejo General de MUFACE, donde el TC estimó que debía estar presente ANPE, un sindicato meramente representativo en un subsector de la función pública, la enseñanza, o la referida a los permisos para funciones sindicales también a ANPE—, que esa interpretación de que el art. 6.3.a) LOLS no concede derechos exclusivos a los más representativos constituye sólo una interpretación que tiene un alcance general, de ahí que no se refiera únicamente a la competencia autonómica para configurar sus órganos propios. Para integrar a ANPE en el Consejo General de MUFACE o para concederle permisos para funciones sindicales se reiteró la interpretación ya formulada en la STC 98/1985: "*de lo que se trata es de garantizar la presencia de éstas (de las más representativas) sin impedir la de otras de suficiente representatividad en ese concreto ámbito*".

El Alto Tribunal defiende, claramente, la figura del sindicato más representativo, pero también insiste en que la concesión de privilegios a estas organizaciones no ha de suponer nunca la privación de los medios de defensa de otros sindicatos. Al tratarse de un problema de igualdad "*el análisis adecuado a tal derecho fundamental ha de constituir en si la diferencia de trato justificada*" (TC 98/1985). Por tanto, "*es posible introducir diferencias entre los sindicatos, para asegurar una más eficaz defensa de los intereses de los trabajadores. La promoción de un cierto modelo sindical, en que se potencie la existencia de sindicatos fuertes, en contraposición a un sistema de atomización sindical, puede ser una finalidad legítima, desde el punto de vista de los arts. 7 y 14 de la Constitución. De este modo, los poderes públicos pueden válidamente potenciar las organizaciones de amplia base territorial y funcional... Esas diferencias no son lesivas para la libertad sindical en la medida en que estén basadas en criterios objetivos y sean razonables y adecuadas al fin perseguido*" (STC 188/1995).

[79] STC de 14 de abril, 75/1992.

A este respecto, el TC continua declarando que son criterios objetivos los de mayor representatividad, representatividad cualificada o implantación. Pero la objetividad de los mismos no implica que cualquier regulación apoyada en ellos sea constitucionalmente legítima, pues no lo es la que utiliza tales criterios para establecer un trato diferente entre sindicatos respecto de materias que ninguna relación guardan con aquellos (STC 188/1995). Cabe lamentar el hecho que tanto en los sistemas comparados, como a nivel europeo no se hayan determinado todavía unos criterios uniformes u homogéneos para la fijación del más representativo. Sin embargo, el Constitucional ha afirmado que no tiene validez cualquier criterio sino sólo aquél de carácter objetivo y razonable que sirva para evitar discriminaciones (STC 65/1992).

El ordenamiento jurídico español ha rechazado los criterios genéricos o abstractos de medición de la representatividad al preferir atenerse a las reglas específicas de la audiencia electoral (completada por la técnica de la irradiación). A través de este sistema podrán ser sindicatos más representativos a nivel estatal los que obtengan, en dicho ámbito, el 10 por 100 o más del total de los votos en las elecciones a delegados de personal, miembros de los comités de empresa y juntas de administración en las Administraciones Públicas (Art. 6.1 a) LOLS). A nivel de CCAA ese tanto por ciento se eleva en un 5% para su consideración (a través del sistema de audiencia electoral) del más representativo (en total 15%)[80]. Esto significa que

[80] Al hilo de este porcentaje, la STC 98/1985 (RTC 1985\98) analiza la posible constitucionalidad o inconstitucionalidad en el incremento de este porcentaje respecto al previsto para el Estado. Uno de los preceptos legales tachado de inconstitucional en los recursos de inconstitucionalidad contra la LOLS, promovidos en su día por el Parlamento Vasco y por el Gobierno Vasco, fue, en efecto, el art. 7.1, que fue impugnado, precisamente, por atentar al referido pasaje constitucional. Conforme alegaba el escrito de la asamblea legislativa de esa Comunidad Autónoma, «*el incremento en cinco puntos en el porcentaje y la adición del requisito de un número mínimo de representantes no es sino un obstáculo que impide que dos sindicatos con igual implantación, cada uno en su respectivo ámbito, reciban idéntico trato de los poderes públicos*».

La interpretación adoptada, en este caso, por el Constitucional (TC 98/1985) fue la de entender la plena conformidad al texto constitucional de las reglas reguladoras de la mayor representatividad sindical en el nivel autonómico. Como bien razona el TC en este pronunciamiento, un adecuado juicio constitucional de estas mayores exigencias ha de partir de una doble premisa: de un lado, la equiparación de derechos y funciones entre ambos sindicatos más representativos, los estatales y los autonómicos, y, de otro, el reconocimiento a estos últimos de una capacidad para ostentar representación institucional que, sobrepasando su estricto ámbito territorial, se ejerce en el ámbito del Estado. En atención a este último dato legal, el TC entendió que no resulta irrazonable el establecimiento de esas condiciones adicionales «*que garanticen su relevancia no solamente en el interior de la respectiva Comunidad, sino también en relación con el conjunto nacional*», evitando así «*las distorsiones que resultarían de la atribución de los mismos derechos a sindicatos de distinta implantación territorial y que representen a un número muy distinto de trabajadores, según la población laboral de las respectivas Comunidades Autónomas*». En definitiva, la regulación responde «*a una voluntad del legislador de que los interlocutores sociales, por parte de los trabajadores, lo sean con el peso adecuado a la realidad global del mundo del trabajo en el marco de la economía nacional*» (FJ 14). En este mismo sentido, las sentencias del TS de 11 de mayo de 2005 (RJ 2005\4659); 7 de julio de 2003 (RJ 2003\6023) y 3 de febrero de 2003 (RJ 2003\5359). Más recientemente, la STJ de Navarra de 23 de julio de 2012 (AS 2013\119).

Otra cuestión que plantea el criterio de mayor representación a nivel autonómico es ¿si puede una organización sindical que actúa en dos o más CCAA adquirir la condición de más representativa? A este respecto, el Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo) en su sentencia de 2 de diciembre de

(tanto en un caso, como en el otro) no se tiene en cuenta el número de afiliados a un sindicato, sino el total de votos emitidos en las elecciones a representantes legales o unitarios (calculando ese porcentaje de la suma de votos del sector privado y público)[81]. La razón de porqué en el sistema de relaciones laborales se recurre a este criterio externo y no al de afiliación trae su causa en una técnica no sólo jurídica (1), sino también de política sindical (2). En primer lugar, para evitar el problema estructural de la baja tasa de afiliación a los sindicatos la LOLS recurre para medir la mayor representatividad (o la influencia sindical) al sistema de audiencia electoral. Y, en segundo lugar, se busca la promoción de la concentración (o, desde otro ángulo, se trata de evitar el minifundismo o atomización sindical -STC 98/1985) y la centralidad sindical.

Para aquellos sindicatos o entes sindicales que no cumplan con los requisitos que establece la letra a) del artículo 6.1, la LOLS ha establecido la posibilidad de éstos se federen o confederen con otras organizaciones sindicales que sí acredite tal condición para que se les reconozca también a aquellos la mayor representatividad (art. 6.1 b) LOLS). Para el Constitucional, el criterio de irradiación consiste en una decisión política no controlable salvo que vulnere la igualdad entre sindicatos. De este modo el criterio de equivalencia entre representatividad y audiencia no viene roto, sino complementado por éste de la irradiación en aras a potenciar organizaciones sindicales de amplia base y reducir una posible atomización sindical; amén, claro es, de que esa mayor representatividad por irradiación se basa, aunque sea indirectamente, en el criterio objetivo de la audiencia electoral; es decir, la audiencia de la organización confederal compleja en la que el ente sindical irradiado se integra (STC 98/1985).

3.2. Los problemas de la concertación social en el ámbito sindical

Finalmente, entre las funciones políticas que le son encomendadas a los sindicatos más representativos se encuentra la de concertación social. Y es que, entre el poder normativo del Estado y el poder jurídico-político de la autonomía colectiva

2013 ha resuelto afirmativamente esta cuestión, razonando que: «En su perspectiva teleológica, la norma permite considerar como más representativas a nivel autonómico a las organizaciones sindicales que cumplan los porcentajes de audiencia exigidos por la legislación en el ámbito de una Comunidad Autónoma. Es decir, podrán ostentar tal consideración siempre y cuando en una de las Comunidades Autónomas donde se presentan, cuenten con el 15% de representatividad extraído del número de miembros de comités de empresa, delegados de personal y miembros de los órganos de representación de las Administraciones públicas. O, dicho en otros términos, *la representatividad exigida ha de proyectarse necesariamente sobre el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma aunque la actuación se extienda a más de una, siempre, claro está, que no se trate de una proyección territorial susceptible de considerarse como de nivel o vocación estatal»* (FD 5.º).

[81] Aunque no es frecuente, este sistema puede dar lugar a que un haya un sindicato con un número alto de afiliados y que, por el contrario, no alcance el carácter de más representativo. Ver MONEREO PÉREZ, J.L: "Modelos sindicales: Función del sindicato y mayor representatividad sindical (Ponencia general sobre libertad sindical)"..op.cit., página 34.

se halla un punto de conexión a través de los pactos sociales (tripartitos)[82]. Siendo, precisamente, aquí los sindicatos más representativos los que mejor pueden poner en práctica la técnica del pacto social.

La concertación social constituye un instrumento cooperativo de tripartismo informal, en donde el acuerdo alcanzado adquiere un carácter político-programático. Ahora bien, estos pactos carecen de fuerza normativa directa, es por ello que ulteriormente deban ser plasmados en instrumentos propiamente normativos. Actualmente, la concertación social se ha convertido en una técnica esencial para la gobernabilidad del sistema de relaciones laborales en su conjunto y para la contención y racionalización de la conflictividad laboral[83]. Aunque, si bien, ello no impide que los poderes públicos puedan influir y condicionar la práctica sindical y la estrategia prevista para la negociación colectiva[84].

Ciertamente, si el sindicato más representativo (como portavoz y defensor de los intereses colectivos[85]) no tiene un programa socio-político perfectamente definido y que responda al problema real de todos los trabajadores, difícilmente podrá cumplir con esa finalidad que tiene encomendada. Por lo que, al final, perderá su razón de ser al ser entonces absorbido por la lógica de la acción política gobernante.

El actual modelo promocional del sindicato más representativo y de neocorporativismo presenta, en este punto, muchas dificultades y riesgos para el propio sindicato. Así pues, en primer lugar, cabe referirse a la violenta caída que en el papel político-institucional del más representativo está experimentado en los últimos tiempos[86]. Todo ello, por supuesto, motivado por la baja tasa de afiliación, la división sindical y el fuerte intervencionismo estatal. De ahí que, en segundo lugar, éste sufra como principal riesgo su desconexión con la base social que tanto aspira a defender. A todo ello, claro está, se le suman una serie de factores que desembocan en la descentralización y diversificación organizativa[87].

Los cambios que viene sufriendo el sindicato en su estructura debido a ese fuerte intervencionismo público y las constantes reformas legislativas están de-

---

[82] MONEREO PÉREZ, J.L: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999, páginas 111-115.

[83] RENARD, G: *Sindicatos, Trade-Unions y corporaciones*, Estudio Preliminar "El sindicalismo y el orden democrático" a cargo de José Luis Monereo Pérez... op.cit., página: LXXXV.

[84] MORENO VIDA, Mª N: *Los pactos sociales en el derecho del trabajo*, Granada, Universidad de Granada, 1989, página 47.

[85] STS de 27 de octubre de 2014, citada anteriormente en la nota al pié número 13.

[86] ALBARDÍAZ GARCÍA-PORTILLO, G y DELGADO NUÑEZ, A.A: "Luces y sombras de los sindicatos más representativos en España". http://www.aecpa.es/uploads/files/modules/congress/11/papers/689.pdf

[87] RENARD, G: *Sindicatos, Trade-Unions y corporaciones*, Estudio Preliminar "El sindicalismo y el orden democrático" a cargo de José Luis Monereo Pérez... op.cit., página: XCI.

terminando importantes modificaciones que pueden resumirse en seis puntos[88]. Primero, la crisis organizativa del sindicato ha hecho que éste se desconecte de su base asociativa y de defensa de los intereses colectivos, viendo así incrementado su papel institucional. Es por ello que, en particular, en su nivel central se haya convertido el más representativo en "un gigante con pies de barro". Segundo, el sindicato ha desplazado el centro de su actividad en la empresa hacia el exterior, por lo que olvida sus funciones tradicionales y se ve absorbido por la dinámica político-institucional (crisis de identidad o ideológica). Tercero, se produce una crisis de representatividad, ya que no sólo los afiliados no se ven representados, sino también otros colectivos con intereses sociales (por ejemplo: desempleados y migrantes). Cuarto, los trabajadores son conscientes de que con las últimas reformas legislativas se han eliminado muchas de las ventajas que podían obtener del sindicato, de ahí que se haya producido una "crisis de funcionalidad". Quinto, la asunción por parte de los sindicatos de nuevas actividades determina una actuación muy encima de su nivel de afiliación, lo que ha llevado a plantear una "crisis financiera". Y, sexto, derivado de todo lo hasta ahora expuesto, se produce la sustitución de la "constitución democrático-social" por la "flexible del trabajo" que ahora impera en el sistema de relaciones laborales (crisis institucional). En este sentido, la acción sindical pasa a un segundo plano, siendo pues más difícil de llevar a cabo el método de concertación social.

4. Conclusiones

El actual modelo de relaciones laborales está alterando las reglas de juego de los sindicatos, debido a la complejidad que en el contexto de referencia se diseña por parte del legislador europeo. El neocorporativismo en el cual se inserta la figura de la mayor representatividad se caracteriza por una debilidad innata e ineficiente para hacer frente a las necesidades sociales de todos los trabajadores en momentos de carencia, como son los presentes, de crisis económica.

Las prácticas "post-fordista" sitúan en el mercado de trabajo al sindicato en un lugar marginado, haciendo así prevalecer el poder de la empresa frente al de negociación colectiva. Compensada esa posición asimétrica empresarial, asistimos ahora a una des-institucionalización del sindicato más representativo, que se traduce en una pérdida visible de poder y control.

La globalización neoliberal ha supuesto una nueva reordenación jerárquica que ha debilitado al sindicato. Y es, precisamente, ahí cuando los conflictos se han elevado a nivel transnacional, en lugar de centrarse en el ámbito propio del Estado. Por su parte, las reglas que se han marcado a nivel internacional parecen insuficien-

[88] RENARD, G: *Sindicatos, Trade-Unions y corporaciones*, Estudio Preliminar "El sindicalismo y el orden democrático" a cargo de José Luis Monereo Pérez... op.cit., páginas: XCI- CI.

tes para combatir esta crisis de representatividad. De ahí que sean las propias organizaciones supranacionales las que están ahora marcando los objetivos comunes a seguir en un contexto en donde, lamentablemente, las diferencias entre los distintos modelos sindicales se hacen cada vez más visible en el colectivo comunitario.

El fomento de las relaciones industriales "sin sindicatos" no parece que sea la alternativa adecuada a la representatividad sindical, máxime si tenemos en cuenta la posición de contrapoder que ocupa el empresario frente al trabajador en la sociedad contemporánea. Desgraciadamente y tras las últimas reformas legislativas, se ha rebajado y esquivado la actuación del sindicato más representativo para que en su lugar se fomenten las formas de gestión y organización empresarial. Por lo que, no sólo se ha desvirtuado el papel de los sindicatos, sino que también se ha desalentado a la clase trabajadora y se han individualizado sus problemas sociales. Indefensos por no ver cubiertos sus intereses colectivos, los trabajadores buscan ahora formar parte de otras clases sociales distintas a aquellas de trabajo subordinado. En este sentido, encuentran su refugio en el autoempleo y el emprendimiento (esto es, la clase media). Ahora bien, cabe preguntarse si con las últimas reformas: ¿no estaremos asistiendo a un cambio sutil y soterrado del modelo de sistema de la Seguridad Social en el que predomine el régimen especial del RETA en detrimento del Régimen General de la Seguridad Social, con las consecuencias que ello conlleva?

El sindicato más representativo debe constituir una institución necesaria para el sistema capitalista y más para las funciones que desempeña el Estado. Y es que, sin ellos el Estado no podría realizarse eficientemente esos objetivos "de crecimiento económico y contención social". No obstante, se precisa (a la vista de las nuevas formas de producción) un cambio importante en la acción social que desempeñan estos agentes sindicales. Para lo cual resultará necesario que se conviertan a éstos en sujetos activos de esa gama de poderes privilegiados que le concede la ley y por la cual se les otorga la facultad de desempeñar funciones de representación general en un marco de descentralización del poder del Estado.

En esa tensión entre lo viejo (tradición) y lo nuevo (renovación) es en donde debe centrarse la revisión del modelo internacional y europeo de mayor representatividad. Buscando así que éstos incidan más en el ámbito de los problemas colectivos de las empresas, de acuerdo con las transformaciones sociales y tecnológicas, que en cuestiones de carácter político. Ello no debe implicar que la concertación social pierda importancia, pero sí que se enfoque más hacia la defensa de los intereses específicos de los trabajadores. Por esa razón, considero que uno de los aspectos centrales en los que debe incidir el nuevo modelo es en la selección de los más representativos, de modo que las nuevas reglas pivoten en torno a criterios reales (afiliación) y no oficiales (audiencia electoral) más propio de elecciones políticas.

En efecto, de lo que se trata no es de sustituir radicalmente el criterio de la audiencia electoral por el asociativo o de afiliación, sino en combinar ambos criterios. Ciertamente, las funciones de concertación social requieren que se unifiquen y centralicen los resultados de la negociación, evitando ofrecer un modelo pluridireccional y contrario al beneplácito colectivo. Lo que, sin lugar a dudas, nos acercaría a un modelo de derecho sindical más propio de una constitución democrático-social, que de una constitución del trabajo flexible.

CONSECUENCIAS DE LA UTILIZACIÓN DE LA AUDIENCIA ELECTORAL COMO VÍA DE ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA. SUS EFECTOS SOBRE LA AFILIACIÓN

Patricia Nieto Rojas
Doctora en Derecho. Profesora ayudante.
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario:

1. La sindicalización de la representación unitaria como punto de partida
1.1. La sujeción a las instrucciones sindicales de los representantes electos mediatizada por el mandato representativo
1.2. La aparente preceptividad de las instrucciones sindicales por las secciones constituidas a nivel de empresa
2. La formación de un sindicalismo de electores en vez de un sindicalismo de afiliados
3. Algunas breves reflexiones finales

1. LA SINDICALIZACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN UNITARIA COMO PUNTO DE PARTIDA

Conviene recordar que cerca del 80% de los representantes unitarios elegidos en el proceso efectuado de manera generalizada a finales del año 2011 lo hicieron concurriendo en listas presentadas por UGT y CCOO y el resto –excepto un 1,9%- lo hizo bajo el auspicio de otros sindicatos y grupos independientes[89]. Para poder explicar esta abrumadora sindicalización, debemos partir de que ha sido la ordenación del proceso

[89] Esta sindicalización persiste en nuestro sistema de relaciones laborales desde las primeras elecciones celebradas en 1978. Para ver la evolución debe consultarse el estudio de Beneyto Calatayud, P., *Sobre la legitimidad del sindicalismo. Derechos y fuentes de financiación en España y la Unión Europea*, Fundación 1o de mayo, Madrid, 2012, p. 21.

electoral laboral la que ha coadyuvado a que la representación unitaria adquiera su verdadera dimensión que no es otra que la de su propia sindicalización con el riesgo "de desvirtuar en muchos casos la elección, sustituyéndola por un mecanismo subrepticiamente plebiscitario, por lo demás complejo y tortuoso, en el cual lo relevante sea obtener el respaldo, con sólo eficacia hacia el exterior, a unas determinadas siglas y no el de garantizar la existencia, en esa empresa, de un cauce auténtico de representación de los intereses de la plantilla, en cuanto puerta abierta, además, a la implantación sindical en la misma"[90]. Y así, aunque el legislador configurase esta segunda finalidad como una mera consecuencia de la directa función de los órganos de base electiva[91], las organizaciones sindicales tienen un interés tan directo en este proceso que instaron al Gobierno a acometer una reforma normativa de calado a este respecto que fue efectuada en la Ley 32/1984[92] mediante la cual se garantizó que la elección de los miembros del comité de empresa se efectuase a través de un sistema de listas cerradas y bloqueadas.

Esta fórmula, todavía hoy vigente, "acentúa la presencia sindical en la empresa"[93] a través de la representación unitaria pues la voluntad generalizada de los trabajadores (afiliados o no) de otorgar su confianza, precisamente, a los candidatos incorporados a las listas presentadas por los sindicatos, con independencia del volumen de afiliados o adherentes con que cuente la organización, ha terminado por "parasindicalizar" a los órganos de base electiva[94], desvirtuando, en muchas ocasiones, el sentido primario de la representación de base electiva que no es otro que el de la constitución de unas instancias con un cometido interno tan relevante como el de ser la "voz" de los trabajadores en el seno de la empresa. La formación de un sindicalismo de votantes ha tenido como efecto paralelo un desarrollo organizativo asimétrico que se evidencia en una escasa implantación en las empresas, especialmente en las de pequeña dimensión, en parte porque los sindicatos decidieron estructurarse "en base a dos ejes: el territorial (uniones) y el sectorial (federaciones) que favoreció un crecimiento de sus estructuras internas que reforzó las necesidades financieras de las centrales sindicales y probablemente su dependencia del Estado"[95].

---

[90] GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Balance de las elecciones sindicales", *Temas Laborales*, vol. 10-11, 1987, p. 11.

[91] Por todos, RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., "La reforma del Título II de la Ley del Estatuto de los Trabajadores", *Documentación Laboral*, vol. 14, 1984, p. 19. MATÍA PRIM, J., "Las elecciones en las empresas", en AAVV. (ed.) *La reforma del Estatuto de Trabajadores*, La Ley, Madrid, 1996, p. 228.

[92] (BOE 4.8.1984). Conviene recordar que hasta dicho momento, el art. 71 ET establecía un sistema dual en el que se diferenciaba la elección realizada en centros de trabajo de hasta 200 trabajadores y los centros con una plantilla mayor. En el primer caso, la elección se efectuaba mediante la confección de una "lista única" en la que el elector podía optar por otorgar su voto a diferentes listas, posibilidad vedada para los centros de más de 200 trabajadores en los que la opción era la de "lista cerrada".

[93] RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., "La reforma del Título II de la Ley del Estatuto de los Trabajadores", cit., p. 19.

[94] PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *El sistema de relaciones sindicales en España: un balance general del marco jurídico y del funcionamiento de la práctica sindical en el sistema social*, Fundación Alternativas, Madrid, 2009, p. 67.

[95] SOLA ESPINOSA, J., *La desregulación laboral en España (1984-1997). Recursos de poder y remercantilización del trabajo*, Universidad Complutense, Madrid, 2013, p. 262.

Y aunque los sindicatos son plenamente conscientes de la importancia que reviste su presencia en el ámbito empresarial, también saben que situar este espacio como núcleo básico de la estrategia sindical no es una tarea sencilla: de un lado, porque la sindicalización de la representación unitaria en los términos referidos supone un desincentivo a la afiliación; es más, muchas veces "el trabajador votante ve más cercano al órgano elegido que al sindicato que actúa en su interior"[96] sin que parezca que la reforma operada por el RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva[97], estableciendo una preferencia sindical en la interlocución legal de múltiples actuaciones representadas, haya sido capaz de alterar este comportamiento. De otro, porque los sindicatos actúan en las empresas preferentemente a través de su integración en las instancias de base unitaria, y esta integración obedece, aparte de las habituales inercias derivadas del prestigio del que gozaban las representaciones electivas en la transición, a diversos condicionantes legales, a saber:

En primer lugar, porque la evidente sindicalización de la promoción electoral[98] se traduce en una abrumadora presencia sindical en los órganos electivos de primer grado que se completa con la conformación marcadamente sindical de los órganos unitarios de creación derivada. En segundo lugar, porque el hecho de que la audiencia electoral sea el criterio de medida de la representatividad hace que los sindicatos concentren todavía hoy muchos de sus esfuerzos organizativos en la obtención del máximo de número de representantes unitarios en las elecciones mal denominadas sindicales, forzando a un modelo de representación unitaria "fuertemente sindicalizado"[99], pudiendo anticipar que los sindicatos utilizan a la representación unitaria para su actuación dentro de las empresas pues esta presencia es la que les confiere la aptitud para ejercer la acción sindical fuera de ellas. Y, en tercer lugar, porque en nuestro ordenamiento, la práctica totalidad de funciones de representación de alcance general o con efectos sobre la totalidad de la plantilla se condicionan a que las secciones legitimadas obtengan la mayoría de los miembros del comité, lo que necesariamente marca la actuación sindical al exigir que la constitución de las secciones se realice en un ámbito superpuesto al de las representaciones unitarias.

[96] Lahera Forteza, J., "El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa: funciones y disfunciones", en Valdés Dal-Ré, F., Molero Marañón, M. L. (eds.) *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Fundación Largo Caballero, Madrid, 2010, p. 28.

[97] BOE 11.7.2011.

[98] Y que se conecta con la previsión contenida en el art. 6.3e) LOLS que faculta a los sindicatos más representativos o representativos del ámbito en que se trate a promover elecciones de manera generalizada en uno o varios ámbitos funcionales o territoriales. Esta decisión de política legislativa (art. 67.1 -párrafo 3º -ET) se vería reforzada con la expresa admisión de la presentación de candidaturas por los sindicatos legalmente constituidos o coaliciones formadas por dos o más sindicatos siempre con implantación en el ámbito del proceso (art. 69.3 ET).

[99] En "lúcida expresión" contenida en la STC 57/1989. Sobre esta decisión, Escudero Rodríguez, R., *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 99, Gete Castrillo, P. "La reforma del derecho de representación colectiva" en Valdés Dal-Ré, F., *La reforma del mercado de trabajo,* Lex Nova, Valladolid, 1994. p. 502.

Ahora bien, aunque la representación de base electiva esté en nuestro sistema de relaciones laborales altamente sindicalizada, es el ET donde se fijan los términos que disciplinan esta función sin que los sindicatos tengan facultad alguna a este respecto, pues siendo cierto que existe un notable grado de interacción entre sindicatos y órganos de representación unitaria, estamos ante dos instancias de representación con lógicas distintas y con diferente protección constitucional, debiendo analizar a lo largo de las siguientes páginas cuáles son las consecuencias jurídicas de esta diferente naturaleza.

1.1. La sujeción a las instrucciones sindicales de los representantes electos mediatizada por el mandato representativo

Dado el carácter legal de la representación de base electiva, la válida adopción de acuerdos y la aplicación de cuantos otros efectos jurídicos deriven de su actuación se contienen en el ET, siendo en esta sede donde se establecen los requisitos para la formación de la voluntad en su seno sin que los sindicatos puedan asumir función ordenadora a este respecto. Los órganos unitarios existen porque la Ley así lo dispone, siendo el art. 67 ET el que garantiza a sus titulares el ejercicio de la función legalmente encomendada a través de mandatos representativos, aun habiendo sido elegidos dentro de una candidatura sindicalizada.

Ni los delegados de personal ni los miembros del comité de empresa requieren la aquiescencia del sindicato o la aceptación de los trabajadores para el ejercicio de las competencias a las que hace referencia el Título II ET; es más, los representantes unitarios podrán actuar en contra de los criterios adoptados por el sindicato de pertenencia (en el caso de estar afiliados) o por el que concurrieron a las elecciones y este alejamiento no tendrá ninguna consecuencia *ad extra*, es decir, no anulará la decisión adoptada por la instancia electiva legitimada, sin perjuicio de que el representante unitario, en su condición de afiliado, pueda ser sancionado, atendiendo al régimen disciplinario sindical.

El mandato que define a los representantes electos, aun habiendo sido elegidos dentro de una candidatura sindicalizada, es de naturaleza representativa sin que sus miembros obedezcan necesariamente las instrucciones emanadas por el sindicato al que están afiliados o por el cual concurrieron a las elecciones ya que el comité se debe, en puridad, a sus electores y es controlado por la asamblea de personal, de modo que podrán obedecer al sindicato de pertenencia cuando la observancia de estas instrucciones no entre en conflicto con lo resuelto en asamblea y "aun cuando no sufran esa presión habrá ocasiones en que un planteamiento circunscrito les impulse a desoír *motu propio* las instrucciones recibidas" [100] hasta el punto que en los

[100] *OJEDA AVILÉS, A., "La representación unitaria: «el faux ami»", Revista Ministerio de Trabajo, vol. 58, 2005, p. 347.*

casos de oposición entre el comité y el sindicato hallaremos un factor sociológico favorable al primero consistente en la división sindical que caracteriza al modelo bicéfalo español[101].

Cuestión distinta es que la ordenación del proceso electoral favorezca la concentración sindical, favoreciendo una tendencia centrípeta que insta a los sindicatos a consolidar su presencia en los órganos unitarios. Pero comoquiera que el voto de cada uno de los representantes electos es personal e individualizable, por mucho que su elección se haya hecho a través de listas cerradas y bloqueadas (al menos, para los miembros del comité), la mayoría se calculará computando el voto de cada uno de los vocales que componen la comisión, atendiendo, eso sí, a la representatividad de fondo.

La aplicación de esta regla, al menos, para la negociación de convenios supone que el reparto efectivo de miembros se efectuará en proporción a la audiencia electoral lo cual implica que, sin negar la naturaleza unitaria de tales órganos, se respete la pluralidad sindical. Dicha decisión, aun no explicitada expresamente, parece plenamente coherente con un sistema de relaciones laborales como el español en el que lo "trascendente no es que existan o no estadios previos, incluso paralelos, formales o informales, o dinámicas de pre-negociación o acercamiento de posturas, consustanciales a toda dinámica de concierto y búsqueda de compromisos de naturaleza normativa como los que se derivan de la negociación colectiva, sino que en ellos puedan participar todos los sujetos colectivos que cumplen los requisitos legalmente establecidos para poder negociar en nombre e interés de los trabajadores" [102], so pena de que su exclusión pueda considerarse contraria a la libertad sindical.

En definitiva, aunque la negociación sea asumida por una instancia representativa de base unitaria[103], la comisión negociadora deberá designarse en proporción a la presencia de cada sindicato en la empresa, garantizándose, de esta forma, el respeto a las opciones electorales manifestadas por los trabajadores al tiempo que se asegura que todos los sujetos legitimados, por minoritarios e irrelevantes que sean, puedan participar en el proceso negocial. El "derecho de libertad sindical exige que todos y cada uno de los sindicatos con representación en el comité de empresa tengan representación en las comisiones operativas que se constituyan a tal fin"[104], evitando así que las posiciones mayoritarias puedan imponer sus postulados. O, dicho de otro modo, la permeabilidad que presentan los órganos electivos a la sin-

[101] Sobre las consecuencias de este modelo dual, de obligada consulta Baylos Grau, A.; López Bulla, J. L., "Sobre el actual modelo de representación", *Revista de Derecho Social*, vol. 22, 2003, p. 232.

[102] STC 118/2012.

[103] SSTS 30.10.1995 (Rº 2215/1994), 31.10.1995 (Rº 218/1995).

[104] STSJ Galicia 17.8.1992 (Rº 3013/1992). Hace un brillante recorrido por la jurisprudencia en este sentido, Baylos Grau, A., "Notas sobre la libertad sindical y negociación colectiva", en Bodas Martín, R. (ed.) *La negociación colectiva ante la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2010, pp. 30-33.

dicalización en los términos referidos tiene una traducción jurídica concreta en su dinámica de funcionamiento pues, sin desvirtuar su carácter unitario, el respeto a la libertad sindical exige que los órganos de base electiva y cuantas comisiones de ellos se deriven sean una reproducción lo más fiel posible del resultado de las opciones tomadas por los trabajadores en un proceso electoral al que se habrán presentado candidatos y candidaturas, casi siempre respaldadas por formaciones sindicales, siendo este pluralismo el que deberá reflejarse de la forma más fiel posible, de manera que las mayorías y las minorías conserven sus porcentajes representativos aunque el número de sus miembros se haya reducido a escala[105].

1.2. La aparente preceptividad de las instrucciones sindicales por las secciones constituidas a nivel de empresa

Los órganos de representación sindical en la empresa son, sin embargo, parte del sindicato y como tales encuentran su razón de ser en el derecho de libertad sindical, de modo que los términos que disciplinan su funcionamiento se contendrán en la normativa adoptada por el sindicato. Es más, el hecho de que, en el ámbito empresarial, esta función sea asumida por secciones y delegados no altera esta conclusión, pues las instancias descentralizadas del sindicato deberían observar las instrucciones emanadas por los órganos confederales y por lo disciplinado en el mandato congresual en vigor, pudiendo ser reprobadas si se apartan de esta actuación ya que no tendría especial sentido que una sección pudiera adoptar acuerdos claramente contrarios a las decisiones del sindicato pues supondría primar a la sección sobre el propio sindicato lo que se traduciría en anteponer los intereses de un grupo de trabajadores afiliados sobre los de la organización a la que pertenecen.

Ahora bien, que el RDL 7/2011, en el ánimo promocional de las representaciones sindicales a nivel de empresa, contenga un principio de favor por estas instancias -que se concreta en la atribución de determinadas facultades de manera directa (v. gr. negociación colectiva, interlocución en períodos de consultas cualificados)-, implica la obtención de la mayoría legal sea título bastante para que la decisión adoptada surta plenos efectos jurídicos, y ello con independencia de que el sindicato esté disconforme con la decisión adoptada por la sección, siendo, en tales casos, un problema sindical la solución de la controversia sin consecuencias *ad extra*, es decir, sin ningún efecto en la validez de la decisión adoptada.

[105] El criterio de proporcionalidad, asumido por el TS siguiendo la doctrina jurisdiccional del extinguido Tribunal Central de Trabajo, ha descartado la solución de la mayoría pues no se corresponde con el principio de representación corregida que inspira la legislación sindical española (arts. 7.2 y 10.2 LOLS, 71.1 ET y 87.2 ET) e impone, en consecuencia, la solución opuesta, esto es, el reparto proporcional de los puestos entre los sindicatos presentes en la representación laboral de base unitaria.

Obviamente, la separación de las instrucciones sindicales podrá tener consecuencias internas, esto es, cabrá la disolución de la sección o la máxima sanción disciplinaria, cual es la expulsión del sindicato de los afiliados que la componen, pero, en ningún caso, afectará a la validez legal de lo acordado, de modo que la obtención de la mayoría exigida para la válida adopción del acuerdo (v. gr. arts 41.4, 89.3 ET o art. 3.2 a) RDLRT) será título bastante para que la decisión vincule a la totalidad de trabajadores representados. Es cierto que los órganos confederales, al menos, de los sindicatos más representativos tratan de minimizar este riesgo mediante el establecimiento de reglas para la adopción de acuerdos por todos aquellos que, de una manera u otra, personifican al sindicato, aunque conviene insistir en que su inobservancia no afectará a la validez del acuerdo.

Cuestión distinta es que la naturaleza de estas instancias imposibilite que el voto de sus componentes se fragmente, es decir, el mandato que define a los representantes estatutarios hace que su actuación se caracterice por la plena autonomía en lo que hace a la adopción de decisiones; autonomía que se materializa en un voto personal, no delegable y que no necesariamente tiene que seguir las instrucciones del sindicato por el cual el representante unitario se presentó al proceso electoral.

En cambio, si la interlocución es asumida por la sección sindical no será posible esta personalización del voto sino que el mismo deberá efectuarse en bloque, habida cuenta que la legitimación de cada sección depende de su representatividad concreta entre los representantes unitarios. No cabe, por tanto, que los miembros de una misma sección voten de manera diferenciada porque no se les adjudica una parte de la representatividad de la que puedan disponer unilateralmente.

La legitimación de cada sección y, con ello, su presencia en la comisión negociadora "depende de su representatividad concreta entre los representantes unitarios, y así el voto, sea cual fuere el número de miembros de la comisión, debe producirse en bloque ya que no se puede trocear entre los representantes designados por la sección sindical la representatividad de la misma, por cuanto cada sección tendrá derecho a un voto ponderado a su representatividad entre los representantes unitarios, que es claramente global"[106] . La singular naturaleza del mandato de los integrantes de la sección justifica esta conclusión aunque debe tenerse en cuenta que voces muy autorizadas de la doctrina laboralista española[107] recuerdan que la exigencia de unanimidad dentro de la sección, aún siendo lo deseable, no es un requisito observado en la Ley, y puede, en cierta medida, resultar contrario al derecho a la libertad sindical, especialmente en aquellos casos en que los estatutos de la organización reconozcan los derechos de la minorías sindicales.

[106] SAN 16.11.2012 (Proc. 197/2012), cuyo recurso fue resuelto por la STS 14.3.2014 (Rº 144/2013).

[107] Falguera Baró, M. A., "El acuerdo en el período de consultas", en AAVV. (ed.), Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2014, p. 171.

Esta interpretación, a pesar de contar con fundadas argumentaciones, no se colige de la Ley y así, conforme a nuestro modelo legal, no cabe que los miembros designados por la sección sindical voten de manera diferenciada en la comisión en tanto en cuanto no se les adjudica una parte de la representatividad de la que cada uno de los integrantes de la sección pueda disponer unilateralmente. Esta solución no deja de mostrar una cierta disfunción, habida cuenta que si quienes asumen la negociación son representantes unitarios –aun presentados en listas sindicalizadas- no cabrá exigir esta unidad de voto, pues, como se ha visto, no parece existir óbice alguno -al menos, en el terreno estrictamente legal, cuestión distinta será en la esfera endosindical- para que el sentido del voto de los representantes unitarios pueda ser divergente, conforme al mandato representativo que define esta representación (art. 67 ET) mientras que si la interlocución es sindical, la presencia se establece en bloque, conforme a la audiencia electoral obtenida.

Esta conclusión no resuelve, además, la notable casuística que plantea la nueva exigencia contenida en el art. 41.4 ET en los procesos de reorganización productiva empresarial, estableciendo un requisito acumulativo para la válida adopción de acuerdos al exigir la mayoría de representantes siempre que estos representen a la mayoría de trabajadores afectados por la vicisitud. La mayor dificultad se plantea en empresas pluricelulares que cuenten con centros con y sin representantes legales, habiéndose propuesto unos criterios para proceder a este cálculo[108], partiendo del principio de representación proporcional que informa al Derecho Colectivo del Trabajo.

Conviene finalmente recordar que la reforma contenida en el RDL 7/2011 zanja, al tiempo, el debate de si el sindicato como órgano externo a la empresa puede recabar para sí la condición de parte de un convenio de ámbito de empresa o inferior, dado que la misma opta por atribuir la legitimación, exclusivamente, a las secciones[109]. Pues bien, ya hemos sostenido que aunque este reconocimiento es plenamente respetuoso con el propósito legislativo de profundización de la democracia sindical, el hecho de que sean las secciones las legitimadas para negociar en este ámbito supone dotarlas de una cierta autonomía, pudiendo escuchar al sindicato de pertenencia pero teniendo presente que la obtención de la mayoría estatutaria será requisito suficiente para dotar de eficacia personal

[108] Me permito remitir a NIETO ROJAS, P., *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid, pp. 105-108.

[109] Tesis que ya había sido sostenido tras la aprobación de la LOLS, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *Los sujetos de los convenios de empresa: representantes unitarios y representantes sindicales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985, p. 196. Defendiendo la tesis contraria, es decir, que la negociación directa por el sindicato o indirecta a través de sus órganos es un problema de régimen interno o de oportunidad, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *La organización de los sindicatos en los lugares de trabajo (Empresa y Administración Pública)*, Civitas, Madrid, 1991, p. 140. El RDL 7/2011 se aparta de la tesis defendida por el TS en el sentido de considerar una cuestión interna del sindicato el órgano legitimado para negociar, vid SSTS 28.2.2000 (Rº 2040/1999) y 16.9.2004 (Rº 129/2003).

general al acuerdo adoptado, incluso aunque el sindicato se muestre contrario a esta decisión[110].

Ahora bien, tanto las secciones sindicales que son, en puridad, instancias descentralizadas del sindicato como los delegados están sujetos a las instrucciones y dictados establecidos en los Estatutos Sindicales y en las actuaciones aprobadas en los Congresos (especialmente en los criterios de negociación), de forma que la separación de las instrucciones será un problema de legalidad sindical, no siendo infrecuente que existan tensiones, máxime cuando el sindicato local o la confederación impone una postura que las secciones rechazan, en todo o en parte[111].

2. LA FORMACIÓN DE UN SINDICALISMO DE ELECTORES EN VEZ DE UN SINDICALISMO DE AFILIADOS

Que la defensa de los intereses colectivos en los lugares de trabajo se efectúe por los sindicatos a través de los órganos de representación unitaria[112] obedece a un cúmulo de factores claramente interrelacionados entre sí, a saber:

En primer lugar, fue la debilidad del legislador[113] la que impidió alcanzar un modelo que evitase solapamientos inútiles mediante un reparto funcional entre representantes unitarios y sindicales. Y aunque desde los primeros debates parlamentarios que precedieron a la aprobación del ET, y que han resurgido con fuerza en la actualidad, algunas fuerzas políticas proponían que la negociación colectiva o la huelga fuesen de titularidad exclusiva sindical mientras que las competencias de corte participativo (materializadas en derechos de información y consulta[114])

---

[110] SSTSJ Castilla y León 21.9.1993 (Rº 1763/1993), Madrid 5.6.2006 (Rº 2383/2006), Aragón 25.9.2007 (Rº 786/2007). Sobre esta posibilidad, Alarcón Caracuel, M. A., "La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos", en Alarcón Caracuel, M., Rey Guanter, S. (eds.) *La reforma de la negociación colectiva*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 81.

[111] En relación a la negociación colectiva franja ya señalaba esta disfunción, Ojeda Avilés, A., "Los convenios de franja sectoriales", *Actualidad Laboral*, vol. III, 2000. Véase, por ejemplo, la reciente SAN 22.9.2014 (Rº 76/2014) en la se dirime la legalidad de la destitución de un delegado sindical "en el contexto de la firma por los representantes de USO en la empresa, en contra de la política de su sindicato, de un convenio de empresa que ha de primar sobre el sectorial".

[112] Diagnóstico compartido de manera generalizada, véase, por todos: Baylos Grau, A., *Sindicalismo y derecho sindical*, Bomarzo, Albacete, 2006, p. 30; Casas Baamonde, M. E.; Escudero Rodríguez, R., "Representación unitaria y sindical en el sistema español de relaciones laborales", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 17, 1984, p. 51; Cruz Villalón, J., "El reconocimiento de la representación y la acción sindicales en la empresa", en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (ed.) *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 237; Sáez Lara, C., *Representación y acción sindical en la empresa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1992, p. 243.

[113] Especialmente durante la elaboración del texto estatutario, Sáez Lara, C., *Representación y acción sindical en la empresa*, cit., p. 123.

[114] Baylos Grau, A., "Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles", cit., p. 169 sostiene que no deben entenderse bajo la noción de participación "los medios típicos de la acción sindical definitorios de la autonomía colectiva, como la negociación colectiva y la huelga".

se reconociesen a los órganos unitarios, bien es sabido que dicha distribución no prosperó en la regulación finalmente aprobada, en parte porque la institucionalización legal de las representaciones unitarias en el año 1980 frente a un reconocimiento meramente convencional de las sindicales reforzó la consolidación de aquéllas como cauce preferente de interlocución en la empresa, incrementado por el prestigio y trayectoria de estas representaciones unitarias en los últimos años de la transición[115].

En segundo lugar, porque dicha decisión legal terminó por condicionar un modelo de representación en la empresa que se sustenta en la coexistencia, más o menos pacífica, de representantes unitarios y sindicales, y aunque ciertamente los primeros son por tradición, por efectiva operatividad preponderantes, la eficacia de su actuación se condiciona al apoyo de una estructura sindical externa, en principio, ajena a estos órganos ya que es la participación del sindicato la que da "la savia y el apoyo" [116] a la representación de base unitaria.

Ahora bien, los peligros y disfuncionalidades de este modelo dual son evidentes para la afiliación sindical. La última Encuesta de Calidad de Vida y Trabajo cifraba en un pírrico 16.4% (ECVT 2010: Tabla 5.10) la tasa de afiliación pero también tiene una consecuencia directa para la legitimidad sindical, pues aunque es obvio que de poco sirven los órganos unitarios sin la excitación de los sindicatos, los trabajadores muchas veces ven más próximo al órgano unitario que al sindicato que actúa en su interior. Para tratar de paliar esta situación, desde círculos sindicales[117] se propone que sean las secciones las que asuman de forma exclusiva las atribuciones vinculadas a la negociación colectiva y las relativas a las medidas de conflicto mientras que el espacio natural de las representaciones unitarias quedaría circunscrito a las funciones informativo-consultivas, y exclusivamente en el centro de trabajo.

A pesar de aplaudir esta propuesta desde un plano teórico, en la presente comunicación no se puede asumir la misma, y ello en base a los siguientes argumentos: de un lado, por la evidente consolidación de los órganos unitarios como cauce natural para la participación del sindicato en la empresa nos hace compartir que su hipotética "decapitación supondría una erosión en la defensa de los trabajadores.

[115] CRUZ VILLALÓN, J., "El reconocimiento de la representación y la acción sindicales en la empresa", cit., p. 234.

[116] SAGARDOY BENGOECHEA, J. A., "Representación de intereses del personal de la empresa", en AAVV. (ed.) *El nuevo régimen jurídico sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional, octubre 1985: mesa redonda*, Confederación Española de Organizaciones Empresariales, Madrid, 1986, p. 100.

[117] BENITO VALENCIANO, R. (ED.), *Un nuevo sindicalismo para el futuro. Reflexiones sobre trabajo y cambio social*, Fundación 1o de mayo, Madrid, 2012, p. 255. Tesis que fue defendida por el histórico sindicalista López Bulla y por parte de la doctrina científica, véase, el debate contenido en BAYLOS GRAU, A.; LÓPEZ BULLA, J. L., "Sobre el actual modelo de representación", cit., pp. 227-229 y MERINO SEGOVIA, A., "La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012", *Revista de Derecho Social*, vol. 57, 2012, p. 257.

La función reivindicativa de los órganos unitarios está tan asumida en nuestra cultura jurídica que un encauzamiento de esta instancia representativa hacia funciones exclusivamente participativas traería un terremoto social"[118]. De otro, porque nadie cuestiona que el sindicato actúa en las empresas a través de la representación unitaria, de forma que cualquier propuesta que se efectúe en relación a la conveniencia o no de la modificación del marco normativo debe hacerse partiendo de que la referida sindicalización no sólo consolida a los propios órganos unitarios sino que les da mayor solidez.

3. ALGUNAS BREVES REFLEXIONES FINALES

Expuestas sucintamente las consecuencias jurídicas de la sindicalización de la representación unitaria, sólo resta terminar esta comunicación recordando que los riesgos expuestos se ven ciertamente agravados en un modelo de eficacia general del convenio colectivo estatutario. Y así, "la decisión de afiliarse a un sindicato se explica en términos de maximización de la utilidad y relación coste/beneficios, lo que plantea la paradoja del gorrón ("free rider"), según la cual en un colectivo que comparte intereses siempre existe una fracción considerable de individuos para quienes el esfuerzo (coste) de la acción a realizar para proteger dichos intereses (la acción sindical, en este caso) es mayor que la esperanza de obtener resultados significativos de dicha acción (beneficios), puesto que éstos son públicos (los reciben también quienes no se movilizan en defensa de los intereses comunes), mientras que aquellos son siempre individuales. En el modelo español, efectivamente, los beneficios de la concertación social, la negociación colectiva e, incluso, la intervención puntual de los representantes sindicales en la empresa, son de aplicación universal, mientras que los costes son asumidos en exclusiva por las organizaciones sindicales, sus afiliados y representantes, lo que al menos en una primera fase, y aún hoy en demasiados casos, opera como barrera de entrada a la afiliación, dada la beligerancia antisindical de muchas empresas y organizaciones, especialmente disuasoria para los estatus contractuales más frágiles y precarios"[119].

La propia ordenación normativa es la que, en definitiva, coadyuva a la formación de un sindicalismo de electores en detrimento de uno de afiliados. Y aunque, desde un diseño perfecto, la articulación entre representaciones unitarias y sindicales debiera ser entendida en términos de soporte recíproco, es decir, la legitimidad del sindicato dentro de las empresas podría pasar por vía electiva y, en sentido inverso, las representaciones unitarias debieran poder recibir el asesoramiento téc-

[118] Lahera Forteza, J., *La titularidad de los derechos colectivos de trabajadores y funcionarios*, CES, Madrid, 2000, p. 309. Se observa una cierta matización en esta postura, instando a una mayor sindicalización en Lahera Forteza, J., "El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa: funciones y disfunciones", cit., p. 34.

[119] Alos, R.; Beneyto, P.; Jodar, P.; Molina, O.; Vidal, S., *La representación sindical en España*, Fundación 1o de mayo, Madrid, 2015, p. 23.

nico de las federaciones sindicales, especialmente ante la complejidad de muchas de las funciones asignadas, en el ordenamiento jurídico español muchas veces no se alcanza esta integración sino que se establece un fenómeno de emulación que a nadie beneficia.

AFILIACIONES SINDICALES ANÓMALAS: EL CASO ANTÓN ABAD; DE PROFESIÓN, SANTO

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA
Doctora en Derecho
Funcionaria del C. S. de Administradores Generales
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

1. CONCRECIÓN DEL TEMA DE LA COMUNICACIÓN

En fecha de 25/1/2015, el diario *El Mundo-Andalucía*, en una noticia firmada por Fermín Cabanillas, informaba que en la localidad de Trigueros (Huelva), san Antón Abad tenía la particularidad de ser «un militante más del sindicato UGT desde hace 86 años»: y que «la relación entre la imagen y el sindicato se inició en 1932, cuando salió en procesión con el carné de la UGT colgado en el bolsillo. Al sindicato se le había afiliado en 1929 al considerar que el hecho de que san Antonio Abad repartiera sus tierras iba en concordancia con la política de esta organización. (…) la imagen se libró del expolio y destrozos que muchas sufrieron durante la Guerra Civil, precisamente por tener ese carné».Esta noticia me llevó a preguntarme, como personal de la Oficina de Depósito de los estatutos de los sindicatos del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, si, al día de hoy, cabe la posibilidad de que los estatutos contemplen la afiliación de un «Santo». Antes de analizar este aspecto, expondré las vicisitudes legales e históricas que dieron lugar a la creación de esta «leyenda sindical». En las paginas siguientes se exponen los hechos históricos junto con la normativa sindical vigente de 1929 a 1934 -años a los que se refiere *El Mundo de Andalucía*- para tratar de determinar si era posible esta afiliación; y, posteriormente, analizar la posible actuación que le corresponde a un funcionario de las Oficinas de depósito de los estatutos ante un caso similar; al amparo de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y su normativa de desarrollo, el Real Decreto 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las organizaciones empresariales y sindicales.

2. LA LEGISLACION SINDICAL VIGENTE DE 1929 A 1934

A) Del reinado de Alfonso XIII cobran relevancia en el tema objeto de esta comunicación, la Ley reguladora del Derecho de reunión de 1880 y la Ley de Asociaciones de 1887.

La primera norma, la Ley de 15 de junio de 1880, reguladora del Derecho de reunión (*Gazeta* 16 de junio de 1880), dispone en su artículo 1 que «El derecho de reunión pacífica que concede a los españoles el art. 13 de la Constitución puede ejercitarse por todos, sin más condición, cuando la reunión haya de ser pública, que la de dar los que la convoquen conocimiento escrito y firmado del objeto, sitio, día y hora de la reunión, 24 horas antes al Gobernador Civil en las capitales de la provincia, y a la Autoridad local en las demás poblaciones». Por su parte, su artículo 7 declara que no se encuentran sometidas a esta Ley las procesiones de culto católico.

En lo refiere a la segunda norma, la Ley de 30 de junio de 1887, de Asociaciones (*Gazeta* de 12 de julio de 1887), regula el derecho de asociación de forma general, no trata específicamente el derecho a crear y a afiliarse a asociaciones obreras, que se entienden incluidas por una interpretación extensiva[120][121]. Dado que se trata de una norma genérica, se caracteriza por no concretar el perfil de las personas que podían asociarse. Su artículo 4 tan solo menciona a «los fundadores o los iniciadores de una asociación…», a los que impone la obligación de presentar dos ejemplares de los estatutos al Gobernador de la provincia.

Las dos normas citadas se encontraban vigentes en 1929, año que, según algunas fuentes, se produjo la afiliación de san Antón Abad al sindicato con el carné número 1. Aunque en la Ley de Asociaciones de 1872 no se determina el perfil profesional, por lo que no existiría prohibición directa a la permanencia del Santo en una organización obrera; si encontramos en esta norma explicación al contenido del famoso carné—hoy desaparecido— con el que salió en procesión. Su artículo 10 señala: «Toda asociación llevará y exhibirla a la autoridad cuando esta se lo exija registro de nombre, apellidos, profesión y domicilio de todos los asociados, con expresión de los individuos que ejercen en ella cargo de administración, gobierno o representación…»; de ahí puede deducirse que constara la profesión «santo» en el carné sindical. La falta de cumplimiento de estas formalidades en materia de registro conllevaba la imposición de multas.

---

[120] En este sentido, VELASCO PORTERO, MARÍA TERESA: *Los sujetos de la Libertad sindical individual,* AMLA, Sevilla, 2015, pág. 32

[121] Su desarrollo reglamentario se reguló años después con el Real Decreto de 10 de marzo de 1923. VELASCO PORTERO, *op. cit.,* pág. 33, observa que la tónica general de esta norma era «la imposición de un estricto control gubernativo de la vida y la actividad de las sociedades, incluso de sus socios».

Aunque del contenido de la Ley de Asociaciones de 1887 no parece desprenderse una prohibición expresa a la afiliación de una imagen religiosa; esta no fue la constante en esta época, deducción que se desprende del análisis de la normativa sindical aplicable en Cataluña, en concreto del Real Decreto de 3 de diciembre de 1922 de Constitución de Sindicatos y Asociaciones de Empresarios en la provincia de Barcelona (*Gazeta* 4 de noviembre de 1922). Esta última disposición es más estricta que la genérica Ley de Asociaciones de 1887, al identificar de forma expresa a los sujetos que podían afiliarse a un sindicato. Concede el derecho a afiliarse a los trabajadores, entendiendo por estos, los «obreros de oficio, gremio y demarcación». Requiere que los sindicatos se formen, al menos, por 100 obreros; los cuales, para ingresar libremente en los mismos tenían que cumplir los requisitos establecidos en su artículo 29 (ser españoles, pertenencia al oficio o ramo del trabajo del sindicato y estar incluido en el censo correspondiente; ser mayores de 18 años -menores con autorización de los padres o tutores-; respecto a las mujeres, tendrían que ser mayores de 18 años).

B) En la II República, el artículo 39 de su Constitución (promulgada el 9 de diciembre de 1931) reconoció el derecho de los españoles a asociarse o sindicarse libremente; estableciendo la obligación a los sindicatos y las asociaciones de inscribirse en un registro público. Mediante la aprobación de la Ley de 8 de abril de 1932, de Asociaciones Profesionales y Obreras (*Gazeta* 14 de abril de 1932) se sentaron las bases para el desarrollo del derecho constitucional a asociarse. Esta norma, a diferencia de la Ley de 30 de junio de 1887, sí concretaba el perfil de las personas que podían pertenecer a un sindicato. Señalando en su artículo 4 que: «Solamente podrían ingresar en las Asociaciones Profesionales Obreras los individuos mayores de dieciséis años que pertenezcan a los oficios y profesiones cuyos intereses obreros trate de defender la Asociación. Si se trata de Asociaciones de obreros agrícolas, podrán formar parte de ellas los trabajadores del campo que perciban como retribución asalariada por su mano de obra cien jornales al año, aún cuando sean a la vez pequeños propietarios o arrendatarios.

Las mujeres podrán formar parte de las Asociaciones en las mismas condiciones de los varones, sin que las mayores de dieciocho años necesiten autorización paterna, material ni tuitiva.

Podrán también formar parte de la Asociación los obreros de uno y otro sexo, que hayan pertenecido durante un año, al menos, a los oficios o profesiones correspondientes, si no han adquirido la condición de patronos.

Una misma persona no podrá pertenecer a más de una asociación obrera de una determina procesión en una misma localidad».

Respecto a los datos personales que tenía que contener el Libro Registro de los Sindicatos, la nueva norma, sigue las mismas pautas de la normativa anterior: nombre, apellidos, profesiones u oficios y domicilio de cada asociado, con expresión de las altas y bajas (artículo 16).

En este período histórico fueron muy relevantes los enfrentamientos político-sociales que pretendían acabar con la influencia de la iglesia católica[122], implantando el agnosticismo o ateísmo. En este contexto, los periódicos se hacían eco de los debates que protagonizaban la tramitación de la Ley de Congregaciones Religiosas, que regulaba la solicitud de permisos gubernativos para poder sacar las procesiones[123]; de las consecuencias derivadas de la expulsión de la Compañía de Jesús y la incautación de sus bienes[124]; de la concesión de permiso por parte del Consejo de Ministros para la salida en procesión del Santo Entierro en Sevilla[125]; así como las diversas noticias relacionadas con la quema de conventos, noticias muy presentes para la sociedad local.

La salida de la procesión de san Antón Abad -en enero de 1932- fue un acontecimiento de la historia local de Trigueros con cierta repercusión mediática en el resto del país y que, con el tiempo, ha transmutado a hechos no confirmados o ambiguos[126]. Al día de hoy, por las noticias publicadas en Internet, puede decirse que ha prevalecido la hipótesis de que la afiliación del Santo al sindicato se realizó para protegerlo de actos vandálicos y/o para lograr el permiso gubernamental necesario para sacar el Santo en procesión. Aunque, confusamente se ha sugerido, también, que el episodio fue consecuencia de la aprobación de la Ley de Confesiones y Congregaciones Religiosas que limitó el culto religioso a los templos[127] e implantó la obligación de solicitar autorización gubernativa — las autoridades gozaban de un amplio margen de discrecionalidad— para celebrar determinados actos fuera de la iglesia, como las procesiones y los entierros.

Ahora bien, ¿afectó a la salida procesional de 1932 la aprobación de las nuevas normas? ¿Es cierto que se realizó la afiliación al sindicato UGT como se recoge en las

[122] Al respecto vid. MARTÍNEZ-TORRÓN, JAVIER «Derecho de Asociación y confesiones religiosas en la Constitución de 1931», en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* núm. 3.

[123] *El Liberal* de 4 de febrero de 1992

[124] Vid. *El Libreral* de 5 y 6 de febrero de 1932

[125] *El Liberal* de 6 de febrero de 1932

[126] En este sentido, la novela *Pan y Cielo* de Juan Cobos Wilkins, publicada por La Isla de Siltola, 2015; con su estructura de continuos saltos en el tiempo e imprecisión de fechas. Por ejemplo, cita la Ley de Confesiones y Congregaciones Religiosas de 1933 en términos tan ambiguos que parece que esta tuvo un papel muy significativo en la salida procesional de 1932.

[127] Art. 3 de la Ley de Confesiones y Congregaciones Religiosas: «El Estado no tiene religión oficial. Todas las Confesiones podrían ejercer libremente el culto dentro de sus templos. Para ejercerlos fuera de los mismos se requeriría la autorización especial gubernativa en cada caso. Las reuniones y manifestaciones religiosas no tendrán carácter político, cualquiera que sea el lugar que se celebren».

noticias de la prensa actual? Si revisamos la *Gazeta* y los periódicos de la época, observamos que la realidad se impone a la leyenda que rodea a esta historia, por lo siguiente:

1. Conforme a la Ley de 8 de abril de 1932, de Asociaciones Profesionales y Obreras, el Santo no podía ni ser afiliado a una organización obrera; sin embargo, no es una norma que tuviera repercusión en los hechos, puesto que su salida procesional se produjo antes de que se aprobase la Ley de 1932.

2. En lo que se refiere a la necesidad autorizar gubernativamente la procesión conforme a la Ley de Confesiones y Congregaciones Religiosas, tenemos, igualmente, el factor temporal que contradice la aplicación de esta norma que se aprobó el 2 de junio de 1933 (publicándose en la *Gazeta* el día 3 de junio de 1933). La prensa de la época se había eco de la salida procesional del Santo en febrero de 1932[128]. Por otra parte, dos años después se debatió quién era la autoridad competente para autorizar las salidas procesionales. En la sesión de las Cortes celebrada en 16 de enero de 1934, el diputado Cano López (Huelva) preguntó al ministro de Gobernación, el Sr. Rico Avelino, a qué autoridad gubernativa le correspondía autorizar los entierros y las procesiones. Según el Ministro, se aplicaba la Ley de 15 de junio de 1880, y la autorización le correspondía darla a los Gobernadores Civiles en las capitales de provincia, y en las localidades, a los alcaldes[129]. Esta argumentación resulta sorprendente, puesto que la Ley de Reunión de 1880 no se aplicaba a las procesiones, como consta expresamente en la misma.

3. No está claro a qué organización fue afiliado el Santo. Se dice que al sindicato UGT, pero lo cierto es qué las noticia de la época mencionan un «Centro Social» (*El Liberal*) o «Centro obrero adherido a la Unión General de Trabajadores» (*El Mundo Gráfico*) donde fue inscrito como número 1 en las listas.

Por lo expuesto, es plausible aventurar que la salida profesional de San Antón Abad exhibiendo el carné del sindicato[130] fue, más que nada, una maniobra para introducir un aspecto no religioso en el acto con la finalidad de evitar agresiones y/o la destrucción de la imagen religiosa por personas contrarias a las manifestaciones religiosas católicas. Al desarrollo pacífico de la reunión (al tratarse de un acto con

[128] Por ejemplo, en el periódico *El Liberal* de fecha de 3 de febrero de 1932 se publicó una noticia firmada por Galerín (seudónimo de Agustín Macías López), titulada «El patrón de Trigueros», a la que posterior hubo una contestación del Secretario del Ayuntamiento, Ríos Martínez. «El Mundo Gráfico» de 24 de febrero de 1932, en el apartado «Estampas Andaluces» despliega un amplio reportaje fotográfico de la fiesta, precisamente por la peculiaridad de tener un santo afiliado al sindicato. El reportaje fue firmado por J. Muñoz San Román.

[129] El periódico *El Día* de 22 de febrero de 1934 informa de esta noticia en su página 12, bajo el título: «Disposiciones Civiles, Sobre autorizaciones para celebrar procesiones y entierros».

[130] «Que una veces era en la mano y otras en el bolsillo», como se refleja en algunos textos colgados en Internet; sobre este punto tampoco existe unanimidad.

más de 20 personas en la calle) contribuyeron la autoridad local y los responsables del sindicato, tal como especifica *El Mundo Gráfico* quien señala que: «El alcalde republicano (de Trigueros) puso empeño en extremar la nota para demostrar que no sólo merecen los mayores respetos las efusiones tradicionales del pueblo, sino que hay que tenerlas en cuenta para gobernarlo y servirlo»[131]. Ahora bien, una vez que entró en vigor la Ley de 8 de abril de 1932, san Antón Abad no podía continuar afiliado al sindicato, si es que era un sindicato.

3. LA AFILIACIÓN SINDICAL DE LOS SANTOS ANALIZADA BAJO EL PRISMA DE LA LEY ORGÁNICA 11/1985, DE 2 DE AGOSTO, DE LIBERTAD SINDICAL

1**.** Como se sabe, el derecho a afiliarse a los sindicatos se reconoce a todos los trabajadores para la promoción y defensa de los intereses económico-sociales que le son propios. Se entiende que son trabajadores a estos efectos tanto los vinculados por una «relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas» (artículo 1 de la Ley Orgánica 11/1985 -en adelante, LOLS-). Obviamente, estos requisitos no los cumple una imagen religiosa. Ahora bien, las organizaciones sindicales tienen derecho a redactar sus estatutos y reglamentos, a organizar su organización interna y sus actividades y a formular su programa de acción y así se reconoce en el artículo 2.2.a) de la LOLS. Entre las exigencias mínimas que deberán de contener los estatutos, se encuentran los «requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida de la condición de afiliado» [artículo 4.2.d) de la LOLS][132], y en ese apartado, cabe la posibilidad de qué se establezcan diferentes categorías de afiliados con distintos derechos y deberes para cada caso. Se podría, en consecuencia, reconocer a:

A) Los afiliados de pleno derecho (trabajadores reales incluidos en el ámbito del artículo 1 de la LOLS, incluyendo los trabajadores en paro, las personas que hayan cesado en su actividad laboral por incapacidad y jubilación y los autónomos sin trabajadores a su cargo, a lo que se refiere el artículo 3.1 de la LOLS. A estos afiliados les corresponderá, si lo establecen los estatutos, en el caso de estar al día en sus obligaciones económicas con el sindicato, entre otros derechos, el derecho al voto y el derecho a presentarse como candidatos a los cargos del sindicato.

B) Los afiliados de honor, a los que en el ejercicio de su autoorganización, siempre que se encuentren recogidos en sus estatutos, el sindicato puede dar entrada con carácter simbólico. Así pueden integrarse, por ejemplo, en sindicatos de primer grado,

[131] *El Mundo Gráfico* de 24 de febrero de 1932.

[132] El artículo 5.2.b).4º del Real Decreto 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales, que entró en vigor el pasado 21 de septiembre de 2015, repite el contenido del artículo 4.2.d) LOLS con las mismas palabras.

representantes de personas jurídicas que no tienen carácter sindical. Los derechos de este colectivo tienen que estar plenamente diferenciados con respecto a los afiliados de pleno derecho; normalmente se encuentran exentos del abono de las cuotas sindicales y se les suele reconocer el derecho a asistir a las asambleas con voz, pero sin voto. Ni la LOLS ni el Decreto 14/1986, de 5 de febrero, que regula el depósito de los estatutos de los trabajadores en Andalucía, exigen diferenciar entre los derechos de los distintos grupos de afiliados, no así en el artículo 7.1.e) de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación[133].

Tras la entrada en vigor del Real Decreto 416/2015, la posibilidad de regular en los estatutos la entrada de personas que no reúnan el perfil laboral a los que se refieren los artículos 1 y 3.1 de la LOLS, encontraría su justificación en su artículo 5.2.b) *in fine* que indica: «Los estatutos podrán contener asimismo cualquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que los promotores consideren convenientes, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del sindicato o de la asociación empresarial». El pleno ejercicio del funcionamiento democrático de los sindicatos, que se recoge en el artículo 7 de la Constitución española, requiere que la admisión de cualquier socio de honor -y más en el caso de elementos asociados a una religión determinada que puede ir contra la religiosa o las ideas de otros afiliados- sea adoptada conforme al procedimiento previsto en los estatutos, votada en Asamblea, en su caso, o incluso ser impugnada conforme al procedimiento interno. Ahora bien, bajo mi punto de vista, es más razonable utilizar otros procedimientos para vincular un sindicato a un imagen religiosa, como ejemplo expongo el caso del Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas, que señala lo siguiente: «El Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas se coloca bajo la protección de Nuestra Señora de Loreto, Santa Patrona de la Aviación»[134].

2**.** ¿Qué actuaciones debería adoptar el funcionario encargado de una Oficina de depósito de estatutos sindicales de encontrarse con unos estatutos que contengan alguna referencia a la afiliación de una imagen religiosa? Las posibilidades serían las siguientes: A) Si se está frente a un sindicato que presenta en una Oficina de depósito unos estatutos para que sean aceptados, como paso previo a adquirir personalidad jurídica, en el supuesto que los mismos contengan algún precepto que establezca la admisión de imágenes religiosas, o de otro tipo, como afiliados de pleno derecho (con los mismos deberes y derechos que cualquier otro afiliado, entre ellos el derecho de voto), la persona encargada de tramitar el depósito deberá actuar siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 13.2 del RD 416/2015, por lo que requerirá a los fundadores o promotores sindicales para que subsanen esta anomalía estatutaria en el

[133] Conforme a su Disposición Final Segunda, esta Ley tiene carácter supletorio de cualesquiera otras que regulen supuestos específicos de asociaciones.

[134] Agradezco al prof. José María Miranda Boto de la Universidad de Santiago de Compostela su disposición a facilitarme esta información.

plazo de diez días a computar desde la fecha de recepción de la comunicación que solicita la subsanación.

La causa para fundamentar el requerimiento de la subsanación será lo dispuesto en el artículo 5.2.b. *in fine* del RD 416/2015 que indica que: «Los estatutos podrán contener asimismo cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que los promotores consideren convenientes, siempre que **no se opongan a las leyes** ni contradigan los principios configurados del sindicato…». Como quiera que el perfil que determina quién puede afiliarse en el sindicato se establece por la aplicación conjunta de los artículos 1.2[135] y 3.1[136] de la LOLS, es evidente la cláusula estatutaria que regule el derecho a afiliarse a un sindicato de una imagen religiosa tendrá que ser rechazada puesto que se opone al perfil legal de trabajadores o personas que pueden afiliarse a un sindicato.

Antes de la entrada en vigor del RD 416/2015 se podía exigir la subsanación de la anomalía, alegando, por ejemplo, que el artículo 7 de la Constitución Española requiere que el funcionamiento del sindicato se realice bajo principios democráticos y qué no se daría este funcionamiento democrático si se atribuye el derecho a voto a una persona o a una imagen que no reúne la condición de trabajador conforme al artículo 1 de la LOLS. Ahora bien, a pesar de existir argumentación para rechazar estas afiliaciones anómalas, la realidad era la limitación de la actuación del funcionario que atiende la Oficina de depósito para exigir que la cláusula que contiene no apareciese en los estatutos. La razón es que el artículo 4.3 de la LOLS dispone que solo se podrá rechazar el depósito «mediante resolución exclusivamente fundada en la carencia de alguno de los requisitos mínimos a que se refiere el número anterior», y entre estos no se encuentra de forma expresa la exigencia de un funcionamiento democrático, salvo para el sistema electivo de cargos del sindicatos. En consecuencia, suponiendo que los interesados no hubieran consentido cambiar la cláusula de los estatutos que permite la afiliación de una imagen religiosa con plenos derechos –de darse este supuesto-, no quedaba otra solución que llevar el asunto a los Tribunales para que estos sentenciaran la legalidad o ilegalidad de la cláusula, tal como se establece en el artículo 4.6 de la LOLS.

Obviamente nada impide que, en el ejercicio de su organización interna -reconocida en el artículo 2.2.a) de la LOLS-, en los estatutos se opte por

[135] Dice el citado artículo, «A los efectos de esta Ley, se considera trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relaciono laboral como aquellos que lo sean de una relaciono de carácter administrado o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas».

[136] «No obstante lo dispuesto en el artículo 1.2, los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, los trabajadores en paro y los que hayan cesado en su actividad laboral, como consecuencia de su incapacidad o jubilación, podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a la presente Ley, pero no fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de su legislación específica».

nombrar a determinadas imágenes –incluso en los sindicatos de primer grado, a personas jurídicas representadas por una persona física– socios de honor, por ejemplo, sin derecho a voto. En este sentido, encontramos apoyo en la jurisprudencia; por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 1365/1998 de 14 diciembre (AS\1998\4860) interpreta que: «En nuestro sistema jurídico la ley se limita a enunciar los contenidos mínimos democráticos (indisponibles e inviolables) que han de regir los sindicatos, y serán éstos los que en su acatamiento los desarrolle, cumpliendo los estatutos de los mismos la función de concretar y garantizar una estructura y gestión inspiradas en principios democráticos. El sindicato dentro de su autonomía no puede estar diseñado internamente como una organización alejada y ausente de los principios básicos de los que el Estado –en el que se encuentra integrado y es protegido ("ex" artículos 7 y 9.2 de la CE) – se dota a través de su sistema jurídico; no puede configurarse como un corpúsculo ajeno e invulnerable a las exigencias democráticas diseñadas en ámbitos extraestatales, debiendo respetar las mismas en su diseño, preservando su cumplimiento y acatando las decisiones que por exigencias democráticas le son impuestas, aun cuando afecte a ámbitos estrictamente endosindicales en el modo de organización, elección o de revocación de sus órganos, pues, dentro de las innumerables fórmulas en que pudieren ser configurados, todas han de tener como denominador común el respeto a los principios democráticos en los que se inspira».

Ahora bien, obtener ejemplos del ejercicio de la autonomía autoorganizativa sindical dentro de los parámetros legales es, al día de hoy, prácticamente imposible por la enorme dificultad que existe en nuestro país para acceder a los estatutos sindicales. ¿Por qué razón en nuestro país es tan difícil analizar los perfiles de los afiliados o de cualquier aspecto estatutario de los sindicatos, incluso de las asociaciones empresariales? Aunque las razones son múltiples, conviene destacar las siguientes:

a) Por la forma que está articulado sistema de depósitos de los estatutos, muy descentralizado y carente de protocolos de actuación uniformes; por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía existen las Oficinas de depósito provinciales (en cada CMAC provincial) para los sindicatos cuyo ámbito territorial no supere la provincia; y otra a nivel de Comunidad (en el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales) para los sindicatos cuyo ámbito territorial de actuación supere una provincia andaluza y no rebase el territorio de la Comunidad Andaluza, no existiendo coordinación de criterios de actuación.

b) Hasta el año 2015 -con la aprobación del RD 415/2015[137]- en nuestro país no se han dado los pasos necesarios para que los estatutos de los sindicatos puedan ser de pleno acceso público por terceros. Cierto que los estatutos depositados tienen carácter público -así se reconoce en el artículo 4.5 de la LOLS- son públicos y pueden ser solicitados, pero hay que averiguar para ello qué Oficina de depósito que los tiene en custodia.

B) Si estamos ante los estatutos de un sindicato con personalidad jurídica que fueron depositados bajo la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, por ejemplo; los que establecen en su articulado la afiliación de una imagen religiosa con pleno derecho; para lograr la supresión de esta cláusula, se podría optar por los siguientes caminos:

a) Iniciar el procedimiento previsto en los estatutos para su modificación, y una vez aprobada la modificación por la asamblea correspondiente, presentarlos en la Oficina de depósito para su tramitación conforme al mecanismo establecido en los artículos 4.8 de la LOLS y 7 del RD 416/2015.

b) Se podrá ejercitarla acción del artículo 4.6 de la LOLS que establece que «tanto la autoridad pública, como quienes acrediten un interés directo, personal y legítimo, podrán promover ante la autoridad judicial la declaración de no conformidad a derecho de cualesquiera estatutos que hayan sido objeto de depósito y publicación». La competencia sería de los Tribunales de lo Social, los cuales tendrían facultades para debatir la pertinencia de la afiliación sindical, a los que corresponden las cuestiones relacionadas con el funcionamiento interno de los sindicatos y a las relaciones con sus afiliados [art. 2.k) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social] corresponde a los mismos.

4. CONLUSIÓN

En el sistema sindical español, al día de hoy, de la aplicación conjunta del contenido de la LOLS y del Real Decreto 416/2015, puede deducirse que una afiliación sindical anómala solo sería posible de manera testimonial o simbólica y siempre que los estatutos de los sindicatos en cuestión lo permitan. Ahora bien, cualquier afiliación sindical es un acto interno del propio sindicato, del que no se suele tener conoci-

[137] El Capítulo IV del RD 416/2015 regula la creación de un depósito de estatutos con carácter centralizado que va a permitir, una vez se haya implantado, que cualquier persona pueda, por medios electrónicos, acceder a los estatutos de cualquier sindicato que se encuentre dentro del sistema. A esta base de datos central cuyo soporte informático ha sido elaborada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social podrán incorporarse las Comunidades Autónomas que lo soliciten. Este sistema permitirá, en el futuro, cuando dentro de dos años se encuentren escaneados los estatutos en vigor de los sindicatos, que los investigadores puedan analizar el sistema sindical real existente en nuestro país.

miento[138], por lo general, fuera del mismo, por lo que de producirse una afiliación sindical anómala se vincularía con su autoorganización interna hasta que no se prosperase una denuncia por alguien vinculado al sindicato o un tercero ante el propio sindicato y/o ante los Tribunales de lo Social, que obligasen a la expulsión del afiliado cuestionado, inclusive a la anulación de la cláusula estatutaria cuestionada.

5. BIBLIOGRAFÍA

1. ÁLVAREZ REY, LEANDRO / FERNÁNDEZ ALBÉNDIZ, Mª DEL CARMEN: « El Liberal, de Sevilla (1901-1936), Un diario independiente en la Andalucía anterior a la Guerra Civil", Pasado y Memoria. Revista de Historia Contemporánea, 8, 2009, pp. 199-220.

2. COBOS WILKINS, JUAN: *Pan y Cielo*, Editorial La Isla de Siltolá, 2015.

3. DÍAZ-PLAJA, FERNANDO: *España, los años decisivos: 1931,* Plaza&Janés S.A. Editores, Barcelona, 1970.

4. MARTÍN VALVERDE, ANTONIO (*et al.*): *La legislación social en la historia de España: de la Revolución Liberal a 1936*. «Estudio preliminar, La formación del derecho del trabajo en España» por Antonio Martín Valverde. Madrid, Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, D.L. Madrid, 1987.

5. MARTÍNEZ-TORRÓN, JAVIER: «Derecho de Asociación y confesiones religiosas en la Constitución de 1931», en Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 3.

6. VELASCO PORTERO, MARÍA TERESA: *Los sujetos de la Libertad sindical individual,* editado por AMLA, Sevilla, 2015. (Tesis doctoral).

7. PRENSA CONSULTADA:

A. *El Día* de 22 de febrero de 1934.

B. *EL Liberal* consultados números de febrero de 1932 disponibles en el Fondo digital de la Universidad de Sevilla: http://fondosdigitales.us.es/fondos/libros/3404/13063/el-liberal/

C. *El Mundo Gráfico* de 24 de febrero de 1932.

D. *La Gaceta de Madrid*. https://www.boe.es/buscar/gazeta.php

[138] Es significativo que el artículo 5.2.b).8º del Real Decreto 416/2015 exija entre el contenido mínimo de los estatutos un sistema de constancia de los asociados en garantía de los mismos para las asociaciones empresariales, no exigiendo este requisito para los sindicatos. El caso de los sindicatos de segundo u ulterior grado es distinto, puesto que aunque estatutariamente no regulen un libro registro, externamente, cuando pretendan acceder al programa informático que se implantará a resultas de la puesta en práctica del contenido del Real Decreto 416/2015 tendrán que indicar a la Administración Pública qué entidades se encuentran afiliadas a los mismos, tal como establece la Disposición transitoria segunda de la citada norma.

LA FUNDACIÓN Y AFILIACIÓN A SINDICATOS DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES

Mª Fuencisla Rubio Velasco
Departamento de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social
Universidad de Sevilla

1. LA LIBERTAD SINDICAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Actualmente y tras la reforma por la LO 2/2009[139], el derecho fundamental[140] a la libertad sindical comprende el derecho de "todos" a constituir sindicatos y a afiliarse a los mismos. Elevar al máximo rango, el de fundamental, el derecho a sindicarse libremente demuestra la trascendencia como un derecho subjetivo público, ejercitable "erga omnes". Un sector de la doctrina laboralista entiende que, por ello y por su tutela universal, el TC acierta plenamente al eliminar las restricciones que padecían las regulaciones anteriores[141].

La formulación que del principio de libertad se contiene en la CE, viene a ser una expresión fiel del contenido que respecto a él se acoge en las diferentes normas internacionales, entre ellas, los Convenios n. 87 y 98 de la OIT; asimismo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[142].

---

[139] Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 12 de diciembre de 2009. En adelante LO 2/2009. Art. 11 LO 2/2009 Libertad de sindicación y huelga. "1. Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles."

[140] Art. 28 CE "1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato."

[141] GARCÍA NINET, J. I.; "Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados así como de los "sin papeles". Tribuna Social. nº 205/2007, pp. 10-11.

[142] ALONSO OLEA, M.; La libertad de sindicación: manifestaciones, contenido y garantías en la Constitución Española. En Estudios de Derecho del Trabajo. En memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón. Tecnos. Madrid. 1980, p. 49.

La libertad sindical integra un derecho de organización y actuación colectiva que comienza con decisiones y conductas individuales. Es, por un lado, un derecho individual que sólo podrá ejercerse colectivamente, pero también un derecho colectivo que sólo podrá ser actuado mediante decisiones individuales. La expresión constitucional "todos" parece que hace referencia específica a las personas físicas que conforman la propia sustancia del sindicato como asociación de trabajadores que son siempre personas físicas[143].

Los trabajadores se organizan para "fomentar y defender los intereses de los trabajadores"[144]. En la finalidad que persigue el sujeto sindical se incluyen dos ideas básicas diferentes pero complementarias: la representación y la autotutela de los intereses[145]. Se aprecia a nivel individual "un cuádruple contenido": la libertad de constitución, de afiliación (positiva o negativa)[146], y de participación[147].

El artículo 11.1 LO 2/2009 reconoce el derecho a los extranjeros "a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles", por lo que no existe razón para negar el citado derecho a los extranjeros.

Además, el derecho de sindicación de los extranjeros debe tenerse en cuenta como una necesidad, sobre todo a la hora de la aplicación de condiciones de trabajo inferiores a las legales y posibles situaciones de explotación[148]. Y porque el extranjero irregular es el que más interés tendrá en ejercer la actividad sindical para mejorar o regularizar su situación y conseguir el objetivo de convertirse en regular.

---

[143] RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; La libertad sindical en la Constitución. En AAVV. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (Coord.) Los trabajadores y la Constitución. Madrid. 1980, pp. 101-102.

[144] Art. 10 Convenio 87 OIT. "En el presente Convenio, el término «organización» significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tengan por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores."

[145] RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales. En AAVV. Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Murcia. 1978, p. 41.

[146] La libertad sindical de afiliación comprende dos vertientes: Una libertad sindical positiva que se traduce en la libertad para constituir un sindicato o afilarse a uno ya constituido; y una libertad sindical negativa para no sindicarse o para abandonar el sindicato al que se encontraba afiliado. En SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.; Derecho Sindical. Tiran Lo Blanch. Valencia. 2003, pp. 45 y ss.

[147] OJEDA AVILÉS, A.; Derecho Sindical. Tecnos. Madrid. 2003, p. 157.

[148] OJEDA AVILÉS, A.; Derecho…, op. cit., p. 171.

De ahí que se pueda dar el caso de asociaciones de extranjeros formadas por irregulares pues ese derecho se encuentra recogido expresamente en la CE[149] y en la LO 2/2009[150].

2. FUNDACIÓN Y AFILIACIÓN A SINDICATOS

Ni la LOLS ni la CE establecen limitaciones al ejercicio del derecho de sindicación de los extranjeros, por lo que, según la posición mayoritaria de la doctrina, el extranjero tendría reconocido plenamente el derecho de libertad sindical, con independencia de la situación administrativa del mismo.

La fundación y la afiliación a sindicatos es, sin duda, la concepción acogida por las normas internacionales en materia sindical ratificadas por España[151].

Así, en lo relativo al derecho de afiliación puede decirse que una vez se ha salvado o dejado atrás la exigencia del requisito administrativo para el ejercicio de los derechos, este derecho en concreto debería ser ejercido en plenitud e igualdad de condiciones que otros trabajadores[152]. Con la nula posibilidad de establecer cualquier discriminación pues no es posible que un sindicato prohíba o impida en sus Estatutos, la adhesión de trabajadores extranjeros, ni que las condiciones exigidas a los extranjeros sean distintas a las de los nacionales. Por ello, el inmigrante podrá libremente ejercer su derecho de afiliación al sindicato de su elección para la defensa de sus intereses o, simplemente, la libertad, negativa, de no afiliarse a ninguno[153].

---

[149] Art. 22. CE "1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar."

[150] Art. 8 LO 2/2009 "Todos los extranjeros tienen el derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles."

[151] ALONSO OLEA, M.; Libertad sindical y derecho de sindicación. En AAVV. Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Murcia. 1978, pp. 13 y ss.

[152] TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante. Bomarzo. Albacete. 2008, p. 174. GOERLICH PESET, J. M.; Artículo 28.1. La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En AAVV. CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.); Comentarios a la Constitución Española. Wolters Kluwer. Madrid. 2008, p. 806.

[153] MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos de sindicación y huelga. En MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.); Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. La ley. Madrid. 2010, pp. 228-229.

Es más, si la LOLS[154] reconoce el derecho de afiliación a los jubilados, incapacitados, desempleados, no parecería razonable que con el extranjero irregular se hiciera una excepción[155].

En el mismo sentido, la libertad sindical positiva acogería la posibilidad de afiliación a un sindicato, unirse a sus acuerdos y participar en las decisiones sindicales, en los órganos de representación en la empresa[156].

Los sindicatos son entidades privadas, por lo que pueden establecer criterios y requisitos para la afiliación. Suele ser habitual que el extranjero tenga que rellenar un impreso con los datos personales y presentar el pasaporte. En cuanto a los datos bancarios, se podrá establecer la posibilidad, si no dispone de cuenta corriente bancaria, de que el inmigrante realice el pago directamente en el banco.

Una vez afiliado, como cualquier nacional, se encontrará facultado para participar en la vida interna del sindicato como, por ejemplo, la participación en asambleas.

Si atendemos a los requisitos exigidos en la normativa española para el depósito de los estatutos sindicales, el control de la oficina pública y las causas de impugnación, se podría afirmar que los extranjeros pueden constituir sindicatos[157] y agrupar a trabajadores regulares e irregulares[158] en virtud del principio de igualdad y no discriminación[159]. De la misma forma que dicho principio no permitiría la constitución de un sindicato que no admitiera la afiliación de trabajadores españoles[160].

---

[154] Art. 3 LOLS "1. No obstante lo dispuesto en el artículo 1.2, los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, los trabajadores en paro y los que hayan cesado en su actividad laboral, como consecuencia de su incapacidad o jubilación, podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo expuesto en la presente Ley, pero no fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica."

[155] GONZÁLEZ BIEDMA, E.; Los extranjeros extracomunitarios en España y el derecho a la huelga. En AA.VV.; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.); Inmigración, mujeres y menores. Laborum. Murcia. 2010, p. 413.

156 BAYLOS GRAU, A.; "Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español". Revista de Derecho Social. nº 34/2006, pp. 25-26.

[157] TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España). Tirant Lo Blanch. Valencia. 2002, p. 99; CEINOS SUÁREZ, A.; El trabajo de los extranjeros en España. La Ley. Madrid. 2006, p. 432; VELASCO PORTERO, M.T.; El derecho de sindicación de los trabajadores extranjeros. En AAVV.; Derechos y Libertades de los extranjeros en España. Tomo I. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Gobierno de Cantabria. 2003, pp. 248-249; MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGO MORALES, A. J.; Libertad de sindicación y huelga. En AA.VV.; MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.; (Dir.), Comentario a la Ley y Reglamento de extranjería e integración social (LO 4/2000 y RD 864/2001). Comares. Granada. 2001, p. 213; RUIZ CASTILLO, M. M.; Marco legal de la inmigración en España. Aspectos laborales. Revista de Derecho Social. nº 22/2003, p. 39.

[158] BAYLOS GRAU, A.; "Inmigración…", op. cit., p. 53.

[159] RAMOS QUINTANA. M. I.; "Derechos de los trabajadores extranjeros". Revista Española de Derecho del Trabajo. nº 86/1997, pp. 898-899.

[160] RAMOS QUINTANA. M. I.; El trabajo de los extranjeros en España. Tecnos. Madrid. 1989, p. 167.

Ahora bien, en cuanto a la constitución de un sindicato por un extranjero irregular, primero tendremos que ver cuáles son los trámites para el registro, y, posteriormente, examinar si es posible ése trámite para el extranjero en tal situación.

Para registrar un sindicato en Andalucía[161], deben constar los datos siguientes:

Del solicitante: nombre, apellidos, cargo, teléfono, e-mail y domicilio. En cuanto al sindicato: básicamente, denominación, siglas, domicilio social, ciudad, teléfono y e-mail. Documentos a aportar: fotocopia del DNI de la persona legitimada para presentar la documentación, 3 ejemplares del acta de constitución firmadas por los promotores, 3 ejemplares de los estatutos firmados por los promotores, fotocopia del DNI de los promotores del sindicato y documentos acreditativos de la condición de trabajadores por cuenta ajena de los promotores (mediante nómina, documentación acreditativa de alta en la Seguridad Social, etc.).

De los requisitos exigidos, el único que podría suponer un problema sería acreditar la condición de trabajador por cuenta ajena, mediante la presentación del contrato de trabajo, nómina y, sobre todo la documentación acreditativa del alta en Seguridad Social, por lo que no reuniría los requisitos para el registro de un sindicato.

En cambio, en otros registros que no exijan estos requisitos sino, únicamente, el nombre y el documento acreditativo de la identidad (que puede ser el pasaporte) podrían acceder al registro. En este supuesto, el personal que lleve a cabo los trámites, con esos datos, no tiene porqué saber si se encuentra en situación regular o no. Pero, si el registro público constata que se encuentra en situación irregular, ¿estaría obligado a denunciar? El depósito de los estatutos y el registro de la oficina pública, serían exigencias formales, para dotarlas de publicidad. El control de la autoridad administrativa ha de ser también un control objetivo de legalidad y no un control de oportunidad[162].

Algunos autores opinan que, al igual que ocurriría con la constitución de una asociación, para la fundación de un sindicato se necesitaría la situación de regularidad al hacerse efectiva una vertiente pública y de relación con las autoridades competentes. Y sólo podrán ser avalados por los extranjeros que se encuentren en situación regular[163]. Una de las justificaciones de la exigencia de regularidad sería

[161]http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/asociaciones/como-depositar estatutos. Normativa aplicable para asociaciones sindicales, Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y Decreto 14/1986, de 5 de febrero, por el que se regula el régimen de depósito de los estatutos de los sindicatos de trabajadores en Andalucía.

[162] STSJ de C. Valenciana, de 20 diciembre de 2005. AS 2005/181

[163] TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante. Bomarzo. Albacete. 2008, p. 181. En el mismo sentido GARCÍA MURCIA, J.; "Derechos Laborales y de Protección Social en la Ley de Extranjería". Tribuna Social. nº 122/2002, p. 33.

en relación a posibles responsabilidades, pues la residencia estabiliza, por así decirlo, la identidad de las personas físicas que puedan responder por el sindicato[164].

En el mismo sentido, añaden que resultaría difícil imaginar que un extranjero en situación irregular, sin la documentación completa y legal, pueda crear una organización sindical legal y efectuar los trámites necesarios que incluye el depósito de los estatutos. En consecuencia, entienden "desorbitado" que un extranjero irregular pueda fundar un sindicato[165].

Por el contrario, otro sector de la doctrina, ha intentado resolver esta cuestión sobre la base de la existencia de relación laboral en virtud del art. 36.5 LO 2/2009, no ya para acreditar la condición de trabajador, sino con la intención de convertir en injustificada la denegación administrativa del depósito de los estatutos del sindicato derivada de su irregularidad ya que todo trabajador extranjero, independientemente de su situación administrativa, podrá intervenir en la fundación de un sindicato y ostentar la protección frente a represalias del empresario[166]. En tal caso, atendiendo a los requisitos exigidos en la normativa española para el depósito de los Estatutos, el control de la oficina pública y las causas de impugnación, se podría afirmar que en virtud del principio de igualdad y no discriminación, los extranjeros pueden constituir sindicatos y agrupar a trabajadores regulares e irregulares, de la misma manera que dicho principio no permite la constitución de un sindicato que no admitiera la afiliación de trabajadores españoles.

Lo único que no quedaría amparado por la normativa española sería la constitución de sindicatos de trabajadores extranjeros para la defensa de intereses específicos como veremos en el siguiente apartado[167].

3. SINDICATOS FORMADOS SÓLO POR EXTRANJEROS

Dentro de la facultad de constituir sindicatos, no resulta "factible" la creación de un sindicato que tenga por objeto integrar exclusivamente extranjeros y con intereses propios o "de categoría"[168] pues éstos han de defender los intereses de los trabajadores sin ningún tipo de discriminación. Y si se impusiera una cláusula que limitara la afiliación, ya sea sólo a extranjeros o sólo a nacionales, no sería

[164] RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; "Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante". Relaciones Laborales. nº 1/2001, p. 102.

[165] FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España. Laborum. Murcia. 2007, p. 122.

[166] LOUSADA AROCHENA, J. F. y CABEZA PEREIRO, J.; "Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares". Aranzadi Social. nº 7/2004-8/2004, p. 805.

[167] RAMOS QUINTANA. M. I.; Derechos de los trabajadores…, op. cit., pp. 898-899.

[168] RAMOS QUINTANA, M. I.; Derechos de los trabajadores…, op. cit., p. 898. En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos de sindicación…, op. cit., p. 229.

admisible constitucionalmente por atentar contra el principio de igualdad y no discriminación[169].

Mayor complejidad presenta lo que deba entenderse por "intereses propios de este colectivo". Y respecto a si pueden tener como finalidad la defensa de intereses propios de ese colectivo, por un lado, podría admitirse en base al principio de libre reglamentación[170] pero conculcaría con el principio de igualdad y no discriminación respecto al derecho de afiliación del nacional[171] y conduciría a consolidar divisiones entre los trabajadores y reacciones xenófobas[172], porque un sindicato así constituido sufriría una situación de marginalidad[173].

En todo caso, el problema está sobre la mesa, y la realidad dialéctica entre asociaciones de inmigrantes y sindicatos de trabajadores constituye una de las cuestiones de mayor importancia y polémica del movimiento sindical contemporáneo[174]. La existencia de asociaciones destinadas a tutelar de forma exclusiva los intereses de los inmigrantes no ha suscitado problema de constitucionalidad, incluso cuenta con aprobación legal. El "sindicalismo de clase" se afana por integrar sus reivindicaciones como colectivo específico, reduciendo la distancia inicialmente generada con el movimiento asociativo de las personas inmigradas.[175]

4. CONCLUSIONES

- La LO 2/2009 debe estar en consonancia con la CE y respetar el mínimo impuesto por los Tratados Internacionales. La anterior regulación del derecho de

[169] FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador…, op. cit., p. 123; TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico…, op. cit., pp. 180-181; VALDUEZA BLANCO, M. D.; El tratamiento jurídico de los extranjeros en España. Lex nova. Valladolid. 2008, p. 293; MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA, R.; Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España. La Ley. Madrid. 2003, pp. 223-224; RAMOS QUINTANA, M.; El trabajo de los extranjeros…, op. cit., p. 167; No sería "lícito" limitar la afiliación a una determinada nacionalidad, GARCÍA MURCIA, J.; Derechos Laborales…, op. cit., p. 27. En contra, OJEDA AVILÉS, A.; Derecho…, op. cit., pp. 169-170, que a diferencia de la LO 7/1985, la LO 4/2000, incluye las dos facultades básicas, crear y afiliarse, "por lo que reconoce la posibilidad de constituir sindicatos por extranjeros", algo objeto de restricción en otro países europeos.

[170] Art. 3 Convenio 87 OIT "1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción." y art. 2.2 LOLS "a) Redactar sus estatutos y reglamento, organizar su administración interna y sus actividades y formular su programa de acción."

[171] MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGO MORALES, A. J.; Libertad de sindicación…, op. cit., p. 223; VELASCO PORTERO, M.T.; El derecho de sindicación…, op. cit., p. 247.

[172] RAMOS QUINTANA, M. I.; Derechos de los trabajadores…, op. cit., p. 899.

[173] MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA, R.; Régimen jurídico…, op. cit., p. 224; RAMOS QUINTANA, M.; El trabajo de los extranjeros…, op. cit., p. 167

[174] MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos de sindicación…, op.cit., p. 229.

[175] MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M N.; Manual de Derecho Sindical. Comares. Granada. 2013, p. 69.

libertad sindical, distinguía entre titularidad y ejercicio y era una restricción considerada inconstitucional principalmente por tratarse de derechos fundamentales y, además por constituir vulneración de la normativa internacional.

- Con la nueva regulación se reconoce este derecho a todos, tanto extranjeros regulares como irregulares por lo que ahora sí es acorde tanto con la Normativa Internacional como con la Constitución Española. Pues con la anterior redacción, quedaba patente la contradicción entre los Tratados y Convenios Internacionales, la LO de Extranjería y los derechos que se derivan de la condición de trabajador. Pues se reconocían y se reconocen ciertos derechos laborales básicos, en virtud de la validez del contrato celebrado por un extranjero en situación irregular. En consecuencia, la normativa específica laboral y la normativa de extranjería no seguían líneas paralelas.

- Con el reconocimiento de estos derechos se va caminando hacia la equiparación entre extranjeros y nacionales, objetivo de la LO de Extranjería y la equiparación es plena en el caso del extranjero en situación regular.

- De la reforma de la LO 2/2009 se extrae el compromiso de los poderes públicos de impulsar el fortalecimiento del movimiento asociativo entre de los inmigrantes y apoyo a sindicatos para favorecer la integración de éstos. Además el "Foro para la Integración Social de los Inmigrantes", constituye el órgano de consulta, información y asesoramiento en materia de integración de los inmigrantes.

- Y aunque el legislador establece la posibilidad de condiciones o establecer límites al ejercicio de ciertos derechos, éstos no deben afectar al contenido esencial de tal forma que no sea posible su ejercicio. Por lo que diferenciar entre la titularidad y el ejercicio conllevaba prácticamente la negación del derecho. Pues de qué sirve ser titulares si no se puede ejercer.

- Especial interés adquiere la nueva redacción del art. 36.5 LO 2/2009, que establece la validez del contrato de trabajo celebrado por un extranjero en situación irregular y, en consecuencia, tendrá la condición de trabajador, por lo que será titular de los derechos laborales básicos que derivan de la relación laboral, con independencia de la situación administrativa.

- La reforma de la LO 2/2009 y el reconocimiento de los derechos colectivos debe ser un estímulo para la afiliación, especialmente de los irregulares, a los sindicatos para la defensa de sus intereses ahora que la situación de irregularidad no influye en nada.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, M.; La libertad de sindicación: manifestaciones, contenido y garantías en la Constitución Española. En Estudios de Derecho del Trabajo. En memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón. Tecnos. Madrid. 1980.

- Libertad sindical y derecho de sindicación. En AAVV. Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Murcia. 1978.

- BALLESTER PASTOR, M.A.; "Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ Cataluña 14 y 30 de mayo de 2002". Actualidad Laboral. nº 27/2003

- BAYLOS GRAU, A.; "Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español". Revista de Derecho Social. nº 34/2006.

- Inmigración y derechos sindicales. Bomarzo. Albacete. 2009.

- CEINOS SUÁREZ, A.; El trabajo de los extranjeros en España. La Ley. Madrid. 2006.

- COLSA SALIETO, JOSÉ., Situaciones de los extranjeros de terceros Estados en situación irregular en España. En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.) Inmigración, mujeres y menores. Laborum. Murcia. 2010.

- FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España. Laborum. Murcia. 2007.

- GARCÍA MURCIA, J.; "Derechos Laborales y de Protección Social en la Ley de Extranjería". Tribuna Social. nº 122/2002.

- GARCÍA NINET, J. I.; "Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados así como de los "sin papeles". Tribuna Social. nº 205/2007.

- GOERLICH PESET, J. M.; Artículo 28.1. La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En AAVV. CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.); Comentarios a la Constitución Española. Wolters Kluwer. Madrid. 2008.

- GONZÁLEZ BIEDMA, E.; Los extranjeros extracomunitarios en España y el derecho a la huelga. En AA.VV.; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.); Inmigración, mujeres y menores. Laborum, Murcia, 2010.

- LOUSADA AROCHENA, J. F. y CABEZA PEREIRO, J.; "Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares". Aranzadi Social. nº 7/2004-8/2004.

- MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGO MORALES, A. J.; Libertad de sindicación y huelga. En AA.VV.; MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.; (Dirs.), Comentario a la Ley y Reglamento de extranjería e integración social (LO 4/2000 y RD 864/2001). Comares. Granada. 2001.

- MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos de sindicación y huelga. En MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.); Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. La ley. Madrid. 2010, p. 245

- MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA, R.; Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España. La Ley. Madrid. 2003. 14

- OJEDA AVILÉS, A.; Derecho Sindical. Tecnos. Madrid. 2003.

- RAMOS QUINTANA. M. I.; "Derechos de los trabajadores extranjeros". Revista Española de Derecho del Trabajo. nº 86/1997.

- El trabajo de los extranjeros en España. Tecnos. Madrid. 1989.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; La libertad sindical en la Constitución. En AAVV. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (Coord.) Los trabajadores y la Constitución. Madrid. 1980, pp. 101-102

- Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante. Relaciones Laborales. nº 1/2001.

- El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales. En AAVV. Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Murcia. 1978.

- RUIZ CASTILLO, M. M.; Marco legal de la inmigración en España. Aspectos laborales. Revista de Derecho Social. nº 22/2003.

- SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.; Derecho Sindical. Tiran Lo Blanch. Valencia. 2003

- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España). Tirant Lo Blanch. Valencia. 2002.

- TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante. Bomarzo. Albacete. 2008.

- VALDUEZA BLANCO, M. D.; El tratamiento jurídico de los extranjeros en España. Lex nova. Valladolid. 2008.

- VELASCO PORTERO, M.T.; El derecho de sindicación de los trabajadores extranjeros. En AAVV.; Derechos y Libertades de los extranjeros en España. Tomo I. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Gobierno de Cantabria. Santander. 2003.

EL DEBATE ENTRE LEGITIMIDAD GENÉRICA Y CONCRETA: LA REPRESENTACIÓN UNITARIA

María Rosa Vallecillo Gámez
Universidad de Jaén

1. INTRODUCCIÓN

Una de las verdades hasta ahora socialmente aceptadas de nuestro vigente sistema político que, en este clima de indignación se está poniendo en tela de juicio, es el de la legitimación real de las grandes centrales sindicales como representantes de los trabajadores a la hora de negociar con la administración y los representantes de las empresas la regulación de los mercados de trabajo y otras cuestiones sociales. Este debate público, como la mayoría, no deja de estar plagado de lugares comunes y tópicos descalificadores pero, en realidad, la cuestión no está exenta de matices relevantes.

La representación unitaria se ha convertido, en las últimas décadas, en el eje, base y fundamento de las relaciones laborales en España, siendo a partir del Reglamento de 1953 cuando comienzan a formarse los primeros jurados en las empresas de gran tamaño, como germen de los comités actuales. A partir de ese momento han competido con éxito por el liderazgo en las reivindicaciones básicas de los trabajadores, todo a pesar del apoyo que desde la Ley Orgánica 11/1985 se le ha prestado a los sindicatos, y además, siendo como han sido, objeto de los debates jurisprudenciales del Tribunal Constitucional. Con este marco de referencia los sindicatos han perdido la iniciativa a nivel de empresa a favor de los comités y han quedado "relegados" a la función nada despreciable, de negociar convenios sectoriales y participar en las instituciones públicas, aunque los comités y las asambleas presididas por estos, se sitúan en el centro del conflicto y la negociación empresarial.

La infraestructura con la que cuentan gracias al legislador es poderosa, por lo que no hay temor de que puedan llegar a "morir de éxito". De la misma manera, los sindicatos han visto reconocidas algunas competencias tanto por el legislador como por los tribunales pero no igualan a las de los comités de empresa.

Podemos hablar por tanto, en lo que a relaciones colectiva se refiere, de una polarización en dos ámbitos, el genérico en el que dominan los sindicatos con el respaldo del Tribunal Constitucional y el concreto, que dominan los comités unitarios[176].

Esta mutación del modelo tradicional de unidad sindical en un espacio de pluralidad sindical en sus relaciones, la pugna entre sindicato más representativo y sindicato minoritario se evidencia especialmente en lo que a legitimidad de las representaciones unitarias se refiere. El sindicato minoritario, en el marco de una cultura sindical unitaria es considerado en ocasiones, disfuncional, visto con desconfianza y recelo y muchas veces marginado por el sindicato más representativo. Es posible incluso que las estrategias sindicales de la organización más representativa se apunten a establecer "alianzas" transitorias con su empresario para desactivar al sindicato minoritario. Desde esta visión somos conscientes que el hecho de preguntarnos sobre la representatividad del sindicato minoritario puede ser objeto de desconfianza al no ser un tema excesivamente cómodo de tratar en el ámbito sindical y cuando los sindicatos minoritarios están alcanzando cotas en determinados ámbitos que legitiman sus posiciones.

Este es el objeto de esta comunicación, tratar de evidenciar una nueva realidad en la representatividad de las figuras que intervienen en la representación de los trabajadores.

2.REPRESENTACIÓN INSTITUCIONAL VS REPRESENTACIÓN UNITARIA

En España la representación de los trabajadores se articula de acuerdo con lo establecido por el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley Orgánica de Libertad Sindical de dos maneras distintas que, sin embargo, se manifiestan simultáneamente.

Por una parte existe una representación unitaria en cada centro de trabajo desempeñada por los delegados de personal y los miembros de los comités de empresa que son elegidos por los propios trabajadores a través de los correspondientes procesos electorales. En paralelo existe una representación institucional que se articula en el ámbito interno a través de las elecciones sindicales, que puede crear cada sindicato en las empresas o centros de trabajo y en el ámbito supraempresarial a través de la representación institucional atribuida legalmente a las centrales sindicales que tengan la condición de más representativa en sus respectivos ámbitos. Nos encontramos pues, con una presunción *iure et de iure* de que estos sindicatos son representativos y de esa presunción nace la legitimación que la ley les atribuye.

[176] OJEDA AVILÉS, A., "La representación unitaria: el "fauxami"". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Num. 58. Pág. 343

El reparto fáctico de la representatividad,actualmente beneficia a los comités frente a los sindicatos. Y esto es así porque a nivel de empresa nos encontramos con lo cotidiano, lo más concreto, lo básico de las relaciones. Frente a quienes cuestionan su capacidad tachándolos de "entes artificiales", es necesario argumentarles que los comités cuentan con un importante respaldo legislativo, aunque este argumento también tiene respuesta, cual es la creencia de que implica supeditar todo el sistema al arbitrio del legislador. Igualmente se cuestiona porque de no haber existido el Decreto de 1947[177], los empresarios quizá no habrían accedido a la elección de representantes unitarios a los que informar. Sin dichas normas estatales y las que las sustituyeron en la democracia, sobre todo el Estatuto de los Trabajadores que dedica veintiún artículos a los comités y delegados, probablemente tendríamos comités paritarios, clubs de empleados o círculos de calidad.

En la actualidad resulta tan importante el papel de los comités que los sindicatos necesitan de ellos dentro de las empresas. Y ello porque gran parte de la actividad sindical externa de las empresas se realiza gracias al crédito de horas sindicales retribuidas de que disponen los miembros de los comités y los delegados. Esto supone otro punto cuestionable porque en muchos casos estos "liberados" dedican más tiempo a la representación sindical que a la representación unitaria.

Esta cuestión no es exclusiva de nuestro país puesto que en países como Estados Unidos el papel sindical se encuentra cada vez más debilitado con lo que incluso, por parte de algunos investigadores, se ha llegado a solicitar una legislación promocional de las representaciones unitarias, es más reconocidos investigadores progresistas como Caruso[178], defiendan la minimización de la afiliación y el asociacionismo como valor primordial de las relaciones industriales, en sintonía con quienes argumentan en nuestro país que la "audiencia" del sindicato no tiene por qué basarse en la militancia sino en otros factores que le prestan una incidencia muy superior al de la mera base asociativa. Esto nos hace pensar que la estructura económica favorece a los comités de empresa y desarbola a los sindicatos e impulsa a la doctrina a pensar en una mayor racionalidad de los primeros respecto de los segundos.

No es esta una cuestión novedosa. El fenómeno de los comités nace en el Reino Unido, Francia, Bélgica o Alemania ya en el siglo XIX, como "subcomités de fábrica" de los jurados mixtos industriales, y surgen espontáneamente para resolver conflictos. Se asumen como instrumento de clase de los trabajadores y culminan jurídicamente con la Constitución de Weimar de 1919. Se acumula pues un amplio

[177] Decreto de Creación de los Jurados de empresa aprobado por Decreto de 18 de agosto de 1947

[178] Caruso, B., Rappresentanzasindacale e consenso, Milano, Franco Angeli, 1992; D"Antona, M., Ilquartocommadell'art. 39 dellaCostituzione, oggi, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioniindustriali, 1998, p. 665.

bagaje de experiencias en las legislaciones sobre comités de empresa durante el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, no existen antecedentes en España en esa época donde sólo existían los delegados anarcosindicalistas en las fábricas catalanas durante la Gran Guerra y los comités paritarios creados por la dictadura de Primo de Rivera para la resolución de conflictos, que tuvieron un carácter sectorial, pese a que el Real Decreto de 1922 les permitiera tener carácter local o regional y constituirse en empresas de más de 500 trabajadores.

2.1. La creciente importancia de la representación unitaria

La sindicación de los comités españoles no es plena, salvo en los casos de los sindicatos mayoritarios en los que en torno al 80% de los representantes unitarios están afiliados a las confederaciones UGT y CCOO y el resto se distribuye entre otros sindicatos y grupos independientes, donde el control por las organizaciones de trabajadores parece garantizado. Incluso cabría pensar en los comités como el ariete sindical en las empresas, dirigidos desde atrás por las organizaciones, impulsados por la militancia. Sin embargo el comité se debe a sus electores y es controlado por la asamblea de personal, como indica el artículo 67.3 del Estatuto de los Trabajadores. Podrán obedecer al sindicato de pertenencia cuando no entren en conflicto con lo resuelto en asamblea y aun cuando no sufran esa presión habrá ocasiones en que un planteamiento circunscrito les impulse a desoir *motu propio* las instrucciones recibidas. La gestión de una regulación de empleo, pongamos por caso, vendrá muy condicionada por la estrecha relación entre comité-asamblea y los sindicatos ayudarán o se retirarán del escenario, sin que normalmente puedan asumir un papel relevante.

Las competencias principales de las representaciones unitarias radican en la participación en la gestión de la empresa a través de dos núcleos de competencia: la negociación de convenios y la conducción de huelgas. En este sentido, los comités compiten con los sindicatos a la hora de presionar al empresario. No solo surge un competidor en la gestión del conflicto, sino un competidor aplicado, presto a utilizar sus facultades, al contrario de lo previsible en personas cuya dependencia del empresario por vía contractual es palpable, aunque ostenten unas amplias garantías para disuadirlo de comportamientos inicuos.

En lo que se refiere a competencias de información, siendo esta la baza más importante en las relaciones laborales, esta se dirige desde un principio, según se recoge en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, a los representantes unitarios y la evolución de las circunstancias no ha hecho sino aumentar la distancia cognoscitiva entre los comités y los sindicatos. Estas circunstancias suscitan ciertas reservas tal y como expresa el Convenio 135 de la OIT, “cuando en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos, habrán de

adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes[179]. De esta manera el Convenio 135 OIT hace una interpretación amplia del concepto de representantes de los trabajadores, en contra de lo que cabría pensar, esto es, que por tales representantes debería entenderse solamente a los unitarios o efectivos, sin embargo el legislador ha preferido mantener explícita la competencia sobre esas copias únicamente para el Comité en el artículo 64.1.2º ET.

La inseguridad jurídica introducida en las relaciones laborales por el aumento de la flexibilidad tras las reformas laborales, ha propiciado el desarrollo de los derechos de información de los trabajadores y sus representantes, que han ido a parar en su mayor parte a los comités de empresa. Y como la flexibilidad encuentra típicamente su expresión en el trabajo precario, las vicisitudes de la empresa y la externalización de actividades, hacia ellas se han dirigido las nuevas competencias de los comités[180].

Otras competencias informativas que se atribuyen a la representación unitaria son

- previsiones de celebración de nuevos contratos, realización de horas complementarias, subcontratación

- documentación justificativa de las regulaciones de empleo

- cambios en la titularidad de la empresa: fecha de la transmisión, motivos y consecuencias para los trabajadores, y además

competencias sobre seguridad y salud. En este sentido "la representación unitaria va a designar una parte de sí misma para que ostente funciones en materia de seguridad y salud"[181]

---

[179] Convenio OIT 135, de 1971, ratificado por España en 1972, art. 5. En el mismo sentido, Recomendación OIT 143, de 1971, sobre protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa, art. II.4.

[180] MONEREO PÉREZ, J.L.Y MORENO VIDA, M.N., ""El contenido de la negociación colectiva de la empresa en la era de la constitución flexible del trabajo". Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. Pág. 163

[181] IGARTUA MIRO, "Compendio de Prevención de Riesgos laborales". Laborum. Murcia. 2004. Pág. 222. Aunque nPuesyoo están aclaradas las dudas sobre una posible referencia a las representaciones sindicales "finalmente la doctrina se ha decantado por interpretarlo restrictivamente, considerando que será solo la representación unitaria" RODRIGUEZ RAMOS, M.J., "Manual del delegado de prevención" Tecnos. Madrid. 220. Págs. 88 y 90. La autora se manifiesta en favor de esta solución a través del Auto TC 98/2000, que sobre el tema de la elección del delegado de prevención declara que la LPRL no especifica el modo en que la representación unitaria debe designarlo de entre sus miembros. Igualmente ALVAREZ MONTERO, A., "El delegado de prevención". Comares. Granada. 2001, pág. 106

De esta manera la realidad que se impone es que la representación unitaria mantiene en nuestro país su predominio como sujeto beneficiario frente a las secciones sindicales.

3. EL ESPACIO REGULADOR DE LA NORMA INTERNACIONAL

El Convenio 135, aprobado por la Conferencia General de la OIT en el año 1971, tiene por finalidad complementar los convenios 87 y 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. La principal finalidad del Convenio es la de proteger a los representante de los trabajadores a nivel de la empresa. Su art. 1 expresa: "Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical". A su vez el art. 2 añade: "Los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones".

En este sentido se hace preciso indicar quienes se consideran representantes de los trabajadores a nivel de empresa. El art. 3 expresa: "la expresión representantes de los trabajadores comprende las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales, ya se trate a) de representantes sindicales, es decir, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos; o b) de representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos".

Es decir, que el Convenio se inscribe en una línea de reconocer una libertad sindical amplia y plural, en la que pueden convivir a nivel de empresa sindicatos formalmente constituidos y representantes electos libremente por los trabajadores. Y en su artículo 5, precisa el deber del Estado de "fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes".

En el ámbito europeo se ha formado un amplio y ambicioso espacio regulador de todas las posibilidades de participación interna que van a adoptar la forma de comités. Así lo indica la Directiva 94/45/CE cuando declara su propósito de mejorar el derecho de información y consulta de los trabajadores en el seno de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, para lo cual se constituye un comité de empresa europeo o un procedimiento para la información y consulta de los

trabajadores. Así también lo sugiere la Directiva 2001/86/CE cuando señala que el acuerdo sobre las modalidades de implicación de los trabajadores en la sociedad europea deberá indicar la composición, el número de miembros y la distribución de puestos del órgano de representación que será el interlocutor de los órganos competentes de la sociedad en el cuadro de los dispositivos de información y consulta de los trabajadores, o bien el número de miembros del órgano de administración o vigilancia de la sociedad que los trabajadores sean autorizados a elegir, recomendar o vetar.

Aunque la mayor parte de los comités de empresa europeos tienen una composición reflejo del equilibrio de fuerzas sindicales, en la mayoría de los casos lo que se constituye es un comité unitario en vez de un procedimiento de información a los sindicatos[182], que actúan en nombre de los trabajadores de la empresa o del grupo de empresas, no de los afiliados sindicales dentro de ellas. Nos encontramos pues con una representación unitaria al máximo nivel.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO PERO SOBRE TODO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No solo el legislador ha jugado algunas bazas en apoyo del sindicato, sino también los tribunales Supremo y Constitucional han introducido ciertos matices que someten sindicalmente a las representaciones unitarias.

El principio de proporcionalidad aplicado a los comités de empresa aparece en el ET solo respecto de los comités intercentros – art. 63.3 – orientado al peculiar sentido de repartir las plazas de acuerdo con la implantación sindical a tenor de los resultados electorales considerados globalmente. El Tribunal Supremo ha aplicado el mismo principio de proporcionalidad a las subcomisiones especializadas en el seno de los comités ordinarios y lo ha defendido también respecto a la elección de los delegados de prevención, aunque el carácter técnico de los mismos lo haya frenado.

La cuestión es tan importante que la Constitución, ya desde su proyecto, expresa la intención de no otorgar exclusivamente a los sindicatos la actividad de autotutela de los trabajadores[183], al introducir una referencia expresa en el art. 7 a "los sindicatos de trabajadores y demás organizaciones profesionales"[184]. Podemos hablar por tanto de una caracterización objetiva o funcional del fenómeno sindical,

[182] KERCKHOFS, P, "European Works Councils, facts and figures". ETUI. Bruselas 2002, pág. 47.

[183] SALA FRANCO, T., "La libertad sindical en el proyecto constitucional". Argumentos núm. 14. 1978. Págs. 62 y 63

[184] RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., "Organización y acción sindical en la Constitución", en AAVV, "El trabajo en la Constitución". Universidad de Zaragoza. 1982. Págs. 147-153

capaz de ofrecer cobertura a todo tipo de estructuras representativas, las de carácter unitario incluidas. Igualmente en el art. 26.1 del proyecto constitucional – actual artículo 28.1 – se evidenciaba ya el propósito de favorecer a los sindicatos pero también contaban con amparo constitucional las demás formas de organización de los trabajadores.

La no concesión a los sindicatos *strictu sensu* de la titularidad exclusiva de los derechos colectivos laborales – arts. 37.1, 28.2 y 37.2 – mantiene abierta la posibilidad de que puedan crearse otros organismos para la defensa de los intereses de los trabajadores[185], si bien estos sujetos colectivos no gozan de la misma protección en lo que a libertad sindical se refiere, puesto que ésta se reserva sólo a los sindicatos.

Pese a esta interpretación constitucional, el Tribunal Constitucional (TC), parecía no pronunciarse por este tenor, sino más bien por una lectura amplia de la esfera sindical con amparo en la norma fundamental. La primera evidencia fue la STC 38/1981, de 23 de noviembre, que declaró contrario a la libertad sindical el despido de un candidato electo de un comité de empresa. Con posterioridad en 1992, las SSTC 78/1992 y 83/1992, de 20 y 22 de diciembre respectivamente, se atribuía a los recurrentes la condición de "representantes sindicales" sin aclarar si este título lo recibían por su pertenencia a un órgano de representación unitaria o por su afiliación sindical. Dicho Tribunal estimó que se había violado la libertad sindical al habérseles impedido el ejercicio de sus funciones representativas. Sírvannos de ejemplo estas sentencias, aunque hubo alguna posterior, para llegar a la deducción de que la opinión del TC en interpretación del art. 28.1, es de amparo por igual a los representantes sindicales que a los representantes electos[186].

No obstante, en otra serie de fallos, el mismo TC sentaba los presupuestos que lo llevarían a afirmar a preeminencia constitucional de los sindicatos respecto de cualquier otra forma de representación de los trabajadores, con base en el art. 7 que inviste a los sindicatos de una capacidad genérica para representar al conjunto de trabajadores y defender sus intereses. Estos principios permitirían al TC negar a las representaciones unitarias el monopolio de las acciones de representación de los trabajadores y señalar sus limitaciones para intervenir en asuntos de alcance más general, afirmando la pertinencia de la participación de los sindicatos.

La STC 118/1983 de 13 de diciembre, dilucida sobre el amparo de la libertad sindical. El TC partió en este caso del reconocimiento de "un sistema sindical dual, en

[185] VALDÉS DAL-RE, F., "La negociación colectiva en la Constitución". RPS, num. 121. 1979. Págs. 485-487. En el mismo sentido MARTIN VALVERDE, A., "El derecho de huelga en la Constitución de 1978". RPS, núm. 121. Págs. 228-229

[186] CASAS BAAMONDE, M.E., "Representación unitaria de los trabajadores de la empresa y derechos de comunicación". Akal. Madrid. 1984. Págs. 145-147

el que la acción sindical puede ser ejercida tanto por el sindicato como por el comité de empresa", sin que ello signifique una "indefinición constitucional" de los sujetos capaces de ejercer funciones sindicales. Y todo ello porque el art. 7 CE "constitucionaliza al sindicato no haciendo lo mismo con el comité de empresa que es creación de una ley y solo puede encontrar una directa vinculación con el art. 129.2 de la Constitución". Por tanto las funciones del sindicato se derivan de la Constitución mientras que las de la representación unitaria emanan de la ley. Así, la vulneración de algunas de sus facultades no lesiona la libertad sindical, puesto que "ésta no alcanza a cubrir constitucionalmente la actividad sindical del comité"[187].

Consecuencias de estas determinaciones fueron el desplazamiento hacia el terreno de la legalidad ordinaria de la actividad llevada a cabo por los órganos de representación unitaria[188], dando lugar así a una escisión dentro de la acción sindical que conduce a separar la desarrollada por los sindicatos de la de las demás organizaciones de trabajadores y en particular de la llevada a cabo por los representantes de la totalidad del personal. En este sentido se puede expresar que "carente de protección constitucional, la representación unitaria tampoco cuenta a nivel legislativo ordinario con una norma garantizadora "de cierre" dirigida a perseguir los comportamientos antirrepresentativos con sanciones civiles y penales". Esto colocaría a los sindicatos en la "tentación" de prescindir de la representación unitaria, convirtiendo sus órganos en meros instrumentos al servicio del cómputo y organización de la mayor representatividad sindical"[189]. Esta tutela degradada y de carácter inferior ha determinado que la acción sindical en la empresa acabe canalizándose por la vía instrumental de la representación unitaria.

Pero esta concepción funcional de la actividad sindical amparada por la Constitución no podía quedar fuera de reacción. La STC 40/1985, de 13 de marzo, atribuye la condición de representantes sindicales a cuatro representantes unitarios demandantes de amparo que alegaban violación del art. 28.1 CE al desestimarse su pretensión de que el tiempo destinado a asistir a una reunión formativa sindical fuera imputado al crédito horario, señalando además que las garantías de las que disfrutan por mandato de la ley se incorporan "al contenido esencial del derecho de libertad sindical". Estas afirmaciones causan perplejidad a una parte de la doctrina que estima que "ni los interesados eran representantes sindicales, ni el crédito de horas en el ET es garantía"[190]. Con estas afirmaciones se puede entender que para

[187] RODRIGUEZ-PIÑERO, M., "La libertad sindical en la Constitución". Cuadernos del Derecho del Trabajo, núm. 4. 1978. Pág. 99

[188] CASAS BAAMONDE, M.E., ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales". Revista Española de Derecho de Trabajo, núm. 17. 1984. Pág. 68

[189] CASAS BAAMONDE y ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit. Págs. 88 y 89.

[190] ALONSO OLEA, M., "Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social". Civitas. Madrid. 1984. T. III. Pág. 74

el TC la acción de los miembros de la representación unitaria se encuentra amparada por la norma fundamental y sus garantías se integran en el seno del derecho fundamental de libertad sindical como parte de lo que con posterioridad el mismo denominaría su "contenido adicional", si bien el amparo no es a la labor de los órganos de representación unitaria sino a la actividad de sus miembros, "siempre que su condición representativa se sostuviese en la previa afiliación o realización simultánea de actividades propiamente sindicales"[191].

El resultado de esta jurisprudencia es una sindicalización cada vez mayor de las representaciones unitarias que pasan a convertirse en un instrumento o herramienta más al servicio de la actividad de los sindicatos, sindicatos que a su vez se ven inducidos a participar en estos órganos y a servirse de ellos, imponiendo una reformulación de su régimen jurídico en clave de promoción de la presencia y el control sindical de las mismas. Pero que también ha servido a los sindicatos minoritarios para ganar posiciones en la representatividad sindical.

5. LEGITIMIDAD DEL SINDICATO MINORITARIO

Una vez establecida la representatividad minoritaria, es interesante hacer una breve reflexión sobre la legitimidad del sindicato minoritario. Si bien nadie duda sobre la legitimidad del sindicato minoritario, sí que a veces se suscitan dudas con respecto a su representatividad, dudas que proceden del ámbito empresarial, pero también de los sindicatos mayoritarios que ven peligrar sus posiciones de representación en favor de minorías cada vez más fuertes y de carácter independiente y titulares de los derechos que conforman la libertad sindical.

Los modelos de relaciones laborales – con referencia al trabajador – se dividen en dos categorías básicas: modelos de unicidad, representados por Argentina y Estados Unidos, en los que solo es posible al presencia de un sindicato que representa a todos los trabajadores, estén afiliados o no. En estos casos la unidad no viene dada por la voluntad de los propios trabajadores sino que es impuesta por mandato legal: el sindicato con mayor número de afiliados es el único legitimado para el ejercicio de los derechos sindicales.

Los sistemas de pluralidad sindical implican la convivencia de diversos sindicatos y la actuación de los mismos se define a través de normas que definen la "organización más representativa". El valor de la pluralidad sindical en el sistema colectivo se reafirma y reposa en el Convenio 87 de la OIT, en su artículo 2, que garantiza a todos los trabajadores el derecho de constituir sin autorización previa las organizaciones que estimen convenientes, así como afiliarse a ellas. En este sentido:

[191] CASAS BAAMONDE, M.E., "La interpretación de la Constitución, el alcance subjetivo de la libertad sindical y otras cuestiones". Revista Española de Derecho del Trabajo. Núm.23. 1985. Pág. 314

- Las disposiciones que exigen un solo sindicato por empresa, oficio o profesión, son incompatibles con el artículo 2 del convenio y

- La existencia de una organización sindical en un sector determinado no debería constituir un obstáculo para la constitución de otra organización si los trabajadores así lo desean.

En este sentido la pluralidad sindical es esencial a las relaciones entre sindicatos concurrentes, en cuanto asegura la posibilidad de que se constituyan varios sindicatos si así lo deciden los interesados, evitando la unicidad sindical entendida como impuesta desde afuera del movimiento sindical.

La idea del pluralismo sindical reposa en una profunda concepción democrática, la misma que otorga legitimidad a una pluralidad de partidos políticos. El pluralismo sindical significa en definitiva, el derecho del trabajador a afiliarse o no a un sindicato, a reconocerse en la representatividad de una organización o preferir constituir con otros trabajadores otra organización. Como ha expresado la doctrina italiana, el pluralismo sindical acepta como práctica elemental el derecho a discrepar, al menos en aquellos sistemas de valores constitucionales que se fundan en la idea de un sindicalismo voluntarios y que garantizan la posibilidad de un pluralismo organizativo[192]. Esto es así porque "el interés de la libre elección de los trabajadores se considera preferente respecto del interés del fortalecimiento de la organización gremial"[193].

El Comité de Libertad Sindical de la OIT se pronuncia sobre la diferencia entre la organización más representativa y las minoritarias. Afirma que "es necesario que una distinción de ese género – entre organización más representativa y organización minoritaria – no tenga como consecuencia conceder a las organizaciones más representativas – carácter que deriva de un número más elevado de afiliados – privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales. En otras palabras, tal distinción no debería tener por consecuencia el privar a las organizaciones sindicales que no hayan sido reconocidas como más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni el derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción previsto por el Convenio 87".

---

[192] CARINCI, F., DE LUCA, R., TOSI, P. y TREU, T., "Diritto del Lavoro". Tomo 1. Turín. Ed. 2.1987. pág. 78. Cfr. ROSEMBAUM RIMOLO, J., "Conflicto colectivo y ocupación de los lugares de trabajo" Revista de Relaciones Laborales, num. 21, abril de 2010.

[193] GIUGNI, G., "Derecho Sindical". Ed. Del IELSS, Madrid. 1983. Pág.76. Cfr. ROSEMBAUM RIMOLO, ídem.

La organización minoritaria, aunque pueda quedar excluida de algunos derechos por carácter de representatividad, siempre es titular de una amplia gama de derechos colectivos que incluyen el derecho a recibir información, participar en las negociaciones para plantear sus reivindicaciones y no ser discriminada. La posibilidad que el sindicato más representativo tiene de firmar convenios colectivos *erga omnes*, no vacía a los demás sindicatos del derecho a mantener un activo diálogo con sus interlocutores. Debe considerarse en tal sentido un acto de violación de la libertad sindical si el empleador o el Estado rechazan sistemáticamente mantener una comunicación fluida con el sindicato minoritario bajo pretexto de que no es el más representativo. Un pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical de la OIT expresa: "Las organizaciones sindicales minoritarias, a las que se niegan los derechos de negociación colectiva, deben poder desempeñarse y tener por lo menos el derecho de hacerse portavoces de sus miembros y de representarlos en caso de reclamación individual."[194]

Igualmente debe señalarse que puede ser una grave forma de discriminación sindical y por lo tanto de violación de la libertad sindical, el hecho de que el empresario – a partir del concepto de sindicato más representativo – manifieste un favoritismo hacia el sindicato mayoritario, discriminando al sindicato minoritario. En tal sentido el Comité de Libertad Sindical ha puesto de relieve "la importancia que atribuye a una resolución de 1952 relativa a la independencia del movimiento sindical y exhortó al gobierno a que se abstenga de manifestar favoritismo hacia determinados sindicatos o discriminación en contra de otros y a que adopte una actitud neutral en sus relaciones con todas las organizaciones de trabajadores y de empleadores a fin de que todas ellas se hallen en un pie de igualdad". Con este mismo criterio la "Declaración sobre Trabajo Decente" incluye, entre los requisitos de un modelo social con trabajo decente, la promoción del diálogo social y la creación de un ambiente acogedor, en el cual se solicite y aprecie la aportación de los empleadores, de los trabajadores y de otras categorías sociales. Para ello es indispensable respetar los principios de libertad sindical y de asociación, con relación a todas las organizaciones sindicales, independientemente de sus dimensiones y/o representatividad.

6. REFLEXIÓN FINAL

El abanico de competencias asignadas a las representaciones unitarias y cómo algunas de ellas se superponen a las ejercidas desde siempre por los sindicatos, ha provocado un fenómeno de competición y emulación de ambas representaciones que a nadie beneficia. El nuevo marco de las relaciones laborales pasa por establecer los principios de convivencia entre sindicatos y comités. Porque no se trata de

[194] Comité de Libertad Sindical, 2006. Párrafo 359

establecer un canal único de representación o de mermar las funciones propias de los comités, sino de arbitrarlas.

Los sindicatos, por su parte, dudan de la postura a seguir pues obtienen indudables beneficios de tales órganos y no encuentran la fuerza suficiente como para prescindir de ellos. En algunas empresas – fundamentalmente públicas o de grandes dimensiones - la afiliación sindical permite el protagonismo de las organizaciones, pero no ocurre igual en las medianas y pequeñas y tampoco es la regla general en las grandes empresas.

Una forma de establecer el statu quo entre ambos tipos de representación debe atacar a los puntos de fricción, pero también debe completar el panorama de los comités, de modo que se establezca un equilibrio entre lo que se le resta y lo que se le otorga, al objeto de modernizar la figura y llevarla a un terreno más europeo y convergente. El debate está en establecer medidas que favorezcan a los sindicatos en detrimento de la representación unitaria o viceversa. Podrían ser:

- Limitar su capacidad para liderar medidas de conflicto

- Excluir su capacidad para negociar convenios colectivos, quedando limitadas sus facultades negociadoras a las existentes en materia de acuerdos colectivos de empresa

- Compartir la presidencia de las asambleas de personal. Esto permitiría acabar con las trabas y los autoritarismos que se permiten algunos comités cuando la asamblea es adversa. Las secciones sindicales con mayoría en el comité o el conjunto de secciones acreditadas en la empresa, deberían poder convocar y presidir las asambleas generales

Las expresiones “representantes de los trabajadores” y “representantes legales de los trabajadores”, tan reiteradas en la legislación, deberían obtener una indicación legal que pusiera fin a las dudas sobre su alcance, en el sentido de entenderlos referidos tanto a la unitaria como a la sindical.

Segunda Ponencia

NUEVAS FORMAS DE ACCIÓN SINDICAL

Rafael Gómez Gordillo
Profesor Titular Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

Cuando pregunté a un amigo de la infancia,
al que consideraba indiscutiblemente de clase trabajadora,
si estaba de acuerdo con esa caracterización
casi se ofendió:

«Puede que en términos salariales,
pero de clase media en cosas como la educación.»

Owen Jones
CHAVS. La demonización de la clase
trabajadora. 2013

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

2. ACCIÓN SINDICAL PARA UN NUEVO SIGLO: ANÁLISIS DEL CONTEXTO SOCIOLABORAL

2.1. El valor social del trabajo humano

2.2. Clase trabajadora y formas de ejecución del trabajo humano

2.3. Elementos nucleares del marco normativo ordenador de la actividad sindical

2.4. La experiencia aplicativa del complejo modelo legal

3. LA RESPUESTA SINDICAL A LA CRISIS: VECTORES DE CAMBIO EN LA ACCIÓN SINDICAL

3.1. La elaboración de un discurso propositivo para el diálogo social en los ámbitos internacional, europeo y local

3.2. Una nueva organización sindical para una nueva manifestación del conflicto capital-trabajo

3.3. La atención a personas y colectivos con especiales dificultades de inclusión en el mercado de trabajo

3.4. Los problemas de financiación de la actividad sindical

3.5. Diálogo social y Negociación Colectiva

3.6. Medidas de conflicto y relaciones con otras organizaciones de la sociedad civil

4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Hace unos meses se cumplió el treinta aniversario de la publicación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOSL). El día 8 de agosto de 1985[94], transcurrido algo más de un año desde su aprobación por las Cortes Generales[95], y tras la superación de los recursos previos de inconstitucionalidad interpuestos por las instituciones vascas y un grupo de diputados[96], se publicaba el texto aprobado por un Congreso dominado por la primera mayoría socialista surgida de las urnas tras la restauración del sistema democrático. El dato cronológico habilita la ocasión para reflexionar sobre la adecuación del régimen jurídico sindical para defender los intereses de las personas trabajadoras en las actuales circunstancias, su idoneidad para promover la actividad de las organizaciones sindicales en una economía globalizada y favorecer la adaptación de éstas a los retos de futuro. Para ello, se tomará como eje del análisis las transformaciones operadas en el mundo del trabajo, en las estructuras empresariales, en las organizaciones sindicales y en los medios y en las técnicas de acción sindical.

La denominación de la norma evoca la regulación u ordenación del ejercicio de los derechos que configuran la libertad sindical de manera general o completa, a modo de Código de la actividad sindical. Aunque la Exposición de Motivos vincula el producto legislativo con la obligación de desarrollo normativo de este derecho, es sobradamente conocido que, ni en aquel momento ni en el presente, esta norma no pueda ser considerada como el texto de referencia único o fundamental de la regulación de los derechos y obligaciones de los sindicatos y sus afiliados. La LOLS reconoce y ordena elementos claves para el ejercicio de las libertades sindicales, pero el marco jurídico que regula las actividades típicamente sindicales en nuestro país trasciende el contenido de esta Ley Orgánica, y se encuentra disperso en una pluralidad de soportes normativos, algunos aprobados con carácter previo a la adopción de dicho norma, otros incluso anteriores en el tiempo a la aprobación de la propia CE.

La estructura y extensión de la norma, quince artículos distribuidos en cinco títulos (libertad sindical, régimen jurídico sindical, representatividad sindical, actividad sindical y tutela), dan testimonio de la auténtica vocación de esta Ley

[94]A modo de anécdota contextualizadora del momento histórico, cabe recordar que en la misma fecha se produce la publicación de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de Agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas.

[95]El texto definitivo de la norma fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 26 de julio de 1984, y publicado por el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 31 de julio. La demora en la sanción y publicación de la norma fue motivada por la interposición de varios recursos previos de inconstitucionalidad que fueron resueltos por la STC 98/1985, de 29 de julio.

[96]La STC 98/1985, de 29 de julio, resolvió los recursos previos de inconstitucionalidad nº 584, 585 y 594, promovidos por el Parlamento Vasco, el Gobierno Vasco y sesenta y cinco diputados encabezados por D. José María Ruíz Gallardón.

Orgánica, nacida para concluir la labor de reforma sindical, a modo de norma de cierre del sistema, mediante la resolución de cuestiones que las normas precedentes no habían podido o querido solventar. Entre otras materias, la nueva norma procede a eliminar las limitaciones al ejercicio del derecho a constituir sindicatos contenidos en la Ley de Asociación Sindical (LAS)[97], claramente contrarios al amplio reconocimiento del derecho establecido en la CE y en los Convenios OIT. Pero, si como se ha dicho[98], el art. 28.1 CE realiza una enumeración de derechos y facultades incompleta, en la misma línea, la LOLS tampoco pretende ni consigue extender su regulación al conjunto de derechos y facultades que forman parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical. En ausencia de norma legislativa, el TC se ha visto obligado a completar dicha tarea, acudiendo al contenido de los Tratados Internacionales en la materia[99]. Conforme a dicha doctrina, la libertad sindical comprende también los derechos de negociación colectiva (art. 37.1 CE), incoación de conflictos colectivos (art. 37.2 CE) y huelga (art. 28.2 CE). En ausencia de estos derechos, el reconocimiento de la libertad sindical constituiría un mero brindis al sol, al privar a las personas trabajadoras de los principales medios de autotutela colectiva y acción sindical. Junto a ellos, formarían parte del contenido adicional aquellos derechos y facultades atribuidos a las organizaciones sindicales por normas legales o convencionales con el objetivo de mejorar las condiciones para materializar la labor encomendada por la norma constitucional[100]. Por consiguiente, tanto el contenido esencial como el adicional de la libertad sindical superan en mucho la actividad reguladora desarrollada por la LOLS.

Desde otra perspectiva, tampoco resulta ajustado a la realidad presumir que la LOLS vino a reponer las libertades sindicales hasta entonces prohibidas en nuestro país. Hasta la entrada en vigor de dicha norma, el ejercicio de la libertad sindical se encontraba regulado por la LAS, norma adoptada durante el proceso de transición que, en un ejercicio de funambulismo político y junto al Real Decreto-ley de

[97]Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical (BOE de 4 de abril).

[98]"El contenido esencial de la libertad sindical trasciende, sin embargo, la relación específica de derechos que aporta el artículo 28.1 CE" Palomeque López, C.M.: "La libertad sindical colectiva", en Valdés Dal-Ré, F. (dir.) *30 años de libertad sindical*, Fundación Largo Caballero, Madrid, 2007, p.39.

[99]Entre otras, SSTC 39/1986 de 31 de marzo; 101/1987, de 15 de junio; 184/1987, de 18 de noviembre; 9/1988, de 25 de enero; 51/1988, de 22 de marzo; 61/1989, de 3 de abril; 127/1989, de 13 de julio: 30/1992, de 18 de marzo; 183/1992, de 16 de noviembre; 164/1993, de 18 de mayo; 1/1994, de 17 de enero; 263/194, de 3 de octubre; 67/1995, de 9 de mayo; 94/1995, de 19 de junio; 127/1995, de 25 de julio; 188/1995, de 18 de diciembre; 95/1996, de 29 de mayo; 145/1999, de 22 de julio; 201/1999, de 8 de noviembre; 70/2000, de 13 de marzo; 132/2000, de 16 de mayo; 269/2000, de 13 de noviembre; 18/2001, de 29 de enero; 36/2004, de 8 marzo; 62/2004, de 19 de abril; 64/2004, de 19 de abril; 66/2004, de 19 de abril; 103/2004, de 2 de junio; y 281/2005, de 7 de noviembre. Para un estudio sobre esta doctrina, vid. Monereo Pérez, J.L.: "La Libertad Sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional", Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, nº 73, pp. 247-311.

[100]Palomeque López, M.C.: "La libertad sindical colectiva", op. cit., p. 40.

Relaciones de Trabajo (RDLRT)[101], intentó compatibilizar el Fuero del Trabajo con los Convenios 87 y 98 de la OIT, mediante la fórmula de extremar la flexibilidad del marco institucional vigente para adaptarlo a las exigencias sociales[102]. De esta manera, ante la imposibilidad de sofocarlas, se intentaba legalizar y contener las manifestaciones de la libertad sindical que se venían produciendo de manera generalizada en todo el territorio nacional. De hecho, antes de la entrada en vigor de la LOLS, ya se venían celebrando con habitualidad procesos electorales en los centros de trabajo de todo el país, inicialmente en virtud del sistema regulado por el RD 3149/1977[103], a partir de aprobación del ET conforme a lo establecido en dicha norma. Unos meses más tarde de la celebración de las primeras elecciones sindicales democráticas, la CE dará rango constitucional, democratizando y fortaleciendo jurídicamente un modelo de relaciones laborales que ya ha echado a andar, articulado sobre tres principios básicos: reconocimiento de las organizaciones sindicales como representantes de los trabajadores, reconocimiento de los derechos fundamentales a la libertad sindical y a la huelga y del derecho ciudadano a la negociación colectiva.

Por consiguiente, en la fecha en que se discute y aprueba la LOLS, los derechos de actividad sindical ya están siendo ejercidos en nuestro país, en ocasiones al margen de la legalidad, pero también en cumplimento de normas previas y posteriores a la CE. De hecho, la LOLS mantiene expresamente vigente la regulación sobre asociaciones empresariales contenida en la LAS[104], y convalida las organizaciones sindicales a las que se le hubiese reconocido personalidad jurídica durante la vigencia de aquélla[105]. Probablemente por esta razón, la LOLS ni pudo ni quiso alterar un marco normativo que apenas comenzaba a dar sus primeros pasos en democracia, limitándose a regular aquellas cuestiones que con mayor urgencia necesitaban la intervención del legislador orgánico.

---

[101]Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (BOE de 9 de marzo).

[102]"Las normas del cambio sindical se van promulgando bajo dos difusos y contradictorios marcos legitimadores: el de las Leyes Fundamentales vigentes, con las que entran en conflicto, y el de la reivindicada o combatida futura Constitución, cuyo contenido básico ya es anticipado de algún modo por aquellas normas" Valdés Dal-Ré, F.: "Treinta años de libertad sindical: en los orígenes del cambio sindical" en Valdés Dal-Ré, F. (dir.) *30 años de libertad sindical*, Fundación Largo Caballero, pp. 14-15.

[103]Real Decreto 3149/1977, de 6 de diciembre, sobre elección de representantes de los trabajadores en el seno de las Empresas (BOE de 13 de diciembre).

[104]"Quedan derogados la Ley 19/1977, de 1 de abril, y el Real Decreto 873/1977, de 22 de abril, en todo cuanto se oponga a la presente Ley, permaneciendo vigente la regulación que contienen dichas normas referidas a las asociaciones profesionales y, en particular, a las asociaciones empresariales cuya libertad de sindicación se reconoce a efectos de lo dispuesto en el artículo 28.1 de la Constitución española y de los convenios internacionales suscritos por España" Disposición derogatoria LOLS.

[105]Disposición Final primera LOLS. "… no puede darse de lado que la LAS habría de consagrar el núcleo duro de los derechos de libertad sindical; el núcleo constitutivo, por decirlo con leguaje actual, del contenido esencial de la libertad sindical. La Ley reconocerá, en la vertiente individual de la libertad sindical, los derechos de fundación del sindicato y de afiliación al sindicato de elección de manera expresa; e implícita e indirectamente, el derecho a la no afiliación. Y en la vertiente colectiva, consagrará los derechos de reglamentación y autonomía sindical y de federación y confederación". Valdés Dal-Ré, F.: "Treinta años…", op. cit., p. 29.

La compleja naturaleza del proceso de transición política desarrollado en nuestro país permite en buena medida explicar la fragmentación del marco regulatorio de la libertad sindical y el hecho de que mientras las normas que regulan el mercado de trabajo hayan sido modificadas en numerosas ocasiones, jamás se haya abordado la labor de completar y/o reformular la regulación de las actividades sindicales. Esta afirmación no debe entenderse como una crítica a quienes protagonizaron aquel proceso en circunstancias que hoy resultan inimaginables, sino un punto de partida para el desarrollo de una reflexión sobre la adecuación del marco normativo a las necesidades y aspiraciones de las personas trabajadoras en la actualidad. En todo caso, el escaso desarrollo que las normas legales encuentran en convenios y acuerdos dan buena muestra de la dependencia que respecto de las normas promocionales muestra el sistema español, circunstancia que puede justificarse por razones históricas, pero que en todo caso apunta hacia una cierta debilidad de las organizaciones sindicales, cuya labor se ha visto durante estos años muy condicionada por las mayorías parlamentarias.

La tarea de ofrecer propuestas de renovación de la estructura de un marco normativo que forma parte de la tradición de nuestro país, y que ha demostrado su funcionalidad de manera satisfactoria durante años, es una labor plagada de dificultades. La fuerza de la costumbre constituye un fuerte vínculo para los agentes sociales, los operadores jurídicos y la academia iuslaboralista, pero el temor al cambio no debe servir de justificación para cejar en el empeño de repensar la funcionalidad de instituciones que pueden haber visto mermada su utilidad por el transcurso del tiempo. La aconsejable prudencia, con la que debe abordarse todo proceso reformador, tampoco ha de ser un obstáculo que desaconseje analizar con los datos disponibles cómo ha evolucionado la acción sindical durante este ya largo periodo de estabilidad normativa. La excepcionalidad del momento político, económico y social impulsa la elaboración de propuestas que transciendan el plano epidérmico de nuestro sistema de relaciones laborales, sin caer en relatos simplistas o escasamente elaborados que pongan en peligro el ejercicio de derechos de rango constitucional. La experiencia acumulada durante los últimos treinta años debe ser la base para cuestionar aspectos del marco normativo que han sido pacíficos en las últimas décadas, no sin antes rendir el debido tributo a quienes en las circunstancias más desfavorables dedicaron sus vidas a reivindicar, establecer y consolidar el vigente sistema de libertades sindicales en España.

El presente trabajo se estructura en cuatro apartados. En primer lugar, se procede a realizar una labor de contextualización de algunos de los elementos sociolaborales que definen la realidad social sobre la que se proyecta la acción de las organizaciones sindicales. Se estudian los cambios operados sobre el valor social del trabajo humano y su protagonismo como elemento estructurador de la clase obrera. Se analizan también las profundas transformaciones que afectan a

las relaciones de trabajo humano, para dibujar una imagen que permita enunciar las sólidas diferencias que la actualidad presenta frente a la España laboral de los años ochenta. En tercer lugar se exponen de manera simplificada los elementos esenciales del marco normativo que ordena las principales instituciones relacionadas con la acción sindical, con el objetivo de determinar en qué medida condicionan ésta, y pudieran estar obstaculizando su eficacia. Por último, el apartado se cierra con un estudio de la experiencia aplicativa del modelo legal. El tercer apartado se dedica al estudio de los cambios que afectan a las organizaciones sindicales analizando aspectos programáticos, organizacionales, financieros, convencionales, conflictuales y relacionales. Se atiende tanto a los cambios que tienen origen en la aplicación de normas legales, como a los introducidos mediante el ejercicio de la autonomía colectiva, sin olvidar aquellos que se ven reflejados en la evolución de los textos programáticos y de las prácticas sindicales. Reflejadas las transformaciones que han sufrido estas materias, en el apartado cuarto se procederá a realizar una serie de reflexiones conclusivas, con el objetivo de que este documento contribuya de manera proactiva al debate sobre la introducción de mejoras en la regulación del marco normativo de la libertad sindical, que redunden en un mejor funcionamiento del sistema de relaciones laborales y, en definitiva, en beneficio del conjunto de la ciudadanía.

2. ACCIÓN SINDICAL PARA UN NUEVO SIGLO: ANÁLISIS DEL CONTEXTO SOCIOLABORAL

2.1. El valor social del trabajo humano

La labor del sindicato se proyecta sobre una realidad económica y social en proceso de recreación permanente. La crisis económica, política y social iniciada en la segunda mitad de la década pasada es en buena medida consecuencia de un hecho que altera de manera radical las relaciones sociales y económicas: "el trabajo humano ha dejado de ser el referente de la vida económica y social"[106]. El desplazamiento del trabajo humano[107], como elemento base de la economía productiva y principal fórmula de inclusión social, está directamente relacionado con la revolución tecnológica, que permite a las empresas cambiar de lugar de producción de bienes y servicios en busca de los menores costes, y de los cambios normativos que han permitido reducir los obstáculos al intercambio de bienes,

[106]Peña, M. y González de Lena, F.: "Los sindicatos en la cultura política europea y en el modelo constitucional español", Gaceta Sindical, nº 16, 2011, p. 84.

[107]Considero particularmente interesante la reflexión en torno a la transformación del trabajador en consumidor por necesidades del mercado, acertadamente resumida en la siguiente frase: "La lógica del nuevo capitalismo alcanza su punto culminante cuando se comprueba que el credo hedonista tampoco consigue llevar a la demanda al nivel de la capacidad productiva. El resultado final es la configuración de un nuevo tipo de individuo dispuesto a consumir por el propio hecho de hacerlo" "Concepciones del trabajo: de las ambigüedades medievales a las paradojas actuales" Cuadernos de Relaciones Laborales, nº 22, 2004, p. 53.

servicios y capitales, facilitando un inaudito predominio de la economía financiera a escala global[108].

Estos cambios han contado con un soporte ideológico que, entre otros vectores, apunta hacia la ruptura del contrato social sobre el que se edificaron los estados del bienestar en la segunda mitad del siglo pasado[109]. Si bien la globalización económica puede entenderse como el resultado inevitable, y hasta cierto punto deseable, del desarrollo tecnológico, su materialización se está produciendo mediante la imposición de políticas que propugnan la reducción de los poderes y controles políticos, la contracción a la mínima expresión del sector público, la mercantilización de los servicios que cubren necesidades básicas, la reducción o eliminación de impuestos y otras cargas fiscales, el aumento del poder de multinacionales y fondos soberanos, la priorización del beneficio económico, el refuerzo de los poderes de las empleadoras y la eliminación del contrapoder sindical[110].

El Reino Unido ocupa un lugar pionero y paradigmático en la aplicación de este programa político en Europa, que en su fase final supone la eliminación del modelo social europeo. Las iniciativas materializadas por la Sra. Thatcher en los años ochenta, que fueron continuadas por los gobiernos posteriores, consiguieron eliminar los referentes colectivos, para acrisolar la identidad individual que desde entonces se convierte en el centro de todas las miradas: el Estado no ha de proteger a la persona, ni a los colectivos en los que ésta se integra; debe concentrarse en la eliminación de los obstáculos que dificultan el desarrollo de los proyectos de éxito individual, medido en términos de capacidad de consumo. El esfuerzo individual pasa a ser la fuente de todo bienestar, la desigualdad es una realidad natural y su crecimiento deseable como elemento incentivador del ingenio y la creatividad, la pobreza es responsabilidad exclusiva de las personas que la padecen[111].

Similares tendencias, con las particularidades autóctonas, han recibido favorable acogida en el occidente más desarrollado, habiendo sido asumidas en lo

[108]"El capitalismo ha evolucionado hacia un control oligopolístico en todos los sectores importantes de la economía mundial, con un predominio del poder financiero que desborda la capacidad de control por parte de los poderes públicos" Gimeno, J.A.: "Hacia un nuevo modelo social y de crecimiento", Gaceta Sindical, nº 22, 2014, p. 62.

[109]Gottardi, D.: "Relaciones laborales, derechos sociales y libertades económicas en un nuevo contrato social. Una perspectiva europea", Gaceta Sindical, nº 22, 2014, pp. 121-139.

[110]Extensamente sobre este proceso, vid. Ovejero Bernal, A.: "Los perdedores del nuevo capitalismo. Devastación del mundo del trabajo", Madrid, Biblioteca Nueva, 2014.

[111]Para un profundo estudio sobre la profundidad del proceso de pérdida de centralidad de la clase obrera y de sus organizaciones, vid. Owen, J.: "Chavs. La demonización de la clase obrera", Madrid, Capitán Swing, 2013.

fundamental por las políticas de la UE[112]. Algunos autores otorgan la calificación de "edad de plata" del Estado del Bienestar al periodo que media entre los años 1981 y 2008, en contraposición con la "edad de oro", que sería la que se desarrolla entre los años 1950 a 1980[113]. Según esta tesis, el nacimiento y el desarrollo de nuestro modelo se ve condicionado por un movimiento regresivo a escala europea, que cristaliza mediante el deterioro de los derechos anudados al trabajo (derecho a un empleo digno) y del principio de ciudadanía (derecho a la salud, a la educación y a una renta sustitutiva en caso de incapacidad para el trabajo, desempleo y jubilación)[114]. En este sentido, se afirma que la crisis del estado del bienestar está relacionada con la crisis del contrato social basado en un modelo de desarrollo sustentado en el crecimiento de la actividad industrial, el pleno empleo asalariado y del modelo cultural ligado a dicho contrato[115]. Esta tendencia situaría de forma natural el momento presente como el escenario ideal para consagrar el ocaso del estado de bienestar, si bien su liquidación se produciría mediante la aplicación de políticas que, al menos en el plano discursivo, pretenden salvaguardarlo.

2.2. Clase trabajadora y formas de ejecución del trabajo humano

El marco jurídico que hoy ordena la acción sindical en nuestro país fue diseñado en un contexto laboral notablemente diferente al actual[116]. Mientras el trabajo humano y su representación social perdían relevancia, la forma en que éste se oferta y se realiza también se ve sometida a cambios a partir del proceso de transformación de las empresas y el cambio tecnológico. Las empresas han protagonizado un intenso proceso de transformación cuya dinámica enfrenta al trabajador y a las organizaciones que le representan a nuevos retos en su tarea de mantener y mejorar las condiciones de trabajo. Adaptarse a estos cambios, con el objetivo de mantener la eficacia de la acción sindical, es uno de los grandes desafíos de los sindicatos.

[112]Para un relato de la puesta en cuestión del Estado Social Europeo, vid. Cruz Villalón, J: "La concertación social en la reconstrucción del contrato social", Gaceta Sindical, nº 22, 2014, pp. 187-207, en particular, pp. 191 y ss. "Frente al precedente panorama, a grandes rasgos descrito, en el último período se producen transformaciones de enorme calado en muy diversos ámbitos, que cuando menos provocan profundas tensiones sobre el modelo así creado, temblores sísmicos en la estructura de soporte del contrato social que hasta hace poco tiempo se presumía como inamovible en sus elementos de base".

[113]Para un estudio de la evolución del concepto, vid. Urteaga, E.: "Los estados de bienestar ante la globalización", Portularia: Revista de Trabajo Social, nº 12, 2012, pp 213-219.

[114]VV.AA.: "Estado de Bienestar en España: transformaciones y tendencias de cambio en el marco de la Unión Europea" Fundación FOESSA, 2014, p. 303.

[115]Para un análisis sobre las coordenadas del nuevo escenario político mediante la superación del marco constitucional de 1978, vid. Subirats, J.: "La democracia como nuevo contrato político y social", Gaceta Sindical, nº 22, 2014.

[116]Para un resumen analítico de los principales cambios registrados durante la vigencia de la LOLS en el mercado laboral español, vid. Ruesga Benito, S.: "Treinta años de movimiento continuo en el mercado laboral español", en Valdés Dal-Ré, F, op cit., pp 186-215, donde se afirma que la evolución, en ocasiones, ha trazado un recorrido "errático al compás del ciclo económico nacional-internacional".

Los cambios afectan tanto a los aspectos cualitativos como cuantitativos del sistema y tienen efectos sobre aspectos superficiales y estructurales. Si analizamos sólo las variables nucleares, no es posible realizar una más profunda indagación en esta ocasión, es preciso recordar que durante el último cuarto del siglo pasado en España se ha producido un incremento sustancial de la población activa, con un señalado protagonismo de las mujeres y de las personas de otras nacionalidades[117].

La incorporación de las mujeres a las actividades de trabajo por cuenta propia o ajena es un fenómeno que afecta a todos los países de la UE, que en los últimos doce años han visto crecer la tasa de actividad femenina en más de cuatro puntos, mientras que la tasa de actividad masculina disminuía en algo más de un punto. A pesar de este importante crecimiento, las dimensiones de la brecha existente entre hombres y mujeres resultan decepcionantes, al situarse por encima de los doce puntos[118]. En nuestro país el proceso de convergencia se está producido de forma más acelerada, pues en el mismo período la diferencia entre las tasas de actividad de hombres y mujeres se ha reducido en trece puntos, hasta colocarse la femenina uno por encima de la tasa de actividad media de la Unión Europea[119]. Resulta obvio que la radical evolución de estas cifras ha ido acompañada de una paralela, y no menos radical, transformación de las condiciones socioculturales en el país, a pesar de lo cual también en España hombres y mujeres mantienen diferenciales que casi alcanzan los doce puntos, en términos de tasa de actividad.

Por otra parte, en el mismo periodo de referencia, la población extranjera creció también de manera muy notable, para alcanzar cifras superiores al diez por ciento en el año 2014[120]. Desde el punto de vista del ciclo de vida laboral, los datos resultan menos alentadores, pues se registra una importante reducción del periodo de vida activa de las personas trabajadores, provocado por la demora en la edad de inicio de la carrera profesional y el adelanto de la edad real de jubilación[121]. Por último, a pesar de que el PIB ha crecido regularmente a tasas superiores a la media europea, la tasa de desempleo, después de haber seguido un notable proceso de convergencia, se ha vista afectada de manera muy negativa por la crisis económica,

[117]Si en el tercer trimestre de 1985 la población activa se situaba en 14 millones (9.6 Hombres y 4.4 Mujeres), en el mismo trimestre de 2015 el número de personas se eleva hasta las 22.8 millones (12.3 Hombres y 10.5 Mujeres). Téngase en cuenta que durante los últimos años se ha producido un cierto retroceso, siendo así que en el año 2012 se estuvo cerca de alcanzar los 23.5 millones de personas. Con relación a las personas de origen extranjero, en términos de población activa supone un crecimiento de nueve puntos en menos de una década, situándose ya por encima del 10% del total, sin contar con el notable número de personas que se encuentran trabajando en situación irregular.

[118]Según datos de Eurostat, la Tasa de Actividad de la UE-15 para el año 2002 era del 56.5% (47.8% M y 56.5% H), alcanzando el 58.0% en 2014 (52.0% M y 64.4% H).

[119]Según datos de Eurostat, la Tasa de Actividad en España para el año 2002 era del 53.8% (42.1% M y 66.0 H), alcanzado el 58.9% en 2014 (53.1% M y 65.0% H).

[120]Según datos de Eurostat, en el año 2002 la población extranjera suponía sólo el 3.3% de la población total, mientras en el año 2014 esa cifra se elevaba hasta el 10.7%.

[121]Ruesga Benito, S.: op. cit., p. 192.

para situarse en niveles próximos a los alcanzados al principio del período de la transición política[122]. Esta circunstancia afecta de manera singular a la población femenina y a los jóvenes de ambos sexos[123].

Los cambios en la fuerza laboral no afectan solo al número de personas activas u ocupadas, ni a las características personales de quienes la componen. Desde un punto de vista cualitativo, los nuevos empleos ofertados presentan una clara evolución a la baja (prácticas sin remunerar, trabajo autónomo económicamente dependiente, trabajo a tiempo parcial, empleos de baja cualificación, empleos de alta cualificación con salarios bajos y jornadas flexibles, trabajo de duración determinada (minicontratos: contratos temporales de duración ínfima; y macrocontratos: contratos temporales de larga duración). Los crecimientos en la contratación durante estos años se han materializado mediante la creación de un alto número de puestos de trabajo de baja cualificación y de carácter temporal, que ha afectado negativamente a la productividad y ha consolidado una cultura empresarial basada en la temporalidad, que concentra la inmensa mayoría de los jóvenes que acceden al mercado de trabajo[124]. Esta circunstancia se ve favorecida por el cambio en la distribución sectorial del empleo, propio de una economía volcada en el sector servicios[125].

Las mujeres continúan padeciendo una sistemática discriminación laboral que se manifiesta, como se ha dicho más arriba, en el acceso a un puesto de trabajo, y también en las condiciones en que se realiza la prestación laboral[126]. De igual forma, la edad constituye una causa adicional de discriminación en el mercado de trabajo, y afecta tanto a los más jóvenes como a los mayores[127]. Aunque la dinámica laboral española no aporta cifras homogéneas en el conjunto del territorio estatal, que al margen del ciclo económico muestran características diferenciales en cada CC.AA., la imagen fija muestra una población ocupada que adolece de falta de unidad en sus condiciones de trabajo, al verse afectada por formas de segmentación que tienen

[122]Según datos de Eurostat, la Tasa de desempleo en España para el año 2002 era del 11.2%, mientras que en 2014 se duplicaba para alcanzar el 24.5%.

[123]Según datos de Eurostat, la Tasa de paro 2014 para los hombres es del 23.6 %, la de las mujeres es del 25.4%, mientras que para los jóvenes de ambos sexos es del 39.7%.

[124]Según datos de Eurostat, la Tasa de temporalidad española para 2014 (24%) aunque se ha reducido en los últimos doce años de manera considerable, continúa duplicando la media de la EU 15 (13.9%), afectando de manera escandalosa a los jóvenes (69.1%).

[125]García Nogueroles, J.M.: "Una posible nueva clase trabajadora de servicios: evidencias a partir de un análisis del mercado de trabajo español entre 1999 y 2008" Cuadernos de Relaciones Laborales nº 32, 2014, pp. 413-437.

[126]Ruesga Benito, S.: op. cit., p. 194.

[127]Con carácter general, vid. Romagnoli, U.: "Las desigualdades en el mundo del trabajo", RDS nº 52, 201º, pp. 13-26; sobre la más reciente doctrina jurisprudencial en la materia, Navarro Nieto, F.: "El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria", Temas Laborales, nº 130, 2015, pp. 116-126.

múltiples causas y efectos[128]. A modo de anécdota reveladora, si hace unos años se popularizó el término "mileurista", en el año 2014 más de tres millones de personas empleadas recibieron una cifra inferior, en términos mensuales[129]. Todo ello ha cristalizado en la aparición de una nueva clase social, que ha sido denominada "precariado"[130] y que, por más que se insista desde ciertos ámbitos en el relato de la excepcionalidad del mercado de trabajo español, parece que se ve reproducida con matices propios en el conjunto de los países de la UE[131].

El cambio tecnológico ha contribuido también a reducir el número de empleos industriales, y a modificar la cultura y organización empresarial. Volumen de empleo y productividad en las grandes empresas industriales, el medio natural de desarrollo de los sindicatos, han evolucionado de manera contraria, en muchas ocasiones se reduce empleo para ganar productividad. La revolución industrial, sus fábricas y sus nuevas técnicas de producción posibilitaron el nacimiento de la clase obrera y de sus organizaciones; la revolución tecnológica descarta elementos materiales e inmateriales sobre los que se construyó el movimiento obrero cuya desaparición pone en serio riesgo su continuidad. A modo de ejemplo, la globalización de la economía permite diluir la identidad del sujeto empresarial. Las grandes corporaciones dominan la economía global eludiendo en la práctica la participación de las organizaciones. El sindicato debe vencer numerosos obstáculos para acceder a los centros de decisión, estratégicamente alejados de los centros de trabajo y difuminados u ocultos en redes de empresas que impiden la identificación de los inversores. La interlocución se produce a través de personas o entidades interpuestas (gerentes locales o consultores externos). Junto a esta realidad, coexiste una pluralidad de empresas de pequeño tamaño cuyo escaso margen de beneficio dibuja elementos de precariedad sobre las condiciones de trabajo de autónomos y asalariados, en muchos casos causa directa de su dependencia económica respecto de un solo grupo empresarial.

El protagonismo que en la realidad económica han cobrado los procesos de

[128]Para un extenso estudio que relaciona negociación colectiva y segmentación vid. Cruz Villalón, J. (dir.): "El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral", Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

[129]Según se desprende de los datos de la encuesta de salarios realizada por el INE para 2014, el salario medio en España se situó en 1881 euros, cifra que se materializó mediante un crecimiento de los salarios más altos y una disminución de los salarios más bajos. Por colectivos, aumentaron los salarios de los hombres y disminuyeron los de mujeres y jóvenes.

[130]Gálvez Biesca, S.: "El movimiento obrero en la España del tiempo vivido: del sujeto político al nuevo precariado" Cuadernos de Historia Contemporánea, nº 30, 2008, pp. 199-226; Gómez Villar, A.: "El trabajador precario y la construcción del precariado como sujeto de cambio", Astrolabio, Revista Internacional de Filosofía, nº 11, 2012, pp. 209-217.

[131]Extensamente sobre la realidad británica, vid. Standing, G.: "El precariado: Una nueva clase social" Pasado y Presente, Barcelona, 2013; sobre los efectos de las reformas laborales en Alemania, vid. Promberger, M.: "Nine years of Hartz IV: a welfare reform under scrutiny" Cuadernos de RelacionesLaborales, nº 33. 2015, pp. 35-63; por último, sobre la situación en Francia, vid. Linhart, D.: "Modernisationetprécarisation de la vie au travail", Papeles del CEIC, International Journal on Collective Identity Research, nº 1, 2009.

descentralización productiva amenaza las prácticas de acción tradicionalmente desarrolladas por las organizaciones sindicales. La superación del modelo integrado de producción de bienes o de prestación de servicios por las empresas ha proliferado en el sistema de relaciones laborales español[132]. La respuesta normativa ha eludido afrontar los obstáculos que estas alternativas proyectan sobre las estructuras de representación de los trabajadores en la empresa y sobre la estructura de la negociación colectiva. Con relación a la primera, la doble vía de representación referenciada sobre las personas empleadas en un centro de trabajo, resulta disfuncional tanto por la dificultad de articular estrategias frente a la dirección de la empresa en forma de grupo, como por la falta de representatividad respecto de las personas que realizan su prestación de servicios en el centro de trabajo por cuenta de otro empleador, e incluso por la creciente dificultad para alcanzar el volumen mínimo de trabajadores requerido[133]. Si lo que la norma define como centro de trabajo hace tiempo dejó de desempeñar el papel de núcleo de las relaciones laborales, carece de sentido que en la actualidad continúe siendo la clave de arco de la regulación legal y convencional de la representación de los trabajadores en la empresa. En segundo lugar, la ordenación normativa de la negociación colectiva en las últimas reformas ha servido para incrementar el protagonismo del nivel empresa, también de grupo, frente a otros ámbitos, en particular el sectorial[134]. Pero las numerosas reformas en la materia no han profundizado en la búsqueda de soluciones para acometer los problemas de distribución del beneficio empresarial entre las personas que participan en la elaboración de un producto o en la prestación de un servicio por cuenta de diferentes empleadoras. En ausencia de soporte normativo, las organizaciones sindicales se han visto obligadas a afrontar este proceso en solitario, si bien resulta pacífico el juicio sobre el hecho de que dicha empresa ha arrojado pobres resultados[135].

---

[132]Rodríguez Escanciano, S.: "La necesaria adaptación de la estrategia sindical a las transformaciones actuales de las organizaciones empresariales: Algunas cuestiones a considerar", Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, nº 10, 2009, pp. 95-120; Cilleros Conde, R.: "Las consecuencias de la nuevas características del trabajo en la afiliación sindical", Encrucijadas: Revista Critica de Ciencias Sociales, nº 1, 2011, pp. 28-50.

[133]"La lógica clásica, también para las relaciones colectivas, se mantiene en la bilateralidad contractual, de modo que el empleador de cada trabajador quien determina las condiciones de trabajo que afectan a cada uno; las facultades de participación en la empresa, como contrapoder sindical al propio organizativo de dirección empresarial, se circunscriben, por coherencia con el modelo, al ámbito empresarial y a la interlocución con el empleador" Cruz Villalón, J: "La actividad sindical en la empresa: viejos y nuevos problemas", Valdés Dal-Ré, F. (dir.) *30 años de libertad sindical*, Fundación Largo Caballero, Madrid, 2007, p. 98.

[134]VV.AA.: "La reforma de la estructura de la negociación colectiva y su incidencia en la segmentación laboral", en Cruz Villalón, J (dir.) *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral. Causa determinante e Instrumento de contención*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp.

[135]Par un estudio sobre los efectos de estas prácticas sobre la eficacia de la norma colectiva laboral, vid. Gómez Gordillo, R.: "El impacto de los procesos de descentralización productiva sobre la eficacia de la norma laboral" en Cruz Villalón, J (dir.). Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 111-164. Sobre las experiencias en el ámbito de grupos de empresa, vid. Cruz Villalón, J.: "La representación de los trabajadores en los grupos de empresa", en Valdés DalRé, F. y Molero Marañón, M.L. (dirs.) La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010, pp. 55-70.

Por otra parte, la segmentación laboral modifica las condiciones en las que se realiza la prestación de servicios en el día a día de las relaciones de trabajo y con ello las condiciones objetivas y subjetivas de acción sindical. El poder de dirección del empleador se distribuye entre distintos empleadores, las personas que participan en la elaboración de un bien o en la prestación de un mismo servicio se encuentran bajo el ámbito de aplicación de distintos convenios, e incluso carecen de él, y poseen representaciones sindicales o estatutarias distintas, e incluso carecen de representación. En ocasiones, aunque todos los trabajadores formen parte de la misma empresa, el hecho de estar vinculados por un contrato de duración determinada o de haber sido contratados a jornada parcial condiciona el acceso a determinadas ventajas y, en todo caso, implica una falta de identificación con el resto de componentes de la plantilla de la empresa y, por supuesto, limita de manera crucial las posibilidades de participar en las actividades sindicales (asambleas, derecho de sufragio activo y pasivo, afiliación, participación en las estructuras, acción sindical y conflicto); todo ello a pesar de la existencia de un marco normativo que prohíbe la discriminación de estas personas en función de las condiciones contractuales[136]. La fuerza con la que estas políticas empresariales de fraccionamiento del proceso productivo producen paralelas quiebras en las identidades sociales y en el sentimiento de pertenencia a un colectivo resultan llamativas, en particular, cuando el sentimiento de identidad profesional se convierte en un instrumento de fortalecimiento y aceptación de los comportamientos insolidarios, prevaleciendo sobre la conciencia de pertenencia a una misma clase social.

Se ha afirmado que las libertades sindicales, en particular la libertad de autoorganización, permiten a los sindicatos establecer las estructuras de representación y negociación que en cada caso resulten más idóneas u oportunas para la mejor consecución de sus fines. La práctica ha demostrado la tenaz resistencia que ofrece cualquier iniciativa de superación del esquema legal empresa-sector. Las inercias normativas, sus proyecciones organizativas y el temor al cambio en ocasiones poseen mayor robustez que los deseos de transformación. Pero tampoco puede obviarse la dificultad del empeño, pues el diseño legal de las secciones y de los delegados sindicales se concibió con el objetivo de que su acción se desplegase en el centro de trabajo, de forma paralela y concurrente con la representación estatutaria. La norma no impide, entre otras razones porque no puede hacerlo, "que los sindicatos opten por crear instancias adicionales en otros ámbitos, pero eso sí,

[136]"Esto es especialmente importante en las actividades consideradas auxiliares (o sea, «accesorias») o en aquellas donde la línea de externalización separa a trabajadores con titulación formal de otros sin ella (como es el caso de la separación entre servicios sociales —desempeñados por personal con titulación universitaria y con estatus de empleado público— y servicios de atención domiciliaria —realizados por personas sin una titulación clara y empleadas en empresas privadas—)" Recio, A.: "Segmentación laboral y acción sindical", Gaceta Sindical, nº 16, 2011, p. 170; para un estudio actualizado de la doctrina jurisprudencial en la materia, vid. Moreno Vida, M.N.: "La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Temas Laborales, nº 130, 2015, pp. 195-241.

para estos otros de principio no podrán reclamar el ejercicio de las facultades de acción sindical que le vienen reconocidas legalmente por medio de la LOLS"[137]. El argumento conduce indefectiblemente a reiterar la relevancia de la promoción legal en la materia, sin cuya intervención las posibilidades de éxito, el empeño, de las organizaciones sindicales se reducen de manera notable.

Desde otra perspectiva, ya en sus orígenes la actividad del sindicato desbordó la muy importante función de reivindicación de mejora de las condiciones de vida y trabajo ante la empleadora. En el ámbito de la UE, el sindicato ha sido un elemento básico en la elaboración y puesta en práctica del modelo social europeo, que constituye uno de los motores del notable desarrollo económico del que ha disfrutado la Europa occidental durante la segunda mitad del siglo pasado, cimentado en la aceptación de las reglas de la economía de mercado, contrapesadas por la ejecución de un bloque de políticas públicas que permiten intervenir al Estado en la distribución de la riqueza y garantizar el disfrute de una serie de derechos básicos a toda la ciudadanía, limitando de manera eficaz las diferencias entre las distintas clases sociales[138]. Por lo que hace referencia a la experiencia española, conviene recordar el destacado protagonismo del movimiento sindical en el proceso de transición política[139]. El activismo sindical en el proceso de construcción política se ve materializado normativamente con el expreso reconocimiento del protagonismo de los agentes sociales en la arquitectura del estado constitucional vía art. 7 CE, que confía a las organizaciones sindicales y empresariales la función de representación de sus respectivos intereses.

Con posterioridad, la concertación social en España ha permitido construir un modelo económico y social basado en el diálogo, que ha concitado un amplio consenso sobre los elementos claves del sistema, más allá de los momentos de tensión y enfrentamiento que han jalonado el devenir de estas tres décadas. Como se dicho más arriba, la crisis ha afectado de manera notable el margen de actuación del poder político, en particular en los países de la cuenca mediterránea, directa y gravemente golpeados por la crisis de la deuda. En estas circunstancias, más

[137]Cruz Villalón, J. "La actividad sindical en la empresa…" op. cit.. p.99.

[138]"Dicho con cierta simplicidad, se trataba de un gran pacto más o menos implícito entre los principales partidos políticos del momento en el panorama europeo –socialdemócratas y democristianos- con el concurso de las organizaciones sindicales más representativas, por medio del cual se asumía el compromiso de avalar por un lado un modelo de desarrollo económico basado en las reglas del mercado, con una presencia central y protagonista del sector privado de la economía, compensado por otro lado con una potente intervención del poder público que desarrollase un Estado social avanzado, que protegiese a los asalariados en el mercado de trabajo y atendiera servicios públicos y prestaciones sociales universales que corrigiesen las tendencias naturales hacia la extensión de desigualdades sociales propias de cualquier economía capitalista" Cruz Villalón, J.: "La concertación social en la reconstrucción del contrato social", Gaceta Sindical, nº 22, 2012, p. 187.

[139]Fishman, R. M.: "El movimiento obrero en la transición. Objetivos políticos y organizativos" Reis, nº 26, 1984, pp. 61-112; Bilbao, A.: "La transición política y los sindicatos", Cuadernos de Relaciones Laborales, nº 1, 1992.

allá de la voluntad de partidos gobernantes, la concertación social está condenada al fracaso si el contenido de las negociaciones no permite superar los estrechos márgenes marcados por las políticas de austeridad. Dicho de manera simple y directa, no resulta realista aspirar a que las organizaciones sindicales participen en la demolición del modelo social europeo; la posición sindical, de claro rechazo a las políticas de recortes diseñadas en el marco de la UE, resulta coherente con la defensa de los intereses que le son propios, entre otras razones porque la aceptación total o parcial de las propuestas defendidas por la Comisión Europea y los gobiernos nacionales está exenta de ventaja alguna. A nivel general, la apuesta del capitalismo globalizado no parece estar interesada en restaurar la paz social, en el convencimiento de que existen otras fórmulas menos costosas, de claro contenido represivo, para garantizar el pleno ejercicio de las libertades económicas[140]. Si el objetivo es que la excepción europea se disuelva en la regla general, la alternativa como en los inicios del movimiento sindical será socio-política o no será.

Las circunstancias descritas evidencian la necesidad de reforzar el poder negociador de los trabajadores con el objetivo de buscar fórmulas de equilibrio que permitan mejorar la posición de la persona trabajadora en este sistema. Sin embargo, los datos apuntan en sentido contrario pues las organizaciones sindicales, y las organizaciones políticas que en su momento dieron apoyo político a sus reivindicaciones, no han sido capaces de liderar el descontento social[141]. Los cambios en el mercado de trabajo no han favorecido el desarrollo de la actividad sindical ni en el plano individual ni en el colectivo. El incremento del número de personas en situación de desempleo y de aquellas contratadas mediante modalidades precarias no ha sido respondido con un incremento paralelo de la afiliación sindical, ni ha servido para aglutinar en torno a las organizaciones sindicales un sentimiento colectivo de ruptura con las políticas de austeridad. El sentimiento de indignación ciudadana ha sido también proyectado contra las organizaciones sindicales más representativas. En paralelo, la pérdida de vigor que afecta a los procesos y a las prácticas de concertación social ha contribuido a limitar la presencia de los sindicatos en los medios de comunicación y en el debate político. De alguna forma, en la actualidad española y europea la paz social no parece un elemento esencial en la agenda política del momento. Durante los últimos años hemos asistido al desarrollo de campañas de publicidad, más o menos explícitas que, más allá de valorar negativamente la actuación puntual o general de las organizaciones sindicales y de sus dirigentes sindicales, aspiran a poner en

[140]Para un estudio sobre la participación de las élites empresariales en la definición de las políticas laborales durante la crisis actual, vid. Pérez Pérez, C.: "Actores sociales y relaciones laborales en España", Cuadernos de Relaciones Laborales, nº 33, 2015, pp. 423-451.

[141]Los sindicatos más representativos no participaron en la articulación del movimiento 15-M, sobre el mismo, vid. Fernández-Savater, A.: "El nacimiento de un nuevo poder social", Hispanicreview, nº 4, 2012, pp. 667-681.

duda incluso negar la propia existencia de las organizaciones de trabajadores como contrapesos a los poderes económicos y políticos[142].

El crecimiento de las tasas de desempleo durante la crisis económica ha sido una pesada losa que ha puesto a prueba la fortaleza de las organizaciones sindicales. En contra de un relato ampliamente popularizado, de manera acompasada a los ciclos económicos, la afiliación sindical en España ha mantenido un ritmo de crecimiento constante en las décadas pasadas, para alcanzar su máximo histórico al inicio de la crisis económica[143]. En el espacio de seis años, la tasa de paro creció casi dieciocho puntos, la crisis económica ha afectado negativamente todas las variables sociales, pero el precio pagado por el empleo ha sido notablemente superior[144]. Las trágicas proporciones han colocado a los sindicatos en una posición en extremo defensiva, pues estas organizaciones no cuentan con instrumentos adecuados para atender las necesidades de millones de personas sin empleo[145]. El crecimiento de las tasas de desempleo constituye una de las preocupaciones centrales de las organizaciones sindicales, que han participado de manera directa o indirecta en la elaboración de propuestas para la creación de empleo[146], o en la generación de nuevas políticas de protección social para las personas desempleadas[147]. Pero la actividad propositiva

[142]"En los últimos tiempos, hemos visto como, en una combinación de límites poco claros entre ignorancia y manipulación, se mezclaban los datos del número de miembros de comités con los de delegados sindicales y (por supuesto) de liberados sindicales, o las cifras de las subvenciones que la actividad sindical —como la de otras muchas entidades sociales o empresariales— recibe de los Presupuestos Generales del Estado desde la Constitución de 1978, con las de los costes de los cursos de formación profesional. Y hemos visto también como se iban sucediendo las críticas a los sindicatos por no pactar, y entonces eran unos irresponsables que llevaban la economía al borde del abismo; o por pactar, y entonces devenían acomodados cómplices del poder establecido. Y lo mismo ocurría con las medidas de presión sindical, que si no se producían cuando los contertulios de turno lo deseaban, era por el entreguismo sindical, y, cuando llegaban, eran a la vez tardías en su realización, salvajes en sus formas y tibias en sus reivindicaciones" Peña, M. y González de Lena, F.: "Los sindicatos en la cultura…" op. cit., p. 83.

[143]Según distintos estudios realizados por European Industrial Relations Observatory (EIRO), España habría alcanzado niveles de afiliación cercanos al 19%, por encima de las tasas registradas en Francia en Inglaterra, y cercano a las registradas en Alemania; para un análisis de estos estudios, vid. Beneyto, P.: "Afiliación y representación sindical en Europa. Últimos datos y estudios comparados" Fundación 1º de Mayo, 2010.

[144]Según datos de Eurostat, la tasa de paro en 2007 alcanzaba el 8.2%, en el año 2013 se situó en el 26.1%. En el mismo periodo, en Francia el incremento no alcanzó los 2 puntos.

[145]"Tal proyección de los sindicatos en las políticas económicas generales parece ser su principal fuente de legitimación. Pero, a su vez, es donde mayoritariamente la opinión pública observa que la contribución de los sindicatos es escasa. Alrededor del 60% de la población (diciembre 1993 y enero 1994) mantiene que la contribución de la actuación de los sindicatos a mejorar la economía española es poca o muy poca. Sólo uno de cada cuatro opina que tal contribución es mucha o bastante, y más de la mitad (entre el 50,4% en 1993 y el 54,1% en 1994) cree que los sindicatos no ofrecen soluciones para luchar contra el paro." Callejo, J: "El sindicalismo en los sondeos del CIS", Gaceta Sindical, nº 16, 2011, p. 301.

[146]Frente a las próximas elecciones generales, a modo de ejemplo, CC.OO. plantea la necesidad de aprobar una Carta de derechos de trabajadoras y trabajadores articulada como Ley Orgánica, con el objetivo de que se "refuerce y reconozca el derecho al trabajo como elemento esencial de la condición de ciudadanía, así como elevar el rango de los derechos laborales y sociales".

[147]El pasado 21 de septiembre CC.OO. y UGT presentaron la "Iniciativa Legislativa Popular para establecer una prestación de ingresos mínimos en el ámbito de protección de la seguridad social", http://www.ugt.es/Publicaciones/ILP%20150413%20texto%20articulado_VF.pdf

no ha sido objeto del imprescindible acompañamiento ciudadano, cuyas simpatías políticas durante los últimos años han apuntado hacia un espectro más conservador.

En todo caso, la dinámica de la crisis económica ha permitido generalizar un relato en el que los sindicatos aparecen como responsables de la fragmentación del mercado de trabajo español y del elevado nivel de desempleo, siendo acusados de limitar su labor de protección al colectivo de personas contratadas a tiempo completo, abandonando a su suerte a todas las demás[148]. Es cierto que existe un alto grado de coincidencia entre centros de trabajo de mayores dimensiones y altos niveles de sindicación y, de la misma forma, en las empresas donde la actividad sindical es menos intensa los elementos y condiciones de precariedad se manifiestan de manera más palmaria[149]. También es cierto que la flexibilidad exigida por las organizaciones empresariales en un primer momento se concentró en trabajadores temporales y a tiempo parcial, afectando en menor medida a los trabajadores con mayor antigüedad. Visto así, podría intuirse que la actividad sindical permite establecer un cierto cordón de seguridad en el mantenimiento de la calidad en el empleo, mediante la técnica de permitir la precarización de las condiciones de empleo de los ámbitos no sindicalizados. La afirmación pondría el foco de atención sobre comportamientos de defensa de intereses corporativos, de los que ni los sindicatos ni ninguna otra organización e institución están a salvo. Pero estas afirmaciones si en algún momento tuvieron visos de certeza, en la actualidad contrastan con aquellas que reprochan a las mismas organizaciones haber abandonado la lucha de clases por acordar descuelgues salariales, expedientes de regulación temporal de empleo, extinciones voluntarias, extinciones forzosas y prejubilaciones. De esta forma, si durante años la flexibilidad pudo afectar de manera más intensa a determinados colectivos, en la actualidad las consecuencias de la crisis se extienden a toda la población activa, sin que la actuación de los sindicatos sea considerada adecuada en ninguna de las circunstancias.

[148]"Al margen de la injusticia de este reproche, lo cierto es que se observa cómo se hace corresponsables en cierta medida de la crisis que estamos viviendo a todas las instituciones que han protagonizado o gestionado nuestro sistema económico y laboral; en ese saco de reproches, de manera poco fundada, se incluyen también las organizaciones sindicales, por mucho que sus responsabilidades sean bien secundarias" Cruz Villalón, J.: "La concertación social…", op. cit., p. 196; para un análisis de la evolución de los sindicatos minoritarios en Andalucía, vid. Roca Martínez, B.: "Izquierda radical, sindicalismo y acción colectiva en Andalucía (1976-2012)", Cuaderno de Relaciones Laborales, nº 32, 2014, pp. 439-468.

[149]Para un profundo estudio de las características de afiliación y representación sindical en España, vid. VV.AA.: "La representación sindical en España", Fundación 1º de Mayo, 2015.

2.3. Elementos nucleares del marco normativo ordenador de la actividad sindical

Desde una perspectiva histórica no es posible formular juicios sobre la evolución de la acción sindical en nuestro país mediante el estudio de las reformas de la LOLS; a pesar de las importantes transformaciones que se han producido en el trabajo humano, esta norma ha permanecido inalterada en su contenido esencial, pues únicamente han sido modificadas algunas cuestiones de carácter marginal, que no por casualidad habían sido reguladas en disposiciones adicionales. El diagnóstico sobre la ausencia de actividad normativa en la materia cambia si se atiende a algunas de las reformas operadas sobre instituciones no estrictamente sindicales. Es cierto, y merece una valoración favorable, que estas materias no se ven aquejadas de la volatilidad padecida por otras como la contratación de duración determinada, la regulación del trabajo a tiempo parcial o la estructura de la negociación colectiva, por señalar alguno de los más nítidos ejemplos de terrenos asolados por la pasión reformadora que ha golpeado el marco jurídico laboral durante las últimas décadas. Sin caer en los excesos en los que se ha incurrido en algunos temas, hubiera sido deseable que el legislador hubiese mostrado mayor interés en la tarea de garantizar la eficacia de los derechos reconocidos a las organizaciones sindicales y de las libertades reconocidas a las personas trabajadoras de forma individual.

En orden cronológico inverso, la LOLS fue modificada por la LO 9/2011, de las Fuerzas Armadas[150], para alterar el contenido de la disp. adic. tercera de la norma sindical[151], con el objetivo de levantar la prohibición, que hasta entonces pesaba sobre el personal civil, de realizar actividades sindicales dentro de los establecimientos militares. Tras la reforma, en dichos centros de trabajo pueden llevarse a cabo todo tipo de actividades sindicales, dentro del marco normativo aplicable a los empleados públicos y, en todo caso, con respeto al principio de neutralidad política y sindical que debe presidir la actuación de todas las personas que forman parte de las Fuerzas Armadas[152]. Con ello, se produce la eliminación de una restricción cuyo carácter absoluto se explica por las especiales circunstancias vividas al inicio de los años ochenta en los establecimientos militares. Una vez superado aquellos años, en los que las amenazas y los intentos de levantamiento militar condicionaron la

[150]Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (BOE de 28 de julio).

[151]En nuevo texto establece: "El personal civil que ejerza el derecho reconocido en el artículo 2.1.d) en unidades, buques y demás establecimientos militares deberá tener en cuenta y respetar el principio de neutralidad política y sindical de los miembros de las Fuerzas Armadas y ajustarse a las normas sobre actividad sindical de los empleados públicos".

[152]Para un estudio sobre la regulación original, vid. Albiol Montesinos, I.: "Los derechos colectivos del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares". REDT, nº 10, 1982, pp. 169-194; tras la reforma, vid. Sánchez Trigueros, C. y González Fornos, M.: "La relación laboral del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares" en VV.AA. (coord.) *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Aranzadi, 2014, págs. 1131-1166.

vida política y social, el mantenimiento de los establecimientos militares como un espacio vetado al ejercicio de las libertades sindicales, ampliamente reconocidas en el exterior de dichos muros a los empleados públicos, carecía de sentido desde la perspectiva jurídica y también desde el punto de vista político.

Con anterioridad, y con motivo de la reforma de la normativa de elecciones a representantes en la empresa, se produjo la modificación de la disp. adic. primera LOLS y la incorporación de una cuarta disp. adic., con el objetivo de adaptar la regulación original relativa al cómputo de la representatividad sindical al contenido del nuevo marco regulatorio. En concreto, la LO 14/1994[153] introdujo la vigente disp. adic. cuarta, que permite sustraer, a efectos cuantitativos, a los representantes de los trabajadores cuyos mandatos han sido sometidos a prórroga, con el objetivo de evitar que esta práctica de carácter excepcional pudiese alterar o influir de alguna manera en la pérdida o adquisición de la condición de sindicato más representativo. En la misma fecha, se procede a modificar el contenido de la disp. adic. primera LOLS[154], con la intención de dotar de mayor dinamismo al proceso de adquisición de la condición de sindicato más representativo y facilitar la participación de tales sindicatos en los correspondientes órganos de las instituciones públicas, en consonancia con las modificaciones relativas a la promoción de elecciones y al calendario electoral introducidas por la misma norma.

Pero si dejamos al margen estas pequeñas modificaciones, el bloque normativo de la LOLS mantiene intacta su redacción originaria. Así ocurre con la noción de sindicato más representativo, los distintos grados de mayor representatividad y el mecanismo de cómputo de esta especial condición, que como establece el art. 6.1. LOLS, confiere ventajas tanto en el ámbito de la participación institucional, como en el terreno de la acción sindical. Como es sabido, en nuestro país se utiliza un método de medición en el que priman los aspectos cuantitativos-electivos, frente a otros modelos basados en fórmulas estimativas o de carácter indiciario. Es decir, los sindicatos más representativos son aquellos que pueden acreditar determinados niveles de "audiencia electoral", calculada sobre el número de miembros de los órganos de representación elegidos en las empresas y administraciones públicas (delegados de personal, comités de empresa y juntas de personal). De forma complementaria, se utiliza otro criterio, conocido como irradiación, mediante el cual se le reconoce igual condición a las organizaciones integradas en una confederación sindical que haya alcanzado la condición de más representativa.

[153]Ley Orgánica 14/1994, de 19 de mayo, por la que se incluye una disposición adicional cuarta en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE de 20 de mayo).

[154]La disposición final primera de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores (..) (BOE de 23 de mayo), modificó la disposición adicional primera de la LOLS.

Junto a los métodos y procedimientos para seleccionar a los sindicatos más representativos, el otro elemento que define las características centrales de cualquier sistema es la forma de ordenar los derechos y facultades de la representación sindical en la empresa[155]. La mayor representatividad de los sindicatos permite a estos, entre otras funciones, la representación de los trabajadores frente al poder político, pero también confiere a los sindicatos determinadas facultades que facilitan la acción sindical en el espacio natural de actuación y organización del sindicato: la empresa o el centro de trabajo. La LOLS norma la figura del delegado sindical y de la sección sindical que, junto a la representación regulada en el Título II del ET, configuran el denominado doble canal de representación de los trabajadores en la Empresa. Conforme establece el art. 64 ET, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de sus comités de empresa o delegados de personal, mientras que tal como establece el art. 10.1 LOLS, las secciones sindicales estarán representadas por los delegados sindicales. A modo de cláusula de cierre, el art. 10.3 LOLS reconoce a los delegados sindicales similares garantías que a los miembros de la representación unitaria[156].

La dual manifestación legal del sistema de representación de los trabajadores en España puede explicarse desde el punto de vista histórico. Más allá de los recelos de las organizaciones empresariales, las dos grandes organizaciones sindicales de ámbito estatal (CC.OO. y UGT) defendieron posiciones divergentes en este apartado. De manera muy simplificada, UGT optaba por otorgar un mayor protagonismo a la representación sindical, de alguna manera una posición rupturista con el modelo hasta entonces vigente más acorde con la tradición alemana en la materia, mientras CC.OO. defendía la democratización del sistema vigente, sin alterar la estructura unitaria y electiva del órgano de representación. La solución normativa, que ha de ser considerada una solución de compromiso, cristalizó en el vigente sistema de doble canal de representación. La LOLS procedería a generalizar, perfeccionar técnicamente y elevar a rango legal un sistema que había sido en sus líneas generales acordado por organizaciones sindicales y patronales, en pleno proceso de transición democrática[157].

Si se atiende al dato normativo, el legislador parece entregarse a un más intenso ejercicio de promoción de la representación unitaria, en torno a cuya composición

[155]Para un estudio sobre los diferentes modelos legales de representación de los trabajadores en la empresa, Vid. VV.AA.: "Modelos de Participación de los Trabajadores en la Empresa", RMTAS, nº 43, 2003.

[156]Las características de este modelo singular han sido analizadas, entre otros, por LaheraForteza, J: "El modelo español de representantes de los trabajadores en la empresa", En Valdés Dal-Ré, F. y Molero Marañón, M.L. op. cit., pp. 17-54.

[157]"En efecto, el arranque se puede localizar con claridad primero en el Acuerdo Básico Interconfederal de 1979, perfilado después con mayor precisión a través del Acuerdo Marco Interconfederal de 1980" Cruz Villalón, J.: "La actividad sindical en la empresa: viejos y nuevos problemas", en Valdés Dal-Ré, F. (Dir.), op. cit., p. 85.

gira el sistema de relaciones laborales en nuestro país. En parte, esta situación obedece al elemento cronológico, ya que la regulación estatutaria antecede a la sindical, lo que permite al legislador orgánico hacer uso de la técnica de la remisión. Sin embargo, si se atiende a las facultades, competencias y funciones de sendas representaciones, se observa un gran nivel de identidad, en particular si se toma en cuenta el protagonismo otorgado a la representación sindical por los preceptos que regulan las facultades de consulta[158] y negociación[159] y de las formas de designación de los miembros de las representaciones de segundo[160] y tercer nivel[161]. En atención a estas normas, podría afirmarse que el modelo español de representación de los trabajadores en la empresa descansa, de manera alternativa y a elección de éstos, en sendas representaciones, sin que el legislador haya privilegiado de manera clara ni a la de naturaleza sindical, ni a la unitaria.

Pero otros datos sobradamente conocidos nos obligarían a matizar la afirmación anterior, en particular si el análisis se proyecta sobre los centros de pequeñas y medianas dimensiones, mayoritarios en nuestro sistema. En las pequeñas empresas no existen posibilidades reales de constituir una sección sindical y, como es obvio, resulta verdaderamente complejo materializar realidades sindicales de carácter plural. Con respecto a las medianas empresas, en las que es posible dar cobijo a una o varias minúsculas secciones sindicales, el umbral mínimo de doscientos cincuenta trabajadores se convierte en un muro difícil de franquear para obtener representación sindical, en aplicación de lo dispuesto en el art. 10 LOLS. Es cierto que la norma permite, en el caso de la representación sindical, alterar en beneficio de los trabajadores y sus organizaciones estos umbrales mínimos, pero la experiencia convencional permite demostrar que esta posibilidad ha sido materializada sólo en las grandes empresas y en las AA.PP. Paradójicamente, debe entenderse que la necesidad del apoyo y la cobertura prestada por las organizaciones sindicales resulta superior en estos ámbitos para las personas trabajadoras, ante la dificultad de componer un colectivo con suficiente poder contractual en cada uno de los centros de trabajo. De hecho, suele afirmarse que estas empresas pequeñas y medianas resultan las más beneficiadas por la posibilidad de negociar un convenio colectivo de ámbito sectorial. En cierto sentido, las pequeñas empresas o centros

[158]Con relación a los procedimientos de consulta previstos en los arts. 41, 47 y 51 ET, tras las últimas reformas, los sindicatos han visto reforzada su presencia en la Comisión Negociadora.

[159]El art. 87 ET reconoce con carácter exclusivo a los sindicatos la legitimación para negociar convenios colectivos de sector, de grupo de empresas y franja, y de forma compartida la legitimación para negociar convenios colectivos de ámbito de empresa o centro de trabajo.

[160]El art, 63 ET, deja en manos de la negociación colectiva la creación del comité intercentros, pero garantiza que cada sindicato pueda elegir a sus miembros, en función del resultado global obtenido y sin atender al dato del número de trabajadores de cada centro de trabajo. De esta forma se hace primar el elemento de pertenencia sindical sobre el local o territorial.

[161]El art. 27.1 de la Ley 10/97 reconoce la facultad de designar a los miembros de la Comisión Negociadora y del Comité de Empresa Europeo a las representaciones sindicales mayoritarias en la representación unitaria.

de trabajo constituyen el verdadero agujero negro para la regulación sobre la representación de los trabajadores, pues en muchas de ellas, aquellas con menos de seis trabajadores, la norma impide realizar elecciones, mientras que en otras tantas, en las que la celebración de elecciones queda a la voluntad de la propia plantilla e incluso en las que resulta obligatorio, no existe representación unitaria y, como es lógico, tampoco sindical.

En tercer lugar, es preciso recordar que este esquema resulta aplicable con carácter exclusivo a las personas vinculadas por contratos laborales, tanto en el sector privado como en el público. La LOLS incluye dentro de su ámbito de aplicación a los funcionarios públicos, pero la elección de delegados y miembros de las juntas de personal se regula por el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP)[162]. De esta forma, las Administraciones Públicas se convierten en un paradigma de fragmentación de la clase trabajadora y de sus organizaciones, pues quienes realicen su prestación de servicios en dicho ámbito se verán afectados por normas legales y convencionales diversas, excepción hecha la posibilidad de negociar pactos conjuntos o comunes aplicables a todos los empleados públicos, viéndose obligados a acudir a representaciones igualmente distintas[163].

De manera muy simplificada, y a modo de resumen conclusivo de cuanto se ha dicho hasta aquí sobre el sistema español, puede afirmarse que nuestro marco normativo delinea un sistema fragmentario, que establece distintos tipos de representación en atención a la naturaleza administrativa o laboral de la relación de prestación de servicios y, en el primer caso, también en función del tamaño de la empresa. Se trata de un sistema que hace girar todos sus elementos sobre la celebración de elecciones en los centros de trabajo, ignorando el criterio de la afiliación, pues las facultades de los representantes sindicales y de las organizaciones a las que pertenecen dependen directamente de los porcentajes obtenidos en los procesos electorales celebrados en los distintos ámbitos y unidades electorales. Ante todo, el sistema adolece de una gran complejidad en su análisis y calificación, pues las numerosas normas que participan en su configuración reconocen de forma alternativa a sendas representaciones legitimación para realizar actividades típicamente sindicales, sin que se produzca una clara delimitación de funciones, en particular en el ámbito de la empresa. En la práctica, en la mayoría de las empresas el doble canal, unitario y sindical, se convierte en una canal único fuertemente sindicalizado.

---

[162]Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, (BOE de 31 de octubre).

[163]Como caso extremo de fragmentación cabe señalar el ámbito de las Universidades Públicas, en las que la representación de los empleados públicos se materializa mediante cuatro órganos. Sobre la representación de los empleados públicos, vid. Sala Franco, T.: "La representación sindical de los funcionarios públicos en las Administraciones Públicas", en VV.AA.: *Los sindicatos*, Lex Nova, 2014.

Frente a los modelos considerados típicos, con una más larga tradición histórica, implantados y desarrollados en los países de la UE[164], el modelo español se resiste a una calificación certera. Frecuentemente ha sido encuadrado entre los denominados "modelos de doble canal", con prevalencia de la representación unitaria, junto a países como Bélgica, Noruega o Grecia. Desde la perspectiva jurídica, estas clasificaciones resultan en exceso controvertidas, pues tanto en el caso español como en el resto, resulta anómalo hoy en día presentar modelos normativos puros, en el sentido de que respondan de manera cierta a los elementos que delimitan el tipo clasificatorio. Por otra parte, estas clasificaciones no suelen tener en cuenta que la naturaleza única o dual de la representación de los trabajadores en la empresa no permite ofrecer una imagen sobre los protagonistas de la acción sindical en su conjunto, pues dicho análisis debe completarse con un estudio cualitativo de las facultades reservadas a estos órganos y aquellas otras monopolizadas o compartidas por las organizaciones sindicales en el exterior de la empresa.

Como se ha dicho más arriba, el dato normativo permitiría afirmar que las facultades de participación en la empresa, ante la ausencia de representación sindical en las de menor tamaño, se encomiendan de forma exclusiva a la representación unitaria en la mayoría de los centros de trabajo en nuestro país, mientras se comparten con la representación sindical en empresas con más de doscientos cincuenta trabajadores; por su parte, las competencias de negociación colectiva, allá donde existan representaciones sindicales y unitarias, pueden ser desarrollas alternativamente por ambas en el ámbito de la empresa o inferior, mientras que en los ámbitos superiores a aquélla se encomiendan exclusivamente a las representaciones sindicales. Por último, las facultades de participación institucional formal, concertación y diálogo social quedan en manos de las organizaciones sindicales. Pero esta distribución de facultades se hace depender con carácter exclusivo del criterio de audiencia electoral, ya que la participación en las elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa es condición *sine qua non* para acceder a toda posibilidad de actuación en los ámbitos relacionados, al menos en el plano formal[165]. En atención a estas características, el modelo español se resiste a su encuadramiento en tipologías clasificatorias más o menos simplificadoras[166].

[164]Para un amplio estudio de los modelos europeos de representación de los trabajadores en la empresa, vid. Fulton, L.: "Workerrepresentation in Europe", ETUI, 2013.

[165]Recuérdese la decisión de sindicatos históricos, en particular CNT, que hasta la fecha han apostado por mantenerse al margen de la participación en los procesos electorales. Parece que esta decisión ha debilitado sus opciones de crecimiento, frente a otros sindicatos nacidos de la escisión del primero como CGT. Sobre dicho proceso, vid. VV.AA. "De la CNT de 1978 a la CGT de 2005", Libre pensamiento, nº 48, 2005.

[166]"La paradoja de nuestro modelo de representación de los trabajadores es que el actor principal es el sindicato en un sistema protagonizado esencialmente por sujetos no sindicales" Lahera Forteza, J.: "El modelo español de representantes…", op. cit., p. 29.

Pero como se ha dicho con anterioridad, las actividades típicamente sindicales reguladas en el ET o en otras normas, ya sea realizada a través de delegados sindicales o de delegados de personal o miembros de comités de empresas elegidos en candidaturas avaladas por sindicatos, sí ha sido objeto de algunas reformas de mayor calado. De un lado, debe señalarse el incremento de las facultades en materia de información y consulta introducidas con motivo de la transposición de normativas comunitarias en la materia o sin obedecer a dicha causa. De forma resumida, puede sostenerse que el modelo español en la materia, más que promover la participación de los sindicatos en la gestión de la empresa, tiene por objeto desplazar los costes generados por las crisis empresariales. Dicho en otros términos, la flexibilidad interna, versión española, deja intacto los poderes de dirección del empleador, y sitúa a los sindicatos en clara desventaja ante decisiones de movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión y extinción de los contratos. Las facultades de consulta reconocidas en la norma legal no permiten a estos una participación decisiva en el diseño y la ejecución de políticas de empresa, ni en las de gran tamaño, ni mucho menos en las de tamaño inferior. Tampoco la negociación colectiva ha permitido completar el diseño legal, circunstancia que en la práctica significaría que en nuestro país el modelo legal de flexibilidad interna tiende a reducir o eliminar la participación sindical[167]. Con relación a las reformas operadas sobre la regulación de la negociación colectiva, tanto las nuevas posibilidades de inaplicación del convenio como el reforzamiento del ámbito empresa provocan un debilitamiento de la norma convencional y, con ello, una reducción de la fortaleza de los poderes de negociación de los sindicatos. Por último, tanto las recientes modificaciones normativas que afectan a las actividades sindicales relacionadas con el ejercicio del derecho de huelga, como las prácticas administrativas y de la fiscalía han servido para limitar la eficacia de las medidas de conflicto y, en no pocas ocasiones, para criminalizar la actividad de los sindicalistas. En resumen, las reformas del marco normativo de las actividades de naturaleza laboral han contribuido a debilitar de manera notable la posición de los sindicatos en el sistema de relaciones laborales.

2.4. La experiencia aplicativa del complejo modelo legal

A pesar de las singularidades más arriba reflejadas, se comparte la opinión de que durante los años ochenta del siglo pasado el modelo legal español mostró una gran capacidad para desplegarse de manera inmediata sobre la nueva realidad política y económica nacida de la CE, y una notable eficacia para poner en marcha

[167]Terradillos Ormaechea, E.: "La regulación de la información y la consulta de los trabajadores en la empresa nacional y transnacional", RGDTSS, nº. 15, 2007; Gómez Gordillo, R.: "La reforma de la Ley sobre derechos de información y consulta en las empresas y grupos de dimensión comunitaria ¿un impulso para los comités de empresa europeos?" Temas Laborales, nº 111, 2011, pp. 85-120; Gómez Gordillo, R: "La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea en el ordenamiento laboral español", Temas Laborales, nº 90, 2007, pp. 27-76.

el sistema democrático de relaciones laborales, circunstancias que sin duda han determinado la ausencia de debates relevantes sobre la idoneidad de los principios estructurales sobre los que se asiente el sistema[168]. Para comprender el alcance real de este éxito en el plano aplicativo, es preciso acudir a algunos de los datos más significativos que aportan más de treinta años de experiencia práctica de actividad sindical en el interior y en el exterior de las empresas y centros de trabajo en nuestro país.

El estudio de los aspectos aplicativos del modelo legal de acción sindical en cualquier estado cuenta con la dificultad de obtener los datos estadísticos que permitan realizar una adecuado análisis de la realidad. La actividad sindical se proyecta sobre un heterogéneo sistema, el de relaciones laborales, en el que resulta verdaderamente complejo asignar causas y efectos. Quizás por ello no abunden los estudios sobre la materia, ni en nuestra disciplina, ni en otras igualmente concernidas. En ausencia de mejores medios de diagnóstico, se hará un uso prudente de los estudios y datos estadísticos conocidos hasta la fecha.

En primer lugar, para hacernos una idea de la influencia sindical en las empresas en España, se utilizarán datos sobre el grado de permeabilidad de la representación unitaria a las candidaturas avaladas por sindicatos. Como es conocido, el art. 69.3 ET exige, en las elecciones a delegados y comités, que los candidatos sean avalados por un sindicato o por otros trabajadores. Por esta razón, suele hablarse de representantes sindicalizados o independientes, si bien es cierto que el aval del sindicato no exige afiliación del candidato. Aunque también en este caso no es fácil conseguir datos fiables, durante toda la serie histórica ha sido patente el dominio de los representantes con adscripción sindical entre los miembros de las representaciones unitarias.

Según datos del Ministerio de Empleo para el año 2012, los representantes de los trabajadores electos en candidaturas no presentadas por sindicatos alcanzan solo al 2.3%, dato apabullante que contrasta con el referido al año 1978, en el que las candidaturas no avaladas por sindicatos representaban el 30.4% del total de los candidatos electos. La serie histórica pone de manifiesto una evolución constante e ininterrumpida a la baja de esta variable. Los datos permiten afirmar sin ningún género de dudas, que el sistema de participación de los trabajadores en la empresa se encuentra intensamente permeado por las organizaciones sindicales y, por consiguiente, la presencia de los sindicatos en los centros de trabajo constituye hoy una realidad con un alto nivel de generalización. Las elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa son netamente elecciones sindicales, y la participación de éstos en la empresa, con las limitaciones aludidas más arriba, se

[168]Cruz Villalón, J.: "La actividad sindical…", op. cit., p. 86.

realiza a través de los sindicatos. De este modo, lo que frecuentemente se nos ha presentado como canales representativos de naturaleza diversa, con facultades concurrentes, que actuarían de manera independiente, en la práctica se comportan como instituciones de carácter netamente sindical. Es cierto que la doctrina del TC en la materia sostiene que el derecho de libertad sindical, en su vertiente colectiva, ampara únicamente a los sindicatos y no a otras instituciones de representación de los trabajadores[169]; pero, como es conocido, esta inicial limitación puede ser superada en la práctica mediante vías indirectas, pues sí se consideran parte del derecho de libertad sindical, ahora en su vertiente individual, la promoción de elecciones y la presentación de candidatos a las mismas[170].

Otro aspecto que merece la atención, es si el sistema asegura o no una pluralidad suficiente entre las distintas opciones sindicales, en particular, porque la institución de la mayor representatividad ha sido frecuentemente objeto de críticas en el sentido de que las facultades reservadas a los sindicatos más representativos contribuían a limitar la pluralidad sindical[171]. Es cierto que el objetivo de toda técnica de selección de organizaciones representativas tiene por objeto limitar la atomización sindical, pero resulta igualmente evidente que un desequilibrio normativo en la materia puede establecer barreras de entrada al sistema que cristalicen en un dominio monopolístico de éste por las organizaciones que acceden en un primer momento al estatus privilegiado. Siguiendo también los datos oficiales ofrecidos por el Ministerio de Empleo, a fecha de cierre del año 2012, se prolonga el liderazgo de las organizaciones más representativas de ámbito estatal, CCOO (37.5%) y UGT (35.4%), que en su conjunto suman el 72.9%[172]. La pugna entre dos grandes confederaciones de ámbito estatal se ha venido reproduciendo desde las primeras elecciones; durante estos años se han producido cambios en la posición de liderazgo, si bien desde mediados de la década de los noventa CC.OO. mantiene una ligera ventaja. La relativa hegemonía de ambas formaciones alcanzó su máxima manifestación en las elecciones celebradas el año 1990, manteniéndose en tasas superiores al 75% desde dicha fecha.

[169]"En definitiva, hay que reafirmar que, en su vertiente colectiva, la titularidad originaria del derecho fundamental contemplado en el art. 28.1 CE pertenece a los sindicatos y no a otros sujetos colectivos, como los comités de empresa y los delegados de personal (por todas, SSTC 197/1990 y 134/1994)." Fundamento Jurídico 3º, *in fine* STC 95/1996, de 29 mayo (BOE 21 de junio).

[170]"Ha de recordarse, además, que la promoción de elecciones a miembros de comités de empresa y delegados de personal en nombre de un sindicato, así como la presentación en dichas elecciones como candidato, son actividades amparadas por la vertiente individual del derecho de libertad sindical, formando parte del llamado contenido adicional del derecho (SSTC 104/1987, 9/1988, 51/1988 y 1/1994, entre otras). También en el supuesto resuelto por la STC 38/1981 (RTC 1981\38) se trataba de trabajadores despedidos por promover elecciones en nombre de un sindicato y por presentarse como candidatos en las mismas, reconociéndose en el fallo su derecho a no sufrir discriminación por razón de su pertenencia a un sindicato y por aquella presentación" . Fundamento Jurídico 4º, STC 95/1996, de 29 mayo (BOE 21 de junio).

[171]Sobre la vigencia del sistema, Escudero, R.: "La representatividad sindical tras tres décadas de libertad sindical", en Valdés Dal-Ré, F. (dir.), op. cit., pp. 50-66.

[172]Datos del Ministerio de Empleo para el año 2012.

Parece que durante estos últimos años puede apreciarse una cierta corrección a la baja de estos datos, con toda probabilidad debida tanto a la aparición de nuevas organizaciones, como a la extensión de un cierto sentimiento de necesidad de ruptura con las instituciones que han dominado el panorama político y social desde la transición. Es cierto que ambas formaciones son las únicas que hasta la fecha han accedido a la condición de sindicato más representativo a nivel estatal, por superar la tasa del 10% en dicho ámbito, pero puede observarse un importante crecimiento de otras organizaciones en determinados sectores de actividad. Es el caso del sector público, y más en concreto con relación las elecciones del personal funcionario, según datos oficiales para el año 2012, CSIF alcanzaría la condición de sindicato más representativo, alcanzando el tercer puesto con el 17% de los representantes, frente al 22,3% obtenido por CC.OO. y el 19.9 % que alcanza UGT. Desde un punto de vista territorial, la representatividad sindical es igualmente compartida con organizaciones sindicales de ámbito autonómico, que alcanzan el 6.3% del total estatal. En concreto, ELA-STV y LAB son sindicatos más representativos en el País Vasco, la primera también en la Comunidad Foral Navarra, y CIG en Galicia.

Por último, como es predecible, la representatividad de estas organizaciones no se extiende de manera homogénea sobre el conjunto de las empresas que configuran el sector privado. El volumen de empleo de la empresa y el sector de actividad constituyen variables que afectan a la participación sindical en las elecciones. Los datos oficiales sobre elecciones no facilitan una desagregación suficiente, por lo que en este caso acudiremos a los ofrecidos por la Encuesta de Condiciones de Vida y Trabajo realizada en 2010. Los datos aportados por dicha encuesta confirman los tópicos que la intuición y el sentido común sostienen, la cobertura aumenta con el tamaño de la empresa y se distribuye desigualmente según sectores de actividad empresarial, siendo menor en aquellos en los que abunda la contratación temporal (agricultura, construcción y servicios personales), e incrementándose de manera muy notable en la industria, transportes y comunicaciones, servicios financieros y servicios públicos[173].

Sin embargo, ni el dato aislado de afiliación, ni el grado de sindicalización de los representantes unitarios, la pluralidad de la afiliación de los representantes, o la distribución sectorial o territorial de las tasas de cobertura de la representación permiten aprehender en toda su magnitud la influencia real de los sindicatos en nuestro sistema de relaciones laborales. Quizás resulte más adecuado completar esta información con otros elementos disponibles, como los que ofrece la Encuesta Europea de Empresas[174]. Conforme a los mismos, la tasa media de afiliación sindical

[173]Para un profundo análisis de estos datos, vid. VV.AA.: "La representación sindical en España", Fundación 1º de Mayo, 2015, pp. 71 ss.

[174]Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo. 2013.

en España (19%) estaría cercana a la media de la UE-28 (23%), si bien el modelo español de participación en la empresa permitiría alcanzar un alto porcentaje de representación en los centros de trabajo (57%), señaladamente superior a la media europea (32,1%); esta buena posición se mantiene en menor medida con relación a la tasa de cobertura de la negociación colectiva, en la que nuestro sistema (70%) supera la media europea de forma menos señalada (62%). Todo ello situaría el modelo español "en la franja media/alta entre los países de la UE en términos de representación y participación de sus trabajadores y sindicatos en las relaciones laborales"[175].

Con todo, suele afirmarse, como efectos favorables del modelo español, su carácter democrático, objetivo, y actualizable. La organización que posee la condición de sindicato más representativa goza, sin lugar a dudas, de un apoyo real y efectivo en dicho ámbito, que debe renovar cada cierto tiempo[176]. En estos años, el modelo legal ha contribuido a extender y sostener un sistema de relaciones laborales que ha extendido su acción a la mayoría de las empresas y centros del trabajo del país; la presencia de los sindicatos en los centros de trabajo les ha convertido en los principales instrumento de defensa de los intereses de los trabajadores. Por último, la mayor representatividad ha facilitado a los sindicatos acceder a una multiplicidad de espacios de participación institucional. En sentido negativo, el modelo adolece de ciertas limitaciones subjetivas, ya que la participación en las elecciones queda vedada para las personas desempleadas, los trabajadores autónomos económicamente dependientes y quienes prestan servicios en microempresas, resulta de difícil materialización para las personas contratadas de manera temporal, incluso cuando el periodo de contratación coincida con el proceso electoral[177]. En paralelo, el modelo español no ha atendido a las modificaciones sufridas por la organización empresarial, no se prevén representaciones de grupo, ni se atiende al fenómeno de la descentralización productiva. Por último, el sistema de negociación colectiva promociona la fragmentación de la plantilla, permitiendo convenios franja y de centro de trabajo, y privilegia el ámbito de empresa frente al sectorial, y establece incentivos negativos para la afiliación sindical. Todo ello ha limitado progresivamente el protagonismo de las organizaciones sindicales en el interior de las empresas y fuera de éstas. Veamos ahora qué estrategias han seguido las organizaciones sindicales para contraponer a las carencias ofrecidas por el modelo legal.

[175]Para un estudio en profundidad sobre los datos ofrecidos por las principales fuentes de información en la materia, vid. VV.AA.: "La representación sindical en España", Fundación 1º de Mayo, 2015.

[176]Para un estudio sobre el modelo legal español, vid. Casas Baamonde, M.E.: "Representatividad y mayor representatividad de los sindicatos en España ¿Un modelo en crisis?", REDT, nº 33, 1988, pp. 71-86.

[177]Escudero Rodríguez, R.: "La representatividad sindical tras tres décadas de libertad sindical", Valdés DaL-Ré, F. (dir.) *30 años de libertad sindical*, op. cit., p. 59.

3. LA RESPUESTA SINDICAL A LA CRISIS: VECTORES DE CAMBIO EN LA ACCIÓN SINDICAL

Las disfunciones del modelo sindical español tienen origen en el marco normativo regulador, pero también en la dificultad de las personas trabajadoras y de las organizaciones que las representan para, apoyándose en las normas de promoción legal de la actividad sindical, proveerse de las normas convencionales o prácticas informales precisas para incrementar la eficacia en su actividad de defensa de los intereses que le son propios, ajustando su acción sindical a la evolución de las circunstancias y exigencias que afectan a los ámbitos económico, político y social. A pesar de ello, el movimiento sindical español ha evolucionado de manera notable durante estos años, las frecuentes críticas que suelen reprocharles la petrificación en posiciones o actitudes superadas por la realidad social quizás adolezcan de cierto desconocimiento. La cuestión por tanto no es determinar si los sindicatos han cambiado, sino más bien si el cambio operado por las organizaciones sindicales resulta adecuado y suficiente para responder de manera eficaz a los nuevos retos. Tanto en un caso como en otro, sería igualmente necesario determinar qué reformas del modelo legal podrían facilitar una más rápida transformación.

En una primera fase, que podríamos situar entre la aprobación de la CE y la finalización de la década de los años ochenta, los sindicatos españoles se centraron en la tarea de echar a andar el sistema democrático de relaciones laborales, mediante la aplicación del extenso marco normativo de nueva aprobación. La lógica organizacional, hasta entonces centrada en la lucha contra el régimen dictatorial, requiere de transformaciones profundas de adaptación a la nueva legalidad. Los sindicatos extienden su organización, haciendo uso de las normas promocionales recién adoptadas, para situarse como agentes negociadores con capacidad de interlocución tanto ante los empresarios en el interior de la empresa, como frente a sus organizaciones en los distintos sectores, y ante las autoridades políticas e instituciones públicas. Con el objetivo de ganar legitimidad, en las coordenadas marcadas por el modelo legal, la estrategia de los sindicatos pasa por la elaboración de candidaturas que puedan obtener buenos resultados en los procesos electorales, como medio para conseguir los mandatos representativos de los trabajadores en los centros de trabajo, pero también para obtener legitimidad para negociar colectivamente y facultades de participación institucional. La afiliación a los sindicatos, con tasas bastante reducidas, es tributaria de un fuerte componente ideológico y un profundo sentimiento de clase. La carencia de afiliados en muchos centros de trabajo se suple con la participación en los procesos electorales a distinto nivel, y con una gran presencia en el ámbito político social y en los medios de comunicación. Las organizaciones sindicales se esfuerzan en conseguir un perfil propio y diferenciado de los partidos políticos, con el objetivo de evitar ser

considerados meras correas de transmisión de intereses ajenos, y en mejorar las hasta entonces inexistentes estructuras organizativas[178].

La década de los noventa se corresponde con la fase de consolidación de los sindicatos en el país, frente a un nuevo contexto económico: el mercado único europeo[179]. La incorporación al sistema electoral de las personas vinculadas por relaciones de carácter administrativo o estatutario, mediante la aprobación de la Ley 9/1987[180], permite completar el mapa representativo y extender la acción sindical a sectores hasta entonces huérfanos de presencia sindical. Por otra parte, las mejoras en el proceso electoral introducidas por la Ley 11/1994[181], redujeron de forma notable el enfrentamiento entre las opciones sindicales mayoritarias y la litigiosidad judicial. Los sindicatos deben afrontar, y en numerosas ocasiones lo hacen mediante fórmulas de unidad sindical, la nueva realidad política nacida con la firma del Tratado de Maastricht[182]. El nuevo marco comunitario, en el plano sociolaboral, afectaría los métodos, ámbitos y poderes de negociación de las organizaciones sindicales, tanto en el plano institucional como en el marco de la empresa y los sectores de actividad. En paralelo, los sindicatos han de afrontar los efectos laborales del cambio tecnológico, de las nuevas formas de organización del trabajo y de las modificaciones experimentadas en la estructura empresarial. La plena incorporación de España en la UE ofrece una gran oportunidad de internacionalización del sindicalismo español, que participará de las actividades desarrolladas por la CES.

Desde entonces, y hasta el inicio de la crisis económica, se desarrolla un periodo de crecimiento, tanto de la afiliación como de la representación sindical, que apunta hacia la convergencia de estos indicadores con la media europea. La primera década del siglo coincide con un importante incremento de la actividad económica, alcanzando el desempleo tasas mínimas en el año 2007. Los aspectos instrumentales se sobreponen a los ideológicos en la afiliación, mientras que en la acción sindical se incrementan las estrategias propositivas frente a las reactivas. La globalización como nueva etapa de desarrollo económico plantea nuevos

[178]A modo de ejemplo, recuérdese el impacto político de la Huelga General celebrada el 14 de diciembre de 1988 que, convocada por UGT y CC.OO., permanece en el relato colectivo como la única huelga general que paralizó el país. Para un amplio estudio sobre las causas y efectos de dicho conflicto, VV.AA.: "El paro general del 14 de diciembre de 1988: causas, desarrollo y consecuencias de la huelga con mayor seguimiento de la democracia" Fundación Largo Caballero, Madrid, 2013.

[179]Para un análisis de los desafíos que para las organizaciones sindicales suponía esta nueva realidad, vid. Palomeque López, M.C.: "Los sindicatos españoles en el umbral del mercado único: de la acción unitaria a la neoconcertación social", Economía y sociología del trabajo, nº 10, 1990, pp. 62-71.

[180]Ley 9/1987, de 12 de mayo, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (BOE de 17 de junio).

[181]Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 23 de mayo).

[182]Gabaglio, E.: "La Europa Social después de Maastricht", Economía y sociología del Trabajo, nº 17, 1992.

y complejos retos para los sindicatos que ven cuestionado, desde el ámbito político y científico, su papel de interlocución y de defensa de los trabajadores. La ampliación del concepto clase media amenaza la supervivencia de la noción de clase trabajadora, las nuevas formas de prestación del trabajo humano ponen en peligro la percepción del sujeto trabajador. Las nuevas manifestaciones del tradicional conflicto capital-trabajo exigen también nuevas formas de enfrentarlo. Los sindicatos apuestan por el desarrollo de un nuevo pacto social que dé nueva estructura y vigor al modelo social europeo, como respuesta a los efectos del pacto sobre estabilidad y crecimiento[183].

Los efectos de la crisis económica, y de la crisis institucional que la acompaña y agrava, han afectado también a las organizaciones sindicales y, en especial, a los sindicatos mayoritarios. Parte de la ciudadanía ha hecho también responsables a los impulsores del diálogo y de la concertación social del fracaso de las políticas públicas previas y posteriores a la crisis, por más que los datos empíricos demuestren que los sindicatos han mantenido una posición beligerante, tanto frente a las primeras como ante las políticas de austeridad puestas en práctica en Europa. En este proceso, la presunta implicación de algunos líderes en procesos judiciales ha sido explotada por determinados medios de comunicación. Las políticas de reducción del gasto público han sido aprovechadas para debilitar la capacidad de actuación del movimiento sindical, y han supuesto una drástica reducción de los recursos públicos destinados a la financiación de los sindicatos. En este contexto, los sindicatos se encuentran en pleno proceso de debate sobre el papel que deben desempeñar en la nueva realidad política y social española y europea. Resulta aventurado en este momento predecir la influencia que estos fenómenos tendrán en la futura evolución de los sindicatos en nuestro sistema, si bien conviene tener presente que tras la recuperación del ciclo económico en anteriores crisis se ha producido una paralela recuperación de los datos sobre afiliación y presencia, claro está la crisis económica que nos afecta, la más grave de las conocidas, ha provocado también una crisis institucional sin precedentes. En los próximos apartados se presentarán alguna de las líneas ya avanzadas o en ejecución, centrándonos en el estudio de los documentos elaborados a instancias de las dos grandes organizaciones sindicales de ámbito estatal, por imposibilidad de abarcar el estudio de otras organizaciones y por entender que se trata de una muestra, si bien no completa, sí suficientemente significativa.

3.1. La elaboración de un discurso propositivo para el diálogo social en los ámbitos internacional, europeo y local

Una de las preocupaciones históricas del sindicalismo de clase ha sido la de conjugar la actuación en defensa de la mejora de las condiciones de trabajo en

[183]Bernaciak, M, Gumbell-McCormic, R y Hyman, R.: "El sindicalismo europeo: ¿De la crisis a la renovación?, Cuaderno, ETUI-Fundación 1º de Mayo, nº 40, Marzo de 2015.

conflictos concretos, con el objetivo de promover la transformación social y la superación de las formas de explotación humana. Los nuevos tiempos apuntan que esta disputa debe realizarse de manera global.La fuerza de la globalización actualiza la visión internacionalista de los sindicatos, que consideran el plano internacional como una instancia de actuación ineluctable. Es por ello que frente a la opción de las empresas por la deslocalización productiva, en busca de la reducción de costes de producción, la apuesta sindical persigue la elaboración, aprobación y aplicación de instrumentos que permitan extender los derechos sindicales y laborales, tanto en el ámbito de las empresas multinacionales y sus cadenas de suministro, como en el de las instituciones políticas y económicas. Se señala la necesidad de establecer acuerdos a nivel global que incluyan aspectos económicos, laborales y sociales. Ganar la batalla por el trabajo decente a nivel global se interpreta como una condición necesaria para la pervivencia de los derechos de los trabajadores en España. Para alcanzar estos objetivos, se apuesta por la cooperación entre las organizaciones sindicales nacionales, mediante la activación de relaciones bilaterales y multilaterales, en el seno de las organizaciones internacionales de carácter confederal y federal. Por último, se persigue un reforzamiento de la presencia de los sindicatos en las organizaciones internacionales relacionadas con el mundo del trabajo y, en particular, en la OIT[184].

En el plano europeo, los sindicatos apuestan por el fortalecimiento de la CES con el objetivo de impulsar un cambio de rumbo de las políticas europeas, que garantice que la salida de la crisis económica se produzca mediante la creación de puestos de trabajo con derechos laborales y protección social[185]. Para ello se plantea la necesidad de poner en marcha una, hasta ahora inexistente, estrategia sindical europea que centre sus actuaciones en la consecución de un objetivo: la refundación de la Unión Europea o la adopción de un Tratado sobre la Europa Social. Los pilares que deben vertebrar la deseada refundación poseen también un claro componente político: la negociación y firma de un nuevo contrato social europeo y la democratización de las instituciones de la UE. Las propuestas incluyen la promoción de un marco europeo de negociación colectiva y de relaciones laborales, el establecimiento de un salario mínimo europeo, y la recuperación y desarrollo del carácter mínimo de las normas de derecho social de la UE, un cambio de modelo productivo y una estrategia común sobre seguridad y salud laboral. En definitiva, se plantea la necesidad de un giro social en las políticas de la UE, con propuestas de contenido estructural.

[184]Sobre los retos de este proceso: Antenas Collderram, J.M.: "Los sindicatos ante la globalización. ¿Hacia qué nuevas formas de solidaridad internacional?", Cuadernos de Relaciones Laborales, nº 26, 2008, pp. 35-55; Valdeolivas, Y.: "El sindicato ante el espejo de la transformación del paradigma de trabajo", Claridad, nº 24, 2013, pp. 18-23.

[185]VV.AA.: "La Unión Europea en la encrucijada", Gaceta Sindical, nº 13, 2009.

En el plano nacional, se estima que nos encontramos ante el final de un ciclo, en el que nuevamente se producirán la confrontación entre capital y trabajo, y en el que se propugna la necesidad de realizar una refundación del Estado social y de derecho. El conflicto social enfrenta en la actualidad dos modelos opuestos de organización y gobierno de la sociedad. El modelo social europeo resulta prescindible para el nuevo capitalismo, que no precisa soportar los costes de su financiación. Para enfrentar esta nueva realidad política y económica, se asume el reto de adoptar las medidas precisas para participar activamente en la configuración del nuevo contrato social, e incluso de una profunda reforma constitucional[186]. Las reformas deben también promover y garantizar un cambio de modelo productivo que garantice un crecimiento económico saneado y la creación de empleo de calidad. Para ello, entre otras, se plantea la necesidad de reformar los ámbitos fiscales, educativos, financieros, habitacionales, infraestructuras y transporte. De esta forma, los sindicatos ponen sobre la mesa una transformación radical de la economía española, que como ejes centrales sitúa la necesidad de que la administración pública impulse un cambio de modelo productivo basado en la investigación y el desarrollo de tecnologías que respeten el medioambiente, limitando los excesos de las políticas liberales en materia financiera y fiscal. Se confía en que estos cambios determinarán un mayor impulso en la creación de empleo cualificado, la reducción la segmentación y de las discriminaciones en el mercado de trabajo, la mejora de las condiciones de salud laboral y proteger el autoempleo y la economía social.

En resumen, los sindicatos sostienen que los marcos normativos internacional, europeo y español deben ser sometidos a una profunda transformación, lo que en la práctica supone una refundación institucional en cada uno de estos niveles.

3.2. Una nueva organización sindical para un nueva manifestación del conflicto capital-trabajo

La forma en que desde las instituciones públicas se ha combatido la crisis económica y sus efectos ha lastrado la confianza de la ciudadanía en el sistema institucional, arrastrando también a las organizaciones sindicales más representativas. Los sindicatos son conscientes de la dificultad de mejorar la imagen que se impone en parte de la sociedad, y se sienten objeto de una campaña de desprestigio que habría sido instigada por los poderes económicos y políticos, sirviéndose de un potente entramado mediático conservador[187]. Pero los sindicatos reconocen que el deterioro de su imagen pública se debe también a

[186]Fernández Toxo, I, Lezcano F.: "Reforma de la Constitución: una reforma inaplazable" Revista de Estudios, nº 67, 2015; VV.AA.: "Por una reforma constitucional", Gaceta Sindical, nº 23, 2014.; VV.AA: "Por un nuevo contrato social", Gaceta Sindical, nº 22, 2014.

[187]Aparicio Tovar, J.: "El amargo chocolate colombiano de Nestlé. ¿Qué es lo que tiene el sindicalismo que con tanta saña se le ataca?", Revista de Estudios, nº 9, 2009.

errores estratégicos, insuficiencias técnicas y malas prácticas propias. Por ello, se plantea como objetivo demostrar que la organización sindical sigue siendo útil e indispensable para afrontar los nuevos tiempos[188].

Los sindicatos consideran preciso proceder a la adaptación de sus estructuras organizativas para dar respuesta a los requerimientos actuales. El contenido esencial de la libertad sindical implica la libertad de organización interna de las organizaciones sindicales, que respetando el principio democrático que exige el art. 7 CE, tienen un amplísimo margen de decisión para, mediante los procedimientos internos en cada caso aplicables, establecer la estructura organizativa más eficaz y adecuada para la ejecución de su programa de acción sindical. La dimensión global de la transformación del trabajo humano no ha provocado un movimiento similar ni en los modelos normativos de relaciones laborales, ni tampoco en la estructura de las organizaciones sindicales. Ambas realidades se encuentran íntimamente relacionadas y mantienen una sustancial identidad estatal, presentando rasgos y características propias. Por otra parte, dentro del mismo estado o sistema cada organización sindical desarrolla sus propias prácticas organizativas. En ocasiones, la opción de cada sindicato está relacionada con su propio ámbito de actuación, pues la estructura de un sindicato profesional o corporativo, obviamente se diferencia de la de un sindicato general y, de igual forma, la organización territorial de estos está directamente condicionada por el ámbito estatal, autonómico o provincial que marquen sus estatutos.

Con respecto a la organización interna, las grandes centrales optan por reducir de manera progresiva las estructuras sindicales, mediante la fusión de sindicatos, con el objetivo de ganar eficacia y ahorrar costes económicos y recursos humanos. Desde el punto de vista territorial, el desarrollo del sindicalismo de proximidad requiere fortalecer la estructura de rama más cercana al centro de trabajo y a la empresa desde su doble vinculación, federal y territorial. Se encomienda a estas estructuras las tareas de apoyo a las secciones sindicales, atención integral a pequeñas y medianas empresas y al desarrollo del proceso de elecciones sindicales. De forma muy notable, UGT está debatiendo un cambio de modelo organizativo que, superando los tradicionales procesos de fusión de federaciones, para establecer un nuevo modelo de sindicato en torno a únicamente a tres federaciones sectorializadas (servicios públicos, servicios privados e industrial)[189].

La preocupación por aumentar la afiliación se manifiesta en la incorporación de medidas que tienen como objetivo reforzar el sentimiento de pertenencia al sindicato y la democratización de sus estructuras. Para ello se propone mejorar las garantías de los derechos de las personas afiliadas mediante la elaboración

[188]Fernández Tojo, I.: "Un proyecto sindical abierto a la sociedad", Gaceta Sindical, nº 12, 2009, pp. 7-10.
[189]http://www.ugt.es/SitePages/NoticiaDetalle.aspx?idElemento=1373

de catálogos básicos de derechos y servicios, ajustar los medios de acción y comunicación al entorno familiar y social, modernizar y actualizar los medios de difusión de los mensajes y mejorar la participación de los afiliados mediante el uso de nuevas tecnologías. La edad media de los cuadros sindicales dificulta lógicamente la explotación adecuada de las redes sociales, si bien en los últimos años se ha producido un notable incremento de la actividad sindical en dichos ámbitos[190].

El trabajo del sindicato en las empresas se pretende potenciar a partir de los elementos tradicionales, secciones sindicales de empresa, introduciendo medidas de dinamización de la participación de las personas afiliadas[191]. Se mantiene la consideración estratégica de la sección sindical como organización de base del sindicato en la empresa; espacio natural en el que se agrupan las personas afiliadas y se produce la participación en la vida del sindicato. A pesar de ello, los sindicatos reconocen que no poseen una información adecuada y actualizada de la actividad que se desarrolla en las secciones sindicales de las empresas de menor tamaño, juicio que demandaría un esfuerzo renovador que implique dotar a las representaciones sindicales en las empresas de una mayor atención, mediante la apertura de cauces de participación del conjunto de la afiliación y, en particular, de mujeres, jóvenes y trabajadores de origen extranjero. Como novedad se plantea la necesidad de establecer fórmulas flexibles de organización ante nuevas realidades empresariales donde confluyen diversas ramas de actividad, para incluir a los trabajadores de Empresas de Trabajo Temporal, empresas subcontratistas y suministradoras. Para ello se promueve la colaboración entre las diversas estructuras de los sindicatos, con el objetivo de evitar que la pertenencia a distintos sectores o actividades limite u obstaculice la atención y resolución de los problemas de cada colectivo que presta servicios en un mismo centro de trabajo.

Se plantea también un interesante debate en torno a los instrumentos de participación sindical en la empresa y en particular al respecto de la presencia de representantes sindicales en los Consejos de Administración de las que tengan la forma de sociedad. La experiencia acumulada en estos años permite concluir que las empresas han demostrado escasa voluntad de compartir decisiones con los representantes sindicales, que han visto muy limitada su capacidad de actuación por la eficacia de las estrategias de ocultación de datos, no habiéndose generado las oportunidades esperadas para influir en las decisiones más estratégicas. Con el objetivo de alterar esa tendencia, se proponen cambios normativos, inicialmente en las empresas de más de 250 trabajadores, que permitan que la presencia del sindicato, en los órganos de dirección y administración, o en órganos específicos

[190]Loriz M.: "CCOO en las redes: otro ámbito para la actividad sindical", Revista de Estudios, nº 48, 2013.

[191]Benito, R.: "Revitalizar el papel del sindicato en la empresa y una más estrecha relación con la sociedad", nº 9, 2009.

de vigilancia y control[192].

Pero la centralidad de los resultados electorales en el ejercicio de la acción sindical en nuestro modelo mantiene la atención de los sindicatos sobre este proceso, hasta el punto de que se concibe como elemento central del crecimiento del sindicato, y una actividad que de manera permanente concierne a toda la organización. A pesar de ello, se insiste en la necesidad de evitar conflictos con otros sindicatos originados en la competencia electoral. Las elecciones sindicales se presentan como una oportunidad para facilitar el acceso a la realidad sindical de trabajadores y trabajadoras. A modo de crítica, se reconoce que la captación de personas para su presentación como candidatos a las elecciones, si no se completa con un acompañamiento de su labor sindical, suele provocar problemas a las organizaciones que en su momento le prestaron su aval. La imagen del sindicato se deteriora, al tiempo que en la empresa se genera un ambiente hostil para la afiliación, la participación en convocatorias y movilizaciones futuras y para el éxito de procesos electorales posteriores. Desde el punto de vista normativo, y con el objetivo de ampliar la representatividad de los sindicatos a aquellos sectores excluidos, se promueve la aprobación de reformas que permitan la celebración de elecciones en las empresas de menores dimensiones.

Existen también novedades relacionadas con el código ético y las formas de proceder de los representantes sindicales en el desarrollo de su actividad diaria. De los representantes sindicales se espera que desempeñen el papel de liderazgo natural de los trabajadores. Entre sus valores se destaca la ejemplaridad profesional, la cercanía física al centro de trabajo y personal a sus compañeros. En este sentido, destaca la propuesta de UGT de crear en el próximo Congreso Confederal una Comisión de Vigilancia de Cumplimiento del Código Ético, en la que se pretende incorporara personas ajenas al sindicato. Por otra parte, se insiste en la necesidad de generar nuevas culturas de participación democrática en la acción sindical[193].

3.3. La atención a personas y colectivos con especiales dificultades de inclusión en el mercado de trabajo

Los sindicatos realizan un diagnóstico ampliamente compartido sobre los espacios ayunos de actividad sindical[194]. Se plantea la necesidad de desplegar las medidas precisas para acercar a la participación en el sindicato de aquellas personas que buscan empleo, aquellas que mantiene relaciones de trabajo atípicas y a los

[192]Estrada, B.: "Entre el fundamentalismo del mercado y del Estado hay otro camino: la democracia económica" Revista de Estudios, nº 3, 2009.

[193]Miguélez Lobo, F.: "La democracia en los sindicatos. La importancia de la democracia participativa en la acción sindical", Gaceta Sindical, nº 21, 2013, pp. 171-182.

[194]Alós, R.: "Algunos apuntes sobre la renovación del sindicalismo", Revista de Estudios y Cultura, nº 70, 2015.

trabajadores autónomos[195]. La gestión de la diversidad de los colectivos laborales se propone abordar mediante el establecimiento de medidas específicas dirigidas a los colectivos en que se estructura la clase trabajadores[196]. Es por ello que se plantean estrategias diversificadas para atender a los colectivos especialmente discriminados en el mercado de trabajo que, seguramente por esta causa, también registran menores tasas de afiliación[197]. Esta vocación en ocasiones se ve truncada por la existencia de importantes conflictos de intereses entre los distintos grupos de trabajadores. A modo de ejemplo, sirva el reciente conflicto en la empresa Movistar, en la que trabajadores autónomos económicamente dependientes de la misma se opusieron a los acuerdos celebrados entre la empresa y los sindicatos más representativos[198].

Frente a los problemas de discriminación en el empleo, se plantea la necesidad de avanzar en la adecuada gestión de la diversidad en las empresas, vinculada al origen, la orientación sexual, la discapacidad, y por supuesto el género o la edad. Para ello se propone introducir en los convenios colectivos cláusulas de no discriminación y de gestión de la diversidad, con compromisos para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades, a partir de los contenidos de las directivas europeas 2000/43/CE y 2000/78/CE[199].

Con relación a las trabajadoras, se insiste en la necesidad de superar las brechas laborales que tienen como causa el género[200]. Los sindicatos se comprometen con este objetivo mediante el planteamiento de medidas de mejora del acceso, formación y promoción en el empleo y de la igualación de las condiciones laborales, mediante la incorporación de instrumentos que permitan prevenir y, en su caso, eliminar discriminaciones directas e indirectas, las formas de acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral. Para ello, se propone generar dinámicas que permitan una mayor corresponsabilidad de hombres y mujeres en las tareas relacionadas

[195]Ribó, J.: "Sindicalismo y trabajo autónomo", Revista de Estudios y Cultura, nº 70, 2015; Ribo, J.: "Los trabajadores autónomos dependientes: un colectivo desprotegido y en precario", Revista de Estudios y Cultura nº 66, 2014.

[196]Gentile, A.: "Hacia un nuevo pacto para los ciudadanos precarios", Revista de Estudios y Cultura, nº 70, 2015.

[197]Fernández Toxo, I.: "La lucha por la igualdad, seña de identidad del movimiento sindical", Gaceta Sindical, nº 20, 2013; Martínez Foronda, A.: "Sindicalismo de clase es igualdad", Gaceta Sindical, nº 20, 2013, pp. 71-8.

[198]http://teleafonica.blogspot.com.es/

[199]Marugán Pintos, B.: "El reto de la igualdad. Una propuesta al quehacer sindical", Revista de Estudios y Cultura, nº 70, 2015; VV.AA.: "Guía para favorecer el empleo de las personas con discapacidad a través de la Negociación Colectiva" Fundación Largo Caballero, 2014; Zufiaur, J.M. (coord.): "Los retos de la igualdad en el trabajo", Fundación Largo Caballero, 2009.

[200]Palacio Morena, J.I.: "Las dimensiones de la desigualdad", Gaceta Sindical, nº 24, 2015, pp. 299-314; Recio, C.: "Políticas de conciliación de la vida laboral y familiar en España: una historia repleta de sombras", Revista de Estudios, nº 69, 2015; VV.AA.: "Igualdad de género y negociación colectiva Sistemas de clasificación profesional" Informes de la Fundación, nº 14, 2009.

con la familia e incrementar la participación y representación de las mujeres en la actividad sindical, en todos sus frentes y ámbitos. Se confía en los planes de igualdad como instrumento adecuado para alcanzar estos objetivos, pero se plantea la necesidad de mejorar los resultados obtenidos por éstos mediante medidas que permitan mejorar los diagnósticos, articular sus resultados con la negociación colectiva, eliminando todo tipo de discriminación de los textos convencionales, y estableciendo la obligatoriedad de su publicación oficial[201].

Con respecto a las personas más jóvenes, se plantea la necesidad de establecer planes estratégicos para que articulen la conexión entre el sistema formativo y productivo y garanticen prestaciones específicas y el acceso al derecho a la vivienda[202]. La catastrófica situación de las cifras de desempleo que afectan a las personas entre 16 y 24 años, que nos sitúa en un deshonroso primer puesto a nivel europeo, es una anomalía que deber ser inmediatamente corregida. Junto a ello, la precariedad en las condiciones de trabajo constituye un hecho que afecta a quienes han sido capaces de superar los numerosos obstáculos que afectan a la contratación de jóvenes en España: contratos de duración determinada, discriminación salarial, ausencia de reconocimiento de la formación adquirida en el puesto de trabajo, uso fraudulento de becas, superior siniestralidad, son las características más importantes que describen la realidad laboral de las personas más jóvenes. Se propone apoyar el acceso al empleo mediante políticas públicas que superen y revitalicen los escasamente utilizados contratos en prácticas y para la formación, y que permita una mejor conexión entre el sistema educativo y el mercado de trabajo, establecer prestaciones complementarias específicas y garantizar el derecho a la vivienda. Evitar que las personas que inician su actividad laboral en la empresa se vean afectados por la aplicación de dobles escalas salariales. Se propone considerar como tiempo de trabajo, a efectos de seguridad social, los periodos de prácticas no laborales en empresas y AA.PP., siempre que exista algún tipo de contraprestación económica, en el marco de los estudios universitarios o fuera de ellos. Se atiende también a las peculiaridades de la actividad investigadora, para plantear el reconocimiento de su actividad como laboral, y se solicita homogeneizar y estabilizar sus condiciones de trabajo. Por último, ante los movimientos migratorios que afectan a nuestros jóvenes, que salen al extranjero a encontrar el trabajo que nuestro país no les ofrece, se han establecido contactos con sindicatos de los principales países de

[201] Galvez, L y Rodríguez, P.: "Los retos de la crisis económica desde una perspectiva de género", Gaceta Sindical, nº 24, 2015, pp. 111-126.

[202] Jorganes J.: "Educación, formación y cambio de modelo productivo: incertidumbres y porvenir", Revista de Estudios y Cultura, nº 3, 2009; López, P.: "Los jóvenes ante el problema de la emancipación: empleo y vivienda", Revista de Estudios y Cultura, nº 61, 2014; Alemán Páez, F.: "La 'rueda de Ixión' del empleo juvenil", Revista de Estudios y Cultura, nº 58, 2014; Acosta Pérez, E.: "Aprendices del Siglo XXI: ¿Empleabilidad medieval o cualificación profesional para el empleo?", Revista de Estudios y Cultura, nº 58, 2014; VV.AA.: "Formación profesional, mercado de trabajo y modelo productivo", Informes de la Fundación, nº 8, 2009; Elvira, S.: "Carencias y potencialidades del sistema de Formación Profesional", Gaceta Sindical, nº 10, 2008, pp. 109-186.

acogida para establecer estrategias conjunta que permitan atender las necesidades de estas personas en destino[203].

La acción sindical también debe tener en cuenta a los trabajadores de mayor edad, para quienes se reclaman medidas que faciliten su reincorporación al mercado laboral y su mantenimiento en el empleo, como fórmula de reforzar su integración laboral y su valoración social[204].

La acción sindical entre la población extranjera debe procurar la normalización del proceso migratorio en España, facilitando a estas personas la plena incorporación en todos los ámbitos sociales y laborales en términos de igualdad y equiparación con la población autóctona, a fin de lograr el reconocimiento de la inmigración y la aceptación de una inevitable sociedad multicultural basada en el respeto a la diversidad (religiosa, étnica, cultural, sexual...)[205]. En los sectores o territorios donde se concentran mayor porcentaje de población inmigrada, se aconseja la negociación de planes de gestión de la diversidad[206].

3.4. Los problemas de financiación de la actividad sindical

Con carácter general, puede afirmarse que la crisis económica y, en particular, las medidas legales y reglamentarias adoptadas por instituciones estatales y autonómicas han afectado también las finanzas de los sindicatos, contribuyendo a reducir el número de cuadros al servicio de las organizaciones en virtud de normas legales o convencionales[207].

Las políticas de reducción del gasto han servido para debilitar la capacidad de actuación del movimiento sindical, en la medida en que han supuesto una drástica reducción de los recursos públicos destinados tanto a la financiación directa de la actividad sindical, como mediante la denuncia de acuerdos de liberación de representantes sindicales. En paralelo, la reducción de los programas finalistas gestionamos por los

[203]Gorriz, R.: "Nueva emigración versus nuevos problemas y nuevos recursos sindicales", Revista Estudios y Cultura, nº 72, 2015.

[204]VV.AA.: "La situación de las personas de 55 a 64 años en relación al mercado de trabajo y sus trayectorias laborales", Estudios de la Fundación, nº 5, 2009.

[205]Castien Maestro, J.I.: "Inmigración y desigualdad", Gaceta Sindical, nº 20, 2013, pp. 241-258

[206]Santillana, L.: "La nueva realidad de los inmigrantes en el actual contexto sociolaboral y político", Revista Estudios y Cultura, nº 72, 2015; Doz, J.: "La política migratoria de la UE: la insolidaridad como lema", Revista Estudios y Cultura, nº 72, 2015.

[207]A modo de ejemplo: "La cuarta medida de ajuste en el empleo público supone un recorte de horas de representación sindical y una reducción del número de liberados en la Administración central. Según explica el Ministerio de Administraciones Públicas, lo que se ha hecho es dejar sin efecto todos los acuerdos firmados que han elevado el número de créditos horarios o liberados por encima de legislación vigente" El País, 13 de julio de 2012;. "…la Administración gallega eliminará casi el 40 por ciento de los liberados sindicales desde 2009, que era de 894, y un 60 por ciento con respecto a los que mantenían los sindicatos por encima del mínimo exigido" Faro de Vigo, 9 de enero de 2013.

sindicatos ha reducido también su capacidad de actuación en diversos ámbitos, como la formación para el empleo y el asesoramiento para la búsqueda de empleo.

Aunque los sindicatos afirman que la reducción de los recursos destinados a la actividad sindical, regulada en los Presupuestos Generales del Estado, no ha tenido efectos directos sobre la acción sindical, a medio plazo es lógico pensar que puede poner en peligro la continuidad de algunas actividades y, en todo caso, pone de manifiesto la dependencia de los sindicatos de las fuentes de financiación pública. Ante esta realidad, se plantea la necesidad de dar pasos hacia la suficiencia financiera a partir de los recursos obtenidos por el ingreso de las cuotas, sin que ello suponga una renuncia absoluta a los recursos públicos.

3.5 Diálogo social y Negociación Colectiva

La importancia del diálogo social, que se considera prácticamente roto, impone la necesidad de adoptar medidas para garantizar su restablecimiento, como instrumento para alcanzar un consenso básico para la recuperación del crecimiento económico y la creación de empleo. Se reconoce que las posiciones del Gobierno actual y de la CEOE no permiten confiar en una pronta restauración del clima necesario para iniciar un nuevo ciclo de concertación social[208].

Con relación a la negociación colectiva[209], los sindicatos continúan defendiendo un modelo de negociación articulada, en la que el convenio de empresa como un instrumento de mejora de las condiciones mínimas pactadas en los convenios de sector, y para atender las realidades específicas de la empresa, sin renunciar a la necesaria articulación con el conjunto del sector, evitando la negociación de convenios de menores dimensiones. Por su parte, la negociación colectiva de ámbito sectorial se considera como un instrumento estratégico para ampliar la cobertura de la negociación colectiva, en particular para aquellas que prestan servicios en empresas de mediana o pequeñas dimensiones. Se plantea la necesidad de avanzar en la generalización del nivel estatal como ámbito idóneo de la negociación colectiva sectorial. Se propone la eliminación de los convenios de ámbito inferior al centro de trabajo, considerando la empresa en su conjunto como espacio adecuado de negociación, salvo en los supuestos en que sea posible la celebración de convenios de grupo de empresas. En el ámbito de las empresas multinacionales, se apuesta por el impulso de los acuerdos marcos en dicho ámbito[210].

[208]Baylos Grau, A.: "CEOE y diálogo social: ¿Una decisión sin costes?, Revista Estudios, nº 6, 2009.

[209]Gorriz, R.: "¿Es necesaria una reforma de la articulación de la negociación colectiva?, Revista Estudios, nº 6, 2009.

[210]Sanguineti Raymond, W.: "Experiencias de gestión laboral transnacional y participación sindical en las empresas multinacionales españolas", Revistas de Estudios y Cultura, nº 65, 2014.

Los sindicatos consideran que existen importantes carencias que afectan a la obsolescencia de muchos convenios sectoriales, que no han sido renovados desde hace años, o por el mantenimiento de contenidos alejados de la realidad actual[211]. Se aspira a que los contenidos de la negociación colectiva atiendan a las transformaciones empresariales y sociales y a los cambios cualitativos que se producen en el sistema productivo. Se apuesta por mejorar, vía negociación colectiva, los instrumentos de participación, mediante la información y la consulta. Se confía en la negociación colectiva como cauce para facilitar la puesta en práctica de instrumentos de coordinación interempresas y entre las estructuras sindicales, para atender la mejora de las relaciones laborales en el ámbito de las empresas en forma de red y las que comparten un mismo espacio de trabajo.

3.6 Medidas de conflicto y relaciones con otros movimientos sociales

Los sindicatos han participado activamente en la primera convocatoria de movilización en el ámbito de la UE, con un seguimiento más que apreciable. La internacionalización de la acción sindical supone un enorme reto, pues se trata de aunar culturas que se encuentran lejos de la convergencia. Pero la consecución de los fines globales propuestos requiere insistir en medidas de conflicto igualmente globales. Los sindicatos denuncian intentos de las organizaciones empresariales de eliminar el derecho de huelga de la protección ofrecida por la OIT[212]. En nuestro país, los sindicatos consideran que las normas penales vigentes y, en particular, su aplicación por la fiscalía están siendo poco respetuosa con el contenido del derecho fundamental de huelga. Se considera que se ha producido una cierta reinterpretación del art. 31.3 CP, que convierte la acción legítima de los piquetes de huelga en un atentado al "derecho al trabajo", mediante una acción concertada de petición de penas desorbitadas para sindicalistas, que coincide en el tiempo con un ciclo de protestas laborales y sociales[213]. En el mismo sentido, se rechazan las reformas introducidas por la Ley de Seguridad Ciudadana[214], por considerar que eleva de manera inadecuada las sanciones por faltas relacionadas con las libertades de expresión, reunión y asociación.[215]. Por otra parte, se llama la atención sobre los excesos de las prácticas administrativas que tienen

[211]Gorriz, R.: "La negociación colectiva: cobertura, estructura y contenidos", Gaceta Sindical, nº 24, 2015, pp. 335-348.

[212]A tal objeto, la CSI realizó una jornada mundial en defensa del derecho de huelga, http://www.ituc-csi.org/18feb?lang=es.

[213]http://plataformasindicalistas.blogspot.com.es/2015/02/la-defensa-de-los-mas-de-300.html

[214]Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, BOE nº 77, de 31 de marzo de 2015.

[215]Zufiaur, J.M.: "De huelgas y otros hechos salvajes", Claridad, nº 20, 2010, pp. 8-20; Doz, J.: "El Derecho de huelga es un derecho fundamental", Revista de Estudios y Cultura, nº 66, 2014; Pablo, E.: "Amordazar al movimiento sindical", Revista de Estudios y Cultura, nº 66, 2014; Rodolfo Benito: "La acción penal contra los sindicatos: ni es neutra ni se basa en actuaciones aisladas", Revistas de Estudios y Cultura, nº 62. 2014; Pérez Rey, J.: "El derecho de huelga y su desarrollo legal", Revista de Estudios y Cultura, nº 56, 2013.

como objeto limitar la eficacia del ejercicio del derecho de huelga en servicios esenciales para la comunidad.[216]

La dimensión del propósito requiere de importantes aliados que los sindicatos esperan obtener de otros colectivos sociales, incorporando nuevas políticas a la acción sindical tradicional, como las relacionadas con la defensa de los derechos humanos, la protección social, la igualdad de género y la sostenibilidad medioambiental. También en este aparatado se considera preciso construir amplias alianzas en los ámbitos académico, investigación y desarrollo, social y político; si bien se entiende necesario compartir con el mundo empresarial la propuesta de cambio de modelo, para garantizar la sostenibilidad energética y la ecoinnovación[217].

Las dificultades para el mantenimiento del diálogo social y para la consecución de acuerdos de acción social, sitúan a la movilización social como recurso fundamental para dar cauce adecuado al conflicto social alimentado por el incremento de la desigualdad social. La mayoría social debe alzar su voz frente a las élites político-económicas que han aprovechado la crisis económica para avanzaren la acumulación de capital. Los sindicatos renuncian a representar la totalidad de los intereses en juego, para compartir esa posición con otras organizaciones de la sociedad civil. Los sindicatos se preparan para establecer alianzas estratégicas de participación social que permitan a los trabajadores expresar en su plenitud sus intereses como trabajadores y ciudadanos[218].

4. CONCLUSIONES

El marco jurídico que regula las actividades sindicales en nuestro país transciende el contenido de la LOLS, se encuentra diseminado en una pluralidad de soportes normativos, algunos aprobados con carácter previo a la adopción de la CE. La pluralidad normativa dificulta la comprensión del alcance de la labor sindical en las empresas y en el plano político social. El ejercicio de las libertades sindicales en España se encuentra muy ligado a la labor de promoción que llevan a cabo las normas legales, por lo que los cambios políticos afectan de manera muy intensa la actividad sindical.

Durante los últimos treinta años se ha producido un cambio notable en la valoración social del trabajo humano. La revolución tecnológica ha permitido

[216]VV.AA.: "Reflexiones sobre la regulación de la huelga en los servicios esenciales", Estudios de la Fundación, nº 17, 2009.

[217]Recio, A.: "Sindicalismo, trabajo, sostenibilidad", Revista de Estudios y Cultura, nº 70, 2015; Gorriz, R.: "El papel de las relaciones laborales en el desarrollo sostenible", nº 14, 2010, pp. 65-78.

[218]Beneyto, P.: "Sindicalismo y movimientos sociales", nº 64, 2014; Romanos Fraile, E.: "Movimientos sociales, democracia deliberativa y sindicalismo", Gaceta Sindical, nº 21, 2013, pp. 209-222; Murgui, I.: "Reflexiones desde el movimiento vecinal sobre la necesidad de un impulso democrático", Gaceta Sindical, nº 21, 2013.

desplazar a la persona trabajadora como elemento nuclear de la economía. La popularización del término clase media amenaza la identidad de los potenciales afiliados y miembros del movimiento obrero. El orgullo de ser trabajador es sustituido en el relato social por la capacidad de consumo como elemento integrador. En las lógicas del neoliberalismo, el esfuerzo individual pasa a ser la fuente de todo bienestar, la desigualdad es una realidad natural y su crecimiento deseable como elemento incentivador del ingenio y la creatividad, la pobreza es responsabilidad exclusiva de las personas que la padecen.

Mientras el trabajo humano y su representación social perdían relevancia, la forma en que éste se oferta y se realiza también se ve sometida a cambios. Las empresas han protagonizado un intenso proceso de transformación. Los cambios afectan tanto a los aspectos cualitativos como cuantitativos del sistema y tienen efectos sobre aspectos superficiales y estructurales. Cambia también la composición de la población activa, tanto desde el punto de vista de las características personales, con un notable incremento de trabajadoras y de personas de origen extranjero, como de las fórmulas de contratación. Gestionar esta gran diversidad se convierte en uno de los mayores retos de futuro para los sindicatos.

El modelo legal español de representación sindical en la empresa es insuficiente, fragmentado y complejo, ya que establece distintos tipos de representación en atención a la naturaleza administrativa o laboral de la relación de prestación de servicios y, en el primer caso, también en función del tamaño de la empresa. El sistema hace girar todos sus elementos sobre la celebración de elecciones en los centros de trabajo, ignorando el criterio de la afiliación. Las facultades de los representantes sindicales dependen de los porcentajes obtenidos en los procesos electorales celebrados en los distintos ámbitos y unidades electorales. En la práctica, en la mayoría de las empresas, el doble canal, unitario y sindical, se convierte en un canal único fuertemente sindicalizado.

A pesar de ello, el modelo sindical español está fuertemente consolidado. Durante los años previos a la crisis se ha producido un incremento de la afiliación que ha permitido acercarse a cifras nunca alcanzadas y muy relevantes en el marco mediterráneo. La tasa media de afiliación sindical en España (19%) estaría cercana a la media de la UE-28 (23%), si bien el modelo español de participación en la empresa permitiría alcanzar un alto porcentaje de representación en los centros de trabajo (57%), señaladamente superior a la media europea (32,1%); esta buena posición se mantiene en menor medida con relación a la tasa de cobertura de la negociación colectiva, en la que nuestro sistema (70%) supera la media europea de forma menos señalada (62%). Estos datos podrían mejorar si se produjesen modificaciones en las normas que limitan el ámbito de las elecciones sindicales, en particular podría revisarse la regulación relativa a los centros de trabajo de empresas de escaso volumen de empleo.

La pluralidad sindical parece asegurada pues si bien es cierto que CC.OO. y UGT ejercen un destacado liderazgo sindical, que les ha permitido mantenerse como sindicatos más representativos de ámbito estatal desde el inicio del periodo democrático, otras organizaciones sindicales de ámbito territorial o sectorial han obtenido un señalado protagonismo, obteniendo también la condición de más representativos en sus respectivos ámbitos.

Las disfunciones del modelo tienen origen en el marco normativo regulador, pero también en la dificultad de las personas trabajadoras y las organizaciones que las representan para, apoyándose en las normas de promoción legal de la actividad sindical, proveerse de las normas convencionales o prácticas informales precisas para incrementar la eficacia en su actividad de defensa de los intereses que le son propios, ajustando su acción sindical a la evolución de las exigencias. Los efectos de la crisis económica, y de la crisis institucional que la acompaña y agrava, han afectado a las organizaciones sindicales y, en especial, a los sindicatos mayoritarios. En este contexto, los sindicatos se encuentran en pleno proceso de debate sobre el papel que deben desempeñar en la nueva realidad política y social española y europea. Resulta aventurado en este momento predecir la influencia que estos fenómenos pueden afectar el papel a desempeñar por los sindicatos en nuestro sistema. En anteriores ocasiones, la recuperación del ciclo de crecimiento económico fue acompañada por una paralela recuperación de los datos sobre afiliación y presencia. La crisis económica actual ha desembocado en una crisis del sistema, por lo que no conviene fiar todo a la evolución positiva de los datos macroeconómicos.

Los sindicatos han incrementado la tarea propositiva en los distintos ámbitos de actuación. Parece recuperarse de manera muy intensa la vocación internacionalista, mediante la elaboración de propuestas de globalización de los derechos laborales mínimos mediante fórmulas normativas y convencionales. Se reclama la presencia de las organizaciones sindicales internacionales en los ámbitos de discusión económica y política, y revalorizar el protagonismo de organizaciones internacionales como la OIT. En el plano europeo, los sindicatos apuestan por un fortalecimiento de la CES, con el objetivo de impulsar un cambio de rumbo de las políticas europeas, que garantice que la salida de la crisis económica se produzca mediante la creación de puestos de trabajo con derechos laborales y protección social. Para ello se plantea la necesidad de poner en marcha una estrategia sindical europea que centre sus actuaciones en la consecución de un objetivo: la refundación de la Unión Europea o la adopción de un Tratado sobre la Europa Social.

Los sindicatos asumen la necesidad de introducir reformas estructurales para combatir la grave crisis institucional que vive nuestro país. Para ello se propugna la necesidad de realizar una refundación del Estado social y de derecho, que podrá

determinar la necesidad de elevar el rango constitucional de los derechos sociales. Los sindicatos reconocen que el deterioro de su imagen pública se debe a errores estratégicos, insuficiencias técnicas y malas prácticas propias. Es por ello que ven necesario realizar un esfuerzo para demostrar que la organización sindical sigue siendo útil e indispensable para afrontar los nuevos tiempos. Con dicho objetivo, se ha iniciado un proceso de adaptación de las estructuras organizativas sindicales para dar respuesta a los nuevos requerimientos. El futuro parece alumbrar un sindicato el que se altera el tradicional equilibrio entre las federaciones y la confederación, destacando la propuesta de UGT que pretende reducir su estructura a tres federaciones.

Aunque no se proponen grandes reformas normativas en la materia, se refuerza la apuesta por las estructuras sindicales de empresa, para considerar la sección sindical como espacio natural en el que se agrupan las personas afiliadas y se produce la participación en la vida del sindicato. Son estas estructuras sindicales también las llamadas a realizar labores de coordinación necesaria para abordar los problemas derivados de la transformación de la actividad empresarial (grupos de empresa, subcontratación, ETT) mediante la fórmula de tomar como eje central el espacio de trabajo. Sin embargo, no se avanzan propuestas en la misma línea que afecten a la representación unitaria, aunque se reitera la necesidad de acometer el problema de las empresas excluidas de la obligación de realizar elecciones. La atención a las empresas sin representación se encomienda a las estructuras territoriales, y se comienza a perfilar un concepto en torno al término "sindicato de proximidad".

Se plantea la necesidad de realizar un mayor esfuerzo en la gestión de la diversidad, para lo que se proponen medidas concretas en el ámbito normativo que garantice el cumplimiento de los principios y objetivos establecidos en las normas antidiscriminatorias de la UE. Esta exigencia se dirige fundamentalmente a los poderes públicos, pero también a los propios actores de la negociación colectiva. En concreto, se plantean propuestas en materia de negociación colectiva. Se confía en los planes de igualdad como instrumento adecuado para alcanzar estos objetivos, pero se plantea la necesidad de mejorar los resultados obtenidos por estos mediante medidas que permitan mejorar los diagnósticos, articular sus resultados con la negociación colectiva, eliminando todo tipo de discriminación de los textos convencionales, y estableciendo la obligatoriedad de su publicación oficial.

En materia de negociación colectiva, los sindicatos defienden un modelo de negociación articulada, en la que el convenio de empresa como un instrumento de mejora de las condiciones mínimas pactadas en los convenios de sector, y para atender las realidades específicas de la empresa, sin renunciar a la necesaria articulación con el conjunto del sector, evitando la negociación de convenios de

menores dimensiones. Por su parte, la negociación colectiva de ámbito sectorial se considera como un instrumento estratégico para ampliar la cobertura de la negociación colectiva, en particular para aquellas que prestan servicios en empresas de mediana o pequeñas dimensiones. Se plantea la necesidad de avanzar en la generalización del nivel estatal como ámbito idóneo de la negociación colectiva sectorial, y eliminar el ámbito inferior al centro de trabajo y superar éste, considerando la empresa en su conjunto como espacio adecuado de negociación, salvo en los supuestos en que sea posible la celebración de convenios de grupo de empresas.

Los sindicatos consideran que existen importantes carencias que afectan a la obsolescencia de muchos convenios sectoriales, que no han sido renovados desde hace años, o por el mantenimiento de contenidos alejados de la realidad actual. Los contenidos de la negociación colectiva deben atender a las transformaciones empresariales y sociales, a los cambios cualitativos que se producen en el sistema productivo, en los distintos ámbitos de la organización empresarial. Este proceso debe servir para garantizar la mejora de los instrumentos de participación, mediante la información y la consulta. La negociación colectiva debe facilitar la puesta en práctica de instrumentos de coordinación interempresas y entre las estructuras sindicales, para atender la mejora de las relaciones laborales en el ámbito de las empresas en forma de red y las que comparten un mismo espacio de trabajo.

Tanto las reformas normativas, como la aplicación de las normas sancionadoras en el ámbito administrativo y en el ámbito penal se han dejado sentir en estos años, en los que un elevado número de sindicalistas se han visto involucrados en procesos penales, la mayoría pendientes de resolución. Las elevadas peticiones de penas de privación de libertad pueden poner en peligro el ejercicio del derecho de huelga.

Por último, ante las graves dificultades que el proceso de materialización de un nuevo pacto social conlleva renuncian a asumir un protagonismo hegemónico, por lo que se muestran abiertos a alianzas estratégicas con otros colectivos de la sociedad civil. Los sindicatos con ello reconocen la existencia de nuevos actores que deben ser tenidos en cuenta en el futuro.

COMUNICACIONES A LA SEGUNDA PONENCIA

ACCIÓN SINDICAL EN LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

Miguel Ángel Almendros González
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

Sumario

1. El papel del sindicalismo ante el reto de la internacionalización empresarial.
2. Organizaciones sindicales internacionales.
2.1. Confederaciones y federaciones sindicales internacionales.
2.2. Estructuras sindicales en el marco de la empresa multinacional.
2.2.1. Comités Mundiales. La adaptación a escala internacional del Comité de Empresa Europeo.
2.2.2. Redes sindicales.
2.2.3. El caso de Repsol.
3. Acción sindical en las empresas multinacionales: los Acuerdos Marco Internacionales (AMI).
3.1. Naturaleza.
3.2. Sujetos firmantes y ámbito de aplicación.
3.3. Estructura y contenido.
3.4. Eficacia.
4. BIBLIOGRAFÍA
5. DOCUMENTACIÓN

Recientemente se ha constituido la primera Red Sindical de Proveedores en la cadena mundial de Inditex[1]. Este acontecimiento nos da pie para reflexionar sobre la necesidad de adaptación del sindicalismo a un nuevo contexto internacional

[1] El objetivo expresado en su reunión constitutiva de 10-11 de octubre 2015 (convocada en el marco de un acuerdo de cooperación de 3 años entre IndustriALL Global Union y la Confederación vietnamita VGCL) era la constitución de la *Red Sindical de fábricas proveedoras de Inditex en el Norte de Vietnam*. Inditex trabajó en 2014 con 111 fábricas de confección y del calzado vietnamitas (aunque además trabajaran para otras marcas), que daban empleo a 95.000 trabajadores y que elaboraron 37 millones de piezas (el 3% del total anual de sus diversas marcas). Se trata de la primera Red Sindical en Vietnam, pero también la primera de proveedores de una marca del sector textil y la primera de proveedores (subcontratistas) de la cadena de producción de una multinacional del sector industrial). Sobre el particular, *vid.* Blog de Isidor Boix:
http://iboix.blogspot.com.es/

presidido por el fenómeno de la globalización económica y empresarial y de la internacionalización de las relaciones laborales. Esta aproximación debe ser afrontada tanto en el plano organizativo (estructuras sindicales adaptadas al ámbito internacional) como en el plano de la acción sindical en la empresa multinacional y en toda su "cadena de valor" (manifestaciones de diálogo social y de negociación colectiva, conflictos colectivos, etcétera).

1. El papel del sindicalismo ante el reto de la internacionalización empresarial

Partiendo de la idea de que el movimiento sindical debe adaptarse continuamente a las relaciones y cambios sociales, económicos y políticos que provoca el desarrollo y evolución del sistema capitalista[2], constatamos cómo la globalización conlleva múltiples desafíos para el sindicalismo. El más significativo es la necesidad de globalizar también su ámbito de intervención, y, consecuentemente, generar los mecanismos adecuados y efectivos de coordinación, organización y articulación de la acción sindical a escala internacional, pues este es el actual marco de actuación del capitalismo y de las empresas multinacionales y sus cadenas de producción.

Aunque en sus inicios el sindicalismo nació con pretensiones de universalidad[3], el sindicato se ha constituido, estructurado y desarrollado su acción sindical en un contexto básicamente estatal, nacional. Sin embargo, la actual internacionalización empresarial conduce a tener que afrontar el desafío de articularse y actuar más allá de las fronteras nacionales. El nuevo contexto internacional donde debe operar el sindicalismo se caracteriza fundamentalmente por[4]: (1) una creciente globalización económica, (2) el auge de las empresas multinacionales o globales, (3) la ausencia de regulación jurídica heterónoma de las relaciones laborales en el seno de las empresas multinacionales (tanto a nivel estatal como internacional, donde a lo más que se llega son a recomendaciones o directrices encuadrables en eso que se ha dado en llamar *soft law*), y como consecuencia de ello, (4) la autorregulación que llevan a cabo las propias empresas multinacionales a través de los diferentes instrumentos

[2] El movimiento sindical, tal y como señala la *Guía para la formación sindical internacional: Globalización, negociación colectiva y acción sindical en la empresa transnacional*, 2012, páginas 53 y 63, debe jugar un papel activo en el ámbito internacional, formulando una nueva visión de sociedad mundial basada en el empleo y en el respeto a las normas fundamentales del trabajo, pero simultáneamente debe apostar por el fortalecimiento de estructuras sindicales de base en las empresas multinacionales. Sólo estando firmemente anclados en la empresa y con el respaldo de los trabajadores, los sindicatos serán capaces de ejercer una influencia duradera en la escena internacional, con el objetivo de lograr un equilibrio entre los intereses sociales globales y, en el más corto plazo, satisfacer las necesidades existenciales de los trabajadores.

[3] Al menos el de inspiración marxista, que sigue teniendo como lema la proclama con la que finaliza el Manifiesto Comunista de 1848: "Proletarios de todos los países, uníos").

[4] *Vid.* VIVERO SERRANO, J.B.: "Las redes sindicales de empresas multinacionales como manifestación de base del sindicalismo internacional", en VV.AA. (dir. W. Sanguineti Raymond): *La dimisión laboral de la internacionalización de la empresa española.*, Cinca, Madrid, 2014, páginas 182 y 183.

de la responsabilidad social empresarial (RSE; también llamada Responsabilidad Social Corporativa, RSC), especialmente mediante los *códigos de conducta*.

2. Organizaciones sindicales internacionales

2.1. Confederaciones y federaciones sindicales internacionales

Dejando a un lado las manifestaciones históricas del internacionalismo obrero (entre las que constituye un verdadero hito la creación de la *Asociación Internacional de Trabajadores* en 1864), podemos afirmar que el internacionalismo sindical eclosionó fundamentalmente tras la Segunda Guerra Mundial mediante la constitución de tres Confederaciones Sindicales Internacionales: la *CIOSL (Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres)*, de orientación socialista y socialdemócrata; la *FSM (Federación Sindical Mundial)*, de inspiración comunista, que, aunque inicialmente representativa, ha ido perdiendo protagonismo hasta caer en la marginalidad; y la *CMT (Confederación Mundial del Trabajo)*, de orientación socio-cristiana y siempre minoritaria. Pero tras ese impulso inicial, el sindicalismo internacional fue poco a poco perdiendo fuerza, puesto que la acción sindical se desarrollaba en un ámbito estrictamente nacional, de cada país. No obstante, con la formula neoliberal de la globalización se reactiva el fenómeno del "internacionalismo sindical", cobrando en la actualidad un renovado interés. Fruto de ello, en 2006 la CIOLS y la CMT se disuelven y se refundan en una única y hegemónica organización mundial: la *CSI (Confederación Sindical Internacional)*[5] En el ámbito estrictamente europeo, y fruto de su proceso de integración regional y construcción supranacional, está también presente la *CES (Confederación Europea de Sindicatos)*, con un estatuto jurídico diferenciado de la CSI y con el marco institucional de diálogo social de la Unión Europea.

Pero además del sindicalismo de clase, encontramos a nivel internacional sindicalismo de rama productiva, esto es, federaciones sindicales internacionales de ámbito sectorial o profesional. Las diez más importantes son: *FITIM (Federación Internacional de Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas), ICEM (Federación Internacional de Sindicatos de Trabajadores de la Química, Energía , Minas e Industrias Diversas), ITGLWF (Federación Internacional de Trabajadores del Textil, Vestido y Cuero), la ICM (Federación de la Construcción y la Madera), UITA o IUF (Unión Internacional de Trabajadores de la Alimentación, Agrícolas,*

[5] A la que están afiliadas 305 centrales sindicales nacionales de 151 países de todo el mundo (lo que representa 175 millones de trabajadores afiliados). Cuenta con Confederaciones regionales: *CSI-África*, *CSI-Asia-Pacífico* y *CSA (Confederación Sindical de las Américas)*, esta última con dos importantes coordinadoras subregionales: *Coordinadora de Centrales Sindicales Andinas* y *Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur*. Además, en 2007 se constituyo el *CRPE (Consejo Regional Paneuropeo)*, con el objetivo fundamental de agrupar centrales sindicales de países europeos no pertenecientes a la Unión Europea (países del Este Europeo).

Hoteles, Restaurantes, Tabaco y Afines), ITF (Federación Internacional de Trabajadores del Transporte), UNI (Union Network Internacional, Trabajadores del Comercio y los Servicios), ISP (Internacional de Servicios Públicos), EI (Federación Internacional de la Educación) y FIP (Federación Internacional de Periodistas).

Como organismos sindicales de coordinación internacional encontramos también a la *TUAC (Trade Union Advisory Comité, Comité Sindical Consultivo)* y *Global Unions (Sindicatos Globales)*. Se constata así una cierta tendencia hacia la unidad orgánica y formal (reunificación del movimiento sindical, organismos de coordinación, etc.), que debería de traducirse también en acciones conjuntas, en una acción sindical unitaria.

2.2. Estructuras sindicales en el marco de la empresa multinacional

El sindicalismo internacional ha recurrido a diversas vías para tener presencia no solo en el marco político-institucional internacional (sindicalismo "en la cumbre") sino también en el ámbito de la empresa, de la empresa multinacional. Todas estas vías tienen en común el constituir espacios de relación sindical para el contacto, la comunicación y el intercambio entre los distintos centros de trabajo de una misma empresa multinacional, y en su caso, de sus proveedores y contratistas. Tales "estructuras" sindicales pueden ser más o menos formales, institucionalizadas o desarrolladas. Sin perjuicio de la distinción que a efectos expositivos realizamos, todas estas estructuras sindicales pueden calificarse como "redes sindicales".

2.2.1. Comités Mundiales. La adaptación a escala internacional del Comité de Empresa Europeo

La terminología sindical, entre las distintas denominaciones que utilizan para referirse a estas estructuras sindicales en empresas multinacionales, suele distinguir dos conceptos:

- Consejo Mundial. Se trataba de una figura promovida y sostenida económicamente por una organización sindical (federaciones sindicales internacionales y/o sus afiliados nacionales). Su objetivo fundamental era la de institucionalizar una verdadera negociación colectiva internacional en las empresas multinacionales, consiguiendo la unificación de las condiciones de trabajo a través de la consecución de un único convenio colectivo aplicable a los distintos centros de trabajo, pero tales pretensiones, por utópicas, chocaban con la realidad que imponía la diversidad de contextos nacionales y las notables diferencias existentes entre los distintos países. Pero además de ello, el abandono paulatino de tales "experiencias" obedecía también a un problema

económico: la falta de recursos sindicales para su financiación.

- Comité Mundial. Se trata de un órgano de participación sindical en la empresa multinacional que toma como referente y modelo el *Comité de Empresa Europeo (CEE)*[6]. Por tanto, su constitución tiene origen en un acuerdo formal con la propia empresa multinacional, donde entre otras cuestiones se determina su composición (representantes de los trabajadores de la empresa multinacional, estén o no sindicalizados) y financiación (sostenido en todo o en parte por la empresa multinacional).

Tanto los Comités Mundiales como los Consejos Mundiales pueden considerarse como redes sindicales internacionales de la empresa multinacional, en la medida que se puede introducir en los mismos el vínculo, la comunicación y la coordinación con las federaciones sindicales internacionales[7]. Pero cada vez con mayor frecuencia se viene utilizando la expresión concreta "red sindical" para referirse a formas específicas de organización sindical en la empresa multinacional (así, Repsol dispone de una "red sindical"; Telefónica de una "alianza sindical", etcétera).

2.2.2. Redes sindicales

El problema que encontramos a la hora de identificar lo que es una red sindical internacional reside en el hecho de que nos encontramos ante un fenómeno social en construcción y carente de regulación jurídica heterónoma (ni mundial, ni europea, ni nacional). Si acaso solo encontramos manifestaciones regulativas vía autonomía colectiva, como las de algunos Acuerdos Marco Internacionales (*vid.* punto 5.3 del AMI de Lukoil, capítulo 8 del AMI de PSA Peugeot Citroën, o puntos 10 y siguientes del AMI de Enel); algunos acuerdos adoptados en el seno de los CEE u otros acuerdos atípicos, como los dos Protocolos de Repsol (2008 y 2012). Ante este panorama tan confuso y esta casuística, lo más que ofrece la doctrina es una definición descriptiva de esa realidad que se denomina "red sindical". Así, las redes sindicales de empresas multinacionales son consideradas

[6] Dejamos para otro momento el análisis específico del CEE, primero, porque nuestra aproximación a las formas de organización y acción sindical en la empresa multinacional tiene lugar desde una perspectiva internacional o global, y por tanto más amplia que la que ofrece el estricto marco territorial europeo; y segundo, porque ello desbordaría las pretensiones brevedad de este estudio.

[7] En el caso de los Consejos Mundiales no hay duda de dicha coordinación y comunicación sindical, pues son promovidos y sostenidos por la propia Federación Sindical Internacional. Pero tampoco la hay respecto a los Comités Mundiales, pues tal y como señala la *Guía para la formación sindical internacional: Globalización, negociación colectiva y acción sindical en la empresa transnacional* (2012), página 71, también cabe hablar de redes sindicales en la medida que los Comités Mundiales quieran y puedan sindicalizarse, con lo que esto conlleva de auto-establecimiento de normas de funcionamiento y pautas de organización sindical. Dicho documento (páginas 72 a 90) recoge además diversas experiencias concretas en el sector del metal: Comité Mundial de Gerdau, Comité Mundial de SKF (el más antiguo de los auspiciados por la FITIM), Comité Mundial del Grupo Volkswagen, Comité Mundial de PSA-Peugeot Citroën y Comité de Grupo Renault.

como "estructuras no asociativas de interconexión de una pluralidad de sindicatos nacionales y locales y/o de representantes de los trabajadores con implantación o presencia en una misma empresa multinacional y, en su caso, su cadena de valor, concebidas para el fortalecimiento de los integrantes gracias a la cooperación y solidaridad internacionales, así como para el logro del reconocimiento empresarial de la interlocución sindical de proximidad"[8]. De este modo, son tres los elementos conceptuales que conforman las redes sindicales: 1) el *subjetivo* (se trata de plataformas de interconexión integradas por una pluralidad de sindicatos nacionales y locales que tienen en común su implantación real o potencial en los diferentes lugares del mundo en los que genera empleo la empresa multinacional, lo que comprende la empresa matriz y las sucursales, filiales, concesionarias, franquicias, *joint ventures*, y toda su cadena de valor integrada por empresas auxiliares, contratistas, proveedoras, distribuidoras o suministradoras, según el modelo de negocio de cada multinacional); 2) el *objetivo, funcional o finalista* (pretenden ser instrumentos para la defensa del conjunto de los intereses colectivos de los trabajadores de la empresa multinacional y, en su caso, de su cadena de valor a través de la cooperación sindical internacional, pero en la práctica muestran ser estructuras sindicales débiles que con mucha dificultad logran convertirse en verdaderos interlocutores de la empresa multinacional); y 3) el *organizativo* (son estructuras de interrelación de una pluralidad de sujetos sindicales configuradas en red, figura intermedia entre la asociación y la mera coalición, y carentes de personalidad jurídica propia al no adoptar la forma asociativa).

2.2.3. El caso de Repsol

Para ilustrar la preocupación sindical por articularse y organizarse en empresas multinacionales, nos detendremos en el análisis de la *Red Sindical Latinoamerica y España en Repsol*. Los sindicatos que la integran la valoran positivamente y consideran que supone un gran avance en la coordinación sindical y un impulso (a través de la información y reflexión conjunta) al debate sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores de la multinacional en estos países, lo que debe permitir en el futuro una mejora de las condiciones laborales de *todos*. Además, esta vía constituye una forma adecuada de avanzar en la construcción de un *sindicalismo global* en un contexto globalizado que evidencia que las condiciones de trabajo en un país son cada día más interdependientes de los demás países.

- Mecanismo de interlocución. El Grupo Repsol reconoce en el Acuerdo de constitución[9] a la Red Sindical como interlocutor sindical para el ámbito de

[8] *Vid.* VIVERO SERRANO, J.B.: "Las redes sindicales de empresas multinacionales como manifestación de base del sindicalismo internacional", *op.cit.*, páginas 190 a 196.

[9] La vigencia de dicho Acuerdo (Protocolo I, 2008; Protocolo II, 2012) se extenderá hasta el 31 de diciembre de 2015. Posteriormente se prorrogará automáticamente por períodos anuales, salvo que alguna de

España y Latinoamérica en las actividades de exploración y producción, refino, petroquímica, comercialización y distribución, de hidrocarburos, y en los que Repsol tiene responsabilidad de gestión en uno o varios centros de trabajo.

- Composición. Constituyen la Red Sindical dos personas representantes de las organizaciones sindicales sectoriales *más representativas*[10] de cada país (una del ámbito nacional y otra de los centros de trabajo de Repsol en el mismo), o una persona de cada una de las organizaciones *de mayor implantación* en las empresas del Grupo Repsol, cuando no coincidan con aquellas y así sea acordado por ambas partes (en este último supuesto, las organizaciones más representativas a nivel del país podrán participar con una persona en calidad de observadora, si así lo deciden las partes). Como criterio general, serán miembros natos de la Red Sindical las organizaciones sindicales "más representativas" o "de mayor implantación" de los países donde Repsol tenga la responsabilidad de gestión en uno o varios centros de trabajo del país y que en el último año cuenten en su conjunto con, al menos, 75 empleados[11] (a 31 de diciembre de cada año). Asimismo y cuando por especiales circunstancias así lo acuerden las partes, formarán parte de la Red en calidad de observadores, las organizaciones sindicales sectoriales o de centro de trabajo de aquellos países donde Repsol no alcance los 75 empleados o tenga constituidas sociedades mixtas con empresas del Estado o privadas, aunque no tenga la responsabilidad de gestión directa.

En virtud de los anteriores criterios, se integrarían en la Red Sindical de Repsol las siguientes organizaciones[12]:

a) España: FITEQA-CCOO y FITAG-UGT (sindicatos sectoriales españoles)
b) Perú: FENUPETROL-CGTP y SUT RELAPA (uno, sindicato sectorial; el otro, sindicato de empresa o centro de trabajo)
c) Brasil: FUP-CUT (sindicato sectorial)
d) Trinidad-Tobago: Sindicato de los trabajadores del Petróleo de Trinidad-Tobago (sindicato sectorial)
e) Ecuador: Federación sindical de los trabajadores del Petróleo - CSE (sindicato sectorial)

---

las partes denuncie el Protocolo para su renegociación con una antelación de cómo mínimo 2 meses previos a la fecha de su finalización.

10 Se consideran más representativas: (1) las organizaciones sindicales sectoriales en una o varias de las actividades que desempeña el Grupo Repsol que tengan tal consideración de acuerdo con la legislación laboral de cada país. En el supuesto de que no estuviera regulado el reconocimiento de la "mayor representatividad", se entenderán como tales las que tengan implantación suficiente en la industria de su país en los mencionados sectores y que así sean aceptadas por consenso entre la Coordinadora de la Red Sindical y la dirección del Grupo Repsol; y (2) las organizaciones sindicales de mayor implantación en las empresa del Grupo Repsol, consideradas como más representativas según los anteriores criterios.

11 En el Protocolo originario de 2008 se exigían 100 empleados.

12 Originariamente también estaban por Argentina los sindicatos SUPeH-CGT y FASP y GP-CGT. Su exclusión obedece a la expropiación de YPF.

f) Bolivia: FNTPB-COB (sindicato sectorial)
g) Colombia: USO-CUT (sindicato sectorial)
h) Venezuela: sin determinar.
i) Formarán parte también de la Red Sindical las Federaciones sindicales del Petróleo y/o Gas de otros países donde Repsol tiene presencia industrial siempre que empleen al menos 75 trabajadores
j) Asimismo formará parte integrante de la Red Sindical y su Coordinadora, la Federación Sindical Internacional de la Química, Energía y Minería (ICEM)

- Competencias. El espacio de interlocución consistirá en un intercambio de información, con la participación de la dirección empresarial en los plenos de la Red Sindical y en las reuniones de la Coordinadora de la Red, para tratar temas que se consideren de interés para alguna de las dos partes, incluidos aquellos relacionados con la política de RSE y que se hayan puesto en común con carácter previo al elaborar el Orden del Día. Cuando ambas partes así lo consideren oportuno, podrán tomar acuerdos sobre materias que en cualquier caso afecten a más de un país.

La Red Sindical se reunirá una vez cada 2 años. El lugar y la fecha de las reuniones será fijado de común acuerdo entre la Dirección del Grupo Repsol y la Coordinadora de la Red Sindical. Estas reuniones consistirán en 3 días de trabajo (originariamente eran solo 2). El primero como reunión sindical, el segundo conjuntamente con la representación de la dirección del Grupo Repsol a la que se presentarán las conclusiones del primer día y en la que por parte empresarial se presentará un balance, proyectos y perspectivas de la actividad del Grupo. Asimismo, se analizará y se debatirá conjuntamente un tema monográfico de interés común, que tenga que ver con la política corporativa del grupo, y cuya aplicación y alcance tenga carácter mundial. En la tercera jornada la Red analizará los resultados de la reunión con la dirección empresarial y fijará su plan de trabajo para el período hasta la siguiente reunión plenaria.

En cada encuentro de la Red Sindical se intercambia información y se analizan las condiciones de trabajo de los empleados de Repsol en estos países, y se aprovecha la reunión con la dirección de la multinacional para tratar de la problemática planteada por los sindicatos e informar de la situación industrial de la compañía con los resultados, inversiones por país, etcétera[13].

13 Por ejemplo, en la primera reunión de la Red Sindical en Madrid de noviembre de 2008 se decidió potenciar la comunicación e información interna, dotar de mayor contenido la página Web creada por la Red Sindical y la preparación de un informe sobre jornada de trabajo (con todos los elementos que influyen en la misma: jornada semanal o anual, cuadrantes, sistemas de turnos, calendarios, horarios, jornada partida, continuada, horas extraordinarias, etc.).

La Red Sindical se dota de una Coordinadora, que se encarga de la gestión de la actividad sindical y de la preparación de los encuentros en plenario de la Red Sindical, integrada por un máximo de 10 personas y cuya composición será decida en la reunión de la Red. La Coordinadora se reunirá una vez al año, con un máximo de tres días de trabajo, con participación también en una de sus sesiones de la representación de la Dirección del Grupo Repsol, en las fechas y los lugares que se decidan en su reunión anterior. La Coordinadora de la Red Sindical, por medio de las personas que se elijan como secretarios en el seno de la misma, será responsable de canalizar la interlocución con la Dirección del Grupo Repsol, en aquellos temas que, a juicio de alguna de las partes, requieran del interés y la intervención de las mismas. La Coordinadora de la Red Sindical podrá si lo considera de interés para los encuentros de la Red Sindical o de la propia Coordinadora invitar a alguna organización sindical de país, aunque no pertenezcan a la Red Sindical, previo acuerdo con la Dirección del Grupo. Particularmente serán invitadas a las reuniones de la Coordinadora las organizaciones responsables de la siguiente reunión de la Red en el supuesto de que no formen parte de la misma. Las reuniones de la Coordinadora se realizarán en España, en la ciudad que en cada se concrete de común acuerdo con la Dirección del Grupo.

- Financiación de las reuniones. La dirección empresarial asumirá el coste de los desplazamientos y hospedaje de las reuniones de la Coordinadora y de la Red, poniendo anualmente a su disposición la cantidad de 54.000€, cantidad contra la cual se cargarán los gastos que vayan generando las citadas reuniones, previa solicitud y aprobación del miembro o miembros de la Coordinadora de la Red Sindical autorizados para ello. Esta cantidad se incrementará cada año en el porcentaje que haya tenido el IPC en España el año anterior.

3. Acción sindical en las empresas multinacionales: los Acuerdos Marco Internacionales (AMI)

Tanto la acción sindical (en cualquiera de sus manifestaciones) como (más concretamente) el diálogo social en la empresas multinacionales se encuentra en un estadio de escaso desarrollo, se encuentra todavía en construcción. Pero disponemos ya de algunas manifestaciones, algunas experiencias. La figura más relevante los constituyen los AMI. Es cierto que, ante la ausencia de regulación internacional, ninguna norma obliga a las empresas multinacionales a reconocer a las organizaciones sindicales como interlocutores del diálogo social a nivel transnacional (y menos aún a habilitar medios o instrumentos para ello). Pero dicho diálogo social está teniendo lugar en algunas multinacionales de forma voluntaria.

3.1. Naturaleza

Los AMI son comúnmente considerados instrumentos de RSE. Pero nos encontramos ante una manifestación peculiar de la RSE, pues no estamos ante instrumentos unilaterales (como los códigos de conducta) sino ante verdaderos acuerdos[14].Por una motivación ética, por una cuestión de RSE, la empresa multinacional decide voluntariamente llegar a acuerdos con las organizaciones y estructuras sindicales (considerados por las políticas de responsabilidad social como *stakeholders* privilegiados) en los que se van a asumir compromisos concretos, obviamente de carácter contractual (no normativo). Por ello, también se pueden considerar como formas embrionarias de diálogo social y negociación colectiva o como instrumentos atípicos de regulación colectiva que se despliegan en la dimensión internacional.

3.2. Sujetos firmantes y ámbito de aplicación

Los sujetos firmantes del AMI son, por un lado, la empresa multinacional; y por otro, los representantes sindicales a esa escala transnacional. Esto último necesita obviamente de concreción. El protagonismo como interlocutor en la negociación y firma de los AMI lo tienen las *Federaciones Sindicales Internacionales* de los sectores concernidos. Pero en ocasiones éstas están acompañadas por otras estructuras representativas firmantes, como el CEE (por ejemplo, el AMI de *Arcelor* o el AMI de *Gea*), cuando la empresa multinacional tiene su sede en un estado de la UE; o incluso, por sindicatos nacionales de sector (no a través de sus representaciones de empresa)[15], como sucede en los respectivos AMI de *Impregilo* (firmado también por las federaciones italianas Feneal-UIL, Filca-CISL y Fillea-CGIL), de *Freudenberg* y de *Rag* (firmados también por el sindicato alemán del sector de la minería, de la química y de la energía IG BCE), de *Lukoil* (en el que participa el sindicato ruso del sector ROGWU), de *Eni*, (suscrito también por que lo sindicatos italianos Filcea-CGIL, Femca-CISL y UILCEM), o de *Endesa* (firmado también por las Federación de Industria de UGT y por la Federación

14 Surgen como textos que han superado la unilateralidad propia de ciertas formas de autorregulación empresarial para incorporar en su génesis y en su procedimiento de elaboración un remarcable elemento de negociación con la representación de los trabajadores (PÉREZ YAÑEZ, R.M.: "Respuestas internacionales a los desafíos plantados por la globalización: los Acuerdos Marco Internacionales", en VV.AA. (coord. R. Escudero Rodríguez): *Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, Igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, Cinca, Madrid, 2010, página 464). De este modo, se produce una "paulatina modificación del carácter unilateral de las reglas de empresa y su desplazamiento hacia fenómenos de participación y de negociación colectiva" (BAYLOS GRAU, A.: "Los Acuerdos.Marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva", *Revista de Derecho Social*, núm. 28, 2004, página 199).

15 La participación de estos sindicatos nacionales simboliza la importancia del lugar nacional de origen de la empresa y su anclaje al sistema de representación sindical propio del sistema jurídico nacional (BAYLOS GRAU, A.: "Los Acuerdos-Marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva", *Revista de Derecho Social*, núm. 28, 2004, página 206).

Minerometalúrgica de CCOO). Esta presencia añadida de sindicatos nacionales en la firma de los AMI todavía evidencia una insuficiente articulación de estructuras sindicales internacionales.

El AMI extiende su ámbito de aplicación a dos niveles: 1) *interno*, esto es, los centros de trabajo de la empresa multinacional, allá donde estos se ubiquen; y 2) *externo*, que afecta a los socios comerciales que componen su cadena de valor como empresas proveedoras o suministradoras (nivel al que la mayoría de los AMI se refieren).

3.3. Estructura y contenido

La estructura estándar de un AMI es: 1) *declaraciones programáticas*; 2) *contenido*, en forma de principios generales o derechos, más o menos extensos y detallados; 3) *mecanismos de control y supervisión de la aplicación del AMI*, normalmente, en términos muy vagos e inconcretos; y 4) *aspectos formales*, como la duración (por ejemplo, de 4 años, el AMI de Umicore; de 2 años, el de Eni y de StatoilHydro; de 1 año, el AMI de Lukoil), prórrogas, renegociación, vías de difusión e información del acuerdo, identificación de los sujetos firmantes, etc.

Los AMI regulan fundamentalmente las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas multinacionales y, en su caso de su cadena de suministro. Pero dicha regulación presenta carácter de "mínimos". Normalmente, se incluyen los derechos fundamentales básicos de la OIT (a los que todos los AMI se adhieren expresamente) y los principios de RSE definidos por instituciones internacionales (Pacto Mundial de la ONU, OCDE) que afectan a materias como el respeto a los derechos humanos, prohibición del trabajo infantil, prohibición del trabajo forzoso, igualdad de oportunidades, no discriminación, tiempo de trabajo, retribución suficiente, seguridad y salud en el trabajo, derecho de asociación, libertad sindical o derecho de negociación. En ocasiones, aparecen también otras materias no directamente laborales: medio ambiente, desarrollo educativo, prevención y erradicación de la corrupción, etcétera[16].

3.4. Eficacia

Los principios y derechos reconocidos por los AMI se consideran como vinculantes y obligatorios, a todos los niveles, para la compañía multinacional que lo ha suscrito, quedando obligada contractualmente a cumplir lo acordado.

16 Sobre esto, *vid.* SOLER ARREBOLA, J.: "Contenidos de los acuerdo marco internacionales: condiciones laborales básicas y prescripciones complementarias", en VV.AA. (coord. R. Escudero Rodríguez): *Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, Igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, Cinca, Madrid, 2010.

Pero eso no es suficiente para garantizar su aplicación. Los compromisos asumidos requieren de una puesta en práctica, un desarrollo, unos programas de acción, y como no, de mecanismos de verificación y control de su cumplimiento. Tales procedimientos que garantizan la eficacia del AMI se "descentralizan" en la medida que la responsabilidad se traslada a cada unidad de gestión de la compañía multinacional, que son las que, directamente y en primer lugar, deben garantizar el respeto a los compromisos asumidos. Nos encontramos así ante un "principio de subsidiariedad"[17], según el cual, la dirección central desempeña una función subsidiaria y lleva a cabo sólo aquellas tareas que no se puedan realizar de forma efectiva en una esfera inmediata o local. De este modo, son las filiales las que garantizan la aplicación del AMI, reservándose la dirección de la multinacional la intervención en caso de infracción o incumplimiento del mismo.

Las estructuras sindicales también asumen responsabilidades en la aplicación de los AMI[18]. Igualmente en esta intervención sindical está presente el "principio de subsidiariedad", pues los responsables de su aplicación serían más bien los sindicatos locales (si los hay) o los sindicatos sectoriales, y solo cuando fuera necesario, la federación sindical mundial que ha suscrito el Acuerdo. La participación sindical se dirige fundamentalmente a la *vigilancia y control* de la aplicación del AMI, aunque también intervienen en la *ejecución e implementación* de los mismos. En cualquier caso, estas competencias exigen que ambas partes (empresarial y sindical) colaboren conjuntamente a través de un permanente diálogo social. Para ello se establecen distintos mecanismos, como los *encuentros o reuniones periódicas* (normalmente, anuales) entre representantes de ambas partes firmantes en el que se analizan las acciones realizadas y se proyectan otras nuevas; la constitución de *Comités de Seguimiento*[19]; la interlocución con el *CEE*, el *Comité Mundial* o la *Red Sindical*; y la participación sindical en *Auditorías internas* y otros procedimientos (cuestionarios y evaluaciones, inspecciones y visitas, quejas y reclamaciones, etcétera). Así, el control sindical en las unidades locales de las empresas multinacionales constituyen el nivel preferente y primario de actuación, considerándose, en aras a una mayor inmediatez, que es la mejor instancia para vigilar el cumplimiento de los compromisos acordados y resolver y corregir los

17 PAPADAKIS, K., CASALE, G. y TSOTROUDI, K.: "Acuerdos Marco Internacionales como elementos de un marco transfronterizo de las relaciones industriales", en *Diálogo Social y Acuerdos Transfronterizos ¿Un marco global emergente de relaciones industriales?*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pp.104 y 105.

18 *Vid.* ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: "La eficacia de los acuerdo marco internacionales: implementación y control", en VV.AA. (coord. R. Escudero Rodríguez): *Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, Igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, Cinca, Madrid, 2010.

19 Se trata de un *órgano específico, de composición mixta y paritaria, con competencias sobre el seguimiento, verificación, control y propuesta (y en su caso, adopción) de medidas correctoras* que recibe las más diversas denominaciones: Grupo de Implementación, Comité de Revisión, Grupo de Consulta, Comité de Vigilancia, Comité de Diálogo sobre la Responsabilidad Social del Grupo, Comité de Seguimiento, Grupo Conciliatorio, Comité Colectivo de Control, etcétera.

problemas detectados (aquí es posible tener en cuenta las particularidades locales, incluso las normativas).

No obstante, las mayores dificultades se encuentran para garantizar la eficacia y aplicación del AMI en el nivel externo, en la cadena de suministro de la empresa multinacional (proveedores, subcontratistas, talleres externos, etcétera). De la dirección de la compañía multinacional, de su capacidad de influencia y de la presión que pueda ejercer sobre sus socios comerciales, depende que el AMI también se aplique y se respete en las empresas proveedoras y subcontratistas (por ejemplo, condicionando el establecimiento de relaciones comerciales a su cumplimiento, o amenazando con rescisiones contractuales ante su incumplimiento). En tales casos, sobre la empresa multinacional pesa una "obligación de influencia"[20].

Pero también en este nivel externo es necesaria la participación sindical. Para ello se requiere una coordinación de las estructuras sindicales implicadas en toda la cadena de suministro de una empresa multinacional, como paso previo a una acción sindical igualmente coordinada. Dicha iniciativa puede llevarse a cabo a través de redes sindicales de la propia multinacional o directamente por las federaciones sindicales mundiales.

Un ejemplo ilustrativo de estas experiencias lo constituye el caso de Inditex y su acuerdo con la federación sindical ITGLWF. Tras admitir que para garantizar los derechos fundamentales del trabajo se debe reforzar el control sindical en su cadena de producción, se concreta que[21]: (1) ITGLWF tendrá acceso a la *información* que contribuya al conocimiento de las características y condiciones de los centros de trabajo de proveedores y contratistas[22] (asumiendo la confidencialidad de la información facilitada y responsabilizándose de su adecuada utilización por parte de los sindicatos y miembros afiliados); (2) ITGLWF mantendrá con la multinacional una *reunión anual* para revisar los desarrollos en la cadena de producción y el cumplimiento del AMI; (3) se tendrá en cuenta la *participación de las organizaciones sindicales locales* que puedan tener, por razón de proximidad, un acceso natural y rápido a la cadena de producción; (4) el Departamento de RSC de Inditex notificará al responsable designado por la ITGLWF de los programas

20 *Vid.* BAYLOS GRAU, A.: "Los Acuerdos.Marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva", *op. cit*, página 208.

21 *Vid. Protocolo para concretar la participación sindical para el fortalecimiento del AMI en al cadena de producción de Inditex*, 2012.

22 Por "acceso a los proveedores" se entiende (1) informar anualmente de la cadena de producción de Inditex; (2) participar en la mejora continua de dicha cadena de producción; (3) garantizar el ejercicio de la responsabilidad sindical teniendo en cuenta las singularidades de cada región (ésta se define como la posibilidad de que la ITGLWF, así como sus organizaciones sindicales locales, nacionales y regionales federadas, tengan acceso físico a aquellos proveedores o fabricantes que consideren necesario), especificándose el modo como se llevará a cabo este acceso a partir de los mecanismos que se consideren necesarios; y (4) reconocer que el papel del los sindicatos es organizar y negociar en representación de los trabajadores.

de Auditorías Sociales previstas, así como los fabricantes a auditar; (5) cuando la organización sindical detecte posibles *incumplimientos* en la aplicación del AMI en alguno de sus proveedores o de sus fabricantes lo notificará a los responsables de Inditex y de ITGLWF (las estructuras sindicales locales, nacionales, regionales y la misma dirección de ITGLWF, así como Inditex, podrán dirigirse directamente a los proveedores y fabricantes externos), introduciendo Inditex los Planes de Acción Correctivos si se confirma tal incumplimiento (en la definición, aplicación y seguimiento de los Planes de Acción Correctivos podrá jugar un papel activo ITGLWF); (6) se establecerán *planes de formación* a los trabajadores para facilitar un mejor conocimiento del AMI e involucrar a gerentes, directivos, trabajadores y supervisores de los proveedores y fabricantes que integran la cadena de producción de Inditex, así como a representantes de las organizaciones sindicales locales de cada uno de los países involucrados (tales planes de formación tendrán en cuenta aspectos relevantes sobre organización del trabajo, capacidad productiva en los fabricantes, técnicas de diálogo social en el lugar de trabajo, promoción de la libertad de asociación, de la negociación colectiva y de los sistemas de relaciones industriales, mejora de los mecanismos y procedimientos de quejas en el lugar de trabajo, y los derechos y deberes de trabajadores y directivos de la fábrica); y (7) se desarrollarán entre representantes sindicales y directivos mecanismos para *fomentar el diálogo social en el centro de trabajo*.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: "La eficacia de los acuerdo marco internacionales: implementación y control", en VV.AA. (coord. R. Escudero Rodríguez): *Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, Igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, Cinca, Madrid, 2010

- ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: "Procedimientos de verificación y control del desempeño laboral de los proveedores y contratistas de las multinacionales españolas", en VV.AA. (dir. W. Sanguineti Raymond): *La dimisión laboral de la internacionalización de la empresa española.*, Cinca, Madrid, 2014

- ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: "El sistema de gestió y control de las prácticas laborales en la cadena de suministro de Repsol", en VV.AA. (dir. W. Sanguineti Raymond): *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015

- BAYLOS GRAU, A.: "Globalización y Derecho del Trabajo: Realidad y Proyecto", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 15, 1999

- BAYLOS GRAU, A.: "Representación y representatividad sindical en la globalización", en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 19, 2001

- BAYLOS GRAU, A.: "Los Acuerdos-Marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva", *Revista de Derecho Social*, núm. 28, 2004

- BOIX LUCH, I.: "Intervención sindical en la cadena de valor de las empresas multinacionales para una eficaz aplicación de los compromisos de RSE: la experiencia de Inditex", en VV.AA. (dir. W. Sanguineti Raymond): *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015

- CEINOS SUÁREZ, A.: "Contenidos de los acuerdo marco internacionales: los derechos y principios fundamentales de carácter laboral", en VV.AA. (coord. R. Escudero Rodríguez): *Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, Igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, Cinca, Madrid, 2010

- CRUZ VILLALÓN, J.: "La actividad sindical en la empresa: viejos y nuevos problemas", *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2007

- KORKMAZ, E.E.: "The Inditex Internacional Framework Agreement Coinciding Interest: The Turkish Case", en VV.AA. (dir. W. Sanguineti Raymond): *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015

- PAPADAKIS, K.: "Investigaciones sobre el diálogo social transnacional y los acuerdo marco internacionales", *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 1, 2008

- PAPADAKIS, K., CASALE, G. y TSOTROUDI, K.: "Acuerdos Marco Internacionales como elementos de un marco transfronterizo de las relaciones industriales", en *Diálogo Social y Acuerdos Transfronterizos ¿Un marco global emergente de relaciones industriales?*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009

- PÉREZ YAÑEZ, R.M.: "Respuestas internacionales a los desafíos plantados por la globalización: los Acuerdos Marco Internacionales", en VV.AA. (coord. R. Escudero Rodríguez): *Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, Igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, Cinca, Madrid, 2010

- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La necesaria adaptación de la estrategia sindical a las transformaciones actuales de las organizaciones empresariales: algunas cuestiones a considerar", en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 10, 2009

- SANGUINETI RAYMOND, W.: "El espacio de la autonomía colectiva en la ordenación del mercado global", en VV.AA. (eds. W. Sanguineti Raymond y A. García Laso): *Globalización económica y relaciones laborales*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003

- SANGUINETI RAYMOND, W.: "Los alcances de la responsabilidad social de las empresas multinacionales del grupo a la cadena de producción", en VV.AA. (coord. R. Escudero Rodríguez): *Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, Igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, Cinca, Madrid, 2010

- SANGUINETI RAYMOND, W.: "Una experiencia exitosa de defensa internacional de los derechos sindicales: el caso Topy Top", en VV.AA. (dir. W. Sanguineti Raymond): *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015

- SASTRE IBARRECHE, R.: "Algunas claves para un sindicalismo también mundializado", *Revista de Derecho Social*, núm. 21, 2003

- SOLER ARREBOLA, J.: "Contenidos de los acuerdo marco internacionales: condiciones laborales básicas y prescripciones complementarias", en VV.AA. (coord. R. Escudero Rodríguez): *Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, Igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, Cinca, Madrid, 2010

- SOLER ARREBOLA, J.: "Los acuerdos marco internacionales suscritos por empresas españolas: encuadramiento y caracterización general", en VV.AA. (dir. W. Sanguineti Raymond): *La dimisión laboral de la internacionalización de la empresa española.*, Cinca, Madrid, 2014

- SOLER ARREBOLA, J.: Nuevas tendencias en los acuerdo marco internacionales: el acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh", en VV.AA. (dir. W. Sanguineti Raymond): *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015

- VIVERO SERRANO, J.B.: "Las redes sindicales de empresas multinacionales como manifestación de base del sindicalismo internacional", en VV.AA. (dir. W. Sanguineti Raymond): *La dimisión laboral de la*

internacionalización de la empresa española., Cinca, Madrid, 2014

- VIVERO SERRANO, J.B.: "La formación de redes sindicales en las empresas multinacionales españolas: los casos de Repsol y Telefónica", en VV.AA. (dir. W. Sanguineti Raymond): *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015

- VV.AA. (coord. A. Baylos Grau): *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003

- VV.AA. (eds. W. Sanguineti Raymond y A. García Laso): *Globalización económica y relaciones laborales*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003

- VV.AA.: *El sindicalismo internacional y la globalización de los derechos sociales,* Gaceta Sindical. Reflexión y Debate (núm. 8), CCOO, 2007

- VV.AA. (ed. K. Papadakis): *Diálogo social y acuerdos transfronterizos*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Informes OIT, Madrid, 2009

- VV.AA. (coord. R. Escudero Rodríguez): *Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, Igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, Cinca, Madrid, 2010

- VV.AA. (dir. W. Sanguineti Raymond): *La dimisión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*, Cinca, Madrid, 2014

- VV.AA. (dir. W. Sanguineti Raymond): *La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas*, Cinca, Madrid, 2015

5. DOCUMENTACIÓN

- Repositorio Digital *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*. Diarium. Universidad de Salamanca:

http://diarium.usal.es/rse_multinacionales/

Incluye, entre otra documentación, acuerdos marco internacionales y redes sindicales internacionales

- CIOLS: *Una guía sindical sobre mundialización*, 2ª edición, CIOLS, Bruselas, 2004

- Federación de Industria de CCOO: *Guía para la formación sindical internacional: Globalización, negociación colectiva y acción sindical en la empresa transnacional*, 2012 (elaborada por J.I. Gil Pinero, R. Ibáñez Rojo, P. López Calle, M. Maira Vidal, R. Margenta Gonjar, I. Rodero Fernández y A. Rodríguez Marcos)

- FITIM: *Directrices sobre redes sindicales en ETN*, FITIM, Ginebra, 2010

- *Protocolo de constitución y funcionamiento de la Red Sindical Latinoamérica y España en Repsol-YPF* (2009)

- *Protocolo II para el funcionamiento de la Red Sindical Latinoamérica y España en Repsol* (2012)

- *Protocolo para concretar la participación sindical para el fortalecimiento del AMI en al cadena de producción de Inditex* (2012)

PARTICIPACIÓN SOLIDARIA INSTITUCIONALIZADA Y ACCIÓN SINDICAL: UNA OPORTUNIDAD PARA LA CREACIÓN DE ÁMBITOS DE COOPERACIÓN

Pilar Charro Baena
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Acreditada como Catedrática de Universidad)
Universidad Rey Juan Carlos

Pablo Benlloch Sanz
Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

No cabe ninguna duda de que entre las actuales formas de participación social, el voluntariado como actitud, y aún más como hecho organizativo, se incluye en el campo participativo de la sociedad española. Desde luego, no es, como pudo serlo en el pasado, un suceso desconocido y marginal[23].Aunque describir una realidad tan variada como es el voluntariado no es tarea sencilla, puede afirmarse que existe un punto de coincidencia en la doctrina y en la propia sociedad sobre que éste es una forma de participación social, aunque posteriormente se adjetive como solidaria e institucionalizada. Sobre la base de esa premisa, la normativa reguladora no se ha sustraído a esa consideración, de forma que su configuración como "mecanismo canalizador de las legítimas inquietudes de las personas y de

[23] RENES, V.: Introducción en GÓMEZ DE LORA, F.: GOMEZ DE LORA, P.: "Voluntariado y sindicalismo", en C*uadernos de la Plataforma núm. 9*, Plataforma del voluntariado de España, Colección La Acción Voluntaria, Madrid, 1991, pág. 7.

las organizaciones sin ánimo de lucro"[24] e "instrumento básico de actuación de la sociedad civil" constituye el principal motivo que justifica su existencia y, por ende, preside toda su regulación[25].

Por otra parte, a los sindicatos se les califica como agentes sociales, y como tales se definen por identidad –sujeto de acción colectiva– y por exclusión –en tanto en cuanto son representantes de intereses colectivos no tienen una naturaleza directamente institucional, política o administrativa-. No participan de la consideración de institución pero sí adquiere un carácter institucional, en el sentido de que interviene y colabora con ésta compartiendo una serie de objetivos de interés social[26].

La radical diferencia existente entre el voluntariado como instrumento privilegiado de participación solidaria institucionalizada y el sindicato como agente social no impide que exista un punto de encuentro entre ambos, que se manifiesta en su intervención en la conformación de las políticas sociales como provisores, si bien con carácter complementario, de servicios sociales. En el caso de voluntariado en prácticamente todos sus ámbitos de actuación (social, ambiental, cultural, educativo, socio-sanitario, de ocio y tiempo libre, comunitario y de protección civil);si se trata de los sindicatos es conocida su participación activa como organización en la construcción de estructuras de bienestar social en programas de orientación y formación para el empleo, los servicios de información y orientación a trabajadores inmigrantes, y los de atención y promoción social a la mujer y a la población joven.

Aunque en ambos casos esa función complementaria ha contribuido en parte a desdibujar el papel de uno y otro, lo cierto es que esa zona de confluencia existe y permite apostar por futuras sinergias, siempre que se superen los recelos y desconfianzas mutuas.

No hay que olvidar, por otra parte, que al igual que el sindicato ha asumido un papel especialmente activo en la denuncia de la desigualdad y el aumento de la pobreza, el voluntariado ha reforzado su papel crítico o de denuncia respecto a la grave situación social que vive nuestro país. Así lo reitera la nueva Ley 45/2105, de 14 de octubre, de Voluntariado, que consagra por primera vez como dimensiones del actuar voluntario, junto a la acción complementaria de la Administración, la conciencia crítica que contribuye a mejorar la relación de la persona con la

24 Exposición de Motivos de la Ley 4/2001, de 19 de junio, del Voluntariado en la Comunidad Valenciana.

25 Exposición de Motivos de la Ley 3/1994, de 19 de mayo, del Voluntariado Social en la Comunidad de Madrid y de la Ley 1/1998, de 5 de febrero, reguladora del Voluntariado Social en Extremadura.

26 CARO BLANCO, F.: "*Las organizaciones sindicales: de la movilización social a la gestión de las políticas sociales"*, Ponencia presentada al III Congreso Anual de la REPS "Los actores de las políticas sociales en contextos de transformación", disponible en internet en http://www.unavarra.es/digitalAssets/159/159687_10_p-Caro-Blanco_Gestio--n-sindical.pdf.

sociedad y la transformación tanto en la vertiente social, como en la individual[27]. Funciones que han de completarse con valores como la equidad, la justicia y la cohesión social y que han de estar inspiradas en principios como la participación generadora de ciudadanía activa y dimensión comunitaria y, la solidaridad, que exige la eliminación de injusticias y desigualdades[28].

En las próximas líneas se expondrán los desencuentros y recelos que han presidido las relaciones entre sindicatos y entidades de voluntariado, para luego examinar el contenido de la Ley 45/2105 respecto al tema que nos ocupa, la práctica convencional que ya existía en cuanto al fomento del voluntariado y los retos de futuro que se plantean.

2. UNA HISTORIA DE ENCUENTROS Y RECELOS

No querer verla dificultad del encuentro entre el voluntariado y el mundo sindical sería no admitir una realidad demasiado evidente[29]. Tempranamente ya se pusieron de relieve algunas de las razones que podían explicarlo[30].

Del lado sindical, ha existido un claro empeño en relegar la labor de las entidades de voluntariado a lo que se conoce como organizaciones de "autoayuda". Al mismo tiempo, ha existido una impresión generalizada de que el voluntariado se erige en el refuerzo de la incapacidad gestora del Estado o de otras administraciones. Por último, impera la percepción de que el actuar voluntario se ha utilizado en contextos de fuerte desempleo como una pasarela de acceso al mercado de trabajo por jóvenes en situación de desempleo y, lo que sin duda tiene mayor trascendencia, provoca, aunque no de forma generalizada, un desplazamiento de empleo asalariado o, dicho en otras palabras, se contempla al voluntariado como una forma transitoria de ocupar desempleados, lo que al mismo tiempo ha generalizado la desprofesionalización de las propias entidades de voluntariado[31].

Desde la óptica de las entidades de voluntariado, se ha percibido los sindicatos y de los partidos políticos con una imagen negativa y estereotipada; se ha afirmado en tal sentido que son "organizaciones institucionales burocráticas, corporativas e ineficaces y fuertemente ligadas a la Administración"[32].

---

27 Artículo 5.1.

28 Artículo 5.3.

29 GOMEZ DE LORA, P.: "Voluntariado y sindicalismo", *Cuadernos de la Plataforma núm. 9*, Plataforma del voluntariado de España, Colección La Acción Voluntaria, Madrid, 1991, pág. 11.

30 *Ibidem,* pág,8 y ss.

31 ARAGÓN, J., PÉREZ, J.M. y ROCHA, F.: "Voluntariado, Tercer Sector y Empleo desde una perspectiva sindical", en AA.VV.: *Voluntariado, tercer sector y movimiento sindical*, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, 2001, pág.12.

32 *Ibidem,* pág.13.

Excedería del propósito de la presente comunicación poner de relieve las razones que han llevado al desencuentro entre unos y otros. Baste señalar que cualquiera de los enfoques anteriores tendría una contra argumentación. El voluntariado ha superado con creces la crítica de su escasa conciencia global y de la transitoriedad de sus actuaciones y no puede generalizarse que haya supuesto una ruptura de las relaciones de empleo remunerado, perjudicando con ello un cierto nivel de cohesión social que proporciona la intervención sindical. Por su parte, se alejan de la realidad igualmente, los calificativos con los que se adjetiva a los sindicatos por ciertos ámbitos de las entidades de voluntariado y del Tercer Sector, en el sentido de que los representan como organizaciones estáticas excesivamente vinculadas por razones de financiación a las Administraciones Públicas y limitadas en su actuación al ámbito estricto de las relaciones laborales, olvidando el importante papel que han desempeñado en la construcción y defensa de estructuras de bienestar enmarcadas en las políticas sociales, que les han situado ocasionalmente, y con toda legitimidad, extramuros del entorno meramente productivo.

Hace ya tiempo que se defendió que era posible superar las desconfianzas entre ambos actores sociales; para ello es imprescindible que se efectúe, sobre todo por parte de la Administración, una delimitación clara de los espacios de intervención de sindicatos y entidades de voluntariado en el ámbito de las políticas sociales[33]. Si se dejan de lado los recelos que han producido esos desencuentros será posible que se creen espacios de colaboración que contribuyan con eficacia, al objetivo común de la equidad, la justicia y la cohesión social.

3. EL PAPEL DE LA LEY 45/2015, DE 14 DE OCTUBRE DE VOLUNTARIADO

Una de las novedades de la recientemente aprobada norma estatal de voluntariado en esta materia ha sido la inclusión, como una más de las medidas de fomento del voluntariado, la llamada a las empresas, instituciones privadas y administraciones públicas para promover y facilitar, de acuerdo con la legislación laboral o de empleo público y con pleno respeto a la acordado en la negociación colectiva, la adopción de medidas de reducción o adaptación de la jornada laboral, suspensiones de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo o interrupciones de la prestación laboral retribuidas o no, para que los trabajadores por cuenta ajena y empleados públicos, puedan ejercer sus labores de voluntariado.

Con todo no es la única incursión que se efectúa en este materia. En efecto, puede reseñarse igualmente las siguientes.

33 En extenso sobre el tema, puede verse GOMEZ DE LORA, P.: "Voluntariado y sindicalismo", cit., págs. 41 y ss.

De entrada, y con el objetivo de delimitar el ámbito de intervención del voluntariado superando así la eventual confusión de espacios de actuación, se consigna (artículo 3.3) la tradicional exclusión del ámbito de aplicación de la Ley no solo de las relaciones de trabajo asalariado, sino también de otras formas de prestación de servicios situadas en las denominadas zonas grises y que por su eventual similitud con determinadas tareas que lleva consigo la práctica voluntaria era necesario mencionar expresamente. Nos estamos refiriendo a los trabajos de colaboración social, las becas con o sin prestación de servicios, las prácticas no laborales en empresas o grupos empresariales y las prácticas académicas externas.

Con igual objetivo de impedir la extralimitación de las actividades de voluntariado, se confirma también (artículo 4) la previsión de la Ley del 96 de impedir que la acción voluntaria organizada pueda ser causa justificativa de la amortización de puestos de trabajo tanto en el ámbito del empleo como el del privado. Asimismo, por primera vez en el ámbito estatal se establece con rotundidad la imposibilidad de que la actividad de voluntariado pueda sustituir a las Administraciones Públicas en funciones o servicios públicos a cuya prestación estén obligados por la ley.

A riesgo de situarse de espaldas a la realidad, la nueva Ley estatal no podía dejar de efectuar una llamada a las grandes y medianas entidades de voluntariado en las que se han implementado planes de igualdad, protocolos de no discriminación o de prevención del acoso para que se incluya a las personas voluntarias como destinatarios de los mismos (artículo 18.1 k). Carecería de justificación objetiva alguna que se mantuviese la exclusión *de facto* existente en la actualidad, máxime cuando dos de los grandes principios que deben inspirar la actuación voluntaria son la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de voluntariado y la no discriminación (artículo 5.2 h) e i). En la misma línea se vuelve a incidir la necesidad de que los Planes de Prevención en aquellas entidades de voluntariado en las que también existan trabajadores asalariados, se incluyan a las personas voluntarias, evitando así que su integridad física pueda verse comprometida por la realización de tareas de voluntariado.

Con todo, y como se anticipó, la principal novedad en el tema que nos ocupa ha sido el reconocimiento del importante papel que puede suponer para el fomento del voluntariado la intervención de empresas, instituciones privadas y administraciones públicas para promoverlo y facilitarlo mediante las medidas que se habilitan desde el ordenamiento laboral. Novedad que lo es en cuanto que se incorpora a la norma estatal, no porque esa práctica no existiese ya, como se acreditará más adelante.

Como no podía ser de otra manera, el artículo 20, que incorpora dicha previsión, se ha ubicado sistemáticamente en el titulo VI, intitulado como de "fomento y reconocimiento de la acción voluntaria". Además, se hace una expresa

mención a que su utilización como medidas estrictamente laborales que son, se ha de hacer con estricta sujeción a lo preceptuado en la norma laboral y a lo acordado en negociación colectiva. Con ello se ha seguido la recomendación del Consejo Económico y Social en su Dictamen sobre la Ley[34]dejando perfectamente claro que en modo alguno se ha pretendido inmisión alguna en el ámbito de la negociación colectiva, sustituyendo a los interlocutores sociales.

La decisión del legislador no ha hecho sino refrendar en el ámbito estatal lo que ya constituía un proceder normal, aunque no tan frecuente como sería deseable, en el espacio de la negociación colectiva y que estaba ya amparado en algunas normas autonómicas de voluntariado.

4. EL FOMENTO DEL VOLUNTARIADO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA[35]

Como se ha señalado, la negociación colectiva, si bien de manera incipiente y en muchos casos orientada por la actividad de fomento de las Administraciones públicas[36], ha tenido en cuenta el fenómeno del voluntariado estableciendo instrumentos que favorecen su desarrollo. La toma de postura ha sido dispar y va desde la exclusión expresa del ámbito de aplicación del convenio correspondiente hasta el reconocimiento de permisos retribuidos para ejercer labores de voluntariado. En cualquier caso, dicha tarea se ha realizado con escasa cobertura legal, ya que no todas las normas autonómicas, ni por supuesto la norma estatal hasta el 2015, amparaban con claridad dicha incursión de la negociación colectiva en el ámbito del fomento del voluntariado.

Del análisis del contenido de la negociación colectiva podemos extraer las siguientes manifestaciones:

34 Dictamen 1/2015 sobre el Anteproyecto de Ley de Voluntariado.

35 En extenso sobre el análisis de la posición jurídica de la persona voluntaria que sea trabajador por cuenta ajena puede verse, BENLLOCH SANZ, P.: *La actividad en régimen de voluntariado.* Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 354 a 358.

36 Adviértase que en algunas normas reguladoras se establece el compromiso de desarrollar los instrumentos para que el personal al servicio de las diferentes Administraciones Públicas pueda desempeñar actividades de voluntariado, compatibilizando su régimen laboral o estatutario con la efectiva realización de esas actividades. Así, la Disposición Adicional Primera de la Ley 4/2001, de 19 de junio, de Voluntariado Social, de la Comunidad de Valencia, que señala: "La Administración de la Generalitat podrá adoptar medidas tendentes al reconocimiento de los voluntarios que presten sus servicios en programas o proyectos acreditados, del derecho de los empleados públicos a la reducción de su horario de trabajo o de la adaptación de su jornada de trabajo para la realización de actividades de voluntariado. En cualquier caso, la reducción del horario de trabajo prevista en el párrafo anterior no podrá exceder de la mitad de su jornada de trabajo, y conllevará una reducción proporcional de las retribuciones. No obstante, cuando la reducción no supere la hora diaria, no generará deducción de retribuciones.". En ese sentido puede citarse, la Disposición Adicional Segunda de la misma norma establece que: "Reglamentariamente, el Gobierno valenciano establecerá los instrumentos para que el personal al servicio de la Generalitat pueda desempeñar actividades de voluntariado, compatibilizando su régimen laboral o estatutario con la efectiva realización de estas actividades".

*Un primer grupo de convenios se limitan a efectuar declaraciones sin trascendencia práctica alguna. En esa línea se enmarca el Convenio Colectivo del Personal laboral de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus Organismos Autónomos[37] que, en su Disposición Adicional 3ª, recoge el compromiso de la Administración de desarrollar el artículo 12 de la Ley Foral 2/1998, de marzo de voluntariado que contempla como una de las medidas de fomento del voluntariado, entre otras, la "cesión temporal, suficientemente motivada, con dedicación plena o parcial, de personal perteneciente a las Administraciones Públicas".

Con igual sentido expositivo, el Convenio Colectivo de la Entidad Metropolitana del Transporte de Barcelona[38] y el de la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y Tratamiento de Residuos[39] disponen en los artículos 21.3 y 24.3 respectivamente, rubricados "Aprovechamientos de recursos propios", que: "Las tareas de apoyo del voluntariado se limitarán a los ámbitos externos en los que sea conveniente la participación ciudadana y se llevarán a término respecto a la regulación legal que normaliza estos tipos de colaboración".

Por último, la realización de actividades de voluntariado se ha venido utilizando para definir determinados categorías profesionales. Es el caso, por ejemplo, del Convenio Colectivo del Personal laboral al servicio de la Administración de la Generalitat Valenciana[40], que en su anexo contempla las funciones del Técnico de voluntariado juvenil entre las que se encuentran las de elaborar los programas del Instituto, relativos a acciones de voluntariado social, la coordinación, supervisión y evaluación de las acciones de voluntariado realizado por el IVAJ o entidades colaboradoras y la realización y supervisión de las acciones formativas destinadas a los programas de voluntariado social del Instituto.

*En sectores de actividad donde es habitual la presencia del voluntariado, los pactos colectivos excluyen expresamente de su ámbito de aplicación a los voluntarios anticipándose así a una posible sustitución de trabajadores, allí donde es frecuente la coexistencia de ambos, bien porque las empresas reúnan a la vez la condición de Entidades de voluntariado, bien porque cuenten con la colaboración de voluntarios aportados por otras Organizaciones de voluntariado[41].

37 BON núm.11 de 24 de enero de 2007.

38 DOGC núm. 6277 de 19 de diciembre de 2012.

39 DOGC núm. 3851 de 22 de febrero de 2002.

40 Diario Oficial de la Comunidad Valenciana nº 6378 de 18/10/2010.

41 Ente otros muchos pueden verse, al respecto, el artículo 3 del Convenio colectivo de trabajo para el sector de escuelas de educación especial para los años 2013-2014, artículo 5 del XIV Convenio colectivo de Centros de Asistencia, Atención, Diagnóstico, Rehabilitación y Promoción de Personas con discapacidad (BOE de 9 de octubre de 2012,); artículo 2 del Convenio colectivo de la empresa Red Araña-Tejido de Entidades Sociales para el Empleo (Resolución de 20 de septiembre de 2010, de la Dirección General de Trabajo, BOE de 30 de septiembre de 2010) y artículo 2 del II Convenio Colectivo de la empresa Fundación Diagrama

*Por el contrario, otro grupo de convenios colectivos incorporan suspensiones de la relación laboral o interrupciones del contrato de trabajo retribuidas o no, que favorecen que el trabajador por cuenta ajena lleve a cabo sus labores de voluntariado. Pese a que hay un predominio de Convenios del Personal Laboral de las Administraciones Públicas, también en el sector privado empieza a valorarse la utilidad de estas medidas de fomento privado del voluntariado. Un examen de los diferentes pactos colectivos que consigna este tipo de instrumentos nos permite efectuar las siguientes consideraciones:

a) La primera situación que se reconoce es la excedencia voluntaria[42]. Como se sabe, dicha figura, a la que se refiere el artículo 46.2 ET, regula un derecho del trabajador de ejercicio potestativo que nace cuando este lleva al menos un año de antigüedad en la empresa y que supone el correlativo deber del empresario de concederla por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco. Al amparo, del último párrafo del citado precepto, se abre la puerta a la regulación paccionada de esta figura.

Siendo la excedencia voluntaria para la realización de labores de voluntariado una figura incipiente, es lógico que el tratamiento en la negociación colectiva sea dispar. En efecto, el Convenio Colectivo de trabajo del sector de Establecimientos sanitarios de hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios de análisis clínicos de Cataluña[43] contiene un régimen específico y particular sobre esta modalidad suspensiva incluida entre las excedencias voluntarias. La norma paccionada permite que la duración de la excedencia oscile entre un período mínimo de tres meses y otro máximo de tres años y reconoce, aproximándose al régimen propio de las forzosas, el derecho a reserva del puesto de trabajo, aunque no computa a efectos de antigüedad. En fin, el trabajador no podrá volver a solicitarla excedencia por idéntico motivo hasta trascurridos dos años desde la finalización de la anterior.

El artículo 26 del Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid[44] menciona expresamente como finalidad de la excedencia voluntaria la que se disfruta "por razón de voluntariado", para la que

Intervención Psicosocial (Resolución de 19 de junio de 2013, BOE de 30 de julio).

42 El artículo 7 del Real Decreto 519/2006, de 28 de abril contempla la excedencia voluntaria cuando el cooperante está vinculado la Entidad promotora mediante una relación laboral. Si es funcionario de una Administración pública o está sujeto a un régimen de personal estatutario al servicio de los servicios públicos de salud, se recoge la posibilidad de pasar a la situación de servicios especiales, contemplada en el artículo 29.2.a) de la Ley Función Pública, y en el artículo 64.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, a partir del momento en que sea enviado a realizar tareas de cooperación para el desarrollo o acción humanitaria, y siempre que esté previsto que se prolonguen durante más de seis meses. Si es inferior, el cooperante permanecerá en situación de servicio activo. Previsiones que entendemos que también podría ser aplicadas al voluntario de cooperación al desarrollo.

43 DOGC núm. 4521 de 30 noviembre de 2005.

44 BOCM núm. 58 de 10 de marzo de 2014.

tan sólo exceptúa la exigencia estatutaria del plazo mínimo de cuatro años para solicitar una nueva excedencia desde la reincorporación al término de la anterior.

El Convenio Colectivo de la empresa Danone, S.A.[45], junto a las excedencias por cuidado de familiar, reconoce a los trabajadores el derecho, previa acreditación documental, a un período de excedencia para realizar actividades de voluntariado social de tres a seis meses continuados de duración en un período de tres años. Como se compartirá, el régimen convencional es incompleto al no contemplarse ni el período mínimo de permanencia en la empresa necesario para poder solicitarla, ni si el trabajador solicitante tiene o no derecho a la reserva de puesto de trabajo ni, por último, el plazo de tiempo a partir del cual el trabajador podrá solicitarla de nuevo.

Por su parte, el Convenio Colectivo de la empresa Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA[46]contempla una excedencia voluntaria para fines de carácter solidario para los trabajadores con más de dos años de servicio efectivo en la empresa, que no hubieran disfrutado de otro período de excedencia en los tres años anteriores, de duración no inferior a seis meses y no superior a un año. Durante este período de excedencia el trabajador disfrutará del derecho a la reserva de su puesto de trabajo.

En la misma línea, el V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski (CECOSA Supermercados, SA, Vegonsa Agrupación Alimentaria, SA –VEGALSA–, Vego Supermercados, SA, Mercash-Sar, SL, CENCO, SA y Supermercados PICABO, SLU)[47], recoge una excedencia voluntaria en el ámbito de la "Responsabilidad y Compromiso Social" que describe como "aquellas dedicaciones de la persona trabajadora, a través de organizaciones no gubernamentales cuyo objeto social vaya dirigido en análoga dirección, orientadas a mejorar la sociedad y el entorno que le rodea; a promover los valores de convivencia, cooperación y solidaridad; a impulsar la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres; a propiciar la dignidad del trabajo, etc. La excedencia abarcaría tanto aquellas dedicaciones en organizaciones no gubernamentales en las que la naturaleza de la relación entre las partes fuese profesional y remunerada, como aquellas otras en que dicha naturaleza fuera en calidad de colaboración, voluntariado, etc.". Podrán acceder a estas situaciones de excedencia, de duración mínima de cuatro meses y máxima de cinco años, aquellas personas con al menos cinco años de antigüedad, previa solicitud y reconocimiento por parte de la empresa. Durante el primer año se tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo Grupo Profesional.

45 BOE núm. 260 de 29 de octubre de 2012.
46 BOE núm. 49 de 26 de febrero de 2015.
47 BOE núm. 129 de 13 de mayo de 2013.

Asimismo, el Convenio Colectivo Estatal del Comercio Minorista de Droguerías, Herboristerías y Perfumerías[48] contempla una excedencia voluntaria para participar en proyectos de organizaciones no gubernamentales para aquellos trabajadores con al menos un año de servicio, por un plazo mínimo de cuatro meses y no superior a cinco años, no computándose el tiempo que dure esta situación a ningún efecto.

Pueden citarse también respecto a las excedencias, el Convenio colectivo de la Fundación Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona[49] que, en su artículo 20.3, establece para los empleados/as con una antigüedad superior a un año que podrán solicitar la excedencia para acciones de voluntariado, por un término no superior a seis meses. El/la mismo/a trabajador/a podrá ejercer este derecho una sola vez. Los/las trabajadores/as que se encuentren en situación de excedencia para acciones de voluntariado tendrán reserva de su puesto de trabajo. La concreción para el ejercicio de este derecho se hará en función de las necesidades organizativas de la Fundación «la Caixa».

Por último, el Convenio colectivo de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada para el período 2013-2014[50]regula una excedencia solidaria o por voluntariado que podrán solicitar el trabajador o trabajadora, con una antigüedad mínima en la empresa de un año, tendrá derecho a un periodo de excedencia de entre tres a seis meses continuados de duración, en un periodo de tres años, para realizar actividades de voluntariado social. Para ello, será necesario que el trabajador o trabajadora no hubiera disfrutado en los cuatro años anteriores de una excedencia voluntaria. Durante este periodo de excedencia, el trabajador o la trabajadora tendrán derecho a la reserva de su puesto de trabajo. La excedencia solidaria o por voluntariado deberá solicitarse y justificarse ante el responsable de la Gerencia/Departamento del trabajador o trabajadora que la solicite, con copia al Departamento de Recursos Humanos. A tal efecto, se considerará justificada aportando la acreditación del programa de voluntariado al que el trabajador o trabajadora esté adscrito. En todo caso, para su concesión se deberá llegar a un acuerdo con la empresa y, se tendrán en cuenta las necesidades del servicio. El reingreso deberá solicitarlo por escrito el trabajador o trabajadora a la Gerencia/Departamento a la que pertenezca, con al menos una antelación de 15 días a la fecha acordada como de finalización de la excedencia.

b) Permisos y licencias

Sin duda la figura de la interrupción no periódica de la prestación laboral (permisos, licencias u otras análogas) es la que más acogida ha tenido en la

48 BOE núm. 112 de 8 de mayo de 2014.
49 BOE de 7 de marzo de 2014.
50 BOE de 8 de enero de 2014.

negociación colectiva. El XXIII Convenio Colectivo de la empresa Philips Ibérica, S.A.U.[51] configura un permiso retribuido específico para labores de voluntariado. El personal con un año de antigüedad en la empresa podrá solicitar dicho permiso que deberá ser debidamente justificado y que tendrá una duración máxima de 4 horas mensuales, sin posibilidad de acumulación en periodos superiores.

En la misma línea, el artículo 27 del VI Convenio colectivo de Telefónica Móviles España, SAU reconoce un permiso retribuido de 15 horas al año (o el equivalente a 2 jornadas de trabajo) para las acciones de voluntariado corporativo que se realicen dentro del marco de actividades organizadas y gestionadas por la Fundación Telefónica, con las condiciones y requisitos que se establezcan en la Circular Corporativa para el voluntariado y siempre que los servicios solidarios no se puedan prestar fuera de la jornada laboral.

Es frecuente que la negociación colectiva contemple licencias para asuntos propios no retribuidas que podrían ser utilizadas para el desarrollo de actividades de voluntariado. Algunos pactos colectivos han dado un paso más, y reconocen como una modalidad específica la posibilidad de solicitarla para la realización de misiones en países en vías de desarrollo. Pueden citarse como muestra los siguientes:

- El Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears[52] Su artículo 41 regula la b) titulado licencia sin sueldo para la realización de misiones en países en vías de desarrollo o no desarrollados establece que la concesión de esta licencia vendrá determinada por la realización de una misión en países en vías de desarrollo o no desarrollados, al amparo de una de las organizaciones a las que se refiere la Ley 6/1996, de 15 de enero, del voluntariado. Se deberá solicitar con una antelación, como mínimo, de un mes de la fecha prevista para su disfrute, y se habrá de resolver en el plazo de veinte días desde la fecha de recepción de ésta. Para la concesión de esta licencia será necesario resolución expresa, la cual habrá de ser motivada cuando sea desestimatoria. La duración acumulada de esta licencia no podrá exceder de un año cada cinco años, siendo el período máximo de disfrute continuado de tres meses".

- El Convenio Colectivo para el Personal Laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional[53]Su artículo 47.2que regula las licencias, establece que en el supuesto de que la licencia se solicite para realizar una misión en países en vías de desarrollo, al amparo de una de las organizaciones a las que se

51 BOE núm. 112 de 8 de mayo de 2014.
52 BOIB Núm. 174 - 19 de diciembre de 2013.
53 BOE 23 diciembre 2013, núm. 306.

refiere la Ley 6/1996, de 15 de enero del Voluntariado, su duración acumulada no podrá exceder de un año cada cinco años, siendo el período máximo de disfrute continuo de tres meses.

- El Convenio Colectivo para el personal laboral de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria[54] que en su artículo 42 referido a las licencias establece que en el supuesto de que la licencia se solicite para realizar una misión en países en vías de desarrollo, al amparo de una de las organizaciones a las que se refiere la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado, su duración acumulada no podrá exceder de un año cada cinco años, siendo el período máximo de disfrute continuo de tres meses. Precepto que reproducen el artículo 46 del III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, el artículo 48 del II Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado y el artículo 57 Convenio Colectivo del personal laboral del Gobierno de Cantabria.

c) Horario específico y reducción jornada

El último de los ejemplos del tratamiento de la negociación colectiva del fenómeno del voluntariado es la posibilidad de incidir en el régimen de jornada de trabajo del voluntario trabajador por cuenta ajena. Así lo establece el Convenio Colectivo de trabajo del Server Català de la Salut, Cat Salut (personal laboral)[55] que es el único de los consultados que contempla la posibilidad de adaptación de horario sin reducción de jornada o reducción de jornada por un mínimo de media hora y hasta un máximo de la mitad de su duración para participar en tareas de voluntariado social en organizaciones de cooperación y solidaridad, si bien se limita a periodos definidos y por causas concretas y debidamente acreditadas.

5. RETOS PENDIENTES

Una vez que se superen los recelos y desconfianzas y delimitados con precisión los ámbitos de intervención no sería aventurado proponer, sobre la base de lo analizado en la presente comunicación, al menos tres líneas de colaboración de la acción sindical con las entidades de voluntariado. En primer término, sería muy positivo que la negociación colectiva siguiese fomentando las actividades de voluntariado con los instrumentos a los que se ha hecho mención. Además, la colaboración de los sindicatos con las entidades de voluntariado resultaría tremendamente útil si compartiesen su experiencia en la negociación e implementación de planes de igualdad y de protocolos de no discriminación y acoso para incluir en ellos a las personas voluntarios. Por último, los sindicatos deben asumir mayor protagonismo

54 BOE 273 de 12 de noviembre de 2009.
55 DOGC núm. 4360 de 11 de abril de 2005

en el control de la posible amortización del empleo asalariado o en la eventual sustitución del papel de las Administraciones Públicas en la prestación de servicios públicos.

LIBERTAD SINDICAL: UNA VISIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Adriana María Buitrago Escobar[56]
Yaniza Giraldo Restrepo[57]

ÍNDICE:

1. DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL EN COLOMBIA
2. ALCANCE DE LA LIBERTAD SINDICAL
3. PROBLEMÁTICA ACTUAL
4. LA LIBERTAD SINDICAL EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA.

1. DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL EN COLOMBIA

[56] Doctora en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid-España), Máster Universitario en Derecho de Empresa con orientación investigadora, por la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid-España), Abogada por la Universidad Santiago de Cali (Cali-Colombia), Docente Investigadora de la Universidad de San Buenaventura (Cali-Colombia), adscrita al Proyecto de Investigación "Distinciones y conexiones entre los conceptos de Seguridad Social y derechos fundamentales", proyecto avalado y financiado por la Universidad de San Buenaventura Cali (Cali-Colombia), Docente Investigadora invitada por la Universidad de Alcalá de Henares mediante la Beca Giner de los Ríos.

[57] Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III (Madrid-España), Máster Universitario en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de por la Universidad Complutense (Madrid-España), Máster Universitario en Derecho Público por la Universidad Carlos III (Madrid-España), Abogada por la Universidad Libre de Cali (Cali-Colombia), Docente Investigadora de la Universidad de San Buenaventura (Cali-Colombia), adscrita al Proyecto de Investigación "Distinciones y conexiones entre los conceptos de Seguridad Social y derechos fundamentales", proyecto avalado y financiado por la Universidad de San Buenaventura Cali (Cali-Colombia), Docente Investigadora invitada por la Universidad de Alcalá de Henares mediante la Beca Giner de los Ríos.

El derecho a la libertad sindical, no es uno más de los derechos humanos o fundamentales, sino que es un prerrequisito o condición de posesión y ejercicio de otros derechos. Usando una expresión a la moda, podría decirse que es «un derecho para tener derechos», un derecho generador o creador de otros derechos.(Marcos-Sánchez y Rodríguez, 2001).

Este carácter genético o estructural de la libertad sindical se aprecia en la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) que proclama en primer lugar a la libertad sindical, aun antes que la proscripción del trabajo forzoso y del trabajo infantil y que la no discriminación. Es que si hubiera que elegir uno solo de los derechos humanos laborales, habría que escoger la libertad sindical, porque con ella existe al menos la posibilidad de crear los otros derechos o algunos de ellos. La inversa no se da. Se puede reconocer la limitación de la jornada, o el descanso semanal o el derecho a vacaciones, sin que ello genere el surgimiento de otros derechos. En cambio, el reconocimiento —y sobre todo el ejercicio— de la libertad sindical sí tiene esa potencialidad creativa de otros derechos, tanto que así fue como nacieron algunos de los otros derechos laborales y el derecho laboral mismo. (Ermida, 2012.)

En Colombia, mediante desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, como única intérprete autorizada de la Carta Magna, la libertad sindical es un derecho fundamental, así aparece estipulado en el artículo 39 de la Carta Política y los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo integrados al orden interno con rango de normas constitucionales, en virtud del artículo 93 Superior (Bloque de constitucionalidad). A lo anterior, la Corte Constitucional añade un argumento suplementario; que si Colombia ha suscrito esos tratados, entonces debe respetar lo que ellos establecen, pues el país se comprometió a cumplirlos de buena fe. Concluyéndose entonces, que "la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia. (Uprimny, 2005.)

Tal y como lo expresa la Carta Política colombiana, la libertad sindical comprende un complejo conjunto de garantías conexas. En primer término, el derecho de asociación sindical (artículo 39 de la Constitución Política), el derecho a negociar las condiciones laborales, bajo los parámetros establecidos en la Constitución y la Ley, y la posibilidad de iniciar una huelga, respetando también parámetros impuestos por el orden Superior. (Colombia, Corte Constitucional, 2013)

Ahora bien, frente al derecho de asociación sindical, la máxima corporación ha sostenido en su Sentencia T-441/92 que la libertad de asociación sindical

comprende tres enfoques, a saber: *a)* Libertad individual de organizar sindicatos, cuyo pluralismo sindical está consagrado en el artículo 2º del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo; *b)* Libertad de sindicalización (o sindicalización), ya que nadie puede ser obligado a afiliarse o a desafiliarse a un sindicato; en palabras del artículo 358 del Código Sustantivo de Trabajo, inciso 1º: "Los sindicatos son asociaciones de libre ingreso y de retiro de los trabajadores" y *c)* Autonomía sindical que es la facultad que tiene la organización sindical para crear su propio derecho interno, para organizarse, tal como lo dispone el artículo 3º del Convenio 87 de la OIT." (Colombia, Corte Constitucional, 192).

De otro lado, la no injerencia del Estado (y particularmente de la administración) en las decisiones de los Sindicatos es un principio cardinal del derecho a la asociación sindical, precisado especialmente en el Convenio 87 de la OIT. De igual forma, el Convenio 98 de la misma Organización prevé diversas reglas asociadas al principio de no discriminación. Específicamente, prohíbe a los empleadores (a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; y (b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

En suma, se puede afirmar sin lugar a dudas y retomando la postura del Constitucional colombiano, que el derecho sindical es a la vez un derecho constitucional individual de los trabajadores que son titulares del mismo, y un derecho constitucional colectivo, cuyo titular es el Sindicato. Así mismo, la libertad sindical como derecho fundamental, tiene reconocimiento como derecho humano, universal, a todas las personas que tengan la condición de trabajadores para que puedan agruparse en organizaciones que representen los intereses que son comunes a todas ellas en el ámbito laboral. (Colombia, Corte Constitucional, 2000). No obstante lo anterior, cabe mencionar que la libertad sindical, contenida en los mencionados instrumentos internacionales de la OIT, hace parte del bloque de constitucional, lo que refuerza el compromiso estatal de Colombia en el cumplimiento de las normativas de la máxima organización del trabajo en el plano internacional, y lo dota de la fuerza vinculante propia del bloque de constitucionalidad, así lo reitera la Corte Constitucional colombiana (Colombia, Corte Constitucional, 2015).Siendo dicha organización internacional (OIT), quien se implica activamente en las diligencias referidas a la promoción de la libertad sindical y de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva en América latina. (Vega-Ruiz, 2004)

2. ALCANCE DE LA LIBERTAD SINDICAL

El alcance del derecho de asociación, que comporta en sí mismo a la libertad sindical, fija su alcance conforme el contenido del Convenio 187 de la Organización Internacional del Trabajo OIT y los tratados internacionales sobre derechos humanos del trabajo, y en tal sentido, se establece en su articulado la prohibición a los Estados parte, de intervenir para limitar el ejercicio legal del derecho de asociación, entre otros, (Colombia, Corte Constitucional, 2000y 2003). Como ya se ha esbozado previamente, la libertad sindical contiene:

a) El derecho de todos los trabajadores, sin discriminación ni distinción alguna, para agruparse a través de la constitución de organizaciones permanentes que los identifican como grupos con intereses comunes, y cuya defensa propugnan. Este derecho implica la libertad tanto para afiliarse como para retirarse de dichas organizaciones.

b) La facultad de constituir y organizar estructural y funcionalmente las referidas organizaciones y conformarlas automáticamente como personas jurídicas, sin la injerencia, intervención o restricción del Estado.

c) El poder de las organizaciones de trabajadores de determinar: el objeto de la organización, condiciones de admisión, permanencia, retiro o exclusión de sus miembros, régimen disciplinario interno, órganos de gobierno y representación, constitución y manejo del patrimonio, causales de disolución y liquidación, procedimiento liquidatorio, y otros aspectos que atañen con su estructura, organización y funcionamiento, que deben ser, en principio, libremente convenidos por los miembros de las asociaciones sindicales al darse sus propios estatutos o reformarlos, salvo las limitaciones que válidamente pueda imponer el legislador conforme al inciso 2 del art. 39.

d) La facultad de las asociaciones sindicales para formular las reglas relativas a la organización de su administración, así como las políticas, planes y programas de acción que mejor convengan a sus intereses, con la señalada limitación.

e) La garantía de que las organizaciones de trabajadores no están sujetas a que la cancelación o la suspensión de la personería jurídica sea ordenada por la autoridad administrativa, sino por vía judicial.

f) El derecho de las organizaciones sindicales para constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones nacionales e internacionales.

g) La inhibición, para las autoridades públicas, incluyendo al legislador, de adoptar regulaciones, decisiones o adelantar acciones que tiendan a obstaculizar

el disfrute del derecho a la libertad sindical. (Colombia, Corte Constitucional, 2008).

Ahora bien, es necesario aclarar que a pesar de la protección y el carácter de derecho fundamental que se endilga a la libertad sindical, la misma no tiene carácter absoluto, y en la medida en que es la propia Carta Política establece como limitación, concretable por el legislador, que la estructura interna de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos y que, los Convenios Internacionales sobre derechos humanos autorizan que por vía legislativa puedan imponerse restricciones a los derechos, en cuanto ellas sean necesarias, mínimas, indispensables y proporcionadas a la finalidad que se persiga, para garantizar la seguridad nacional, el orden, la salud o moral públicos, los derechos y deberes ajenos y, en general, el cumplimiento de cualquier finalidad que se estime esencialmente valiosa. Por lo tanto, se advierte, que las aludidas restricciones o limitaciones no pueden, en modo alguno, afectar lo que se considera el núcleo esencial del derecho a la libertad sindical, de modo que la desnaturalicen o impidan su normal y adecuado ejercicio.(Colombia, Corte Constitucional, 2012).

En consecuencia, si bien la libertad sindical conlleva una protección reforzada por parte del constituyente y del legislador colombiano, la misma no es absoluta, y contiene unos límites establecidos por el orden legal y democrático del estado, sin que tales límites ejerzan restricciones al ejercicio del derecho de libertad sindical, ni menoscaben su contenido.

3. PROBLEMÁTICA ACTUAL

En términos generales, se puede señalar con suficiencia, que la libertad sindical en Colombia presenta problemas concretos referidos al derecho de huelga, que se encuentra restringido en la mayoría de los sectores productivos, pese a la protección del legislador y al ya mencionado, bloque de constitucionalidad, así mismo, se puede incluir como parte de la problemática sindical en Colombia, la exclusión del sector público en la negociación colectiva, las cada vez más frecuentes reformas laborales carentes de diálogo social; la violencia que afecta la totalidad de los ámbitos del estado colombiano, el bajo nivel de sindicalización dada la desincentivación por parte de la clase empleadora.(Fernández, 2015)

4. POSTURA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA FRENTE A LA LIBERTAD SINDICAL

El Estado colombiano aprobó la Ley 26 de 1976 (septiembre 15) en cumplimiento del Convenio número 87 adoptado por la Trigésima Primera Reunión

de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (1948), relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicalización. En el artículo 38 de la Constitución política se reconoce la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicalización.

A su vez, la Corte Constitucional colombiana dispuso en la sentencia Nº 441/92 que el derecho de asociación sindical es un derecho subjetivo el cual tienen la función estructural que desempeñar, pues constituye la manera de realizar y reafirmar el estado social y democrático de derecho, permitiendo este derecho que el individuo se integre a los diferentes grupos, y no es un derecho aislado y particular, sino un fenómeno social fundamental en una sociedad democrática; además, debe ser reconocido por todas las ramas y órganos del poder público. Asimismo, tiene un carácter relacional porque aparece por un lado como un derecho individual y por el otro se ejerce cuando haya otros ciudadanos que este dispuestos a ejercitar ese derecho, y cuando se dé esta condición de voluntades se forma una persona colectiva (Colombia, Corte Constitucional, 1992).

El derecho al trabajo es un derecho fundamental el cual se debe asegurar a todos los integrantes de la sociedad, en un Estado social de derecho, que garantice un orden político, económico y social justo. Este derecho al estar inmerso dentro de la Constitución, se encuentran dentro del mismo los siguientes derechos: la dignidad humana en conexión con el artículo 25 que dispone el derecho al trabajo digno, siendo un derecho de todas las personas y un deber del Estado su garantía. En el artículo 333 habla de la empresa y la libertad que existe en escoger la actividad económica siempre dentro de los límites del bien común, y por esto, la empresa como base del desarrollo tienen una función social que genera obligaciones (Colombia, Corte Constitucional 1992).

Así las cosas, por mandato Constitucional es obligación proteger el trabajo como derecho y deber, para el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado que es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes que genera esa labor humana (artículo 2º). Dentro de esto se encuentra la protección al derecho de asociación sindical. La Corte constitucional ha establecido esa libertad de asociación de los trabajadores como un derecho fundamental, consagrado en el artículo 38 de la Carta, en donde se garantiza el derecho de libertad de asociación sindical para para ejercer diferentes actividades que las personas tienen dentro de la sociedad. A saber, en el artículo 39 de la Constitución establece el derecho de los trabajadores y empleadores a crear sindicatos o asociaciones; su estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y los principios democráticos. El artículo 53 de la Constitución establece que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna colombiana y estos fundamentos

del 39 de la Constitución se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Colombia mediante la Ley 64 de 1968 (Colombia, Corte Constitucional, 1992).

De conformidad con la jurisprudencia respecto a la libertad de asociación sindical la Corte Constitucional ha establecido que este derecho comprende: a) el derecho a vincularse a organizaciones permanentes que les otorguen una identidad común, y que tienen por objetivos la defensa de intereses comunes, siendo la vinculación voluntaria; b) la libertad de participar en tales organizaciones como personas jurídicas, sin la intervención o restricción del Estado; c) la libertad de determinar el objeto, los requisitos para su admisión, estatutos, permanencia, retiros, manejo de recursos y en general todos los aspectos que se consideren necesarios para el buen funcionamiento de la asociación siempre con sujeción a los principios democráticos; d) la imposibilidad de cancelación de su o suspensión de su personería jurídica; e) la autonomía que tienen los sindicatos como asociaciones de empleadores de pertenecer a federaciones y confederaciones de carácter nacional como internacional (Colombia, Corte Constitucional, 2011).

En Colombia se ha reconocido a través de la jurisprudencia constitucional el derecho de buscar la protección jurídica para la protección de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela. Así las cosas, no sólo las personas naturales sino también las jurídicas en cuanto a la proyección del ser humano tienen derechos fundamentales, tales como la propiedad, el debido proceso, el derecho de petición, el derecho de acceso a la información. En consecuencia, las personas naturales y jurídicas poseen derechos y obligaciones dentro del sistema jurídico colombiano. La titularidad de la libertad de expresión es reconocida por la Corte Constitucional a las personas naturales como jurídicas, este derecho se hace extensible a los sindicaos y sus miembros.

Los sindicatos ejercen el derecho a la libertad de expresión en cuanto son los encargados de difundir las ideas y opiniones en el ámbito laboral, en el marco de las negociaciones colectivas, por medio de cualquier medio que escojan ya sea escrito u oral, siendo un derecho que tiene dos dimensiones: el derecho de los sindicatos a difundir la información y transmitir sus opiniones, como el derecho de los trabajadores a recibir la información sin obstáculos (Corte Constitucional 434/2011:libertad de expresión de los sindicatos) .

Entonces, en la negociación colectiva cuando el empleador interfiere en la misma y tiene la posibilidad de restringir el derecho a la libertad de expresión, como elemento fundamental del sindicato una acción inconstitucional y desproporcionada, que vulnera los derechos de asociación sindical y negociación colectiva. Así pues, La Corte Constitucional colombiana ha reiterado el derecho

de las personas jurídicas de reclamar el amparo de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela. Entonces, las personas jurídicas son titulares de derechos constitucionales fundamentales en tanto, la esencialidad de esto gira en torno a la tutela de los derechos de las personas naturales asociadas, cuando las personas jurídicas son titulares de derecho fundamentales no porque sustituyan a sus miembros, sino que lo son por sí mismas. Esto ha sido reiterado en la Sentencia de la Corte Constitucional T-063 de 2014, en el sentido de los derechos sindicales y la posibilidad que la persona jurídica ejerza la acción de tutela con el fin de proteger sus derechos y el de sus afiliados, siendo necesario analizar que su legitimidad dependerá de si se pretende proteger los derechos colectivos o aquellos del trabador desde su individualidad. Cuando se pretende salvaguardad los derechos de sus afiliados, irán ligados al sindicato, porque independientemente del individuo, lo que suceda afectara a todos sus miembros y por esto estará facultad la persona jurídica por conducto de su representante legal para acudir al amparo constitucional. A diferencia de cuando es una protección individual del trabajador, quien busca obtener beneficios individuales que no vinculan al sindicato, es él mismo, como persona natural quien debe interponer la acción ya sea en nombre propio, o a través de apoderado. Sin que se involucre al sindicato o sus intereses (Colombia, Corte Constitucional, 2014).

Dentro de los derechos que se tienen en la asociación sindical es el derecho al reconocimiento de los permisos sindicales porque sin este, se estaría restringiendo el derecho de asociación sindical. Esto permite facilitar el desempeño de las unciones propias de quienes promueves y protegen los intereses de la organización colectiva y de sus miembros. Es deber del Estado otorgar a los sindicatos y en especial a quienes ejercen labores representativas, de mecanismos que permitan mostrar su visibilidad y gestión, pues de otra manera no se estaría permitiendo su funcionamiento (Colombia, Corte Constitucional, 2014:).

Así, es un derecho fundamental que tienen las personas que participan y tienen representación en los sindicatos, a gozar de los permisos sindicales como garantía para su ejecución. Siendo un deber del Estado no interferir en su funcionamiento de manera libre y voluntaria, proporcionando la efectiva realización de valores fundamentales de la sociedad como el trabajo, la justicia social, la paz, la libertad y la convivencia (T-063 de 2014.). No basta con el simple reconocimiento del derecho de la organización sindical sino que es de vital importancia para su funcionamiento, la dotación de garantías que hagan visible su gestión. Esto ha sido reconocido en el artículo 39 de la Constitución Política colombiana que se denomina "*garantías necesarias para el cumplimiento de la gestión de los representantes sindicales"*. Los permisos sindicales según la Corte Constitucional colombiana permiten la ejecución y el desarrollo de la asociación sindical (Colombia, Corte Constitucional, 2014).

En consecuencia, en diferentes casos analizados por la Corte Constitucional se ha conocido el amparo de los derechos de sindicatos, porque estos son legítimos para asumir su propia defensa como la de los trabajadores que los integran (Colombia, Corte Constitucional, 2014). Los sindicatos están legitimados para instaurar acción de tutela de conformidad con los artículos 86 de la constitución y 10 del Decreto 2591 de 1991, donde dispone que la tutela puede ser presenta por el afectado o quien actúe en su nombre o lo represente. En consecuencia, el juez de tutela será competente para conocer y decidir las relaciones entre trabajadores o sindicatos, y de empleadores en el caso que se presente vulneración a los derechos fundamentales. Como los sindicaos son conformados por una pluralidad de personas, es necesario garantizar la libertad de expresión de forma que puedan divulgar la información y promoción de concertaciones internas. Por esto, es un derecho no solo de los trabadores sino de los sindicatos, que requieren tener posibilidad de expresarse, informar, aunque también son titulares de derechos y obligaciones.

Así, la libertad sindical conlleva un conjunto de derechos conexos a la misma, en donde está el derecho de asociación sindical, el derecho a negociar las condiciones de trabajo y el derecho a iniciar una huelga (Colombia, Corte Constitucional, 2013).

El derecho de asociación sindical faculta a los empleados para constituir organizaciones que consideren pertinentes para el ejercicio de este derecho, y afiliarse a las mismas con el fin de cumplir los estamentos dispuestos de los sindicatos, teniendo las organizaciones sindicales la autonomía para la redacción de sus propios estamentos y estatutos, eligen a sus representantes, organizar las actividades a ejecutar, todo esto sin que el Estado pueda intervenir.

Unas de las consecuencias que se derivan del derecho a la libertad sindical es la garantía de un derecho de estabilidad laboral reforzada, para algunos trabajadores que ejercen funciones esenciales dentro del sindicato. Así, sus contratos no pueden darse por terminados por el empleador sin una justa causa, reconocida previamente por un juez laboral. Este derecho de libertad sindical se establece con el fin de proteger el sindicato antes que como un beneficio de individual del aforado. Esto se explica porque el derecho de asociación individual es un derecho constitucional que tienen los trabajadores que son titulares del mismo, pero a la vez, existe un derecho colectivo en el cual es titular el sindicato (Colombia, Corte Constitucional, 2013). Así que cuando un empleador acude a la terminación del contrato de trabajo despide sin justa causa para afectar el derecho de libertad sindical, es claro que el objetivo primario de esto es debilitar el sindicato.

De conformidad con la jurisprudencia colombiana, en el evento que se despida a un miembro del sindicato aforado sin respeto por el debido proceso sindical, el despido es ineficaz, posteriormente dará lugar al reintegro del afectado, teniendo que

pagarle los salarios y prestaciones que dejó de percibir, siendo esto independiente de las sanciones que el legislador ha dispuesto en materia penal y pecuniaria para la protección del derecho de asociación sindical (Colombia, Corte Constitucional, 2013).

5. CONCLUSIONES

La legislación colombiana que brinda protección al derecho de libertad sindical, se remonta a los inicios del siglo XX, dicha tendencia se fue consolidando con la entonces naciente ONU, que crea con posterioridad la OIT, cuyos acuerdos, Convenciones y demás han sido ratificados por Colombia, más que por cualquier otro país latinoamericano, sin que ello implique el cumplimiento de los compromisos adquiridos a través de dichos instrumentos.

Lastimosamente, no hay avances reales en materia de sindicalización en Colombia, ya que a la fecha, el Congreso de la República se encuentra en mora de legislar, reglamentando el derecho de huelga, no obstante la solicitud que del susodicho reglamento le hiciere la Corte Constitucional desde el año 1991, con el agravante que implica la violencia frente al ejercicio del derecho de asociación, que ha determinado la creación de una unidad especial en la Fiscalía, para la investigación de los delitos cometidos en contra de los miembros sindicales, situación que conlleva paralelamente a la disminución y/o desaparición de los sindicatos.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, ha desarrollado el derecho a la libertad sindical, protegiendo su creación y consolidación frente a la intervención del empleador, y está acorde con las disposiciones internacionales, convenios y tratados en los cuales Colombia hace parte, reconociendo no solo el derecho de las personas naturales sino jurídicas, en tanto, que la protección recae en el derecho fundamental que tienen las personas como también las agremiaciones sindicales, a poder asociarse, promulgar y divulgar todos los derechos que tienen los trabajadores, sin ninguna restricción por parte del empleador porque en este evento, se estaría vulnerando un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, no obstante tal protección se torna insuficiente, ya que falta regulación concreta por parte del Congreso de la República, mayor seguridad para los dirigentes sindicales frente a la violencia selectiva de la que son víctimas y es urgente iniciar un diálogo que logre la concertación entre patrono-empleado y el estado, con las prohibiciones de injerencia legales, pero con una política idónea que garantice el ejercicio de la libertad sindical sin restricciones de ningún tipo.

Queda ampliamente argumentado que la Corte Constitucional en su función de máxima intérprete autorizada de la Carta Política colombiana, propende

por la protección a la libertad sindical, señalando que su condición de derecho fundamental, exige del estado colombiano no solo garantías sino también protección frente a posibles vulneraciones por parte de empleadores, sean estos de carácter público o privado. Y para lograr la consolidación proteccionista referida, blinda a los trabajadores sindicalizados del despido, mediante la investidura del fuero sindical. No obstante, el empleador colombiano, suele encontrar mecanismos legales para transgredir el objeto de protección del constitucional, y en la mayoría de los casos, consigue la autorización de despido para estos trabajadores, amparado en las justas causas legales de terminación unilateral del contrato de trabajo, desdibujando la función del fuero a esta clase de trabajadores e desincentivando indirectamente la creación y/o consolidación de sindicatos; vulnerando además, el derecho constitucionalmente consagrado de libertad sindical.

No obstante, distintas salas de revisión de la Corte, hayan considerado que si un despido se relaciona con el propósito de atentar contra la libertad sindical y minar la consolidación de las organizaciones sindicales, debe ser declarado ineficaz y debe ordenarse el consecuente reingreso del trabajador, sin solución de continuidad en materia de salarios y prestaciones.

6. BIBLIOGRAFÍA

Fernández Alonso, E., "El Juez laboral y la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de asociación", en Revista de Derecho Público número 34, Ed. Uniandes, Bogotá, 2015

Ermida Uriarte, O., "Crítica de la Libertad Sindical", en: Revista de la Facultad de Derecho PUCP, número 68, p.33-61, Ed. PUPC, Perú, 2012.

Marcos-Sánchez, J., y Rodríguez, E., "Manual para la defensa de la libertad sindical, Ed. OIT, Lima, 2001.

Ruiz-Vega, M., "Libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva en América Latina", Ed. OIT, Géneva, 2004.

Uprimny, R., "El bloque de constitucionalidad en Colombia", Ed. Universidad Nacional, Bogotá, 2005.

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Sentencia T-441 de 1992
Sentencia T-568 de 1999
Sentencia T-436 de 2000

Sentencia C-385 de 2000
Sentencia C-797 de 2000
Sentencia T-211 de 2000
Sentencia T-603 de 2003
Sentencia C-465 de 2008
Sentencia C- 434 de 2011
Sentencia T-261 de 2012
Sentencia T-842A de 2013
Sentencia T-063 de 2014
Sentencia C-018 de 2015

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convenio 87 de la OIT
Convenio 98 de la OIT.
Convenio 151 de la OIT
Convenio 154 de la OIT

EXPLORANDO NUEVAS FORMAS DE ACCIÓN SINDICAL EN LA ACTUAL CONFORMACIÓN DEL MODELO LEGAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sofía Olarte Encabo
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO:

1. BREVE CARACTERIZACIÓN DEL MODELO CONSOLIDADO DE ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA

2. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA

3. LOS CAMBIOS EN EL MODELO LEGAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA

4. ORIENTACIONES SOBRE CAMBIOS ADAPTATIVOS

1. BREVE CARACTERIZACIÓN DEL MODELO CONSOLIDADO DE ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA Y SUDEFICIENTE ADAPTACION AL CONTEXTO SOCIO-ECONÓMICO

Han transcurrido ya treinta años de la adopción de un modelo legal de libertad sindical promocional que, aun sustentado predominantemente sobre el papel institucional del sindicato como sujeto político –en torno a la noción de sindicato más representativo-, reconoció un espacio importante a la acción sindical en la empresa desde un principio.

No obstante, el reconocimiento y tutela del derecho de acción sindical en la empresa se llevó a cabo con posterioridad a la implantación de otro canal de participación de los trabajadores en la empresa en el Estatuto de los Trabajadores, a través de los comités de empresa y delegados de personal, generalmente conocidos como órganos de representación unitaria. Estos órganos contaban con una tradición histórica en nuestro país, de la que carecían las secciones sindicales y delegados sindicales, lo que en un principio determinó su mayor protagonismo en la empresa, pese a que no ha existido propiamente una preferencia legal en su favor.

La cohabitación de unas y otras formas de institucionalización de los intereses colectivos de los trabajadores en la empresa, fue desde un principio convergente, ya que ni los comités de empresa y delegados de personal se limitaron a asumir un papel de colaboración y participación en la empresa –sino que desempeñaron una función representativa y reivindicativa frente al empresario- , ni las secciones sindicales se limitaron a la confrontación frente al empresario, asumiendo funciones participativas. Convergencia de lógicas que reflejan la propia LET –que en las distintas rúbricas y artículos alterna los términos "participación" y "representación- y la LOLS –que atribuye derechos de participación a las secciones sindicales y delegados sindicales-.

A dicho proceso de "hibridación" ha contribuido, sin duda, el hecho de que la representatividad sindical se sustente sobre los resultados electorales obtenidos en las elecciones a miembros de comités de empresa y delegados de personal, así como el que estos procesos electorales estén protagonizados por los sindicatos, desde su comienzo a través de la promoción de las elecciones y la presentación de candidaturas. De hecho, la mayor parte de reclamaciones y arbitrajes electorales son instados por sindicatos, incuestionablemente involucrados en la lucha "de cifras" para la consecución o mantenimiento de la mayor representatividad. Y, adicionalmente, las matizaciones de la doctrina constitucional sobre los privilegios de los sindicatos más representativos en el ámbito de la acción sindical de empresa han determinado también la búsqueda de una implantación real en los centros de trabajo.

Este modelo de acción sindical en la empresa dual se ha conformado predominantemente sobre una determinada realidad empresarial -grandes empresas industriales según el modelo fordista-. Las nuevas formas de organización empresarial –sobre todo, la descentralización productiva- y la proliferación de empresas de pequeñas dimensiones favorecida por la revolución de las nuevas tecnologías –no solo de las TIC- determinan que la realidad empresarial sea hoy muy distinta: cadenas de contratas y subcontratas, existencia de redes de

empresas vinculadas por razones productivas y grupos de empresa[58]. Cambios que sólo el vigente ET ha ido incorporando en relación con los comités de empresa y delegados de personal, sin que la LOLS haya procedido a una revisión de la acción sindical. Ello determina un desajuste entre el modelo de empresa realmente predominante y el que aún es el referente de la acción sindical conforme al vigente modelo legal, en progresiva desaparición. Y, paralelamente a los cambios en las estructuras productivas, los correlativos cambios en el mercado de trabajo flexible, provocan un segundo desajuste: las diferentes vías de inserción laboral a través de la multiplicación de modalidades contractuales, la creciente diferenciación de estatus jurídicos con mayor diversificación de condiciones de trabajo, la irrupción de relaciones laborales triangulares –no sólo en el marco de las empresas de trabajo temporal- y el predominio de contrataciones temporales y a tiempo parcial provocan no sólo una creciente disgregación de intereses colectivos sino también la pérdida de centralidad del trabajador por cuenta ajena clásico que es aun hoy el modelo de referencia de la acción sindical en la empresa.

Estos desajustes no son únicos o específicos del sindicalismo español sino que, en buena medida, coinciden con los análisis comparados que, desde una perspectiva más amplia analizan los problemas y retos a que se enfrentan los sindicatos en el período de crisis económica. Ante un contexto común de globalización económica y dumping social sin precedentes, de ajustes presupuestarios y rebajas del modelo de Estado de Bienestar, retroceso de los servicios públicos y el empleo público, políticas laborales neoliberales y crisis de empleo, los sindicatos en Europa han tenido que afrontar nuevos retos[59]:

- Una mayor dificultad de concertación social.

- Problemas de financiación y de organización.

- Una correlación de fuerzas debilitada de cara a la negociación colectiva, en un marco legal menos garantista, que, además, apuesta por la descentralización de la

[58] Sobre los problemas de adaptación que las nuevas formas de organización empresarial plantean al sindicalismo, vid. más ampliamente, CRUZ VILLALÓN, J.: "Acción sindical en la empresa: viejos y nuevos debates", en www.ortegaygasset.edu/.../Accion%20sindical%20empresa%20Cruz%20 y en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Socia, nº 179, 2015.1*

[59] Un análisis sobre los diferentes desafíos del sindicalismo en los diferentes países europeos, distinguiendo entra países nórdicos, del Sur de Europa, de la Europa Central, Países del Este, y el Reino Unido, en el que se reflexiona sobre el impacto de la crisis económico-financiera, pone de manifiesto la existencia de respuestas diferentes propias de una determinada tradición sindical y aspectos contextuales diferenciados, aun dentro de un mismo grupo de países. Sin embargo, la conclusión final es clara, los sindicatos tienen que reinventarse para poder seguir desempeñando su papel de organizaciones al servicio de la mejora de las condiciones de vida y trabajo de las clases trabajadoras y la mayor solidaridad social. Vid. Bernaciak, M, Gumbell-McCormic, R. y Hyman, R.: "El sindicalismo europeo: ¿de la crisis a la renovación?, en Cuadernos, nº 40, marzo de 2015, Fundación 1 de Mayo, siendo interesante la abundante bibliografía citada.

negociación colectiva y el debilitamiento de la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

- Un mercado de trabajo cada vez más segmentado con la consiguiente disgregación del interés colectivo de la clase trabajadora y la solidaridad de clase.

- La desafección creciente de los trabajadores, menor en el caso del prototipo clásico de trabajador por cuenta ajena de edad madura, que en el caso de los nuevos prototipos emergentes de trabajadores –casi todos, más jóvenes-, que perciben el sindicato como un vestigio histórico.

- La excesiva burocratización inherente a las estructuras sindicales complejas y de cierta dimensión, que asumen un papel institucional cada vez menos relevante en términos de capacidad de influenciar las políticas socio-laborales, que, además, no es bien valorado por las bases ni por la clase trabajadora.

- La pérdida consiguiente de capacidad de movilización social, que, en el mejor de los casos, cada vez está siendo asumida por otro tipo de organizaciones menos formales.

2. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA

A partir de la breve caracterización sobre el estado de la cuestión, tanto de la evolución y la situación actual del modelo legal de acción sindical en la empresa, como del contexto político, social y económico y su impacto sobre el sindicalismo y habiendo indicado las disfunciones o desajustes que actualmente se están produciendo en las organizaciones sindicales, interesa analizar más detenidamente la incidencia de los cambios del modelo legal de negociación colectiva sobre el vigente modelo legal de acción sindical en la empresa y la organización sindical a nivel de empresa.

Las tres grandes instituciones de las relaciones colectivas de trabajo o manifestaciones de la autonomía colectiva (auto organización de intereses colectivos, auto regulación de intereses colectivos y auto tutela de dichos intereses) son inescindibles, de modo que difícilmente son concebibles ni tienen virtualidad por separado. Conforme a ello, en un planteamiento aristotélico-holístico, lo relevante es el todo, el resultado final y global de las recíprocas interacciones entre auto-organización, auto-regulación y auto-tutela.

En este sentido la acción sindical, como pieza clave de la vertiente organizativa sindical requiere un replanteamiento profundo a la vista de la transformación del

modelo legal de negociación colectiva, a partir de una deconstrucción del modelo precedente. Cambios en la negociación colectiva que no se han producido de forma aislada en nuestro ordenamiento jurídico, ya que en todos los países europeos, en unos más que en otros, el centro de gravedad se está viendo progresivamente desplazado del nivel sectorial al nivel de empresa. En general, el nivel de empresa ha contado con presencia en todos los sistemas de negociación colectiva, pero asumiendo un papel de suplemento o mejora de los convenios sectoriales y con una posición jerárquica inferior a éstos. Sin embargo, actualmente el protagonismo normativo de los convenios sectoriales se ha visto reducido en favor de los convenios de empresa, que, en muchos países como el nuestro llegan hasta a excepcionar o comportar la no aplicación a la baja de lo establecido en los convenios sectoriales –descuelgues a nivel de empresa-. Y, junto a los cambios del modelo legal, la negociación colectiva atraviesa una etapa difícil para la consecución de mejoras en un contexto de crisis económica que no cede y de altas tasas de desempleo, con la penetración de modelos retributivos cada vez más diferenciados en función del rendimiento y la imposición de la moderación salarial. Esto se observa en los países nórdicos donde los convenios colectivos sectoriales se limitan a establecer pautas generales de los incrementos retributivos, derivando a los convenios de empresa su determinación. Mientras que en otros como Alemania, la tendencia descentralizadora tiene un impacto mayor por la menor tasa de afiliación sindical y la escasez de mecanismos de articulación entre las estructuras nacionales y el lugar de trabajo. E incluso en países con una estructura fuertemente centralizada como Austria, se constata un importante avance del nivel de empresa y ciertas dificultades de coordinación entre su organización central y las estructuras sindicales a nivel de empresa. En Francia la deriva hacia la negociación colectiva de empresa es muy relevante, cuantitativa y cualitativamente hablando, mientras que el protagonismo sindical en el centro de trabajo, teóricamente bien asentado, carece de la fuerza necesaria para afrontar estos cambios. Y en Italia, la descentralización desorganizada ha favorecido el poder empresarial a través de los descuelgues de los convenios sectoriales. Tendencia mucho más radical en el Reino Unido, donde la negociación sectorial ha desaparecido prácticamente desde finales del siglo pasado.

Esta tendencia general descentralizadora comporta que los sindicatos, entre los retos que deben afrontar, tenga que dar prioridad a su presencia activa en los lugares de trabajo, porque el núcleo básico de su función como organización de defensa de los intereses de los trabajadores es la negociación colectiva y la batalla por la mejora de las condiciones de trabajo reales se va a librar no en las estructuras confederales, ni federales –territoriales- sino en las empresas. Y para derivar esta responsabilidad en las estructuras sindicales descentralizadas es preciso que las organizaciones tomen conciencia de esta necesidad y procedan a realizar los pertinentes ajustes para, en virtud de su autonomía organizativa, poder seguir siendo una organización útil para el colectivo al que representa. La crisis de utilidad

sindical de la que ya se ha hablado doctrinalmente pasa por una mejor preparación técnica de los representantes sindicales en las empresas, la dedicación de más medios personales y económicos, la redefinición de las estratégicas, una mejora de su imagen en los centros de trabajo, la consecución de una mayor afección de los trabajadores y de una mayor capacidad de movilización, reservándose las estructuras territoriales y confederales un papel de apoyo, asesoramiento y coordinación. Estas consideraciones se sustentan, en el caso español, en los cambios que la reforma legal de 2012 introdujo en el Título III del ET, afectando la eficacia normativa y *erga omnes* automática o *ab initio* de los convenios colectivos, que son los elementos claves –junto con la representatividad- de una estructura de la negociación colectiva y un prototipo de organización sindical centralizado también.

3. LOS CAMBIOS DEL MODELO ESTATUTARIO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El modelo legal de convenio colectivo adoptado por el ET/80 se ha sustentado en tres elementos o características:

- Naturaleza normativa (inderogabilidad, imperatividad, automaticidad, principio de modernidad y eficacia ultractiva).

- Eficacia subjetiva general (automáticamente o ab initio).

- Prohibición de concurrencia, salvo acuerdo marco en contrario, lo que ha propiciado la inamovilidad de una estructura negocial centralizada en torno a dos ejes, el nivel sectorial estatal y el sectorial provincial, con un incipiente desarrollo del nivel intermedio autonómico.

- Preeminencia de la negociación sectorial sobre la de empresa.

La Ley 3/2012 no ha derogado expresa ni formalmente los dos primeros elementos (naturaleza normativa y eficacia general), sin embargo, lo establecido en el primer inciso del art. 82.3 ET –el convenio colectivo vincula a todos los empresarios y trabajadores dentro de su ámbito de aplicación- no resulta coherente con el régimen diseñado por el vigente Título III del ET, teniendo en cuenta que prácticamente todos los elementos del régimen jurídico del convenio colectivo han sido modificados (no hay un solo artículo que no haya sido modificado) y, además, de forma sustancial.

Las anteriores reformas del ET comenzaron un lento proceso de erosión de la eficacia del convenio, pero ha sido la reforma de 2012 la que ha marcado un antes

y un después, situando el nivel de empresa en una clara posición de preeminencia, lo que en buena medida se consideran son opciones legales cuya modificación ha sido la consecuencia de la implantación de un *Derecho del Trabajo Flexible* que demanda un nuevo modelo de *convenio flexible.* La reforma introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, cuya constitucionalidad ha sido admitida totalmente por el TC, -STC 8/2015- constituye, la gran reforma del sistema normativo de la negociación colectiva. Y aunque es cierto que las reformas legales inmediatamente anteriores (Ley 35/2011 y RDL 7/2011) ya introdujeron importantes modificaciones en el Título III del ET, sin embargo, el modelo legal de negociación colectiva instaurado en 1980 a partir del texto constitucional permaneció reconocible en lo esencial. La Ley 3/2012, redefine de forma unilateral el modelo legal de negociación colectiva diseñado en 1980[60], buscando evitar que los convenios colectivos sean un factor de rigidez, lo que pasa, de un lado, por rebajar el carácter vinculante y la obligatoriedad del convenio colectivo estatutario, tal como se había concebido hasta este momento y de otro, por imponer la preeminencia del nivel de negociación de empresa,. En otras palabras, la Ley 3/2012 es clave en el proceso de deconstrucción del modelo legal de negociación colectiva, junto con otras normas como es, en el sector público, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Estos cambios han determinado que el resto de las "piezas" del modelo legal hayan sido modificadas, también en un sentido flexibilizador. Lo dispuesto en el artículo 82 del ET, cuyo apartado 3, párrafo 1º no ha sido modificado, mantiene, en los mismos términos que el ET originario en su redacción de 1980, que los convenios colectivos –estatutarios- obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante su vigencia. Esta previsión legal se sustentaba en sus orígenes sobre un sistema legal de estricta y selectiva selección de los sujetos legitimados para negociar estos convenios, para garantizar la representatividad del colectivo al que el convenio va a obligar (legitimación inicial del art. 87 y deliberante del art. 88 y decisoria del art. 89). Así pues se puede decir que la eficacia general automática reconocida por ley se sustentaba técnicamente y se legitimaba socialmente en la negociación por sujetos ampliamente representativos de los sujetos obligados y con mayorías suficientes. Sin embargo, tras la reforma de 2012 se han rebajado muy considerablemente

[60] Es cierto que la otra gran reforma, la de 1994, también afectó a la negociación colectiva, aun no modificando directamente el Título III del ET. Pero a diferencia de ésta, en la que el legislador pretendía hacer de la negociación colectiva un instrumento de la flexibilidad laboral, en la de 2012, la negociación es percibida obstáculo de la flexibilidad y deja de ser el remedio contra la rigidez para ser la causa o –al menos una de ellas- de la misma.. Vid.. GOERLICH PESET, J.Mª: "Flexibilidad interna y negociación colectiva en la reforma de 2012", DL, n. 95-96, 2012., para quien este cambio de óptica se puede data antes, en las reformas del RDL 7/2001, lo que le lleva a sostener que realmente hay sustancial continuidad entre todas las reformas laborales posteriores (las de 2010, 2011 y 2012), cfr. p. 57 *in fine* y p 58. .

dichas exigencias, pese al mantenimiento formal del modelo de convenio de eficacia general. Ello se explicaría, además de la supuesta voluntad legal de facilitar la firma de convenios colectivos, precisamente en el hecho de que en el marco jurídico vigente los convenios tienen una eficacia general degradada, muy alejada de la inicialmente reconocida. Por ello, resulta coherente que, ampliadas las posibilidades de inaplicación, se exijan menos niveles de legitimación, pero por esta misma razón la subsistencia del primer inciso del art. 82.3 ET resulta incoherente en sus términos actuales resulta incoherente por incierta. Y la razón no es otra que la utilización de una técnica de redacción legal de camuflaje de la pérdida de la eficacia general del convenio, para evitar una mayor contestación social frente a la reforma. Y ello, pese a que el objetivo formalmente declarado era facilitar la conclusión de convenios colectivos sectoriales estatutarios, tal y como aparece expresado en la Exposición de Motivos –apartado IV- al explicar el cambio operado en la voluntad del legislador de "extender la negociación colectiva hacia mayores niveles de cobertura".

Pero lo que sí es muy significativo es que el ET haya roto con su tradicional neutralidad en materia de legitimación negociadora en los convenios colectivos de empresa, y que lo haya hecho en favor de las secciones sindicales con mayoría de miembros del comité de empresa. Frente a la "neutralidad" tradicional, que no hacía sino delegar en el empresario la selección de su interlocutor o contraparte, el modelo vigente sienta ya la preferencia legal por el canal de representación sindical siempre que cuente con un respaldo mayoritario en el lugar de trabajo. Esta es, sin duda, una llamada a las organizaciones sindicales a las que se quiere reconducir a este nivel, dado que la voluntad legal es el desarrollo de una estructura descentralizada.

En el mismo flexibilizador se modificaron también las reglas de legitimación plena, al introducir en el párrafo tercero del art. 88.2 ET una nueva regla supletoria según la que cabe la válida constitución de la comisión negociadora por asociaciones empresariales que no alcancen los requisitos ordinarios de la legitimación plena –que se exigen con carácter general y únicos antes de esta reforma: el que las asociaciones empresariales representen a empresarios que den ocupación a la mayoría de los trabajadores afectados), bastando con que las asociaciones empresariales que cuenten con el 10 por 100 de los empresarios que den ocupación a igual porcentaje de trabajadores, para la válida constitución de la comisión negociadora del lado empresarial por remisión del art. 88.2 al art. 87.3.c) del ET. Regla supletoria que también rebaja las exigencias de legitimación deliberante del lado de los trabajadores, pues paralelamente la ley introduce una regla subsidiaria para cuando los sindicatos legitimados no alcancen en la comisión deliberante la mayoría absoluta de los miembros de comités de empresa y delegados de personal, requiriendo en tales casos la mera

presencia de organizaciones sindicales más representativas en el ámbito estatal o autonómico[61]

La rebaja de exigencias de legitimación no resulta especialmente cuestionable en relación con un modelo de negociación colectiva en el que la eficacia *erga omnes* se ha visto horadada hasta niveles irreconocibles, con el objeto de hacer del convenio una técnica de regulación flexible muy alejada del modelo clásico colectivo como ley de la profesión. Un modelo que permite la generalización de los descuelgues y la preferencia aplicativa del convenio de empresa, que apuesta decididamente por la descentralización de la negociación colectiva, haciendo del convenio colectivo de empresa el eje de gravedad de la negociación colectiva.

- De otro lado, en segundo lugar, otra de las características "clásicas" del modelo legal de convenio colectivo estatutario, muy relacionada con su naturaleza normativa, son la ultractividad normativa y la prórroga tácita. Instituciones, ambas, que tienen su razón de ser en el peculiar modelo legal de convenio de eficacia general, ya que a través de estas previsiones legales se pretende dotar a estos convenios –por su elevada tasa de cobertura- de la necesaria estabilidad, propia de su naturaleza normativa, para el adecuado cumplimiento de su función normativa. En efecto, la ultractividad establecida en el artículo 86 ET desde su redacción originaria –y que ha perdurado tres décadas incólume- y a lo largo de su amplia andadura, se ha conformado como una pieza clave del convenio como norma –relacionada con su estabilidad normativa- como uno de los rasgos característicos del convenio colectivo estatutario y ha solucionado más problemas de los que ha generado. Ha supuesto un elemento de estabilidad y ha permitido el desarrollo más libre y meditado de los procesos negociadores complejos, al aportar una "red de seguridad", reduciendo el "stress" negociador. Desde el punto de vista de la estrategia negociadora, pese a que se suele pensar que la ultractividad favorece unilateralmente a los trabajadores, la realidad es que su impacto no ha tenido un impacto unidireccional (no siempre ha favorecido al mismo banco, sindical-patronal). Pese a sus bondades, relacionadas con la seguridad jurídica y un entorno o favorable a una negociación colectiva cada vez más compleja, la ultractividad ha generado problemas: básicamente, la petrificación de la negociación, frenando un deseable dinamismo y desincentivando la renovación de los contenidos. Objeciones,

[61] La norma da respuesta a supuestos de hecho en los que la jurisprudencia ya había avanzado la posibilidad de admitir la legitimación plena en estos casos cuando el convenio hubiera sido suscrito por los sindicatos más representativos, ya que la mayoría absoluta de cero representantes, sería también cero. En todo caso, se trataba de un razonamiento *obiter dicta* planteado por el TS en su Sentencia de 4 de junio de 1999, en relación con el convenio sectorial estatal del sector de profesionales taurinos, que no impidió que se estimara la demanda, rechazando la legitimación en este caso concreto de un sindicato que disponía de un elevado porcentaje de afiliados en dicho sector. Ahora la Ley adopta una postura sugerida por el TS y lo hace directa y expresamente estableciendo en este caso la legitimación plena de las organizaciones sindicales más representativas, considerando que dicha representatividad general es suficiente como para justificar también la representatividad en este tipo de sectores.

que, en parte, se han visto paliadas por una interpretación judicial dinamizadora de dichas situaciones de inmovilismo, a través del juego de las reglas de concurrencia del art. 84 ET[62]. La doctrina con anterioridad a la reforma de 2011[63]había advertido de la necesidad de limitar temporalmente la ultractividad en un contexto de crisis económica, en el que es necesario un mayor dinamismo y mayor capacidad de adaptación de las regulaciones colectivas a las cambiantes situaciones de la economía y de las empresas. Pese a ello, en 2011 se descartó limitar temporalmente de forma imperativa la ultractividad. Posteriormente, el RDL 3/2012 estableció un período dispositivo de dos años máximos de ultractividad y, finalmente, la Ley 3/2012 fijó el límite, también disponible, en un año. Esta previsión legal ha generado numerosos problemas interpretativos, además de innumerables conflictos colectivos a partir de su entrada en vigor. Más allá de los juicios jurídico-políticos, lo cierto es que la redacción legal no es lo suficientemente precisa ni explícita, lo que llevó a que la doctrina defendiera distintas interpretaciones, tanto sobre los convenios anteriores a la reforma como sobre los negociados con posterioridad. Como es sabido, la jurisprudencia no ha aplicado la previsión legal a los convenios colectivos negociados con anterioridad que contenían una cláusula, aun genérica, de ultractividad indefinida y ello pese a que lo dispositivo antes de la reforma era dicha ultractividad y el pacto en contrario sería la eficacia limitada –tras la reforma, la regla es la limitada a un año, siendo el pacto en contrario el que la configura con carácter indefinido-. Sin embargo, respecto a los convenios que no contenían dicha previsión expresa o los negociados con posterioridad la cuestión se ha tornado más compleja, ya que del lado patronal se ha pretendido la aplicación de los mínimos legales -del Estatuto de los Trabajadores- en caso de inexistencia de convenio de ámbito superior y haber perdido el convenio denunciado y vencido su vigencia inicial y ultraactiva de un año. En la doctrina se aventuraron diferentes tesis: las rupturistas (el convenio extinto deja de producir efectos jurídicos y solo cabe aplicar los mínimos legales) y las conservacionistas, a su vez muy distintas, habiéndose defendido la continuidad de las condiciones de trabajo como contenido del contrato individual (conservacionista-contractualista), la continuidad como convenio colectivo extraestatutario (conservacionista contractual-colectivo) y, minoritariamente, la continuidad del convenio como tal (porque supuestamente la norma no ha previsto un vacío regulador), aun degradado a los efectos de concurrencia. El TS en su Sentencia de 22 de diciembre de 2014 abordó este problema, descartando la más rupturista (decaimiento total del convenio sin más), no aportando argumentos de técnica jurídica sino sociales o puramente pragmáticos, tales como que la aplicación del ET es impracticable socialmente, además de que

[62] Para evitar la petrificación de las unidades de negociación, la jurisprudencia sostiene que durante la ultractividad no rige la prohibición de concurrencia, vid. por todas, SSTS de 2 de febrero de 2004 y de 30 de junio de 2007).

[63] Para un balance anterior a la reforma de 2012, vid. Pedrajas, A. y Sala, T.: "La ultractividad normativa de los convenios colectivos: el estado de la cuestión", R 2010-I, pp. 483 y ss.

dicha ley contiene constantes remisiones a los convenios colectivos que quedarían sin ninguna regulación. El TS ha optado por una solución pragmática, en clave de política del derecho, alejada de los principios de interpretación normativa y, entre las distintas opciones interpretativas, ha acogido la conservacionista contractual individual. Resolución polémica incluso en el seno del propio TS –a la vista de los votos particulares y su diversidad- y que, aun garantizando la continuidad de derechos y condiciones de trabajo reconocidas en convenio colectivo, lo hace separándose de la doctrina científica que sostuvo esta tesis, matizando, que la contractualización no se produce en el momento de la pérdida de ultractividad sino que se habría producido en el momento de la constitución de la relación laboral.

La solución adoptada por el TS, en lo que aquí interesa destacar, implica, entre otros efectos:

- El queque dichas condiciones –las del convenio colectivo en la fase post ultraactiva- no sean aplicables a los contratos celebrados con posterioridad a su preclusión y cese de ultractividad (lo que legitima las dobles escalas salariales).

- La posibilidad de modificación sustancial por la vía del artículo 41 ET.

- La derogabilidad por acuerdo individual, dada su naturaleza contractual.

Con estas breves referencias a la problemática situación de los convenios en la fase post ultraactiva, se quiere poner de relieve que el convenio ha quedado debilitado en su eficacia normativa desde una perspectiva temporal, lo que contribuye al proceso de desmoronamiento de la estructura negocial anterior, compuesta por una compleja red de convenios sectoriales que servían de maya de contención o de seguridad para elevado número de trabajadores. De este modo, al quedar degradado el valor vinculante de muchos convenios colectivos sectoriales en fase post ultraactiva, se facilita el camino a la construcción de la nueva estructura descentralizada.

- En tercer lugar, los acuerdos de descuelgue, además de comportar un desajuste entre el mandato de eficacia general del párrafo primero l del art. 82.3ET, constituyen otra de las piezas claves en la apuesta legal por la negociación colectiva de ámbito empresarial. A partir de la reforma de 2012, los denominados inicialmente "acuerdos de descuelgue salarial"o de "inaplicación salarial", han pasado a denominarse "acuerdos de descuelgue" sin más, al ampliarse las posibilidades de inaplicación del convenio a un vasto conjunto de materias. Además, si antes de la reforma de 2012 se admitía la limitación de los descuelgues por las comisiones paritarias que podían neutralizar estas iniciativas, el régimen vigente deriva la decisión dirimente en caso de falta de acuerdo en la empresa (siempre que no se

hubiera alcanzado solución en la comisión paritaria del convenio o mediante los procedimientos de solución previstos en los acuerdos interprofesionales) , a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos –en adelante, CCNCC- u órgano equivalente en cada Comunidad Autónoma (en Andalucía, el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales- para su resolución en su seno o a través de un árbitro designado por ella.

La nueva regulación del descuelgue pretende claramente priorizar el nivel de empresa, aun en detrimento de la eficacia del convenio colectivo sectorial, lo que se explica en la necesidad de facilitar la adaptación de la regulación convencional a las necesidades de la empresa. Las causas que habilitan dicho descuelgue son muy amplias, ya que se considera concurre "causa económica" cuando de los resultados de la empresa se desprenda "una situación económica negativa", en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas (siendo persistente cuando durante dos trimestres consecutivos el nivel de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior), lo que permite no solo un descuelgue reactivo sino, incluso también preventivo. La voluntad legal de facilitar estos descuelgues no solo se articula por la vía de la flexibilidad causal, sino también por la subjetiva, esto es, el acuerdo de inaplicación debe celebrarse entre la dirección de la empresa y "los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo. Tras la reforma de 2012 ya no hay una remisión a los sujetos legitimados para negociar conforme a las regalas del artículo 87.1 ET, sino que la remisión se efectúa al art. 41 –modificación sustancial- que está concebido para la modificación de condiciones de trabajo de origen contractual, y que en los sustancial permite que en defecto de secciones sindicales mayoritarias que así lo acuerden o de comité de empresa o delegados de personal, puedan acordar la no aplicación del convenio una comisión de tres miembros formada por trabajadores de la empresa elegidos democráticamente o una comisión designada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa, lo que posibilita acordar la no aplicación sin un adecuado equilibrio de poder entre las partes –en los casos de inexistencia de órganos de representación de los trabajadores en la empresa-. En el caso de la inaplicación del convenio colectivo estatutario la ruptura de equilibrios es aún más cuestionable que en la modificación sustancial, puesto que se trata de excepcionar la eficacia normativa general del convenio mediante acuerdo con una representación elegida democráticamente por los trabajadores, siendo el número máximo de tres miembros –lo que permite que sea una comisión de un miembro-. El margen de capacidad real y efectiva de negociar se torna más que dudoso para estos –o éste- trabajador elegido. Ello sin perjuicio de que, en los supuestos en que no se haya garantizado el principio de democracia en la elección y la existencia de una negociación real y efectiva, se podrán impugnar por los sindicatos los acuerdos de inaplicación alcanzados en pequeñas y medianas empresas, solicitando la

nulidad de los acuerdos de descuelgue por falta de adecuación a la ley.

El objetivo no es otro que impulsar a nivel de empresa un ajuste a la baja de las condiciones de trabajo, como alternativa a los ajustes por la vía del empleo (despidos), aunque paradójicamente ha desaparecido del texto de la ley toda vinculación entre el descuelgue y el mantenimiento del volumen de empleo, como sí establecía el mismo precepto antes de la reforma de 2012, lo que es difícilmente explicable a la luz de la Exposición de Motivos de la Ley, que hace del empleo su principal objetivo. Pero si un aspecto es criticable por invasivo de la autonomía colectiva es la previsión legal para los supuestos en los que no se haya alcanzado acuerdo en el período de consulta en la empresa (cuya duración máxima es de quince días ex art. 82.3 y 41.4 ET)[64], que deriva la controversia al arbitraje obligatorio. Y, aunque, según la doctrina constitucional sobre el arbitraje laboral obligatorio, éstos se admiten excepcionalmente y así debe interpretarse la intervención dirimente de la CCNCC[65], lo cierto es que, a la vista de los expedientes de inaplicación tramitados hasta la fecha por la CCNCC, no parece se esté yendo en esta dirección y es claro que la nueva regulación del descuelgue ha herido de muerte no sólo los convenios sectoriales sino la eficacia normativa y personal *erga omnes* del convenio en general. Y en definitiva, la ley da prioridad a las necesidades de la empresa, bastando para ello un precario acuerdo a nivel de empresa o, en su defecto, una decisión pseudo administrativa.

- En cuarto lugar, otra de las previsiones legales dirigida a una descentralización de la estructura de la negociación colectiva es la preferencia legal de los convenios de empresa. La nueva conformación legal de la estructura de la negociación colectiva, que concede prioridad aplicativa al convenio de empresa en un amplio conjunto de materias, es claro que es otra vía de "desvinculación" respecto del convenio de eficacia general, empresa a empresa, pero, a diferencia de las cláusulas de descuelgue, analizadas en el apartado anterior, aquí se trata de convenios colectivos de empresa –es decir, regulaciones omnicomprensivas, no una materia

[64] El artículo 82.3 ET tras la reforma de 2012, establece un procedimiento que viene a garantizar la imposibilidad de bloqueo por las comisiones paritarias –que posibilitaba dicho precepto antes de esta reforma y que se produjo con mucha frecuencia por falta de acuerdo en el seno de dichas comisiones-. En efecto, en estos casos, primero, cualquiera de las partes (incluso unilateralmente) puede someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio colectivo. Si no se somete o no resuelve la comisión paritaria, ambas partes de común acuerdo pueden acudir a los procedimientos de mediación o arbitraje establecidos en acuerdos interprofesionales autonómicos o estatales previstos en el art. 83 de esta Ley. Y si no fueran aplicables estos El procedimientos o no hubiera solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes (unilateralmente) puede someter la discrepancia a la CCNCC –o equivalente autonómico- que decidirá en su seno o nombrando un árbitro que resolverá en un plazo no superior a 25 días, lo que, teniendo en cuenta la naturaleza administrativa de la CCNCC -composición tripartita- deja en manos de la Administración Laboral la decisión final.

[65] BLASCO PELLICER , A. : "El nuevo Reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos", en RL, nº 1, 2013, quien caracteriza la intervención arbitral de ésta con las notas de "subsidiariedad" y de "último grado".

concreta- que desplazan a los convenios de ámbito superior, sean sectoriales estatales, autonómicos o de ámbito inferior – y ello con independencia del momento de la vigencia de éstos. Por tanto, impone, con pocas excepciones materiales, la superioridad jerárquica del convenio de empresa.

Al respecto se debe recordar que hasta el RDL 7/2011, el artículo 84 del ET establecía una regla para regular la concurrencia y articulación entre convenios de distinto ámbito que era la no afectación (con algunas salvedades reguladas en términos restrictivos) que hacían inviable la concurrencia de un convenio de empresa con un convenio de ámbito superior y la afectación de los convenios territoriales inferiores en determinadas materias. El RDL 7/2011 cambió sustancialmente este modelo que daba prioridad aplicativa al convenio *prior in tempore*, devolviendo a la propia autonomía colectiva el protagonismo para la regulación de la estructura de de la negociación colectiva (reglas de solución de conflictos entre convenios de distinto ámbito), de forma que la regla legal de no afectación y sus excepciones eran disponibles para la autonomía colectiva conforme a los previsto en el art. 83.2 ET (acuerdos interprofesionales o, incluso, acuerdos colectivos sectoriales). Tras la reforma de 2012, la regulación de la concurrencia se ha visto sustraída a la propia autonomía colectiva, ya que la preferencia aplicativa del convenio de empresa no pude ser afectada por los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 ET, tal como expresamente establece el último apartado del art. 84.2, imponiéndose ex lege la preferencia del convenio de empresa. No es oportuno aquí analizar pormenorizadamente esta compleja cuestión, pero sí destacar que la regla legal, además de evidenciar una vez más que el convenio no obliga a todos los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación y durante su vigencia, pretende potenciar la negociación colectiva en la empresa, en el lugar de trabajo. Afirmación que no desdice ni contradice el hecho de que los convenios de empresa que desplazan a los sectoriales tengan acotadas las materias en las que aquéllos tienen prevalencia (cuantía del salario base y de todos los complementos salariales, abono o compensación de horas extraordinarias, retribución específica del trabajo a turnos, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, planificación anual de vacaciones, adaptación a la empresa del sistema de clasificación profesional, aspectos de las modalidades de contratación que se remiten a los convenios colectivos), ya que no sólo es un listado muy amplio sino que, además, se refiere a materias centrales del convenio y es ampliable mediante convenios y acuerdos interprofesionales. Esto último, pura ironía de la ley, no es sino una invitación a los negociadores en los niveles superiores a ampliar aún más el elenco de materias sobre las que proyectar la preeminencia del convenio de empresa. Aunque el art. 84 también contempla otra vía de descentralización –territorial autonómica-, se trata de una apuesta "menor", ya que se configura como afectación dispositiva para la autonomía

colectiva, porque en este caso se admite pacto en contrario mediante convenios y acuerdos interprofesionales sobre estructura de la negociación. En definitiva, el reforzamiento del nivel autonómico es un objetivo secundario para el legislador, frente a la prioridad que se da a la consecución de la flexibilidad reguladora para las empresas.

Junto a la erosión de la naturaleza normativa del convenio colectivo estatutario y de su eficacia personal general[66], se ha procedido a sentar las bases para una descentralización impuesta de la negociación colectiva hacia el nivel de empresa, que difícilmente podrán neutralizar los agentes sociales en la cumbre. Sin embargo, no se ha abierto un debate sobre la razón de ser y el sentido de que subsista formalmente un modelo legal de convenio de eficacia general, como tampoco se ha procedido a reformar la LOLS en orden a adaptar el régimen de la acción sindical en la empresa al protagonismo que está ya desempeñando la negociación en la empresa sin la maya de seguridad de la negociación colectiva sectorial, como hasta ahora.

En definitiva, retomando una idea expuesta casi al comienzo, las opciones legales en materia de negociación colectiva funcionan a modo de vasos comunicantes con la organización y acción de los sindicatos, de modo que éstos no tienen otra opción que redefinir y reforzar la estructura sindical en la empresa.

4. ORIENTACIONES SOBRE CAMBIOS ADAPTATIVOS

A partir del diagnóstico realizado, procede apuntar algunas orientaciones para una necesaria adaptación de las organizaciones sindicales a las características del vigente modelo legal de negociación colectiva.

Es evidente que la adaptación viene impuesta por un contexto complejo en el que confluyen múltiples y heterogéneos factores de orden jurídico, político, y, por tanto, no es propiamente una opción, sino un imperativo de supervivencia. Es decir, la supervivencia de los sindicatos pasa por un reforzamiento de su presencia, su organización y acción en la empresa, en los lugares de trabajo, dejando en un segundo plano su papel institucional como sujeto político.

---

[66] En este sentido sobre dicha erosión, pero incluso sosteniendo la eficacia contractual colectiva –ésta, no como mera opción legal sino predeterminada en la Constitución Española- y general –ésta también considerada opción legal-, vid. Lahera Forteza, J.: "La eficacia jurídica y personal de los convenios colectivos estatutarios", en VV.AA., dir. Monereo Pérez y Moreno Vida, *El sistema de negociación colectiva,* Aranzadi, 2013, pp 315-316. Y, en el mismo sentido, Montoya Melgar, A.: "Un apunte sobre el declive de la eficacia normativa del convenio colectivo", en VV.AA., coord. Gorelli Hernández, J., *El derecho a la negociación colectiva, Liberamicorum profesor Antonio Ojeda Avilés,* Monografías de Temas Laborales 53,Sevilla, 2014, pág.309 y ss.

Cómo pueden los sindicatos reforzar dicha presencia y acción, es algo que corresponde efectuar a las propias organizaciones y, por tanto, cualquier consideración que se haga desde estas líneas se debe de tomar como meras sugerencias o como posibilidades, no como un decálogo de soluciones, pues sólo desde dentro se puede llegar a adoptar las decisiones necesarias para contar con una estructura sindical intra empresarial fuerte y participativa. Para ello lo primero es tomar conciencia tanto de la necesidad de un cambio estratégico de las organizaciones sindicales más decidido hacia la empresa y sus formas de organización, como de la "pérdida" de respaldo social que aqueja a los sindicatos –al igual que a otras muchas instituciones de nuestro sistema democrático-, para lo que será necesaria una mayor y mejor aproximación a la plural realidad de los trabajadores por cuenta ajena y la recuperación de fórmulas de democracia directa.

Entre las posibles líneas de actuación están el dejar de percibir las elecciones a comités de empresa o delegados de personal como una mera herramienta para la consecución de la representatividad, la generalización de consultas y votaciones asamblearias durante la negociación colectiva, la sujeción de la firma de los convenios al refrendo de los trabajadores, la toma en consideración de los intereses de los trabajadores jóvenes, inmigrantes y mujeres de forma más efectiva en la negociación colectiva, instauración de movilizaciones desde la base, una más intensa labor de comunicación y difusión de los logros sindicales y de la trascendencia de una acción colectiva concertada frente al poder empresarial, una mayor democratización de las herramientas y plataformas digitales de los sindicatos, una mayor presencia y coordinación entre las estructuras territoriales al máximo nivel y las de los centros de trabajo y un mayor esfuerzo en formar y apoyar técnicamente a los afiliados y representantes sindicales en las empresas.

LOS DELEGADOS SINDICALES: FUNCIÓN Y DERECHOS EN LA ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
Contratado Predoctoral FPU. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

1. ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA: SECCIONES Y DELEGADOS SINDICALES

Por razones históricas, establecidas por el método de producción capitalista y la forma de trabajo que se implantó con la Revolución Industrial, se fue fraguando, nítidamente, una clase social –la clase obrera–, que desarrolló un interés colectivo profesional o de clase; un interés que no es el interés general, que tampoco es el interés individual, y que tampoco es un interés meramente plural. Se trata de un interés grupal –clase social–, cuya satisfacción, cuando se consigue, no es divisible por cuotas, sino colectivamente y del que se disfruta en su caso *uti universi*[67].

El derecho del sindicato a establecer sus bases organizativas en el seno de la empresa y a desarrollar su actividad, no ha sido ni mucho menos connatural a las tradicionales libertades sindicales. Si hoy, –desde "*mayo del 68*" francés y "*otoño caliente del 69*" italiano–, sí se considera congénito a la actividad sindical, no por ello forma parte del contenido sustancial sino del "*adicional*", y por tanto contingente, o de regulación legal ordinaria. Tradicionalmente se admitía que el "*sindicalismo acababa en la verja de la empresa*". Es decir, las libertades sindicales eran reconocidas a los trabajadores como derechos fundamentales y como forma de auto-organización libre, pero siempre fuera de la empresa. Dentro de la misma, el trabajador era un asalariado unido por un contrato de trabajo a su empleador, que a su vez, era el titular de la "*factoría*" o "*taller*" y de la organización empresarial. Por tanto, la acción sindical era interpretable como una invasión o penetración al derecho patrimonial del empresario, y como tal rechazable. El sindicado, de este modo,

[67] MONEREO PÉREZ, J. L.: *Sindicatos, Trade-Unions y Corporaciones por Georges Renard*, Granada, Comares, 2014, pp. XVII.

interviene en el seno de las relaciones laborales[68]. Como efecto, los sindicatos se organizaron trazando sus estrategias "*fuera del ámbito empresarial*". El resultado fue la constitución de estructuras burocráticas sindicales y estrategias alejadas de la reivindicación inmediata proveniente del "*puesto de trabajo*": en otros términos, de la empresa. Es la explicación por lo que tanto los textos internacionales "*clásicos*", como la propia CE –tan adherida a los mismos textos–, no habían recogido este nuevo fenómeno sindical, que a la altura del año 1978 –entrada en vigor de nuestra Norma Fundamental– ya estaba más que consolidado. Ya en 1985, la LOLS, sí tiene en cuenta los efectos de aquellas "*micro-revoluciones socio-laborales*" francesa e italiana en el giro de la estrategia sindical, para reconocer derechos específicos a través de las "*secciones sindicales*" y "*delegados sindicales*", configurándose la acción sindical en la empresa, como la actividad del sindicato que excede del muro patrimonialista de la titularidad empresarial, y que se introduce en los más mínimos núcleos de intereses profesionales de los trabajadores[69]. Por ello, la esfera de la acción sindical no queda ceñida al espacio estricto de las relaciones de trabajo[70].

El artículo 8 LOLS regula las secciones sindicales como entidad descentralizada del sindicato y como forma de participación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo; o como instancias organizativas internas del sindicato[71], de forma que su organización y funciones se delimitarán por los estatutos del sindicato[72]. La sección sindical no es otra cosa que el sindicato actuando en la empresa y ejerciendo las facultades que legalmente le corresponden por imperativo legal[73]. De este modo, la creación de la sección sindical por los trabajadores afiliados al sindicato, no se encuentra limitada al reconocimiento por el empresario: se trata de una potestad que se ejerce sin sujeción a formalidad alguna, siendo suficiente con observar lo establecido al respecto en los estatutos del sindicato y poniéndolo en conocimiento del empresario a efectos de poder desplegar la acción sindical en la empresa o en el centro de trabajo[74].

En la LOLS, se localiza la existencia legal de los denominados "*delegados sindicales*" elegidos dentro de su sindicato –en ocasiones denominados "*delegados*

[68] Ibidem, pp. XII.

[69] MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, Mª. N.: *Manual de Derecho Sindical*, Granada, Comares, 2014, pp. 102 y 103.

[70] MONEREO PÉREZ, J. L.: *Sindicatos, Trade-Unions y Corporaciones por Georges Renard*, cit., 2014, pp. XI.

[71] STC 61/1989, de 3 de abril [RTC 1989\61].

[72] Artículo 8.1 LOLS.

73 CID BABARRO, C.: "La negociación colectiva y la sección sindical", en CABEZA PEREIRO, J., y FERNÁNDEZ DOCAMPO, B. *et al*: *Participación y acción sindical en la empresa*, Albacete, Bomarzo, 2013, pp. 167.

[74] MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, Mª. N.: *Manual de Derecho Sindical*, cit., pp. 104.

LOLS"[75]–. Si bien, es una figura que puede existir en cualquier sección sindical, al ser expresión máxima de la libertad interna de la auto-organización[76], sólo cuando concurren dos requisitos es posible atribuirles las facultades y garantías previstas por la precitada ley –artículo 10.1 LOLS–: a) Criterio cuantitativo. Se exige un número mínimo de 250 trabajadores, cualquiera que sea la clase de su contrato, en la empresa o, en su caso, los centros de trabajo. b) Criterio cualitativo: umbral de representación. Sólo aquellas secciones que tengan presencia en los Comités de empresa o en los órganos de representación que se constituyan en las Administraciones Públicas (Juntas de Personal) estarán representadas a todos los efectos por delegados sindicales[77].

Los delegados sindicales son los encargados de representar al sindicato en la empresa actuando como "*transmisores de los valores de la Organización entre los trabajadores y garantes de la buena imagen del Sindicato ante la sociedad*"[78]. De acuerdo con el artículo 10.1 LOLS, son las secciones sindicales previamente constituidas en ejercicio del derecho de acción sindical previsto en el artículo 8.1.a) LOLS, las que pueden hacerse representar, a todos los efectos, por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo. Parece ser que la calificación que mejor se adhiere a la caracterización del delegado sindical en nuestro ordenamiento jurídico, no es otra que la de representante del grupo humano que forma la sección sindical, en cuyo interés actúa; en otros términos, un portavoz cualificado que exterioriza la voluntad colectiva del grupo[79] y que aparece como responsable de la sección frente a la empresa. En cualquier caso, la existencia y realidad del delegado sindical siempre trae causa de la sección sindical: mientras que nada imposibilita la existencia y funcionamiento de las secciones sindicales sin delegado sindical, es imposible la existencia de delegado sindical sin sección sindical. Por todo lo anterior, han de despuntarse las siguientes consecuencias: en primer lugar, el estatuto jurídico del delegado sindical queda constituido por varias fuentes como son la LOLS y los convenios colectivos, pero también por las normas sindicales como los Estatutos, que incorporan reglas relativas a su designación y funciones. En segundo lugar, la regulación de la figura del delegado sindical queda justificada en la opción de política legislativa que asigna al representante o portavoz de ciertas secciones sindicales, un elenco de derechos frente al empresario. Es por eso, que nada dificulta a la sección sindical

[75] OJEDA AVILÉS, A.: *Compendio de Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 211.

[76] Vid. STC 201/1999, de 8 de noviembre [RTC 1999\20].

[77] La existencia de delegados sindicales sólo será posible cuando cada centro de trabajo cuente con más de 250 trabajadores y tenga un comité de empresa propio en el que tenga presencia el sindicato al que pertenezca la correspondiente sección sindical. El número de delegados sindicales está en función de la audiencia electoral del sindicato: el sindicato de pertenencia de la sección sindical debe haber obtenido el 10 por ciento de los votos en la elección al comité de empresa.

[78] UGT, Resoluciones de 37º Congreso Confederal (marzo de 1998), capítulo VII (organización para avanzar), pp. 14.

[79] SÁEZ LARA, C.: *Representación y acción sindical en la empresa*, Madrid, MTSS, 1992, pp. 173.

para nombrar delegados sindicales de acuerdo con lo estipulado en los Estatutos del sindicato, aunque por no cumplirse los requisitos legales o convencionales –en su caso–, puede que los delegados sindicales no disfruten de derechos y prerrogativas frente al empresario distintos y superiores a los otorgados a la sección sindical misma. Nos referimos a los "*delegados sindicales internos*". Y en tercer lugar, desde la perspectiva constitucional, el derecho que poseen determinadas secciones sindicales a estar representadas por delegados, con las competencias y garantías del artículo 10.3 LOLS –que suponen paralelas obligaciones y cargas para el empleador–, no constituye el contenido fundamental del derecho de libertad sindical, sino que forma parte del denominado contenido adicional[80]. –El hecho de que se acepten determinados derechos adicionales, sólo tiene por objeto dar mayores facilidades al ejercicio de la acción sindical en beneficio de las organizaciones sindicales–[81]. No olvidemos que el delegado sindical regulado por la LOLS no es una figura jurídica que haya sido impuesta por la Constitución, ni se comprende en el contenido esencial del derecho de libertad sindical: es un derecho de origen legal cuya configuración y límites ha de quedar determinado por el legislador, o en su caso, por la negociación colectiva[82].

Para el efectivo ejercicio de las funciones representativas de los delegados sindicales, han de contar con unas garantías adecuadas –Convenio núm. 135 OIT– que el artículo 10.3 LOLS equipara a las reconocidas a los miembros del Comité de Empresa[83]. Si el delegado sindical forma parte del comité de empresa –reúne esta doble condición–, tendrá ya y como miembro de la representación unitaria, atribuidas las garantías previstas en el artículo 68 ET. Con todo, el reparto de roles entre las simultáneas representaciones unitarias y sindicales tiende a implantarse en torno a un principio de complementación dinámica, y asimismo, de sus respectivas lógicas externas e internas de acción entre ambas instancias representativas como hecho sindicalmente inevitable y de apoyo mutuo[84]. Este doble canal de representación de los intereses de los trabajadores a nivel de empresa, a veces, es más aparente y simulado que real, pues frecuentemente los comités de empresa y delegados de sindical están intensamente sindicalizados por contar entre sus miembros electos con trabajadores afiliados a sindicatos[85]. Las garantías para el

[80] MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: "La libertad sindical en la doctrina de Tribunal Constitucional", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73, 2008, pp. 286.

[81] CID BABARRO, C.: "La negociación colectiva y la sección sindical", en CABEZA PEREIRO, J., y FERNÁNDEZ DOCAMPO, B. *et al*: *Participación y acción sindical en la empresa*, cit., pp. 168.

[82] STC 229/2002, de 9 diciembre [RTC 2002\229].

[83] Vid. al respecto FERNÁNDEZ PROL, F.: "Representación de los trabajadores en la empresa: rasgos básicos y reflexiones críticas acerca del modelo español", en CABEZA PEREIRO, J., y FERNÁNDEZ DOCAMPO, B. *et al*: *Participación y acción sindical en la empresa*, cit., pp. 51.

[84] MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 94.

[85] MONEREO PÉREZ, J. L.: *Sindicatos, Trade-Unions y Corporaciones por Georges Renard*, cit., pp. XLIII.

caso de que los delegados sindicales no formasen parte del Comité de Empresa, son las reconocidas a los miembros de éste último órgano. De ahí, que en aplicación del artículo 68 ET –y por remisión del artículo 10.3 LOLS– gocen de garantías y derechos que desarrollamos en los epígrafes siguientes.

2. LEGITIMIDADES DE LOS DELEGADOS SINDICALES

Si el delegado sindical es el representante a todos los efectos de la sección –artículo 10.1 LOLS–, su –única– función consiste en desarrollar los cometidos representativos asignados a las secciones sindicales, utilizando para ello las legitimidades legales o convencionales reconocidas tanto a la sección como al propio delegado sindical. En virtud del artículo 10.3 LOLS, los delegados sindicales en el supuesto de que no sean parte del comité de empresa, tienen reconocidas las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los órganos de representación unitaria, así como los derechos recogidos en este propio precepto, a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo. Por tanto, no existen dudas de que los delegados sindicales poseen las mismas garantías que los representantes unitarios, lo que explica la salvedad legal, pues ningún sentido tiene reconocer a una persona lo que ya posee. Sin embargo, los derechos reconocidos a los delegados sindicales no son exactamente concordantes con los achacados al comité de empresa. Siendo así, la anterior interpretación llevaría a confirmar una afirmación incoherente e ilógica, pues el delegado sindical concerniente al órgano de representación unitaria tendría peor condición que el delegado sindical no integrado en el mismo. Por ello, hay que concluir que los derechos citados en el artículo 10.3 LOLS lo son de todos los delegados sindicales, aunque algunos de ellos solo resulten eficaces respecto de delegados sindicales no integrados en el órgano unitario –por ejemplo, el de asistir a las reuniones del comité de empresa–[86].

2.1.Derecho de Información [artículo 10.3.1º LOLS]

Como derecho específico de los delegados sindicales, el artículo 10.3.1º LOLS, reconoce el de "*tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa*" con la obligación por parte de los delegados sindicales de "*guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda*". El deber de secreto se sitúa en el escenario del conflicto entre el interés de los trabajadores o de sus representantes unitarios y sindicales a la información y el interés del empresario a la reserva de las informaciones concernientes a la empresa[87]. El propósito de la norma es que la información sea trasladada a la sección, y por tanto,

[86] LUJÁN ALCARAZ, J.: *La Acción Sindical en la Empresa. Marco legal y desarrollo convencional*, Madrid, Colección Estudios (CES), 2003, pp. 207 y 208.

[87] MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, cit., pp. 287.

al sindicato, pero en lugar de reconocer este derecho a la sección, la LOLS prefiere determinar al delegado sindical como responsable de la recepción de la información y de los documentos. Se establece de esta forma, un derecho de información en su perspectiva pasiva: el derecho del delegado sindical a ser informado, transmitiendo al empresario la obligación de facilitar la correspondiente información y cuya razón de ser se encuentra en el favorecimiento de las actividades representativas y de defensa de los intereses de los afiliados que justifican la presencia del sindicato en la empresa[88]. No se trata meramente de un "*derecho a solicitar información*", sino de un derecho de información que implica una correlativa obligación legal del empleador de facilitarla o ponerla a disposición de los trabajadores[89]. Este derecho de información nos remite –lógicamente– al artículo 64 ET. No obstante, se localizan otras disposiciones normativas en las que se establece el deber del empresario de informar a los representantes legales de los trabajadores: decisiones en materia de movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes a las del grupo profesional o categorías equivalentes –artículo 39.2 ET–; movilidad geográfica –artículo 40.3 ET–; modificación sustancial de condiciones de trabajo –artículo 41.3 ET–; venta de bienes de la empresa que no constituyan el tráfico normal de la misma en casos de despido colectivo –artículo 51.3 ET–; o entrega de la copia de preaviso en los despidos objetivos –artículo 53.c) ET–[90].

2.2 Derecho a asistir a las reuniones de las representaciones unitarias y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad y salud laboral [artículo 10.3.2º LOLS]

El cariz que la LOLS le atribuye al delegado sindical como representante de la sección sindical con funciones características de la participación en la empresa, se hace ostensible cuando la norma le reconoce el derecho de "*asistir a las reuniones de los comités de empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, con voz pero sin voto*" –artículo 10.3.2º LOLS–. Así, la presencia de los delegados sindicales en los precitados órganos, viene a cumplir con una doble finalidad: por una parte, la de favorecer el mejor desempeño de sus funciones representativas, sobre todo dada la evidente vinculación de este derecho con el de información[91]; y por otra, la de hacer oír las posiciones del sindicato al que representan[92].

[88] LUJÁN ALCARAZ, J.: *La Acción Sindical en la Empresa. Marco legal y desarrollo convencional*, cit., pp. 209.

[89] MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, cit., pp. 391.

[90] LUJÁN ALCARAZ, J.: *La Acción Sindical en la Empresa. Marco legal y desarrollo convencional*, cit., pp. 211y 212.

[91] MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, cit., pp. 341.

92 LUJÁN ALCARAZ, J.: *La Acción Sindical en la Empresa. Marco legal y desarrollo convencional*, cit., pp. 213.

2.3 Derecho de consulta. La audiencia previa en sanciones a los afiliados [artículo 10.3.3º LOLS]

La actividad de defensa de los intereses de los trabajadores asumida por los delegados sindicales, adquiere tintes importantes de eficacia cuando se les atribuye funciones de consulta –similares a las reconocidas a los órganos de representación unitaria–, y que presuponen el correcto desenvolvimiento del derecho de información. A desemejanza con el derecho de información –que se remite al ET–, el derecho de consulta es precisado y delimitado directamente por la ley sindical cuando su artículo 10.3.3º estipula que los delegados sindicales deberán "*ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos*". La propagación de este derecho es transformable según se trate de representantes unitarios o sindicales: a diferencia del comité de empresa que sólo debe "*ser informado de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves*" –artículo 64.4 ET–, los delegados sindicales deben ser oídos por la empresa "*previamente*" a la adopción de sus decisiones en materia de "*despidos y sanciones*" –artículo 10.3.3ª LOLS–, cualquiera que sea su grado. El significado y alcance del artículo 10.3.3º LOLS, "*no es tanto la de configurar una información general de los delegados sindicales sino instrumentar una protección del trabajador afiliado, en la medida en que la intervención previa del órgano sindical permita a éste ejercer un control, aunque sólo sea en audiencia sobre la decisión empresarial y desarrollar oportunamente una defensa eficaz de sus afiliados*"[93]. En cuanto a la forma, el ejercicio del derecho por parte del delegado sindical acarrea que éste debe ser informado de su propósito por el empresario de manera que le permita desarrollar eficazmente su función de control, lo que presupone que el empresario debe conocer la afiliación sindical del trabajador a sancionar –artículo 55.1 ET–. Del mismo modo, también implica que el empresario haya de suspender la ejecución de su decisión durante un plazo prudencial para que el delegado sindical pueda fundar y reproducir su informe, pues la finalidad del trámite previo de audiencia, no se compagina "*con la fijación empresarial de un breve plazo de audiencia a los delegados sindicales*". Por tanto, no pueden ser contravenidas las normas que exigen "*que los delegados sindicales dispongan de un plazo razonable*"[94], que a falta de otro criterio, parece adecuado aplicar por analogía a estos casos, el plazo de quince días previsto en el artículo 64.6 ET[95].

[93] STC 30/1992, de 18 marzo [RTC 1992\30].
[94] STS 12 julio 2006 [RJ 2006\6309].
[95] LUJÁN ALCARAZ, J.: *La Acción Sindical en la Empresa. Marco legal y desarrollo convencional*, cit., pp. 218.

3. LA PROTECCIÓN DE LOS DELEGADOS SINDICALES

El artículo 68 ET, incluido en la sección 1ª –órganos de representación– del capítulo I, Título II ET, al rubricarse –precisamente– "*garantías*", establece un régimen de analogía entre representantes unitarios y sindicales en cuanto a la protección que merece su actividad en la empresa, y, por tanto, la vaga remisión del artículo 10.3 LOLS debe llevar a todos aquellos preceptos legales que constituyen garantías y prerrogativas para los representantes unitarios. Conviene advertir, que el artículo 68 ET reconoce un *standard* garantista mínimo, que no incide en "*lo que se disponga en los convenios colectivos*" –la ampliación convencional de las garantías no sólo parece respetuosa con el espíritu y la finalidad de la norma de remisión que pretende equiparar el régimen de garantías de representantes unitarios y sindicales, sino que además posee el apoyo de la negociación colectiva del propio artículo 10.3 LOLS–[96].

3.1. Garantías de los delegados sindicales

El establecimiento de garantías a favor de los delegados sindicales tiene como propósito concederles una "*protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor*"[97]. La más elemental de las garantías que poseen los delegados sindicales, procede del reconocimiento de nuestro texto constitucional a la "*libertad sindical*" como derecho fundamental: una vez que la actividad sindical en la empresa se integra como derecho –artículo 2 LOLS–, cualquier impedimento que la estorbe, dificulte, o le obstruya, habrá de ser calificado de nulo y sin efecto –artículo 12 LOLS–. Por otro lado, para que las garantías sean efectivas, la empresa ha de detentar conocimiento real de la condición de representante sindical[98], lo que en los delegados sindicales elegidos dentro de la sección sindical, puede plantear dificultades. En relación a la identificación del trabajador elegido, la solución suele encontrarse prevista en los estatutos sindicales y en los convenios colectivos, que normalmente, insistirán en la necesidad de notificar fehacientemente al empresario su designación. Por el contrario, no suele solucionarse el problema para determinar el momento inicial y final de la situación de protección específica: a diferencia de los representantes unitarios elegidos en un procedimiento electoral reglado, los delegados sindicales son seleccionados dentro de la correspondiente sección sindical por procedimientos –en el mejor de los casos– regulados en los Estatutos

[96] Ibidem, pp. 256 y 257.
[97] Artículo 1 Convenio OIT 135.
[98] STS 21 de julio de 1987 [RJ 1987\5700].

sindicales. No obstante, la protección del delegado sindical ha de coincidir, no con el momento de la notificación al empresario del nombre del designado, sino con un instante anterior que se identifica con el momento en el que la sección sindical lo propone para el cargo de delegado –aunque sean varios los posibles electos–.

3.1.1. Expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves [Artículo 68.a) ET]

La garantía regulada en el artículo 68.a) ET –apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves– es de naturaleza "*formal*" y "*no de contenido*"[99], lo que evidencia que deberá de proyectarse con independencia de la naturaleza de los hechos a sancionar y de su vinculación con el ejercicio de funciones representativas. La finalidad es salvaguardar al delegado sindical la facultad de defender sus derechos e intereses legítimos frente al poder disciplinario del empresario, lo que supone que la implantación de la sanción se encuentre subordinada a la previa tramitación de un "*expediente contradictorio*" administrado por los principios de audiencia y contradicción[100]. La naturaleza y fines de este expediente exige que "*el afectado conozca los hechos que se le imputan y pueda formular las pertinentes alegaciones en contra*"[101], como prescribe el citado artículo 68.a) ET. En el expediente, "*aparte de interesado*", deben ser oídos "*el comité de empresa o restantes delegados de personal*". La incertidumbre que se plantea en el caso de los delegados sindicales es la de determinar la representación a la que el empresario debe dirigirse: el trámite deberá cumplirse respecto de la representación a que pertenece el expedientado[102]. La prolongación de esta garantía es personal del delegado sindical, y le acompaña hasta el año siguiente a la expiración de mandato[103] –incluso en supuestos de movilidad geográfica[104]–.

3.1.2. Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo [Artículo 68.b) ET]+

El artículo 68.b) ET, precisa una típica garantía de naturaleza protectora al reconocer la "*prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas*". El contenido de estas causas se encuentran contenidas en el artículo 51.1 ET por remisión de artículo 47 ET: causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. Esta garantía plantea problemas lógicos, pues su

[99] STS 18 de febrero de 1997 [RJ 1997\1448].
[100] STS 23 de enero de 1990 [RJ 1990\198].
[101] STS 22 de enero de 1991 [RJ 1991\69].
[102] STS 6 de julio de 1990 [RJ 1990\6069].
[103] STS 18 de febrero de 1997[RJ 1997\1448].
[104] STS Castilla-La Mancha 27 de mayo de 1999 [AS 1999\2343].

aplicación "*implica conceptualmente la concurrencia de dos o más trabajadores para un mismo puesto de trabajo*", siendo inherente "*la idoneidad profesional para su desempeño, en cuyo supuesto se impone la permanencia y preferencia del representante*"[105]. La prioridad ha de entenderse referida "*a un mismo puesto de trabajo o a otro idéntico*"[106], lo que constata que los representantes unitarios y sindicales "*serán los últimos, dentro de su categoría y centro de trabajo, a los que se les debe aplicar una medida de traslado, suspensión o extinción de contrato*"[107]. La condición de representante ha de concurrir en el momento en el que el empresario decide extinguir o suspender los contratos de trabajo, sin que sea necesario que se posea dicha condición cuando se inicie el expediente o se dicte la correspondiente resolución administrativa. La extensión de esta preferencia o prioridad, se extiende al año inmediatamente siguiente al de la expiración del mandato[108].

3.1.3. Interdicción de sanciones por ejercicio de funciones representativas [Artículo 68.c) ET]

El artículo 68.c) configura una garantía material que consolida –a los representantes legales de los trabajadores– la inmunidad en el ejercicio legítimo de sus funciones representativas. En efecto, el delegado sindical no podrá "*ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el artículo 54*". Es obvio que la protección resultará ineficaz en los casos en los que el representante incumple sus obligaciones contractuales: despido disciplinario.

3.1.4. Derecho de opción en los casos de despido improcedente

La facultad del derecho de opción entre la readmisión en la empresa o el abono de la indemnización en los casos de despido improcedente atribuido a los delegados sindicales constituye una típica garantía de tipo preventiva, pues en efecto, la misma cumple en la práctica, "*un objetivo instrumental respecto a la inmunidad relativa, al impedir que el representante pueda ser desvinculado de la empresa y de la representación por una decisión injustificada del empleador con independencia de que este cese se produzca o no en circunstancias que permitan apreciar la existencia de un despido afectado de nulidad radical*"[109].

[105] STSJ Cataluña 20 de febrero de 1998 [AS 1998\1485].

[106] STSJ Castilla y León/Valladolid 10 de junio de 1997 [AS 1997\2262].

[107] STSJ Galicia 13 de junio de 1997 [AS 1997\2031].

[108] LUJÁN ALCARAZ, J.: *La Acción Sindical en la Empresa. Marco legal y desarrollo convencional*, cit., pp. 267.

[109] STS 15 de mayo de 1990 [RJ 1990\4331].

3.1.5. Garantías de indemnidad [Artículo 68.c) *in fine* ET]

Conforme el artículo 68.c) *in fine* ET, el delegado sindical no podrá "*ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación*". Esta es una de las garantías más especiales de los delegados sindicales, pues impide que los mismos puedan ser discriminados y padecer perjuicios en su patrimonio laboral por el ejercicio y desarrollo de sus funciones representativas. El principio de indemnidad es creación del extinto Tribunal Central de Trabajo, conocido como principio de "*protección retributiva*", de "*omniequivalencia retributiva*" o de "*indemnidad retributiva*", consistente en que el delegado sindical ha de percibir la misma retribución que si estuviera en activo o prestando trabajo efectivo, pues de lo contrario, el cargo que ostenta supondría un perjuicio o sanción, transgrediéndose por tanto, el derecho de libertad sindical[110].

3.1.6. Libertad de expresión [Artículo 68.d) ET]

El apartado d) del artículo 68 ET, reconoce el derecho de los representantes de los trabajadores a expresar "*con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa*". Con esta prerrogativa, no se constituye una nueva garantía, sino que se fortifica el derecho fundamental "*a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*"[111]. Por tanto, la protección de la libertad de expresión nace de la propia Constitución, siendo la misma efectiva y reconocida aunque no viniera recogida en el artículo 68 ET, pues la libertad de empresa no justifica "*despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional*"[112], y que como ciudadanos, poseen todos los trabajadores[113]. Este apartado, no implanta un deber de prestación a cargo del empresario, sino el deber de respeto a un derecho que detentan los ciudadanos y que se alza en límite infranqueable al ejercicio de los poderes de dirección y disciplinario del empleador[114].

---

[110] LUJÁN ALCARAZ, J.: *La Acción Sindical en la Empresa. Marco legal y desarrollo convencional*, cit., pp. 273.

[111] Artículo 20.1.a) CE.

[112] STC 88/1985 de 19 julio [RTC 1985\88].

[113] Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, cit., pp. 225.

[114] LUJÁN ALCARAZ, J.: *La Acción Sindical en la Empresa. Marco legal y desarrollo convencional*, cit., pp. 276 y 277.

3.2. Facilidades otorgadas a los delegados sindicales

3.2.1. Crédito horario [Artículo 68.e) ET]

El crédito horario o crédito sindical, es el permiso retribuido –artículo 37.3.e) ET– que legal o convencionalmente, corresponde a cada uno de los representantes legales de los trabajadores para dedicarlo al ejercicio de sus funciones sindicales o de representación, siendo su obstaculización, lesiva del derecho de libertad sindical[115]. El derecho al crédito horario se reconoce en el artículo 68.e) ET a todos los representantes unitarios, de acuerdo con la tabla recogida en el mencionado precepto. Sin embargo, cuando se trata de delegados sindicales, este derecho albergado en el apartado e) del artículo 68, se adquiere *ex* artículo 10.3 LOLS, con sujeción a sus propios límites. Son éstos los que imponen la configuración legal de la figura del delegado sindical, reconocida –a excepción de mejora por convenio– únicamente a los sindicatos "*con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas*" siempre que se trate de "*empresas o centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores*"[116]. *Sensu contrario*, no disfrutan de la precitada prerrogativa, los denominados "*delegados internos*", salvo que pertenezcan al mismo tiempo, a órganos unitarios o que el convenio colectivo le reconozca la precitada tutela[117].

El crédito horario es admitido por el ET para "*el ejercicio de sus funciones de representación*"[118]. Para los delegados sindicales, se reconoce para el desarrollo de funciones de representación sindical dirigidas a la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores representados: esto significa que la "*función representativa da lugar a actividades muy variadas de estudio, informe, comunicación y relación social, que pueden realizarse en lugares asimismo muy distintos –locales sindicales, centros de reunión o de conversación, lugares públicos, domicilios privados–*"[119]. Por otra parte, debe destacarse que el invocado convenio 135 de la OIT, ratificado por España, desarrollado por la Recomendación n.º 143, de indudable carácter orientativo, aconseja para el desempeño eficaz de las funciones, concretamente, "*la de disfrutar de tiempo libre retribuido para asistir a reuniones, cursos de formación, seminarios, congresos y conferencias sindicales, lo que obliga a entender que dentro del ejercicio de las funciones representativas a que se refiere el artículo 68.e) ET se encuadra la asistencia a tales actos de carácter*

[115] Vid. MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Guía sobre el Derecho de Libertad Sindical,* cit., pp. 91.

[116] Artículo 10.1 LOLS.

[117] LUJÁN ALCARAZ, J.: *La Acción Sindical en la Empresa. Marco legal y desarrollo convencional*, cit., pp. 279.

[118] Artículo 68.e) ET.

[119] STS 13 de junio de 1990 [RJ 1990\5068].

sindical"[120]. También se incluyen las reuniones organizadas por partidos políticos que se consideren de interés sindical[121]. No obstante, es evidente que constituye ilícito laboral "*la burda maniobra de simular unas actividades representativas*". Tratándose de un permiso retribuido, el uso del crédito horario debe venir precedido, normalmente, del correspondiente preaviso y justificación, exigencias ambas habituales en la negociación colectiva[122]. Además, existe presunción judicial de probidad[123], conforme la cual, las horas solicitadas para el ejercicio y desarrollo de las tareas representativas, son empleadas correctamente[124].

En lo concerniente a la remuneración correspondiente al tiempo destinado a la atención de funciones representativas, el apartado e) del artículo 68 ET, tan solo señala que las horas serán "*retribuidas*". Si la anterior declaración, la vinculamos con el párrafo 10.1) de la Recomendación OIT núm. 143, llegamos a la conclusión de que las funciones del delegado sindical "*deberían disfrutar, sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales, del tiempo libre necesario para desempeñar las tareas de representación en la empresa*"–. Sin duda, es una manifestación del principio de indemnidad que ampara, en general, la posición jurídico-laboral de los trabajadores afiliados a un sindicato, y en particular, a la de sus representantes. "*El representante con derecho a crédito horario retribuido debe percibir el mismo salario que tenía en servicio activo, en evitación de que el cargo representativo suponga para él una sanción*"[125]. Sin embargo, las dificultades surgen cuando lo que se solicita son los complementos salariales fijados en función del trabajo realizado o de la situación y resultados de la empresa. Conforme el artículo 26.3 ET[126], estos complementos, a falta de acuerdo en contrario, son no consolidables. No obstante, la jurisprudencia –haciendo una interpretación generosa del principio de indemnidad retributiva–, ha considerado que el representante tiene derecho a complementos salariales como si ciertamente hubiese trabajado, a excepción únicamente de aquellos complementos que requieren una contraprestación concreta, como ocurre con las horas extraordinarias[127]. En definitiva, quien realiza funciones sindicales ha de ser retribuido de igual forma que sus representados[128]. Cualquier otra solución iría en contra del Derecho de Libertad Sindical.

---

[120] STS 14 de abril de 1987 [RJ 1987\2762].

[121] STS 5 de junio de 1990 [RJ 1990\5021].

[122] STS 23 de marzo de 2015 [RJ 2015\2117].

[123] STS 12 de febrero de 1990 [RJ 1990\896].

[124] AGUILERA IZQUIERDO, R.: *El despido de los representantes de los trabajadores por uso abusivo del crédito horario*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 15.

[125] STS 20 mayo 1992 [RJ 1992\3581].

[126] "*Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa*".

[127] Vid. STSJ Islas Canarias/Las Palmas 28 de mayo de 1999 [AS 1999\2663]. En el mismo sentido, STS 20 mayo 1992 [RJ 1992\3581].

[128] STC 95/1996, de 29 mayo [RTC 1996\95].

3.2.2. Otras prerrogativas de los delegados sindicales [Artículo 10.3 LOLS]

Aunque las cláusulas que aumentan los derechos reconocidos en el marco legal vigente, suele contemplar mayoritariamente a las representaciones unitarias, no debe subestimarse el papel de la negociación colectiva para el progreso y la perfección de la representación y acción sindical en la empresa. Pueden localizarse convenios colectivos que coadyuvan a la promoción de la acción sindical en la empresa, destacando el papel de los sindicatos en el seno de la misma como interlocutores esenciales para la regulación y desarrollo de las relaciones laborales en las empresas, contribuyendo al fortalecimiento de nuestro sistema de "*doble canal*" de representación[129]. Es por ello, que las funciones representativas del delegado sindical, pueden ser mejoradas con otras ventajas complementarias atribuidas por la negociación colectiva –*ex* artículo 10.3 LOLS[130]–. No obstante, hay que admitir que nos encontramos ante una contingencia poco factible, pues tan solo, los "*buenos*" convenios colectivos conceden –efectivamente– ventajas adicionales que exteriorizan la verdadera potencialidad de la negociación colectiva. No olvidemos que la negociación colectiva es una fuente jurídica cualificada para el desarrollo y mejora de los derechos de libertad sindical. Además, es un mecanismo totalmente adecuado para el desarrollo pormenorizado de las distintas vertientes del derecho de libertad sindical. No solamente puede extender esta labor de complementariedad respecto al régimen legal, sino que además puede actuar como fuente acrecentadora de los mínimos fijados en sede legal[131].

3.3. Permisos para la realización de funciones sindicales: representantes sindicales de comisiones negociadoras y cargos electivos [Artículo 9 LOLS]

Respecto a los permisos para el desarrollo de funciones sindicales, asumibles como cargas para los empleadores, el artículo 9.2 LOLS prevé que los representantes sindicales que participen en comisiones negociadoras de convenios colectivos, y mantengan su vinculación como trabajador activo, tienen reconocido el derecho a los permisos retribuidos necesarios para el adecuado ejercicio de su labor como negociadores, siempre que la empresa se encuentre afectada por la negociación. El artículo 9.1 LOLS, se ocupa de regular los derechos sindicales en la empresa de aquellos cargos sindicales electivos ajenos a la empresa. Se trata de derechos que detentan los trabajadores en su empresa, por el hecho de desempeñar "*cargos electivos*", de nivel provincial, autonómico o estatal, en los sindicatos más representativos. A saber: a) Disfrute de los permisos no retribuidos necesarios para

[129] MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Guía sobre el Derecho de Libertad Sindical,* cit., pp. 144.

[130] "*A salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo*".

[131] MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Guía sobre el Derecho de Libertad Sindical,* cit., pp. 137.

el desarrollo de las funciones sindicales propias de su cargo, pudiéndose establecer, por acuerdo, limitaciones al disfrute de los mismos en función de las necesidades del proceso productivo. b) A la excedencia forzosa o a la situación equivalente en el ámbito de la Función Pública. c) Asistencia y acceso a los centros de trabajo para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores, previa comunicación al empresario, y sin que el ejercicio de ese derecho pueda interrumpir el desarrollo normal del proceso productivo.

4. CONCLUSIONES: DESAFÍOS CLAVES EN MATERIA DE REPRESENTACIÓN SINDICAL

Es frecuente hablar de la "*crisis del sindicato*" y de la "*crisis de representatividad sindical*", e igualmente de la inevitable decadencia o incluso desaparición del sindicalismo de clase ante su inadecuación a las exigencias de un entorno cambiante y vivo. Pero antes de discutir esta afirmación, debería de meditarse más prudentemente sobre los fundamentos existenciales del sindicalismo, sus causas de aparición, el porqué fue necesario luchar por la libertad sindical y sobre la posible pervivencia del sindicalismo organizado en la sociedad contemporánea. El sindicato nace en el mismo corazón del sistema capitalista y la cuestión social por él generada. Nace como un "*hecho*" de relevancia político-jurídica respecto a los órdenes estatales de referencia –propio del Estado Liberal individualista o "*Estado de clase única*" o "*monoclase*", propio de la modernidad restringida–. El proceso de "*juridificación*" del "*hecho sindical*", es largo y complejo, unido en todo momento, al constitucionalismo democrático-social –y su forma política de Estado Social de Derecho–. Es en esa tradición del constitucionalismo social donde la libertad sindical encuentra no sólo su mayor garantía jurídica e institucional como derecho social fundamental de libertad, sino también el marco pluralista de reconocimiento de un poder de autodeterminación y regulación social y jurídica autónoma[132].

El sindicato tiene ante si nuevos retos frente a los cuales su presencia activa en los lugares de trabajo adquiere relevancia, tanto para prosperar en el terreno de la participación de los trabajadores, como para contribuir en la actividad sindical. Las reglas básicas sobre la estructura de las representaciones sindicales en la empresa, así como las facilidades y prerrogativas reconocidas legalmente a las mismas, están definidas en función de una realidad empresarial –heredada del proceso de industrialización–, hoy abocada a la desaparición. La LOLS sigue aferrada en el binomio empresa-centro de trabajo, lo que complica el desarrollo de la acción sindical. Los problemas de interpretación de la vigente regulación de la acción sindical en la empresa, se ausentan cuando el régimen y funcionamiento

[132] MONEREO PÉREZ, J. L.: *Sindicatos, Trade-Unions y Corporaciones por Georges Renard*, cit., pp. VIII.

de las secciones sindicales y/o delegados sindicales es objeto de negociación colectiva. No obstante, pese a la frecuencia en los convenios colectivos de artículos destinados a la representación de los trabajadores, la negociación en esta materia es prácticamente ineficaz, pues existe una cierta tendencia y percepción a "*olvidar*" cualquier referencia al respecto que sea diferente a lo estipulado en ley –trasladando al convenio la letra de la normativa– o a remitirse directamente a la pertinente regulación[133]. El sistema legal –especialmente los artículos 8 y siguientes LOLS, y la extensión de las garantías de los representantes unitarios del artículo 68 ET, a los sindicales– en su configuración como regulación del carácter mínimo, abre una serie de espacios para la negociación que aún no han sido ocupados adecuadamente por la autonomía colectiva. Hay un largo camino aún por transitar, las posibles materias que pueden negociarse requieren de una labor más imaginativa y creativa por parte de los interlocutores sociales, y una mayor exploración de las posibilidades en el marco legal y el desarrollo jurisprudencial que el derecho de libertad sindical permite[134]. Es por ello, que superando sus imperfecciones y deficiencias, la negociación ha de ser el principal instrumento con el que desarrollar un verdadero y eficaz derecho de acción sindical. Sobre todo, clarificando el confuso régimen legal, articulando los dos canales de representación, y modernizando los medios de acción: es necesario un nuevo enfoque de la actividad sindical que tenga en cuenta el actual sistema productivo. La finalidad última debe consistir en la constitución de un nuevo modelo de representación, que respetando la tradición y la práctica sindical, evite duplicidades funcionales innecesarias e ineficaces, y permita progresar en los derechos de participación, intervención y representación de los trabajadores, conforme a las condiciones del actual contexto económico, social y de producción –enfocado a la rentabilidad, eficacia y productividad–. En definitiva, clarificar los mecanismos de participación en la empresa a través de su simplificación, delimitando pertinentemente la sindicalización, y evitando duplicidades que obstaculicen la representación; al mismo tiempo, ha de superarse el criterio legal que reduce la presencia de delegados sindicales a un solo contexto: el de las grandes empresas. Por ello, ha de favorecerse la existencia de trabajadores investidos de tal condición en pequeñas y medianas empresas.

[133] LUJÁN ALCARAZ, J.: *La Acción Sindical en la Empresa. Marco legal y desarrollo convencional*, cit., pp. 310 y ss.

[134] MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Guía sobre el Derecho de Libertad Sindical,* cit., pp. 138.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: *El despido de los representantes de los trabajadores por uso abusivo del crédito horario*, Madrid, Tecnos, 1996.
- CID BABARRO, C.: "La negociación colectiva y la sección sindical", en CABEZA PEREIRO, J., y FERNÁNDEZ DOCAMPO, B. *et al*: *Participación y acción sindical en la empresa*, Albacete, Bomarzo, 2013.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: *La Acción Sindical en la Empresa. Marco legal y desarrollo convencional*, Madrid, Colección Estudios (CES), 2003.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992.
- MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Guía sobre el Derecho de Libertad Sindical,* Sevilla, CARL, 2007.
- MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: "La libertad sindical en la doctrina de Tribunal Constitucional", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73, 2008.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: "Modelos sindicales: Función del sindicato y mayor representatividad sindical", en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.) *et al*: *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*, Granada, Comares, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.) *et al*: *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*, Granada, Comares, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: "El sindicalismo y el orden democrático", estudio preliminar a RENARD, G.: *Sindicatos, Trade-Unions y Corporaciones por Georges Renard*, Granada, Comares, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, Mª. N.: *Manual de Derecho Sindical*, Granada, Comares, 2014.
- OJEDA AVILÉS, A.: *Compendio de Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, 2012.
- SÁEZ LARA, C.: *Representación y acción sindical en la empresa*, Madrid, MTSS, 1992.

LA HUELGA EN LAS EMPRESAS CONTRATISTAS

Juan Pedrosa González
Prof. Dr. Sustituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN

2. SITUACIÓN ANTERIOR. EL MURO DE LA EMPRESA PRINCIPAL

3. DIFERENCIA ENTRE LA REGULACIÓN INDIVIDUAL DE LA RELACION LABORAL Y LAS CUESTIONES COLECTIVAS EN LA SUBCONTRATACIÓN

4. LA RUPTURA DEL MURO. LA IMPLICACIÓN DE LA EMPRESA PRINCIPAL.

5. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

En la presente comunicación se analizarán las consecuencias jurídicas que regula la norma en la situación en que una empresa principal descentraliza mediante contrata una parte de su producción y los trabajadores de la empresa contratista realizan una acción colectiva de huelga, en la que la empresa principal desconoce el derecho de huelga y adopta determinadas actitudes o maneras de actuar, que obstaculizan o lesionan, ilegalmente, el derecho de huelga de los trabajadores de la contratista.

El derecho de huelga es un derecho fundamental, previsto en el art. 28.2 de la Constitución española, como es sabido. Uno de los problemas del ejercicio de

este derecho reside en que el derecho de huelga se actúa la mayoría de las veces contra una empresa privada, no contra el Estado. Por tanto, el obligado a respetar el derecho de huelga no es en primer lugar el Estado, sino las empresas (generalmente privadas) implicadas en la huelga. El Estado debe respetar, obviamente, este derecho fundamental cuando se le plantea ante sus órganos jurídicos, sean los integrantes del orden jurisdiccional u otros. Pero el planteamiento a los órganos jurídicos del Estado de peticiones derivadas del derecho de huelga se hace por los convocantes o participantes en la misma después de que, previamente, las empresas implicadas en la huelga han desconocido los derechos o garantías de la huelga como derecho, y como un derecho fundamental. Se trata, pues, de determinar los sujetos obligados por las garantías legales de la huelga, determinar los sujetos que tienen una serie de obligaciones legales ante una huelga, y las sanciones que impone el Derecho a estos sujetos, en caso de transgresión de estas garantías.

Si la huelga es una manifestación externa de un conflicto laboral (y estamos hablando de huelgas de empresa, no sectoriales ni generales), el conflicto de que hablamos se produce generalmente entre los sujetos que intervienen en la producción ligados por un contrato de trabajo. Entre trabajador y empresario. Los trabajadores que prestan la actividad, y los empresarios de esos trabajadores, no otros. El contrato de trabajo es un contrato obligacional entre partes, no es una relación jurídica real.

Pero la realidad actual muestra que las relaciones triangulares de producción se han extendido. Empresas que no son las que han firmado el contrato de trabajo con el trabajador en huelga, son las que normalmente dirigen su actividad y en cuya organización de la producción los trabajadores de las empresas contratistas, ahora huelguistas, participan. Las empresas principales en las contratas, por ejemplo, no tienen vinculación laboral con los trabajadores de la contratista en huelga ¿Tienen estas empresas principales alguna obligación derivada de la huelga que se está desarrollando?

2. SITUACIÓN ANTERIOR. EL MURO DE LA EMPRESA PRINCIPAL

Es tradicional considerar que la empresa principal no tiene vínculos jurídicos laborales con los trabajadores de la contratista. En consecuencia, la empresa principal no somete esta relación con los trabajadores de la empresa contratista al Derecho del Trabajo, individual ni colectivo. Y ello porque, simplemente, no hay relación jurídica entre estos sujetos (empresario principal y trabajadores de la empresa contratista).

En este sentido, las obligaciones jurídicas de la empresa principal con los trabajadores de la empresa contratista se limitan única y exclusivamente, a las

obligaciones previstas en la Ley expresamente, como son la responsabilidad solidaria por deudas salariales y de cotizaciones a la Seguridad Social, pero nada más (salvo cuestiones de prevención de riesgos laborales).

Las relaciones laborales entre empresa usuaria o principal y los trabajadores de la contratista no están reguladas por el Derecho, y mucho menos por el Derecho del Trabajo. Quien tiene el rol de empresario en estas situaciones es la empresa contratista, y frente a ella los trabajadores de la contratista podrán oponer todos los derechos y garantías que, a modo general, regula el Derecho del trabajo para todos los trabajadores. La integración en la organización empresarial de la empresa principal, el desarrollo ordinario de la relación de trabajo, y la cualidad misma de empresario, no están reguladas, como decimos, por el Derecho del trabajo, sino que es algo que se produce en la práctica ordinaria. Es un hecho derivado de la praxis de quien controla el sistema productivo completo, lo organiza y dirige, que es la empresa principal, pero no por ello ésta obtiene el rol de empresario en la relación laboral que, jurídicamente, sólo lo obtiene el empresario contratista que tiene contrato de trabajo con los trabajadores del mismo, aunque la prestación de trabajo se realice en el sistema productivo de la empresa principal. El hecho de participar en el sistema productivo de la empresa principal por parte de los trabajadores de la contratista, no genera consecuencia jurídica alguna respecto de aquélla.

En este sentido, el derecho colectivo en los supuestos de empresas descentralizadas no está desarrollado a nivel legal ni reglamentario.

3. DIFERENCIA ENTRE LA REGULACIÓN INDIVIDUAL DE LA RELACIÓN LABORAL Y LAS CUESTIONES COLECTIVAS EN LA SUBCONTRATACIÓN

La normativa en materia de derechos y deberes de los trabajadores de la contratista, se contiene, como hemos dicho, en normas excepcionales. La relación laboral de los trabajadores de la contratista se desarrolla, a nivel jurídico, con la empresa contratista. Sólo excepcionalmente, la empresa principal tiene, por ley, determinadas obligaciones respecto de los trabajadores de la contratista.

De esta manera, sólo las obligaciones impuestas por la ley han de ser cumplidas por la empresa principal. Y estas obligaciones impuestas legales respecto de la empresa principal no son muy extensas. A nivel individual, sólo la responsabilidad solidaria por deudas salariales y de cotizaciones a la Seguridad social (en determinadas circunstancias, no siempre), impuesta por el art. 42 del ET son de resaltar. No se trata de una responsabilidad respecto de los salarios debidos, sino de una responsabilidad compartida con la empresa contratista.

En el plano colectivo, la norma tampoco es muy extensa. El art. 81 del Estatuto de los Trabajadores[135] se prevé la posibilidad de que el local del comité de empresa de los trabajadores de la contratista sea compartido con el comité de empresa de los trabajadores de la principal, y la Ley remite el modo de utilizarlo a un acuerdo, que si es con la empresa contratista, se trata de un acuerdo sobre materias concretas celebrado entre la representación legal de los trabajadores de la contratista y quien no es su empresario jurídicamente hablando, el empresario principal. O sea, legalmente se regula la posibilidad de un determinado acuerdo cuyo objeto es la utilización del local del comité de empresa, celebrado entre quienes no pertenecen a la misma empresa (empresario principal y representantes de los trabajadores de la contratista).

En el art. 87.1 y 87.3 del ET, se regula la legitimación (de los trabajadores y de las empresas) para firmar convenios "que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación". Es decir, por Ley se está permitiendo la existencia de sujetos legitimados para negociar un convenio aplicable una serie de empresas, nominativamente identificadas, vinculadas por razones organizativas o productivas. Se trata, a mi entender, de la posibilidad de poder celebrar convenios que afecten a todos los trabajadores que participan en la producción de bienes o servicios que desarrolla un conjunto de empresas vinculadas entre sí no por razones de participación en el accionariado o en los órganos de dirección, sino por razones "organizativas o productivas", es decir, un convenio aplicable a todos los trabajadores que participan en una determinada organización, aunque esa organización comprenda a varias empresas, vinculadas entre sí mediante contratas. La Ley permite, por tanto, el convenio de grupo de empresas, y no exige que ese grupo esté formado por empresas participadas accionarialmente entre sí, sino sólo vinculadas por razones organizativas o productivas. Se permite, por tanto, ex lege, la posibilidad de grupo de empresas considerando al grupo no en cuanto a la participación accionarial o de dirección, sino que la Ley considera grupo a las empresas vinculadas mediante contrata.

No existe, por tanto, una regulación más extensa de las relaciones laborales en supuestos de relaciones laborales triangulares. La Ley no regula este tipo de relaciones laborales en materia colectiva, estableciendo así un supuesto de promoción no por la Ley, sino precisamente por falta de la Ley, en estos supuestos. Ni a nivel de relación individual, ni a nivel de relación colectiva, existe una regulación detallada de los supuestos triangulares de relaciones de trabajo. Tampoco la negociación colectiva ha desarrollado las normas necesarias para este tipo de relación laboral.

[135] Redacción del ET dada por el Real Decreto-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, publicado en el BOE nº, 255, de 24 de octubre.

4. LA RUPTURA DEL MURO. LA IMPLICACIÓN DE LA EMPRESA PRINCIPAL

Pero la legislación y la Jurisprudencia actuales están rompiendo el muro que legalmente se interpone entre la empresa principal y los trabajadores de la contratista. De facto, las relaciones laborales triangulares existen, se desarrollan y se encuentran en la normalidad, derivada de un derecho fundamental (art. 38 CE) desarrollado en estas relaciones triangulares.

No obstante, el hecho de ser el titular de la empresa principal el que dirige su sistema productivo y el que organiza la totalidad de la producción (parte laboral, parte no laboral), ocasiona que el empresario principal, aunque no sea considerado como empresario de los trabajadores de la contratista, ni a nivel individual ni a nivel colectivo, tenga una serie de obligaciones laborales frente a ellos.

En cuanto al nivel individual, el empresario principal, como hemos visto, es responsable solidario de las deudas de Seguridad Social y de las deudas salariales habidas frente a los trabajadores de la contratista. Además, se prohíbe expresamente por el art. 43 ET que la empresa principal pueda dar órdenes a los trabajadores de la empresa contratista, bajo sanción de ser considerado empresario de los mismos en estos casos.

En cuanto al nivel colectivo, como se ha referido, cabe la posibilidad prevista en la norma de que se celebre un acuerdo colectivo de materias concretas entre empresa principal y representantes de los trabajadores de la empresa contratista. También cabe la posibilidad de celebrar acuerdos que afecten todos los trabajadores que participan en un mismo sistema productivo, con independencia de la empresa a que pertenezcan.

Pero ha sido la jurisprudencia, y no la norma positiva, la que ha derribado una parte del muro para dar responsabilidad a la empresa principal en las acciones colectivas llevadas a cabo por los trabajadores de la contratista.

En un principio, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, Sentencia nº. 188/2004 de 22 de enero, ya dejó dicho que las empresas principales en supuestos de contratas podían ser vistas como "...terceros que son empresarios vinculados con la misma por fórmulas de colaboración que tienen relevancia laboral, de manera que se traslada a esos terceros algún género de obligaciones respecto a los huelguistas trabajadores de la otra empresa cuando la medida enjuiciada no se limita al ámbito de los intereses y derechos propios del tercero, sino que incide en derechos de los trabajadores".

En el mismo sentido, se pronuncia posteriormente la Sentencia 75/2010 del Tribunal Constitucional, en un supuesto de despido discriminatorio consecuencia del ejercicio del derecho de huelga, realizado por los trabajadores de la contratista. Si la empresa principal, dado el incremento del coste de la producción que conlleva el éxito de la huelga de los trabajadores de la empresa contratista que reivindican un salario más alto, extingue la contrata con la empresa contratista, obligando a ésta a despedir por cusas económicas a los trabajadores, está violando el derecho de huelga de los trabajadores de la contratista. Este derecho se configura, de esta manera, como un derecho ejercitable frente a quien no tiene contrato de trabajo con el trabajador en huelga, otorgándole, por tanto, una eficacia que va más allá de la eficacia prevista por la norma. Esta eficacia se puede esgrimir frente a quien realice alguna acción que perjudique el derecho de huelga, que es un derecho fundamental, sea o no la empresa con la que existe una vinculación jurídico-laboral.

Por último, interesa citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015, dictada en el Recurso nº. 95/2014. En esta Sentencia se considera lesiva del derecho de huelga la conducta de la empresa principal, consistente en sustituir a la empresa contratista (y por tanto a los trabajadores de la misma) en supuestos en que estos trabajadores están en huelga y por tanto no realizan la actividad contratada con la empresa contratista. No es el supuesto de sustitución de trabajadores huelguistas previsto en la norma, sino un supuesto en que una empresa sustituye a trabajadores en huelga, pero con los que no tiene vinculación jurídica alguna. La huelga, de este modo, supera el muro jurídico que se interpone entre empresa principal y trabajadores de la empresa contratista en virtud del cual no existe relación jurídica alguna entre ellos. Los derechos fundamentales, y la huelga es uno de ellos, se pueden esgrimir frente a todos, permitiendo con ello una eficacia horizontal de estos derechos que no necesita una previa relación jurídico-laboral entre los sujetos obligados.

Con ello, se supera la concepción anterior que veía un incumplimiento de lo contratado en caso de huelga de los trabajadores de la contratista, que permitía no sólo el rompimiento de la contrata por la empresa principal basado en un incumplimiento de la contratista de sus obligaciones contractuales, sino también el hecho mismo de sustituir a la empresa contratista en estos casos, que ha sido considerado por la Jurisprudencia hasta ahora, y en otros casos, como causa de fuerza mayor habilitante del rompimiento de la contrata, como hemos dicho[136].

[136] vid. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Málaga, nº. 3316/2003, de 19 de noviembre, y Sentencia de la audiencia Nacional, Sala de lo Social, nº. 47/2010, de 10 de mayo que califica a la prestación de los trabajadores de la empresa contratista como un servicio público puesto en serio peligro por las acciones colectivas de los trabajadores de la contratista.

5. CONCLUSIÓN

En definitiva, la Jurisprudencia está haciendo lo que no ha hecho la norma positiva: extender el derecho colectivo de huelga y las obligaciones empresariales que conlleva, a las empresas principales en caso de subcontratación. El muro entre empresa principal y trabajadores de la contratista no está tan elevado como antes, pese a que sigue existiendo en situaciones como la descrita en la que los derechos, y más los de carácter fundamental, no deberían estar sometidos a las relaciones organizativas y productiva entre empresas, en el libre ejercicio de aquellos.

Tercera Ponencia

GARANTÍA Y TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL

M. Mar Ruiz Castillo
Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Almería

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA CONSOLIDACIÓN DE UN MODELO SINDICAL INESTABLE

1.1. La abundancia constitucional
1.2. Los artífices de la inestabilidad sindical
1.3. Las razones de la diversificación de la libertad sindical y sus efectos

2. LA DESCONFIGURACIÓN LEGAL DEL MODELO CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD SINDICAL

3. LA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DE LOS CONTENIDOS ESENCIALES DE LA LIBERTAD SINDICAL

3.1. ¿Qué tutela la constitución en materia de negociación colectiva?
3.1.1. Derecho *versus* libertad
3.1.2. Titulares variables y variados
3.1.3. El puzle de los contenidos
3.1.4. A la búsqueda del alma del convenio

1. INTRODUCCIÓN: LA CONSOLIDACIÓN DE UN MODELO SINDICAL INESTABLE

Han transcurrido fechas suficientes como para que podamos evaluar nuestro modelo sindical con cierta garantía de realismo. Se han definido y asentado sus líneas maestras[219] permitiéndonos calibrar el grado de satisfacción que cumple el aparato de garantía y tutela que predispone nuestro ordenamiento para el hecho sindical. A mi juicio, disfrutamos de un modelo sindical fuertemente consolidado y altamente inestable. Esta inestabilidad es, entiendo, la mejor carta de presentación desde sus orígenes y uno de los cimientos de consolidación del modelo, aunque parezca contradictorio, no lo es, podríamos decir que disfrutamos de un modelo sindical que ha consolidado la inestabilidad. Si tuviéramos que describir nuestro modelo sindical no podríamos obviar el empezar por discernir los parámetros constitucionales determinantes del mismo. ¿Qué garantiza el texto constitucional? En buena lógica, aquí deberíamos encontrar los pilares sobre los que asentar la estabilidad, en el sentido de inalterabilidad básica del modelo. Entiendo que no sucede así. Esta ha sido la óptica de análisis elegida: me centraré en la garantía y tutela constitucional de nuestro modelo sindical, no en las de su régimen jurídico que, entiendo, tiene escasas o ninguna posibilidad de permanencia que no sean las que el legislador ordinario le ofrezca. Es el examen menos transitado por la doctrina pero el que mejor explica las incoherencias de un ordenamiento sindical que precisa de una revisión a fondo desde el plano de la constitucionalidad.

1.1. La abundancia constitucional

Es el nuestro un texto fundamental peculiar respecto de los modelos comparados de nuestro entorno, que no van más allá de la consagración de la libertad sindical a secas. La singularidad de nuestra constitución estriba, como en otras materias y como bien se sabe, en lo profuso de sus declaraciones; una característica, en principio, puramente descriptiva y aséptica que, sin embargo, deja de serlo si se atiende a la razón de ser de tal abundancia. No fue la nuestra una constitución rupturista con el régimen autoritario al que sucede[220] por lo que el consenso que está en su base propició no pocas contradicciones que encuentran acomodo en una constitución en la que se afirma lo uno y también lo otro[221].

[219]Sin que se coincida en la conclusión: "a estas alturas las líneas maestras del régimen jurídico sindical se encuentran estabilizadas", VIDA SORIA, J. y MOENEREO PÉREZ, J., "Libertad sindical, conflictos colectivos y huelga", en CRUZ VILLALÓN, J., (coor.), "XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales". Editorial Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Sevilla, 2002, p. 70.

[220]ESCUDERO ALDAY, R., "Modelos de democracia en España (1931 y 1978)". Editorial Península. Madrid, 2013.

[221]DE LA VILLA GIL, L.E., pone de relieve el impreciso significado de la mención constitucional al estado de derecho porque a él se acompaña un diseño de modelo productivo bien concreto. Según el autor, la evolución ha hecho realidad los pronósticos más pesimistas. El desequilibrio entre el desarrollo económico y social antes y después de la crisis de 2008 certifica lo fallido de la cláusula de Estado social, de lo que no

Aparece ya, desde el primer acercamiento, un problema de límites, de exigencia de definición de contenidos esenciales, que es el que jalona todo el espectro de derechos constitucionales, más si el texto constitucional pretende ser ecléctico, como sucede con el nuestro en su intento de arbitrar un tránsito pacífico desde un régimen corporativo a una democracia representativa.

En lo que a nosotros nos afecta, la constitución social o laboral y la constitución económica no se prestan fácilmente a una interpretación armónica y, no puede ser de otra forma, ello se deja ver en la literalidad de los derechos colectivos del trabajo. Los sindicatos de trabajadores aparecen peligrosamente asediados por el empresario y sus asociaciones en lo que a reconocimiento de derechos constitucionales se refiere. Comparten con los sindicatos un amplio horizonte de actividad para la defensa de sus correspondientes intereses económicos y sociales, como así aparece en la redacción del art. 7 CE[222]; se les vuelve a citar en condiciones de paridad con los representantes de los trabajadores en el derecho de negociación colectiva (art. 37.1 CE), y, en iguales términos, respecto del derecho a la adopción de medidas de conflicto (art. 37.2 CE). Por último, el independiente y exclusivo reconocimiento del derecho de asociación sindical de los trabajadores (art. 28.1 CE) se enfrenta a una cada día más poderosa libertad de empresa (art. 38 CE), que ha mutado radicalmente su función, haciéndose más y más compleja y expansiva; se ha convertido en mucho más que una garantía institucional de reconocimiento de un determinado modelo económico porque sirve para fundamentar derechos y facultades empresariales específicas, no solo frente al estado y como garantía de realización de ese interés en el mercado[223], sino que el art. 38 CE ha ido engrosado el contenido esencial de un derecho subjetivo empresarial[224] en el que se van incluyendo más y más poderes empresariales a ejercitar en la relaciones individuales de trabajo y en las relaciones sindicales, como expresa el tribunal constitucional[225]. Podríamos

puede culparse a un fenómeno económico, obviamente. Y los ejemplos son bien evidentes: salarios, desempleo, sanidad, educación y protección social. Entre las razones del fracaso, la coherencia del TC "aplicando hasta sus últimas consecuencias el doble criterio de las opciones diversas que los preceptos constitucionales permiten"."La efectividad y los límites de la cláusula de Estado social en la doctrina del Tribunal Constitucional", en RAMOS, M. y ROJAS, G. (coors.), "Transformaciones del Estado social y Derecho del Trabajo". Editorial Comares. Granada, 2014.

[222]Se puede optar por la equiparación constitucional de las asociaciones empresariales a los sindicatos. SUÁREZ GONZÁLEZ, F., "Los sindicatos en la Constitución española de 1978", en DE LA VILLA GIL, L.E. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., (coors.), "Los sindicatos: homenaje al profesor Don Jaime Montalvo Correa con motivo de su jubilación". Editorial Lex Nova-Thomson Reuters. Pamplona, 2014, p. 98.

[223]A ello se refiere el voto particular que formula se a la STC 119/2014, de 16 de julio.

[224]En este sentido: ARAGÓN REYES, M., "El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa", en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, (dir.), "Libertad de empresa y relaciones laborales en España". Editorial Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 2005, pp. 24 y ss.; DURÁN LÓPEZ, "Contenidos constitucionales del derecho constitucional a la libertad de empresa," *ibidem*, pp. 57 y ss.

[225]"El derecho al trabajo puede entrar en conflicto con el reconocimiento en el art. 38 CE de la libertad de empresa y el mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad. Sin perjuicio de los límites necesarios, tales exigencias derivadas del art. 38 CE pueden legitimar el reconocimiento legal en favor del empresario de determinadas facultades de extinción del contrato de trabajo integradas en sus poderes de gestión de la empresa". STC 119/2014, FJ 3.

afirmar que, a su vez, la economía de mercado, y la revalorización de la competencia por dictado comunitario[226], ha devenido en un macro-principio de carácter superior, polivalente[227], un límite infranqueable, al que se han de someter, y se han sometido, las políticas legislativas, todas ellas, y el completo derecho del trabajo[228].

No cabe sino afirmar para el momento actual la utilidad social de la libertad de empresa[229], que se articula mediante la vieja fórmula de la objetivación del interés empresarial. En más de una ocasión, en los fallos de 2014 y 2015[230], los que revisan la constitucionalidad de la última reforma, nuestro tribunal constitucional muestra inclinación corporativista al declarar sin remilgos el interés de los propios trabajadores en la viabilidad y productividad empresarial por las que se sacrifican sus derechos. Es más, prueba de este interés social general es que la libertad de empresa ha invadido incluso la posición del trabajador. No a otra cosa conduce la moderna teoría del emprendimiento[231]. Un repaso a las dos recientes fallos del TC sobre la reforma laboral de 2012 dejan claro -no hay otro argumento- que el derecho del trabajo se ha convertido en una regulación de orden público económico[232]. Derechos individuales y colectivos deben ceder ante la obligación que la constitución impone al estado de promoción de la libertad de empresa, de defensa de la productividad y de aseguramiento de la viabilidad de las empresas[233].

[226]Sobre la tarea del TJUE en este sentido, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "Convenio colectivo y libre competencia en el ámbito de la Unión Europea: el supuesto de los trabajadores autónomos incluidos en convenio". (STJUE, sala primera, de 4 de diciembre de 2014)". Revista La Ley Unión Europea, 2015, núm. 24.

[227]Le es plenamente aplicable la construcción interpretativa sobre art. 14 CE, aunque para este sea más complicado encontrar los beneficios de tal polivalencia. Se defiende por parte de nuestra doctrina y del propio TC la doble o triple valoración de la igualdad: es un valor, un principio, un derecho. Vid. sobre el tema, RUBIO LORENTE, F., "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Revista Española de Derecho Constitucional, 1991, núm. 31, pp. 9 y ss. O se propone su calificación acumulativa. El que sea uno de los valores supremos que propugna nuestro texto constitucional, no impide su condición de derecho subjetivo constitucional, "directamente ejercitable". PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo". Documentación Laboral, 1983, núm. 8, p. 9-11.

[228]BAYLOS GRAU, A., se refiere a un proceso de desconstitucionalización que termina con la remercantilización y despolitización del trabajo. "Prólogo" al libro CASTELLI, N., Contrato, consenso, representación. Reflexiones sobre la juridificación de las relaciones laborales". Editorial Bomarzo. Albacete, 2014, p. 13.

[229]CASTELLI, N., "Contrato, consenso, representación...", cit., pp. 236-237.

[230]SSTC 119/2014, de 16 de febrero y 8/2015, de 22 de enero.

[231]Y así lo ejemplifica la argumentación del Tribunal Constitucional para salvar la constitucionalidad del período de prueba. El ordenamiento constitucional no preserva la estabilidad en el empleo del trabajador, ni la causalidad de la extinción (art. 35.1 CE), no de forma completa, por lo que está justificado que cedan ante la libertad de empresa que tienen obligación de tutelar los poderes públicos; pero sí protege la apuesta del trabajador por el ejercicio de la actividad empresarial (art. 38 CE), aunque en igualdad de condiciones que las empresas de menos de 50 trabajadores.

[232]La concepción nueva de la norma laboral como instrumento de ordenación económica (del mercado y de la empresa) y para ello vuelve a las técnicas normativas imperativas. La ley 3/2012, solo encuentra amparo en el art. 38 CE y no en la libertad sindical, en su proceso de flexibilización de la negociación colectiva. CASAS BAAMONDE, M.E., "La rigidez de la ley laboral flexibilizadora", en RAMOS, M. y ROJAS, G. (coors.), "Transformaciones del Estado social...", cit., pp. 64 y 83.

[233]Una revisión de la evolución del derecho del trabajo en esta clave: CASAS BAAMONDE, M.E, "La eficacia y la eficiencia del derecho del trabajo: reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo". Revista Relaciones Laborales, 2014, núm. 10.

La grave situación económica es la coartada general que faculta la sumisión de la constitución del trabajo, convirtiendo la excepción en regla general, lo afirman los votos particulares en los que se critica el haber elevado "a la categoría de canon de constitucionalidad el escenario económico adverso que España" padece, habiéndolo "normalizado"[234]. Sin embargo, lo ha sentenciado nuestro tribunal constitucional hasta la saciedad, la libertad de empresa no es absoluta ni el legislador dispone de completa discrecionalidad para su tutela sin respeto a los contenidos esenciales de otros derechos constitucionales en contraste[235]. La jurisprudencia constitucional pugna por resolver lo que se ha convertido en un indescifrable equilibrio[236] y que en los últimos fallos hace que la balanza se decante en un único sentido. Ya la reforma de 1994 planteaba algunos temas cruciales de constitucionalidad en el sentido apuntado que se obviaron, pero decididamente son las acaecidas desde 2010 las que someten a revisión la construcción y estabilidad de los límites de los derechos constitucionales; en definitiva, de los contenidos esenciales de los mismos[237].

A pesar de la conciliadora opción de nuestra constitución a la hora de repartir derechos al mundo del trabajo y de la economía, es bien cierto que la jurisprudencia constitucional, desde el primer momento y sin variación, ha interpretado que la libertad sindical y los derechos, facultades y libertad de acción que la misma despliega tienen por titulares exclusivos a los trabajadores -al sindicato-[238] y, en su plenitud, a los trabajadores por cuenta ajena, siendo incompatible este reconocimiento con la

[234]MOLINA NAVARRETE, C., "El control judicial de la proporcionalidad de los sacrificios de derechos: vaciado constitucional, rellenado internacional. Comentario a la STC 8/2015 de 22 de enero". Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios financieros, 2015, núm. 385 .

[235]STC 192/2003, de 27 de octubre.

[236]A veces es un hilo de seda invisible el que nos conduce a fallos opuestos, como sucede en las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio, en las que se mantienen en pugna los mismos derechos, el de intimidad del trabajador y el de control y vigilancia del empresario. Contrástense estas sentencias en el ámbito laboral y en beneficio de la tutela del interés empresarial con la restricción de los poderes de vigilancia y control en el ámbito de la seguridad pública. STC 37/1998, de 17 de febrero, en la que se entiende desproporcionada la grabación ininterrumpida de imágenes durante una huelga llevada a cabo por la policía autonómica por razones de orden público.

[237]Pese a las críticas, las dudas de constitucionalidad casi siempre han terminado por diluirse en la doctrina mayoritaria. Vid., enjuiciando la reforma del 94, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Derecho legal y tutela colectiva en la Ley 11/1994", en DE LA VILLA GIL (coors.), "Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García". Editorial Marcial Pons. Madrid, 1995., pp. 35-37. Se continúa apreciando la resistencia a poner en tela de juicio constitucional las intervenciones legales recientes. De nuevo, para las últimas reformas, con palabras de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., las novedades se identifican con la intensidad de los cambios pese a ser una reforma parcial. "Las claves de la reforma laboral de 2012", Revista Relaciones Laborales, 2012, núms. 23-24, 2012, p. 2.

Pero también se afirma abiertamente que ninguna reforma ha afectado al bien jurídico libertad sindical y quedan intactas las garantías de la misma, de los representantes, ni se han producido sacrificios de los derechos sindicales. LAHERA FORTEZA, J., "Las acciones de indemnización de daños por vulneración de la libertad sindical tras la Ley 36/2011 de Jurisdicción Social". Revista Relaciones Laborales, 2012, núm. 8.

[238]"La doctrina constitucional se ha inclinado por una configuración subjetiva u orgánica del derecho de acción sindical frente a una concepción funcional del mismo". MONEREO PÉREZ, J.L., "La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, núm. 73, p. 278.

atribución del mismo derecho a los empresarios[239]. Alguna doctrina, sin embargo, apunta la sinrazón de este tratamiento diferenciado en el plano formal para derechos de idéntico rango, cuando en múltiples facetas se manifiesta la equiparación de actuación[240]. Esta doctrina confusa sobre los derechos de libertad sindical y el genérico derecho de asociación vale para poner de manifiesto que se facilitaban los cambios de rumbo, porque la letra de la constitución no dejaba clausurada la posibilidad de que la reforzada posición constitucional de los empresarios se haya hecho funcionar como límite externo del entero derecho constitucional del trabajo, sean los derechos individuales[241] o colectivos[242]. Lo demuestra invariablemente la doctrina constitucional, sea referida a los derechos específicos o sea la que afecta a los inespecíficos de los trabajadores. Este panorama de indecisión constitucional aporta una buena dosis de estabilidad en su configuración a nuestro modelo sindical y de ahí deriva una de sus características principales, si no la fundamental, perfectamente contradictoria, que no es otra que la inestabilidad al incrustarse un modelo extremadamente incierto y por ello variable, al menos potencialmente.

[239]ATC 113/1984, de 22 de febrero; SSTC 52/1992, de 8 de abril; 75/1992, de 14 de mayo; 92/1994, de 21 de marzo.

[240]MENÉDEZ SEBASTIÁN, P., "El derecho de libertad sindical". Revista del Ministerio de trabajo y Seguridad Social, 2014, núm. 108, p. 229; GARCÍA MURCIA, J., "Libertad sindical y libertad de empresa", en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dir.), "Libertad de empresa...", cit., p. 339.

[241]No hay mejor ejemplo que la STC 62/2008, de 26 de mayo, en la que el tribunal constitucional cierra las puertas a las interpretaciones más benignas que habían hecho algunos tribunales ordinarios sobre la tutela del trabajador enfermo y sus relación con la productividad empresarial. Derecho a la salud de los trabajadores y libertad de empresa, como bien señala el voto particular, son los derechos enfrentados y es el de los trabajadores a su salud el perdedor.

[242]Véase si no el renovado interés de cierta doctrina por circunscribir los permanentes retos de la negociación colectiva a la defensa de la negociación empresarial y, en definitiva, por reafirmar el derecho constitucional a la libertad de empresa que debería erigirse en criterio decisivo para determinar qué contenidos son negociables y cuáles no. SÁNCHEZ TORRES, E., "Poder regulador y derecho del trabajo: diversificación y expansión juridificadora". Revista Relaciones Laborales. 2002, núm. 15.

En la misma línea, la tesis jurisprudencial que sitúa en plano de igualdad -o admite las interferencias- libertad de empresa y negociación colectiva. Es más, pudiera concluirse que la libertad de gestión de la empresa se erige en un límite de la negociación colectiva, aunque sea disfrazado en el pacto individual. Repárese en la STC 208/1993, de 28 de julio, en la que se afirma que la negociación colectiva no supone negar la virtualidad de la libertad de empresa que incluye medidas referentes a la gestión de personal; tampoco puede negar la autonomía individual con el mismo fin. La mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de negociación colectiva no supone impedimento para acuerdos contractuales individuales. El TS parece llegar más lejos en la incorporación de esta doctrina refiriéndose a las prejubilaciones anticipadas ofertadas por la empresa, por pacto con los representantes o con los trabajadores individuales, al margen de prejubilaciones previstas en convenio. STS, 28 de febrero de 2000, FD. cuarto, (RJ 2243). Y del mismo contenido, la doctrina judicial que reinterpreta el tenor literal de la norma cuando se trata de hacer viables las facultades de modificación unilateral de las condiciones de la contratación como en el caso del descuelgue sin exigencia de pacto empresarial con los representantes, degradándolo a la mera consulta o la comunicación a los trabajadores de no existir representación. STSJ País Vasco, 12 mayo de 2009, (JUR 371937); STSJ País Vasco, 13 de octubre de 2010, (AS 2526).

Todavía una línea más radical, la que entiende que la capacidad de decisión de la empresa frente a la negociación es muy pobre. Cierto margen de operatividad se le reconoce al empresario siempre que nos mantengamos en el ámbito de la empresa y tendrá que obtener acuerdo de los representantes, y nula si nos situamos en el ámbito supraempresarial. BORRAJO DACRUZ, E., "Negociación colectiva y libertad de empresa", en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "Libertad de empresa..."cit., pp. 353 y ss.

Sin embargo, se trata de una deriva no amparada por nuestro texto constitucional sino más bien lo contrario. A la vista de la sistemática y catálogo de derechos constitucionales no puede recabarse otra justificación para la doctrina del tribunal constitucional que la de carácter político. ¿Qué si no puede justificar la subordinación de unos derechos a otros y la que se nos presenta como una especie de recreación de los mismos? Dónde encontramos el argumento para que el art. 35 CE haya terminado relegado a una declaración programática, o el carácter adquirido de mera garantía institucional para el art. 37.1 CE; dónde hallar ese "esencialismo económico", esa "situación de excepcionalidad social"[243] que acarrea la extensión permanente del contenido del art. 38 CE (solo su primer inciso como si no existiera el segundo) en su proyección sobre las relaciones laborales frente a cualquier otro derecho aunque sea fundamental; dónde asentar el protagonismo indiscutible del novedoso art. 135 CE como único motor de la intervención pública en la economía, desatendiendo otras funciones, de signo contrario, que el constituyente atribuye con los mismos parámetros de constitucionalidad a los poderes públicos (arts. 128, 129)[244]. El disfraz con el que se viste este amasijo de derechos, principios e intereses constitucionales es el criterio del triple test para la ponderación de unos y otros, que el tribunal constitucional ha elevado a máxima para proceder a la armonización de derechos constitucionales que amparan intereses divergentes[245]. Para ser más exactos con los que afirma el máximo tribunal, esos derechos, los constitucionales, pueden precisar de armonización, más allá de la declaración de derechos constitucionales de primer grado, con otros bienes o intereses constitucionalmente relevantes a los que se recurre con peligrosa asiduidad[246], pero que también puede definir el legislador ordinario[247]. Una operación en la que se difuminan los derechos en favor de contenidos y conceptos jurídicos indeterminados, pero sobre todo en la que se abandona el terreno de la constitucionalidad, y los límites de ella derivados, para situarnos en la justificación, proporcionalidad y razonabilidad de la legalidad

[243]BAYLOS GRAU, A., "Prólogo"..., cit., p. 11.

[244]Sobre el impresionante recorte del gasto público desde 2009, http://www.nuevatribuna.es/articulo/economia-social/2009-y-2014-gasto-publico-espana-ha-recortado-50-000-millones-euros/20151027123728121691.html

[245]Un intento de racionalizar el test de la ponderación en, SANGUINETI RAYMOND, W., "Ciudadanía de empresa y poderes empresariales: el difícil equilibrio", RAMOS, M. y ROJAS, G. (coors.), "Transformaciones del Estado social...", cit., pp, 274 y ss.

[246]STC 186/2000, de 10 de julio; STC 89/2006, de 27 de marzo. El peligro se ha hecho efectivo en las SSTC 219/2014 y 8/2015.

[247]Unos indefinidos intereses constitucionalmente relevantes o protegidos, que parecen terminar reconduciendo a la conveniencia económica empresarial o a difusos intereses públicos, en una especie de acercamiento entre ambos y haciéndolos funcionar como límite de derechos fundamentales de los trabajadores. El reflejo en la jurisdicción ordinaria nos lo muestra bien la STSJ de Andalucía de 13 de noviembre de 2003 (2004\15). Esos intereses parecen identificarse con los del empresario en la buena marcha de la empresa que, a juicio del tribunal, es una finalidad con reconocimiento constitucional fundamentada en los arts. 33 y 38 CE. Sin esfuerzo se repara en la confusión del tribunal andaluz y se deducen unas importantes consecuencias no originadas por el planteamiento constitucional. La constitución no va más allá de atribuir al titular de estos derechos la libertad de gestionarlos para el buen o el mal fin de su empresa. El resultado y la intención empresarial son neutros a efectos constitucionales.

ordinaria[248]. Los derechos no son absolutos, precisan modalizarse con los restantes que reconoce el texto constitucional y el criterio de tolerancia constitucional en las mutuas interferencias y limitaciones lo ofrece el test de la ponderación; de acuerdo, pero este es un criterio interpretativo complementario al primero y principal que no es otro distinto al de respeto de los contenidos esenciales, hablamos de límites en definitiva. No son criterios de valoración constitucional alternativos, como bien señala el voto particular a la STC 8/2015, aunque es una guía incierta en la doctrina constitucional cuya asunción teórica se nos muestra vacilante en la práctica[249].

El segundo frente de imprecisión respecto de la libertad sindical, aunque sepamos y contemos con que es un derecho "de contenido extraordinariamente complejo"[250] y no taxativo (como derecho de libertad, expansivo)[251], lo propicia la abundancia o el exceso de atención a este derecho por parte del texto constitucional. Más allá de reconocerla, ha consagrado también como derechos específicos sus contenidos fundamentales -negociación, huelga, conflictos colectivos- sin que coincidan las titularidades y con diferente encuadre sistemático. Esta última circunstancia ha permitido al tribunal constitucional en ocasiones (solo en ocasiones, porque también encontramos la tesis opuesta), colegir una desigual jerarquía entre derechos y deducir un aparato de tutela distinto, cuando no una mayor o menor invulnerabilidad del contenido esencial frente al legislativo[252]. Pero no ha impedido la indeterminación, confusión de funciones, sindicales o no, representativas o de participación y gestión entre el sujeto sindical y otras representaciones de los trabajadores. Es una realidad[253]. Puede que la extremada tolerancia haya estado propiciada por la sindicalización de las mismas que ha alentado la fórmula de la representatividad[254]. El único estatus que ha permitido la actuación plena del sindicato. Lo que podría explicar también el desmedido interés del mismo por controlar las representaciones unitarias y el poder permitirse

[248]Así lo hace notar el voto particular a la STC 8/2015, reiterando el de la STC 119/2014.

[249]En algunas ocasiones podríamos llegar a la conclusión de que se es titular de derechos distintos. Sucede con la intimidad del trabajador y sus diferentes versiones constitucionales. RUIZ CASTILLO, M.M., "La ley sobre derechos de información acerca del contrato de trabajo; sentencia TC 142/1993, de 22 de abril", en GARCÍA MURCIA, J., (dir.), "El control de constitucionalidad de las normas laborales y de seguridad social". Editorial Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona 2015, pp. 463-464.

[250]MARTIN VALVERDE, A., "La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: condicionamientos y aportaciones", en DE LA VILLA GIL, L.E. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., (coors.), "Los sindicatos...", cit., p. 136.

[251]El enunciado del art. 28.1 CE no es exhaustivo o limitativo sino ejemplificativo y no agota el contenido de derechos concretos derivados de la libertad sindical, pudiendo utilizar en su actividad "todos los medios lícitos". STC 23/1983, de 25 de marzo. STC 37/1983, de 11 de mayo.

[252]Muy explícita esta doctrina en la STC 11/1981, en relación con la interpretación de los arts. 28.2 y 37.2 CE, en lo que a las relaciones entre huelga y cierre patronal se refiere. Especialmente FJ 22.

[253]Que no ofrece problema alguno para el tribunal constitucional. STC 118/1983, de 13 de diciembre.

[254]La evolución de la representatividad en nuestro país se acompaña de una progresiva relegación de la acción sindical directa. La Ley, la concertación social y los sindicatos mayoritarios comparten responsabilidad. VALDÉS DAL-RÉ, F., "La representatividad sindical", en DE LA VILLA GIL, L.E. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., (coors.), Los sindicatos...", cit., pp. 221-227.

desatender la afiliación[255], o el verse obligado a centrar su actividad en el conflicto, que ha sido el único espacio aparentemente inmune a la representatividad, aunque no así en todas las modalidades de solución extrajudicial de conflictos. La amalgama se ha sustentado, en buena medida, en la formulación constitucional separada de los contenidos esenciales de la libertad sindical sin que coincidan los titulares (huelga y conflictos colectivos, que los sindicatos comparten con los trabajadores; negociación colectiva, que comparten con otros representantes).

Ha venido siendo una opción legislativa la indiferenciación de roles sobre la que quizás incorrectamente no nos hemos interrogado: si la consagración de la libertad sindical permitía una distribución tan generalizada e incierta de papeles, dejando, también y por lo demás, en manos de legislador la definición y elección de esas representaciones no sindicales, con el único límite de no excluir al sindicato (a algunos sindicatos) y sus fórmulas de representación. La distinción entre unas y otras solo se ha referido a la discrecionalidad del legislador para atribuirlas o hacerlas desaparecer y al cauce procesal de tutela[256], no de derecho fundamental, porque no tienen su amparo en la libertad sindical, son de creación legal[257]. De esta materialidad de indiscriminación a que se afirme que el sujeto sindical no tiene el monopolio de los derechos colectivos del trabajo que nuestra constitución reconoce, solo hay un paso que se da definitivamente en la STC 8/2015: "lo cierto es que la Constitución, al institucionalizar los derechos colectivos laborales (los contenidos esenciales de la libertad sindical: huelga, negociación colectiva y conflictos colectivos), no los ha reservado "en exclusiva a los sindicatos" (SSTC 134/1994, de 9 de mayo , FJ 4; y 95/1996, de 29 de mayo , FJ 3), pues ha eludido "la consagración de un monopolio sindical" en esta materia, para partir de un "amplio reconocimiento" de los titulares de aquéllos derechos colectivos", que también extiende a los empresarios[258]. Un amplio frente de incertidumbre sobre posibles restricciones de la libertad sindical se genera de nuevo, aunque solo sea, que no lo es, porque las palabras del tribunal constitucional recogiendo doctrina anterior sirvan para remarcar ahora, de forma explícita, que la constitución tolera más diversidad legislativa y que esta puede reordenar lo que podríamos identificar con un doble sistema de derechos colectivos del trabajo, los derivados de la libertad sindical y los que reciben refrendo específico y autónomo respecto de ella. El resultado último de este proceso ha terminado debilitando, si no contradiciendo,

[255]En 2010 la tasa de afiliación en nuestro país era del 18,9% y de cobertura de la representación sindical del 47,4%. Experimentando un descenso desde 2000 del 38,2% y 31,5%, respectivamente. AA.VV., "La representación sindical en España". Editorial Fundación 1º de Mayo. 2015, p. 19.

[256]El representante unitario solo puede acceder al cauce de tutela del derecho fundamental de libertad sindical cuando es un afiliado a sindicato. STC 118/1993, de 13 de diciembre.

[257]SSTC 37/1983, de 11 de mayo; 118/1983, de 13 de diciembre.

[258]"De forma que si el derecho de huelga se atribuye a los trabajadores (art. 28.2), el de conflictos lo es a los trabajadores y empresarios (art. 37.2) y el de negociación a los representantes de éstos (art. 37.1)". (STC 118/1983, de 13 de diciembre, FJ 4)". FJ 1.

el derecho de libertad sindical y su función, como veremos. La mezcolanza de contenidos en el sujeto sindical, sin ser cuestionable, tal y como se ha llevado a cabo, ha terminado provocando un efecto similar al antes descrito de relegación de la actividad sindical. Ha sido consecuencia, entiendo, de la expansión interesada del concepto y tutela del derecho de libertad sindical a la actuación del sindicato cuando sobrepasa el ámbito de representación de intereses. Es este, por lo demás, el único sentido en que se ha hecho efectiva la libertad de negociación[259].

1.2. Los artífices de la inestabilidad sindical

Esa alterabilidad sustancial de la libertad sindical que acabamos de describir recibe su impulso de dos sujetos fundamentales. El protagonista, sin duda, nuestro Tribunal Constitucional. Con un panorama de rango constitucional como el descrito, la tarea de interpretación armónica de derechos en contraste no se imagina sencilla, desde luego. Nuestra Constitución y el amplio abanico de posibilidades que ofrece tampoco permiten confiar en que la doctrina constitucional sea perdurable. No lo es. Pero no solo por esta razón sino porque el distinto compromiso político de los componentes del tribunal constitucional así nos lo deja ver con frecuencia, con ignorancia de la literalidad constitucional[260]. Que en derecho dos y dos pueden no ser cuatro se lo enseñamos a nuestros alumnos, pero cuesta más admitir que unas veces sean tres, otras dos o diez. Por ejemplo, el art. 35.1 CE en su reconocimiento del derecho al trabajo y las cambiantes regulaciones legales del período de prueba, el despido o los avatares de la jubilación forzosa, no dejan duda al respecto, como nos recuerda la STC 8/2015[261]. Y qué decir de la inusitada tutela que despliega en caso de huelga o de su escasa relevancia ante el cierre patronal. Pero inciden otras circunstancias, no todas ellas consecuencia del presupuesto de partida al que nos hemos referido: un reconocimiento de la posición empresarial que parece ir más allá de su consideración exclusiva de contraparte sindical y una libertad sindical adornada en exceso.

Con independencia de la falta de coherencia constitucional y el abundamiento en su proclamación de la libertad sindical que habría precisado de mayor sigilo, tanto en la atención a la parte empresarial, cuanto en lo que se refiere a los distintos titulares de sus contenidos, entiendo que la fijación de contenidos esenciales de los derechos constitucionales no ha sido una tarea resuelta con éxito por nuestro Tribunal Constitucional. No ha conseguido desligarse del caso concreto, menos de la norma

[259]La libertad sindical como eje de la flexibilización. CASAS BAAMONDE, M.E., "La rigidez de la ley laboral flexibilizadora", …, cit., p. 69.

[260]Refiriéndose a este sometimiento del Tribunal Constitucional a la voluntad legislativa en la STC 119/2014 y adoptando una sólida posición crítica respecto a este fallo, Molina Navarrete, C., "Reforma laboral y "justicia constitucional": el Tribunal Constitucional ni es "infalible" ni ya tiene la "última palabra". Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros, 2014, núms. 377-378.

[261]FJ 10.

concreta, cuya constitucionalidad ha venido siempre a salvar, a toda costa, con muy pocas excepciones, y de ello ha terminado resultando la variabilidad de contenidos esenciales, en ocasiones, y, siempre, su incertidumbre; la consecuencia añadida ha sido la imposibilidad para los tribunales ordinarios de asirse a una guía en la interpretación del texto constitucional y su declaración de derechos[262]. Otro campo para la divergencia.

Hay razones añadidas que sustentan la autonomía de la jurisdicción ordinaria para interpretar la constitución de manera independiente a la doctrina constitucional. La posibilita la inexistencia en nuestro ordenamiento del recurso de amparo para la reforma peyorativa de los derechos, una especie de casación en interés constitucional o "contra-amparo", lo que deja en manos de la jurisdicción ordinaria la interpretación ampliatoria de los derechos fundamentales que solo requerirá la intervención del máximo tribunal de haberse invadido el contenido esencial de otro derecho[263]. Pero también se afirma lo contrario en la STC 153/2003, de 17 de julio, donde reclamaba el Tribunal Constitucional la competencia para revisar si la interpretación que hacen los tribunales ordinarios de la legalidad vulnera derechos constitucionales, que es algo bien distinto, un territorio de actuación más vasto porque lo habitan los contenidos adicionales[264].

Esa autonomía de los órganos de la jurisdicción ordinaria se vio ampliada y garantizada tras la reforma del recurso de amparo y la imposición del filtro discrecional de la trascendencia constitucional de la cuestión debatida[265] para acceder al máximo tribunal[266]. La nueva función que se ha diseñado tras la reforma de 2007[267] para el recurso de amparo también contribuye a desdibujar el protagonismo del Tribunal Constitucional en la tutela constitucional, y por ello a buen seguro en la definición de los derechos fundamentales, con independencia de si el derecho fundamental en cuestión resulta ampliado o restringido en su contenido por parte de los tribunales

[262]"El régimen de los derechos fundamentales ha sido abocado a un casuismo donde toda previsión sobre decisiones judiciales futuras se torna radicalmente imposible, ya que el llamado método de ponderación y su atención preferente a las circunstancias de cada caso llevan la situación de los derechos a un permanente estado de excepción… Al hilo de la Constitución material se inmaterializan los derechos, pues nadie -ni los ciudadanos ni la judicatura ordinaria- puede conocer su concreto alcance antes de que el Tribunal Constitucional lo decida para cada caso". GARCÍA AMADO, "Discriminaciones indirectas y equívocos derechos. (A propósito de la STC 3/2007, de 15 de enero y del ATC 200/2007 de 27 de marzo)". Diario La Ley, 2007, núm. 6748.

[263]CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., "El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado <contra-amparo>". Revista Española de Derecho Constitucional, 1996, núm. 47.

[264]Pese a ser un derecho de configuración legal, el de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, el TC debe entrar a analizar la interpretación de la legalidad ordinaria para constatar que el juzgador ha ponderado adecuadamente los derechos fundamentales en juego y para comprobar si su aplicación ha podido afectar a la integridad de los mismos. FJ 6.

[265]Que hay que justificar expresamente sin que sea posible la subsanación. STC 69/2011, de 16 de mayo.

[266]ESPINOSA DÍAZ, A., "El recurso de amparo problemas antes, y después, de la reforma". Indret, 2010, núm. 2.

[267]Sobre esta reforma y su compatibilidad con el convenio europeo de derechos humanos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "La inadmisión del recurso de amparo y el Convenio Europeo de Derechos Humanos". Diario La Ley, 2015, núm. 8503.

ordinarios. Una predicción incierta a la vista de la primera decisión del Tribunal Constitucional que dictó el pleno, en la que se aplica la nueva exigencia, aunque hay doctrina de contraste en las sucesivas. Hasta siete supuestos en los que concurriría el requisito de la trascendencia constitucional se contienen en ella, avisando de su carácter no exhaustivo y de que podría incluirse algún criterio subjetivo[268], como lo es el grave perjuicio derivado de la vulneración concreta[269]. A resaltar la incertidumbre contribuye la falta de unidad de criterios del Tribunal Constitucional, y su reflejo en la jurisdicción ordinaria, a la hora de clarificar la teoría y precisar el funcionamiento de la carga procesal de la prueba en los procesos de tutela de derechos fundamentales[270].

A la vista de que puede ser tanta la disparidad de criterios para acceder a la revisión constitucional, es posible que no quede en manos exclusivas del Tribunal Constitucional -y también lo contrario- definir un alcance mínimo único para los derechos constitucionales, aunque en ocasiones se sirva de los arts. 24.1 y 14 CE en el supuesto de que decida ampliar su campo de acción y acceder a cualquier cuestión de legalidad ordinaria o fuera del espectro de derechos constitucionales. Ambos preceptos funcionan clara y decisivamente en este sentido.

A estos inconvenientes de partida se suma la creatividad de nuestro tribunal constitucional al reformular contenidos constitucionales en sus aspectos nucleares y al reescribir la sistemática de los derechos y los principios rectores (fastuoso el auge de la política de pleno empleo, que remedia cualquier conflicto constitucional de derechos, aunque los fondos para las políticas activas se hayan reducido en un 40% desde 2010)[271], o al descubrir intereses constitucionales relevantes que ahondan los procesos descritos o que sirven para erigirse en dignos oponentes de los derechos. No encuentro forma de encajar la teoría del contenido adicional de derechos constitucionales fundamentales, el de libertad sindical, señaladamente, que es el que nos ocupa, sino es como producto de esta inventiva del tribunal constitucional[272]. Si nos detenemos en este ejemplo que es el objeto de análisis hoy, aquí, difícil sería sustraerse a la conclusión de que nuestro tribunal constitucional

[268] Aunque también afirma lo contrario, STC 29/2011, de 17 de marzo.

[269] STC 155/2009, de 25 de junio. Pero no necesariamente, la gravedad de la vulneración puede resultar irrelevante, STC 29/2011.

[270] FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "Libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional". Revista de Derecho Social, 2011, núm. 55, pp. 55-57; BAYLOS GRAU, A., "Medios de prueba y derechos fundamentales". Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, núm. 23.

[271] Véase sobre la evolución de las políticas de empleo en nuestro país y el variado uso que se ha hecho de las mismas con objetivos muy distintos al pleno empleo o al simple mantenimiento del mismo en APARICIO TOVAR, J., "Trabajo, empleo y política", en BAYLOS GRAU, A. (coor.), "Garantías de empleo y derecho laborales en la Ley 35/2010 de reforma laboral". Editorial Bomarzo. Albacete, 2011 pp. 17 y ss.; En las últimas reformas: CASAS BAAMONDE, M.E., "La eficacia y la eficiencia del derecho del trabajo..., cit.

http://www.nuevatribuna.es/articulo/economia-social/ugt-pide-destinar-50-ingresos-lucha-fraude-reducir-paro-larga-duracion/20150622134558117409.html Consulta 7 de septiembre de 2015.

[272] Por citar la más significativa en cuanto a su validez general y expansiva, STC 98/1985, de 29 de julio. Pero son multitud, entre las primeras, STC 4/1983, de 28 de enero.

cuando afirma la posibilidad de compatibilizar contenido esencial y adicional (lo que resulta factible siempre que se utilicen criterios objetivos y se respete el contenido esencial del derecho en cuestión)[273] no provoca nada distinto a una reinterpretación constitucional -el contenido adicional engrosa el contenido del derecho fundamental[274]- contraria a un tenor literal que se antoja claro (arts. 28.1 y 7 CE): que nuestra Constitución consagra el pluralismo sindical y que de él deriva una sustancial igualdad entre sindicatos para representar intereses colectivos y, claro está, también en lo que se refiere a los derechos y garantías esenciales que a todos ellos haya de reconocérseles por imperativo constitucional. La teoría del contenido adicional, además, reenvía al legislador ordinario (y a otras fuentes de regulación, como pudiera ser la autonomía colectiva)[275] el diseño en cada momento de un modelo "oficial" privilegiado y abierto al cambio en todos sus elementos, sujetos y actividad, salvo en lo que se refiere a la libertad de constitución de asociaciones, que termina siendo el único aspecto invariable desde el plano constitucional. Que es lo sucedido.

Dicho de otra forma, la original tesis del contenido adicional deja en manos del legislador ordinario, de la autonomía colectiva y de la decisión unilateral del empresario[276] la atribución de prerrogativas exclusivas o la ampliación de competencias (que bien pueden tener función sindical o no) de unos sindicatos con respecto a otros, y más, las atrae a la tutela constitucional, por lo que, al menos, en este campo -el tutelar[277]- se terminan identificando ambos contenidos[278], el esencial y el adicional[279] . A efectos prácticos las consecuencias se dilatan: resultará que a unos sindicatos se les atribuye y preserva más contenido esencial del derecho que

[273]STC 39/1986, de 31 de marzo. STC 127/1989, de 13 de julio. STC 30/1992, de 18 de marzo.

[274]STC 1/1994, de 17 de enero. STC 70/2000, de 13 de marzo. Así se acepta tras el análisis evolutivo desde los tempranos fallos del tribunal constitucional que, desde el principio, hacen válidas la intervenciones legales, VIDA SORIA, J. y MONEREO PÉREZ, J., "Libertad sindical, conflictos colectivos y huelga", …, cit., p. 90 y ss.: FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "Libertad sindical en la doctrina...", cit.

[275]STC 145/1999, de 22 de julio. STC 61/1989, de 3 de abril. Ampliación del contenido de la libertad sindical a través de la negociación colectiva.

[276]El contenido adicional de los derechos constitucionales que es propio o puede desarrollarlo la negociación colectiva está vetado a la autonomía individual. STC 132/2000, de 16 de mayo. El cambio de criterio: STC 269/2000, de 13 de noviembre. Recogiendo la evolución constitucional, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "Libertad sindical en la doctrina...", cit., pp. 39-40.

[277]Se trata de una doctrina que vuelve al caso por caso. Así el TC también declara que no toda violación de contenido adicional, o modulación de este en base a criterios razonables, supone vulneración del art. 28 CE y exige esta modalidad de tutela. SSTC 70/2000, de 13 de marzo; 44/2004, de 23 de marzo.

[278]Un sector de la doctrina, sin embargo, entiende justo lo contrario, que actuada la negociación por el sindicato habría que deslindar qué aspecto corresponde al contenido esencial del derecho de libertad sindical y cuál no, con independencia de que la tutela procesal fuera idéntica en todo caso. El régimen jurídico del convenio y sus vicisitudes quedaría sujeto a las reglas de gestión de un derecho ordinario, el del art. 37.1 CE. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. "La libertad sindical", …, cit., p. 245.

[279]STC 1/1994, de 17 de enero; STC 132/2000, de 16 de mayo.

Un recorrido por la jurisprudencia en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., "La doctrina constitucional sobre la libertad sindical", en DE LA VILLA GIL, L.E. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (coors.), "Los sindicatos...", cit., pp. 303 y ss.

a otros, siendo esta una operación que el Tribunal Constitucional, como decíamos, deja en manos del legislador y de la propia autonomía privada[280]. El resultado es un estatuto sindical, tanto en garantías como en tutela, ciertamente variado y, muy, muy inestable en potencia, especialmente en la medida en que la fijación del contenido adicional queda fuera de una mínima determinación constitucional: el catálogo es abierto[281] y el límite la discriminación no justificada[282].

Sabemos, porque lo afirma así nuestro Tribunal Constitucional, que la disponibilidad del legislador ordinario para afectar al modelo sindical no es total. Una vez respetado el contenido esencial de la libertad sindical (negociación y conflicto)[283], que sería el zócalo mínimo que tutela la constitución, la diversificación -el trato dispar a los sindicatos- ha de estar justificada, ser razonable y proporcionada, como exige el triple test para la ponderación, que el tribunal constitucional ha elevado a máxima, en primer término, para proceder a la armonización de derechos constitucionales que amparan intereses divergentes entre empresarios y trabajadores, como acabamos de ver. Debiera sorprender, por tanto, que se aplique también para valorar la ampliación del derecho, puesto que sirve igualmente para restringirlo. Quizás esto explique los resultados de la teoría del contenido adicional.

En segundo término, y es un aspecto al que se le presta menos atención, el mismo test se aplica para valorar y precisar la adecuada justificación de tratamientos desigualados que admite el art. 14 CE en relación con la libertad sindical. Como es de suponer, en el caso de regímenes jurídicos sindicales diferenciados el peligro de violación solo se suscita respecto del derecho de todos los sindicatos a recibir un trato igualitario, como se desprende de los arts. 28.1 CE y 7 CE, no así porque se vean afectados derechos distintos, aunque lo pensemos por los resultados. Y, digo bien, cuando es la intervención legislativa la que proporciona distinto tratamiento, de promoción de unos sindicatos sí y otros no, el derecho a la igualdad es el que sale a la palestra, no la prohibición de discriminación, que quedaría reservada para valorar la adecuación constitucional de la diversidad proveniente de la autonomía colectiva, esto es, de sujetos privados y por ello con todo el margen de libertad para introducir la desigualdad siempre que no sea discriminatoria[284]. No sucede así. En teoría, esta es la tesis mantenida por nuestro Tribunal Constitucional, la de la

[280]Por lo que pueden ser modificados y suprimidos. STC 201/1999, de 8 de noviembre.

[281]SSTC 98/1985, de 29 de julio; 9/1988, de 5 de enero; 257/2000, de 30 de octubre; STC 132/2000, de 16 de mayo; 269/2000, de 13 de noviembre. El contenido adicional lo integran todos los derechos o facilidades reconocidos en normas infraconstitucionales, incluidas las provenientes de la autonomía privada.

[282]STC 30/1992, de 18 de marzo.

[283]STC 219/2001, de 31 de octubre. STC 73/1984, de 27 de junio, referida a la negociación; STC 12/1983, de 22 de febrero, relativa a la adopción de medidas de conflicto.

[284]Sobre la aplicación limitada de la igualdad en el ámbito de la negociación colectiva, STC 177/1988, de 10 de octubre. Lo vetado es el carácter arbitrario o caprichoso de la desigualdad. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., "La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos". Revista Relaciones Laborales, 1988, núm. 9, p. 26.

interpretación separada de los dos incisos del art. 14 CE[285]. El derecho a la igualdad vincula a sujetos públicos, el de no discriminación a los privados. Sin embargo, al hilo de los fallos concretos, la teoría resulta abundantemente desmentida porque el Tribunal Constitucional termina aplicando el mismo test de valoración, la ponderación, a los sujetos públicos -cuando su intervención no se sujeta al trato igual- para dar cumplimiento al canon interpretativo del primer inciso del art. 14 CE[286], aquel consistente en que el trato igualado no es exigible en situaciones dispares[287]. Entonces, simplemente carece de existencia el derecho a la igualdad, no otorga derecho alguno a un tratamiento igual. Pero tampoco a la desigualdad igualadora puesto que nuestro Tribunal Constitucional no admite la discriminación por indiferenciación[288]. Ni lo uno ni lo otro. Una paradoja que hace ciertamente complicada la interpretación separada de los dos incisos del art. 14 CE. Será, por lo tanto, que la prohibición de no discriminación se alza también en el único freno para el actuar de los sujetos públicos y el criterio de la ponderación en la regla de validación constitucional[289].

Es el papel institucional del sindicato en la constitución (art. 7)[290], corrigiendo la igualdad que deriva del art. 28.1 CE[291], el que permite que el legislador promocione una eficaz actuación del mismo[292], para lo que ha elegido la institución transversal de la representatividad. De nuevo, nos hallamos ante un interés difuso, la mejor defensa de los intereses de los trabajadores, que es el que respalda la interpretación restrictiva de la representación institucional otorgada a todo sindicato por el art. 7 CE. Y atiéndase a la labor de "tutela y arbitraje" que se asigna al poder político, porque es él y no nosotros -los propios trabajadores-, el encargado de definir y juzgar sobre nuestra mejor defensa. Una premisa harto peculiar, por lo demás, que termina restringiendo la interpretación literal de ambos preceptos constitucionales.

---

[285]Desde la STC 127/1987, de 16 de julio. Para la doctrina, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "Igualdad y discriminación". Ed. Tecnos. Madrid, 1986; versión posterior en FERNÁDEZ LÓPEZ, M.F., "La discriminación en la jurisprudencia constitucional". Relaciones Laborales, 1993, pp. 3 y ss.

[286]STC 155/2007, de 14 de septiembre, sobre admisibilidad de las diferencias de trato legislativo.

[287]Un ejemplo muy reciente lo encontramos en la STC 8/2015, FJ 9, en relación con los expedientes de regulación de empleo suspensivos en las administraciones públicas.

[288]"La llamada discriminación por indiferenciación no entra en el ámbito de protección del art. 14 CE". STC 119/2014, FJ 7. STC 98/1985, de 29 de julio, en el sentido de que, referida a la libertad sindical, no puede pretenderse la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presuntamente, se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como límite concreto en la actuación de los poderes públicos". FJ 9.

[289]Vid., ampliamente, RUIZ CASTILLO, M.M. "Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad". Editorial Bomarzo. Albacete, 2010.

[290]STC 70/1982, de 29 de noviembre.

[291]Aunque el TC reconozca que "en el derecho de libertad sindical está implícita la exigencia de igualdad entre las diferentes organizaciones sindicales y la prohibición de injerencia de los poderes públicos a efectos de no alterar con su intervención la libertad e igualdad de ejercicio de la actividad sindical". STC 98/1985, de 29 de julio. FJ 9.

[292]STC 98/1985, de 29 de julio.

Es el art. 7 CE el que permite restringir la pluralidad que dimana del art. 28.1 CE, y es la apreciación política de la eficacia sindical la que restringe el dictado igualatorio del art. 7 CE. De esta extraña operación no cabe concluir sino la restricción de la libertad sindical, dada la mutua eficacia limitativa que ejerce un precepto sobre otro en la interpretación dominante, aunque ambos estén referidos solo y exclusivamente a consagrar la libertad sindical.

Esta intervención interpretativa, como si de derechos antagónicos se tratara, hace que se nos cuele el test de la ponderación, el que resuelve la constitucionalidad del tratamiento dispar entre sindicatos, pero se aplica sobre una opción legal, no constitucional, esto es, la actuación eficaz del sindicato, y no puede ser sino legal, porque la constitución no contempla dos derechos de libertad sindical, sino uno en exclusiva que se diversifica a partir de la opción legislativa de añadirle un contenido adicional, la representatividad. Una pieza clave que vertebra la regulación de la acción sindical -configuradora de un centralismo sindical que viene a contradecir la preferencia por la empresa en las últimas reformas- y que ha asumido y asume en nuestro país "una naturaleza exquisitamente política"[293]. De nuevo, la exigencia de límites, de definición del contenido esencial reaparece en toda su crudeza y pone en discusión que el modelo sindical privilegiado termine siendo el que diseña el legislador ordinario -ahora centralizado, ahora descentralizado- frente al que contempla la Constitución.

Todavía puede describirse un aspecto más, en íntima conexión con el anterior, de la importante tarea de nuestro Tribunal Constitucional para la que no acierto a encontrar otra razón que la política, la concreta política de partidos. Desde el mismo comienzo de la legislación laboral democrática, desde la aparición del primer texto del Estatuto de los Trabajadores y la ley orgánica de libertad sindical, para cualquier observador mínimamente atento surge el interrogante de si la intención primordial que ha servido de guía a nuestro máximo intérprete en su tarea de control constitucional ha sido la de salvar a cualquier precio la constitucionalidad de las decisiones normativas del legislador, pero también del gobierno de turno. Si no ha sido así, tendríamos que convenir en que nuestro texto constitucional es inservible por indescifrable o, lo que viene a ser lo mismo, que de nada vale porque en él todo cabe, a juzgar por las sentencias. En cualquiera de los casos, se converge en una inversión de papeles en la que el Tribunal Constitucional ocupa la posición del legislativo y este asume la tarea de definición de la constitución con opciones múltiples de redefinición.

[293]Muy crítico con la construcción de la representatividad, VALDÉS DAL-RÉ, F., "La representatividad sindical",..., cit., pp. 219 y ss.; en la misma línea: CARMONA CONTRERAS, A.M., "La conflictiva relación entre libertad sindical y negociación colectiva". Editorial Tecnos. Madrid, 2000, pp. 88 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "El contenido esencial de la libertad sindical y la negociación colectiva: una aproximación clásica a un antiguo problema". Revista Española de Derecho del Trabajo, 1992, núm. 54, p. 611.

Un pronunciamiento reciente del Tribunal Constitucional nos convence de que no hay que elegir, una y otra aparecen perfectamente hiladas. En palabras del tribunal, no hay un "modelo constitucional de relaciones laborales", no en el plano individual ni en el plano colectivo. "Cada norma que lo ha modulado representa una opción legislativa diferente como un instrumento al servicio de una concreta política económica y social del Gobierno y Parlamento de cada momento, respecto de la cual no es suficiente la mera discrepancia política para destruir su presunción de constitucionalidad (STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3)". Como tampoco es exigible la regulación más favorable al derecho, "la más adecuada o la mejor de las posibles, sino únicamente examinar si la decisión adoptada es plenamente irrazonable o carente de toda justificación"[294]. "El pluralismo político, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) permite contemplar en el marco de la Constitución diversas soluciones legales sobre el régimen jurídico de las relaciones laborales". "La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo". En resumen, ¿se querrá certificar que en la Constitución cabe todo por lo que solo las decisiones políticas carentes de toda justificación -de legalidad ordinaria, tenemos que entender- pueden ser declaradas inconstitucionales? Son fallos, estos, los dos que resuelven la plena constitucionalidad de la última gran reforma, en los que el Tribunal Constitucional se mueve con admirable destreza entre la doctrina anterior del propio tribunal para afirmar sin tapujos que la grave situación de crisis económica y el salvamento de la empresa justifican cualquier intervención legal en las relaciones laborales, pretendiendo recordarnos, por lo demás, que no hay nada nuevo en las tesis que ahora se mantienen, con independencia de la finalidad para la que se hayan utilizado y de las conclusiones de diferente signo que hayan propiciado. Ello nos convence de que la doctrina constitucional a tomar en consideración solo puede ser la vigente en cada momento, en cada fallo; el precedente puede que solo nos asegure el argumento y no el resultado. Si alguna duda cabía al respecto, la resuelve nuestro Tribunal Constitucional al entender, hoy, que el importante papel que la Constitución reserva al sindicato y que antes había servido para una mejor y más eficiente defensa y representación de los intereses

[294]Es un argumento que vuelve a usar profusamente la STC 8/2015 (FJ 2), como lo hace la STC 67/1995, de 9 de mayo, pero olvidando que hay sentencias del propio tribunal en sentido perfectamente contrario. STC 34/1983, de 6 de mayo; STC 159/1986, de 16 de diciembre; STC 166/1993, de 20 de mayo; STC 3/2007, de 15 de enero, en las que el Tribunal Constitucional demanda del órgano jurisdiccional que en sus resoluciones no se circunscriba al plano exclusivo de la legalidad, sino que entre a ponderar el derecho fundamental en juego, que haga una interpretación legal lo más acorde posible al derecho constitucional en atención a las circunstancias concurrentes. Y muy contundente resulta la STC 105/2012, de 11 de mayo: "la CE ha introducido un principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales que ha de ser tenido en cuenta por todos los poderes públicos y muy especialmente por los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las leyes". FJ 7.

La interpretación más favorable al derecho fundamental es una argumentación axiológica que "aparece y desaparece en la doctrina del TC". FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "Garantías frente al despido de una trabajadora embarazada: Constitución, juez y legalidad ordinaria. Revista de derecho Social, 2008, núm. 43, pp. 169-170.

de los trabajadores haya de servir en estos momentos para que contribuyan a la satisfacción del interés general en esta situación de excepción económica. O, de igual modo, para que toda la construcción del contenido adicional de la libertad sindical en la promoción de algunos sindicatos se quede en nada frente a la utilización de la antigua tesis de que el sindicato no tiene el monopolio de los derechos colectivos del trabajo.

El abuso de la tesis de la armonización constitucional utilizada para la revisión del caso o la norma concreta, sin que se hayan delimitado contenidos esenciales con precisión (de manera que estos parece que se tengan que definir a partir de la doctrina de los casos concretos), aboca a la misma aleatoriedad a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre qué contiene, y qué no, nuestra Constitución en materia de límites, que es lo verdaderamente importante y del todo indispensable, si de armonización se trata, porque contener parece ser que lo contiene todo. Refiriéndose a la libertad sindical y a uno de sus incuestionables contenidos, la negociación colectiva, el fallo que comentamos es tremendamente clarificador. El legislador, la jerarquía de la ley y su naturaleza de derecho imperativo o dispositivo, en cada momento determinan el margen de actuación de la negociación colectiva, pudiendo excluirla o someterla a techos máximos[295]. Convengamos en que todos los derechos son de configuración legal, evidentemente, pero eso no implica abolir la eficacia directa de los derechos de reconocimiento constitucional y para ello es imprescindible fijar los límites de sus contenidos esenciales. Tarea que los sucesivos tribunales constitucionales no han realizado y este me parece el error irremediable. Como señala Valdés Dal-Ré en el voto particular a la STC 8/2015, el canon de ponderación de derechos no es alternativo, sino complementario (sucesivo, es lo correcto) "al canon sobre el respeto de la limitación establecida al contenido esencial, que se erige así, como ya se ha razonado, en el juicio de constitucionalidad sobre derechos fundamentales de primer grado".

A esta libertad del Tribunal Constitucional para manipular contenidos constitucionales ayuda la ineficacia a la que condena este tribunal el derecho internacional aplicable, señaladamente los convenios de la OIT[296] y el Convenio Europeo de Derechos Humanos[297]. Queda pues en manos de la jurisprudencia ordinaria, sin otra garantía, la aplicación preferente del derecho internacional ante una legislación interna que ya se aprecia como vulneradora de esos estándares mínimos[298].

---

[295]El debate importante lo suscitó el control de las rentas salariales en las administraciones públicas vía presupuestaria. El TC no considera que exista violación del contenido de la libertad sindical por atentado a la libertad de negociación. STC 62/2001, de 1 de marzo.

[296]Por todas, STC 142/1993, de 22 de abril y las allí citadas.

[297]FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "Libertad sindical en la doctrina...", cit.

[298]MOLINA NAVARRETE, C., "El control judicial de la proporcionalidad...", cit., p. 158; GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y NOGUERA FERNÁNDEZ, A., "Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social". Editorial Bomarzo. Albacete, 2014, pp. 363 y ss.

Y al resultado contribuye decisivamente el papel del TJUE, (sentencias Viking, Laval y Rüffert; sentencia 4 de diciembre de 2014)[299] subordinando los derechos colectivos nacionales de formulación constitucional a su compatibilidad con la plena eficacia de las libertades económicas[300]. Es un lugar común identificar la crisis de la tradición europea del constitucionalismo social y con ello la desactivación de los derechos constitucionales sociales de los estados miembros, que parecen haber dejado de ser principios jurisdiccionales comunitarios aplicables, para los que solo se tolera ahora su reconocimiento -esporádico y restrictivo- como excepción[301]. Nos hallamos inmersos en una fase de reforma constitucional silenciosa y tácita de los estados miembros como resultado de la evolución normativa de la UE[302]. Un proceso en el que se retroalimentan estados y UE mediante la afirmación de un principio nuclear compartido, las libertades de empresa y libre competencia en lo que parece haber desembocado en una dimensión internacional de tutela[303]. La deriva comunitaria desatiende la evolución experimentada por la jurisprudencia del TEDH reconociendo a la libertad sindical la categoría de derecho humano[304]. A agravar la situación de la libertad sindical en el espacio comunitario, además de la sufrida devaluación salarial como único factor de competitividad en el marco de la moneda única, se sumará la creación de la "autoridad de la competitividad", comité de expertos cuya función será la de fijar el nivel de salarios permitido[305]. Un vaciado de la función esencial de la negociación colectiva. El contexto de asedio a la libertad sindical se globaliza, a ello responde la ofensiva de la patronal internacional para que el derecho de huelga se desvincule de la protección que le dispensa el convenio 87 de la OIT[306].

---

[299]ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "Convenio colectivo y libre competencia...", cit. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo". Revista Temas Laborales. 2009, núm. 100.; GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., "¿Normas internacionales versus normas UE? De nuevo a propósito del caso Laval". Revista Relaciones Laborales, 2014, núm. 11.

[300]ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. "Derecho de huelga y libre prestación de servicios en el ámbito comunitario (Sentencias del TJCE de 11 y 18 de diciembre de 2007 asuntos Viking y Laval)" en Revista Temas laborales, 2009, núm.101, pp. 243 y ss.

[301]La regla del mercado y la excepción de los derechos. BAYLOS GRAU, A., "La contracción del Estado social". Revista de Derecho Social, 2013, núm. 63.

[302]LLOBERA VILA, M., "Medidas anticrisis de austeridad y reforma implícita de la Constitución: una lectura desde los estándares internacionales de interpretación constitucional de los derechos fundamentales". Revista de Derecho Social, 2014, núm. 66.

[303]LLOBERA VILA, M., "Medidas anticrisis de austeridad y reforma implícita...", cit., p. 120.

Ampliamente, sobre la incidencia decisiva del ordenamiento comunitario en el desmantelamiento de la constitución social: GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y NOGUERA FERNÁNDEZ, A., "Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad...", cit.

[304]RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Libertad sindical, derecho a la negociación colectiva y derecho de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". Revista Relaciones Laborales, 2015, núms. 23/24.

[305]NAVARRO, V., "Un desconocido ataque al mundo del trabajo". Público, 15 de agosto de 2015. Consulta, 3 de noviembre. http://www.vnavarro.org/?p=12456

[306]BARRETO, H., "Sobre el derecho de huelga y la posición de los empleadores en la OIT", Informe núm. 51, Fundación 1º de mayo. Madrid, 2012.; BELLACE, J.R., "La OIT y el derecho de huelga". Revista Internacional del Trabajo, 2014, núm. 1, vol. 133, pp. 31 y ss.;

Al referirnos al segundo protagonista de la inestabilidad del derecho de libertad sindical y su modelo, el legislador (o el gobierno que va alcanzando día a día mayor estrellato, sin que el TC objete la extraordinaria y urgente necesidad apreciada por el ejecutivo, que hay que presumir, ni la afectación en sus contenidos esenciales de los derechos constitucionales)[307], a la vista de lo expuesto, no cabe duda de que el campo de actuación tolerable no encuentra freno en la constitución por lo que la oscilación del modelo se transforma en consustancial en la medida en que el legislador puede cambiar de opinión. Lo hace. Fruto indiscutible de la actividad legislativa es el de haber conformado un modelo sindical no unitario que utiliza inflexiblemente a discreción para asegurar la finalidad de política del derecho que le guíe. Veámoslo.

1.3. Las razones de la diversificación de la libertad sindical y sus efectos

A mi entender, dos son los pilares que vertebran de forma estable la regulación legal del derecho y la libertad sindical: la representatividad, al modo de la representación política y sin criterio de corrección adicional[308], y el convenio normativo, al modo de la ley[309]. Repárese en que ninguna de estas instituciones forma parte del contenido esencial de la libertad sindical o del anómalo derecho autónomo a la negociación colectiva, para este último el Tribunal Constitucional descarta el carácter de derecho fundamental, aunque se integre en el contenido esencial de la libertad sindical[310]. Por lo que, si se coincide en esto, habrá de admitirse que nuestro modelo sindical ha sido y es -aunque sin garantía de contenido para el futuro- de definición legal, no constitucional. De lo que tendremos que extraer importantes consecuencias en lo que a la alterabilidad del mismo se refiere, entre otras cuestiones.

La primera y más importante de las consecuencias es que se ha alcanzado lo que podríamos llamar desconstitucionalización[311] de la libertad sindical en su plenitud, porque el contenido esencial del derecho constitucional de libertad sindical ha quedado relegado por el modelo diseñado, a través de la fórmula del

[307]ATC 43/2014, de 12 de febrero, en el que se justifica la urgencia para la utilización del decreto-ley en la última gran reforma laboral sin que resulten afectados derechos y libertades del título I de la constitución que impidan la utilización de esta instrumento legal. Se desliga del sentido del único precedente, la STC 68/2007, de 28 de marzo.

[308]Aceptada desde bien temprano por el TC, 53/1982, de 22 de julio.

[309]Sobre la validez de la figura, STC 4/1983, de 28 de enero.

[310]La negociación "es un medio necesario para el ejercicio de la actividad sindical" (arts. 7 y 28.1 CE) "pero este hecho cierto no transforma la negociación colectiva en uno de los derechos fundamentales y libertades públicas". STC 118/1983, de 13 de diciembre.

[311]Denominación utilizada para describir la filosofía legislativa de la reforma de 2012: "conceptuación (del trabajo) como mero factor económico que carece de valor político y democrático como clave de la ciudadanía". BAYLOS GRAU, A., "Editorial". Revista de Derecho Social. 2014, núm. 66. A este mismo proceso de desconstitucionalización del derecho social y reconstitucionalización de derecho económico-productivo del trabajo se refiere MOLINA NAVARRETE, C., "El control judicial de la proporcionalidad...", cit., p. 162.

contenido adicional, por el legislador ordinario (poco o nada ha contribuido a ello la autonomía colectiva), y que dicho modelo no coincide con el constitucional, con lo que la Constitución garantiza. Lo que ha sucedido igualmente para el derecho autónomo de negociación colectiva (convenio normativo y obligacional). La relevancia constitucional de la libertad sindical no va más allá de la libertad asociativa en condiciones de igualdad, referida a la facultad de constitución y afiliación, dado que su campo de actuación queda irremisiblemente diversificado, restringido o ampliado, por el instituto legal de la representatividad, el elegido hasta este momento. Las competencias sindicales en materia de huelga y conflictos colectivos, en general, merecen un tratamiento independiente, ya de partida más igualitario, consecuencia parece que lógica de su atribución constitucional también a los trabajadores y no solo a sujetos sindicales. Las restricciones principales en este campo, el del conflicto, son generales y provienen también de otros sujetos, como veremos.

La segunda consecuencia sería que, para estos derechos, configurados histórica y esencialmente como derechos de libertad, se ha impuesto un modelo decidida y decisivamente intervencionista que vulnera sobradamente el contenido de libertad que les es propio, que se agrava con las sucesivas reformas[312]. El paraguas que da cobertura a la incisividad legislativa es el de la promoción eficaz del sindicato y lo sindical pero, desde luego, su realización depende de criterio legal (representatividad), que no constitucional (papel institucional igualitario, art. 7 CE). En este escenario, es la ley, como orden público laboral, la que decide respecto del hecho sindical: los sujetos, los modos, el contenido, la finalidad..., y puede hacerlo en cada ocasión como crea oportuno. La Constitución ha reducido su función a la de preservar, a título de contenidos esenciales, un modelo sindical residual y alternativo, marginal. Baste pensar en el papel rigurosamente subordinado de la negociación colectiva extraestatutaria frente a la estatutaria, pese a existir un convencimiento amplio de que la autonomía colectiva, en su vertiente negociadora, si no toda ella, ha pasado a convertirse en la herramienta más destacada de la libertad sindical. La diversificación funcional, de garantías y prerrogativas que arbitra la LOLS a partir del barómetro de la representatividad (real o puede que ficticia, por irradiación), dio carta de naturaleza a lo que ya era

[312]Es una característica que se coincide en identificar desde la lejana de 1994. Por muy paradójico que resulte el que todas ellas muestren tintes tan marcadamente flexibilizadores en lo que al instrumento negocial se refiere, son, sin embargo, modificaciones legales profundamente intervencionistas. CASAS BAAMONDE, M.E., "¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios?". Revista Relaciones Laborales, 1997, núm. 4. Sin que se haya suscitado opinión contraria en la doctrina. En las reformas 2012-2014, la ley flexibilizadora se hace más rigurosa e imperativa. Para un perfecto análisis de la evolución del derecho del trabajo en esta clave, CASAS BAAMONDE, M.E., "La rigidez de la ley laboral flexibilizadora", …, cit.; y para un análisis completo de la regulación legal de la negociación colectiva y la incidencia de las últimas reformas desde esta perspectiva, CAIRÓS BARRETO, D.M., "La flexibilización de la negociación colectiva", en RAMOS, M. y ROJAS, G. (coors.), "Transformaciones del Estado social...", cit.

una realidad legislativa y por concertación social[313], la de que hay sindicatos de primera y de segunda. Los primeros, de creación legal y sin anclaje constitucional y, los segundos, con garantía constitucional pero subordinados a los "elegidos" por imperativo legal. Ciertamente resulta paradójico. En lo que al conflicto colectivo se refiere, la institución de la representatividad viene sustituida por la implantación, aunque no así en lo que a solución extrajudicial se refiere. Pero no hay que sacar falsas conclusiones, la intervención legal, pero sobre todo judicial, deforman igualmente el modelo constitucional. La libertad de conflicto aparece radicalmente limitada por un extensivo deber de paz que deja en nada el criterio de la implantación como posible vía de actuación alternativa a la negociación de los sujetos sindicales no representativos. Hay que reparar en dos aspectos centrales más que cercenan el instrumento más típico del conflicto. El primero, se refiere a la definición absolutamente restrictiva de huelga legal y lícita que permanece vigente; el segundo, al desmedido control político que se ejerce sobre la misma a través de la amplificada teoría de los servicios esenciales.

La tercera consecuencia se refiere a la quiebra de la garantía constitucional y su tutela. El modelo sindical actual, siendo plenamente constitucional, como en numerosas ocasiones y respecto de los dos aspectos nucleares -representatividad y convenio normativo-, viene sentenciando nuestro Tribunal Constitucional, no encuentra garantía en el texto fundamental. Es de creación legal, pero en la Constitución caben otras muchas opciones políticas, ya sea para redefinir derechos individuales, ya sea para hacer lo propio con los colectivos, como recordemos resalta una y otra vez la STC 219/2014 y reitera la posterior STC 8/2015. Y es, además y por ello, sustancialmente variable al permitir la manipulación legislativa a través del contenido adicional. Por lo que queda siempre en manos del legislador ordinario decidirse por un modelo al que privilegiar u otro, también igualarlos, si lo desea. Sin embargo, este modelo legal resulta merecedor de la máxima tutela. El contenido adicional engrosa el contenido esencial del derecho de libertad sindical y queda asistido por los mismos cauces de tutela, como si se tratara de un contenido constitucional esencial. Parece innegable que lo que realmente se está produciendo es una desconstitucionalización del contenido de la libertad sindical, ya sea en su versión de contenidos sustanciales, ya sea en lo que se refiere a los cauces procedimentales. Existe transferencia de contenido adicional a contenido esencial y cuando este último se diversifica contagia la pluralización al contenido esencial (la mínima e irreductible expresión de garantía constitucional para los sindicatos no representativos, la garantía amplia para la promoción legal de los representativos), que es la situación actual. En todo caso, queda en manos del legislador la opción de rehacer el doble modelo, con distinta fórmula, o no hacerlo, de cara al futuro. Podríamos convenir en que el legislador, cuando menos, rediseña la Constitución.

[313]SUÁREZ GONZÁLEZ, F., "Los sindicatos en la Constitución...", cit., p. 113.

Esta tarea de reescritura constitucional agravada es la que podría haber realizado el Tribunal Constitucional en su revisión del DL 17/1977, de relaciones de trabajo, sin necesidad de molestar al legislador postconstitucional, salvando a toda costa lo insalvable, porque no puede llegarse al conclusión de que el modelo de conflicto impuesto por la constitución es diferente al del DLRT y, a su vez, que este no es incompatible con la constitución. Un galimatías que recoge con precisión la jurisprudencia ordinaria. En realidad lo que sucede es que si en la lógica del Tribunal Constitucional los contenidos adicionales sirven al legítimo propósito de que legislador favorezca la eficacia de la autonomía colectiva, una intervención que debemos leer en clave de favorabilidad del derecho; para la autotutela su premisa interpretativa es justo la contraria, nada impide que la ley opte por el desarrollo más restrictivo. Una curiosa divergencia cuando de lo que se trata es de fijar los contenidos esenciales de un mismo derecho, el de libertad sindical, en su vertiente negociadora y de conflicto, que como se sabe son completamente interdependientes.

2. LA DESCONFIGURACIÓN LEGAL DEL MODELO CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD SINDICAL

Junto a la desconstitucionalización de la libertad sindical a la que acabamos de referirnos, hemos asistido, porque podría tratarse de un proceso ya concluido, a una progresiva desconfiguración del derecho constitucional de libertad sindical, Y, aunque no se puedan individualizar las interferencias mutuas, me inclino a pensar que ha sido este último avatar el que ha facilitado la desconstitucionalización aludida. El hecho sindical, sin calificativo alguno y como realidad consustancial a la generalización del trabajo por cuenta ajena en la sociedad capitalista o de economía de mercado, no puede ser entendido de forma distinta a la representación de intereses del mundo del trabajo, da igual la fórmula, la denominación o, incluso, su configuración por el derecho, así lo demuestran los distintos modelos sindicales comparados. Si subsiste el modelo económico y no se ha abolido la democracia política, refiriéndonos a su fundamento pluralista, la libertad sindical no puede cumplir otra función distinta a la expresada (conflicto-representación) y cualquier otra -que ha de ser compatible- es accesoria y accidental (participación-gestión) y, en cualquier caso, carente de las garantías y tutela que dispensa la libertad sindical. No es una fórmula inédita en nuestro ordenamiento, la doble posición del sindicato respecto del trabajo autónomo dependiente lo corrobora: el sujeto sindical puede llevar a cabo negociación colectiva o acuerdos de interés profesional.

Es cierto que en las democracias llamadas sociales que surgieron tras la segunda posguerra se pusieron las bases para la institucionalización del fenómeno sindical, y se facilitó la participación política y económica del sindicato como

interlocutor social al máximo nivel. Este papel cuasi-público del sindicato[314], parece querer remarcarlo la STC 8/2015, de 22 de enero, cuando se refiere, recogiendo literalidades de anteriores fallos, a su consideración de "organismos básicos del sistema político" y a su papel fundamental para la consecución del "bienestar social general" y no solo "para la defensa de los derechos e intereses de todos los trabajadores". El sindicalismo, desde la década de los setenta del siglo pasado, al calor de una de las crisis económicas del sistema, se adscribió de inmediato y de forma permanente a la filosofía y práctica de ayudar a empresarios y gobiernos a gestionar; aun en las fases de expansión económica como lo demuestran los sucesivos pactos interprofesionales firmados en nuestro país, cuando éramos la envidia de UE[315]. Una herencia del modo de hacer sindical que nos dejó la crisis de aquellos años 70 cuando las organizaciones sindicales, con independencia del color y de la bandera, se aprestaron a participar en lo que pronto se convirtió en una fórmula de éxito que aseguraba y demostraba el buen hacer del sindicalismo en favor de un sistema capitalista cada vez más irracional y corrupto. El creciente protagonismo público del sindicato se acompañó del declive de la afiliación y del desgaste de la acción sindical[316]. Nos referimos a aquella gestión común de la crisis[317] que ha perdurado hasta nuestros días y que ha impuesto una nueva forma de entender el hecho sindical y con él sus contenidos clásicos esenciales. Quizás deberíamos interrogarnos sobre si hemos desembocado en el consenso sustancial propio del estado autoritario, que se nos manifiesta como un estado de excepción permanente[318], aunque en nuestros días por razón económica. El recurso de

[314]De gran y rentable empresa, de la que estaría bien que aprendieran empresarios y administraciones en favor de la superación de la crisis. Un curioso supuesto el que relata la STSJ Madrid de 21 de octubre de 2011 (19), en el que el convenio de hospedaje de la comunidad de Madrid introduce el pago de 600 euros por consulta a la comisión cuando provenga de trabajadores no afiliados y representaciones de estos no firmantes. Muy esclarecedores los datos de la financiación sindical. SAGARDOY BENGOECHEA, J.A., "El sindicalismo: entre la utopía y la realidad", en DE LA VILLA GIL, L.E. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., (coors.), "Los sindicatos...", cit., p. 193. GARCÍA MURCIA, J., se refiere al sindicato como empresa y a su aprovechamiento de la libertad de empresa. "Libertad sindical...", cit.

[315]El recorrido por la historia reciente de nuestros acuerdos marco interprofesionales no deja el más mínimo margen de duda al respecto. Baste para ello la comparación entre el AINC de 2012 suscrito por la patronal y los sindicatos más representativos días antes de la última intervención legal y el contenido de la reforma operada por el RDL 3/2012. Siguiendo la misma senda, lo que diferencia las últimas reformas es que desde 2012 dejan de ser negociadas. VALDÉS DAL-RÉ, F., "La reforma de la negociación colectiva de 2012". Revista Relaciones Laborales. 2012, núm. 23.

[316]Sobre el decrecimiento de las tasas de afiliación en el ámbito comparado, SAGARDOY BENGOECHEA, J.A., "El sindicalismo: entre la utopía y la realidad"..., cit., pp. 187 y ss.

[317]Proféticas han resultado las palabras de DURÁN LÓPEZ, haciéndose eco del sentir del iuslaboralismo europeo: el sindicato debía cooperar al control de la economía y se veía como necesario un deslizamiento de la negociación colectiva al terreno político. En el marco de la relación contractual, la negociación colectiva tenía que asumir los siguientes retos: propiciar la moderación salarial, el incremento de la productividad, la flexibilidad en el uso de la fuerza de trabajo y replantearse el garantismo. "Sindicatos y crisis económica". Revista Española de Derecho del Trabajo, 1981, núm. 8, pp. 429, 431-435

[318]Con ello se quiere aludir a la resurrección de la teoría propia del régimen político nacional socialista alemán, brillantemente defendida por el jurista Carl Schmitt, que conduce a no distinguir según que el poder político se halle o no vinculado a una norma que lo funde, y a meter en el mismo saco jurídico al estado totalitario y al estado de derecho. SUPIOT, A., El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total. Editorial Península. Barcelona, 2011, p. 20.

inconstitucionalidad contra la ley 3/2012 es significativo respecto a lo afirmado. El grueso de la argumentación sobre la inconstitucionalidad de la última reforma gira en torno a la exclusión del sindicato, en el aspecto o iter procedimental[319], habría que decir, y no en cuestionar la constitucionalidad del propio contenido material de las modificaciones que han sido profundamente restrictivas de los derechos de los trabajadores. La impugnación en el mismo del régimen de modificaciones sustanciales lo deja patente, por citar un ejemplo[320].

Con independencia del fruto obtenido de la institucionalización y lo exitoso del resultado en cuanto a domesticación sindical, así como del carácter más o menos voluntario de este proceso en el que parecen confluir los sindicatos saltándose fronteras y regímenes jurídicos[321], para nuestro caso se puede describir todo un laborioso proceso de manipulación legislativa de la función sindical, un desentendimiento absoluto de la misma, en el que, siendo bondadosos, no parece haber reparado nuestro Tribunal Constitucional.

3. LA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DE LOS CONTENIDOS ESENCIALES DE LA LIBERTAD SINDICAL

Ya desde los orígenes, nuestro Tribunal Constitucional no ha sabido o no ha querido resolver los problemas que propicia el texto fundamental cuando menciona por separado la libertad sindical y sus contenidos esenciales, negociación colectiva y conflicto. El debate doctrinal ha derramado ríos de tinta en la composición del puzle constitucional y puede seguir haciéndolo a la luz de los parámetros imprecisos de la revisión constitucional por parte del máximo órgano. De ello se sirve admirablemente la STC 8/2015 cuando revisa la titularidad y competencias compartidas de la libertad sindical. Es probable que no fuera fácil la interpretación armónica, pero no la ha favorecido en absoluto la ignorancia de la función constitucional a que está llamado el sindicato, todo sujeto sindical, que no es otra

[319]Antes del estallido de la crisis de 2008, consulta y participación en el ámbito de la empresa, concertación y diálogo social en la trama de las instituciones políticas nacionales y comunitarias ya eran tendencias de rabiosa moda que mostraban la inevitable contaminación y sumisión política de la negociación, el debilitamiento del clásico instrumento laboral, la derrota del acuerdo sustancial frente al procedimiento. Para referirse a los acuerdos de 1996-1997 se habla de "diálogo social" interprofesional. BAYLOS GRAU, A., "Prólogo" al libro de MERINO SEGOVIA, "Régimen legal y convencional de los acuerdos de empresa". Editorial La Ley-Actualidad. Madrid, 2001, p. XXI. De vez en cuando las cosas se clarifican y se recobran tradicionales distinciones. Véase la sentencia de la Audiencia Nacional respecto a la congelación del incremento retributivo de los funcionarios, en la que se deslindan los conceptos de concertación social y negociación colectiva, por una parte; y de otra, se procede a desentrañar la naturaleza y jerarquía de las fuentes concurrentes. Sentencia de 7 de noviembre de 2000, (RJCA 2585).

[320]Los recurrentes no estiman inconstitucional que los aspectos fundamentales del contrato queden en manos exclusivas del empresario, siempre que dichas modificaciones sean individuales. STC 8/2015, FJ 4.

[321]Véase la deriva de la negociación colectiva en los países de nuestro entorno, BAYLOS GRAU, A., CASTELLI, N. y TRILLO PÁRRAGA, F., "Negociar en crisis. Negociación colectiva en los países del sur de Europa". Editorial Bomarzo. Albacete, 2014.

-y menos polisémica- que la defensa de los intereses de los trabajadores, como reza el art. 7 CE, y que tiene sus más puras expresiones en la negociación colectiva (autonomía colectiva en su versión de negociación, para ser más precisos por tratarse de una fórmula más amplia) y la autotutela.

Si tuviera que expresar lo sucedido con una breve conclusión diría que la doctrina constitucional ha independizado y les ha atribuido autonomía a los contenidos esenciales indiscutibles de la libertad sindical -negociación y conflicto- cuando interpreta los preceptos constitucionales específicos a ellos referidos (arts. 37.1 y 2 y 28.2 CE), y que de este proceso ha resultado notablemente perjudicada la libertad sindical. A su vez, el Tribunal Constitucional no ha podido desligar la libertad sindical de su necesario contenido, de nuevo negociación y autotutela, no coincidentes con los anteriores.

A mi entender, era una tarea imposible la de armonizar dos sistemas diferentes y me parece que sus resultados lo demuestran. Si la guía interpretativa hubiera sido la libertad sindical -su función- no habría habido grandes obstáculos para superar las dificultades del análisis unitario. Las consecuencias negativas que vamos a describir no se habrían producido si la calificación de sindical se hubiera dispensado en relación con la naturaleza de la actividad -que sí parece ser la tutela extensiva que dispensa el código penal[322]- y no de la cualidad del sujeto[323], que es una operación no aceptada por el Tribunal Constitucional[324], salvo en contadísimas ocasiones (candidatos, derecho de indemnidad)[325] para los trabajadores singularmente considerados[326] y para las representaciones no sindicales, hasta los

[322]TERRADILLOS BASOCO, J., "Delitos contra los derechos de los trabajadores (II). Arts. 314, 315, 316 y 317 del Código Penal". Cuadernos de Derecho Judicial, 1998, núm. 5, p. 419.

[323]La fórmula restrictiva en DEL REY GUANTER, "La conducta antisindical: principios generales a la luz de la Ley Orgánica de Libertad Sindical". Relaciones Laborales. 1987, núm. 2.

A título de doctrina general tiene declarado el TC que el legislador puede atribuir derechos diferentes a los trabajadores afiliados y no afiliados, a los representantes afiliados y distinguir entre ellos en función de la diferenciación del sindicato. STC 30/1992, de 18 de marzo.

[324]La libertad sindical ha venido siendo calificada por el Tribunal Constitucional en función de los sujetos que la ejercitan y no del contenido material de la misma. SSTC 118/1983, de 13 de diciembre, (FJ 4) y 4/1983, de 28 de enero, (FJ 3); 45/1984, de 27 de marzo; 104/1987, de 17 de junio; 208/1993, de 28 de junio; 95/1996, de 29 de mayo. Independientemente de que el legislador decida, pero sin la garantía constitucional, extender el ejercicio de funciones sindicales a otros sujetos no titulares del derecho de libertad sindical. SSTC. 134/1994 de 9 de mayo; 119/1983, 14 de diciembre.

En la doctrina del Tribunal Supremo es clara la negativa a extender cualquier tipo de actividad sindical a los trabajadores. Así, se desestima el carácter de pacto colectivo, aun extraestaturario, al suscrito por la totalidad de los trabajadores y la empresa (STS de 20 de febrero de 2008, FD segundo, 1634), o se deniega a la asamblea de trabajadores el carácter de canal de representación (STS de 30 de octubre de 2007, 797).

[325]SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 197/1990, de 29 de noviembre.

Refiriéndose al mínimo margen para la democracia sindical y escasa relevancia del estatuto de trabajador sindicado frente a su asociación, MARTIN VALVERDE, A., "La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en DE LA VILLA GIL, L.E., Y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., "Los sindicatos...", cit., pp. 166-167.

[326]En relación con actividades convocadas por el sindicato (con proyección externa) y la participación de los no afiliados. STC 134/1994, de 9 de mayo.

más recientes fallos, en los que puede haberse producido un cambio de criterio. La interpretación que apunto habría impedido que lo sindical, actuado por el sindicato, fuera de sus funciones terminara contradiciendo el propio contenido esencial del derecho de libertad sindical. Una verdadera incongruencia[327], por lo demás, si se tiene en cuenta que las representaciones unitarias por decisión legal, y con la anuencia del Tribunal Constitucional que reconoce expresamente la indeterminación[328], comparten plenas facultades sindicales -y no sindicales- en su ámbito de representación, aunque se excluyan la garantía y tutela privilegiadas de las mismas por no tratarse de sujetos sindicales. La interpretación correcta, a mi juicio, habría sido la de entender que la garantía constitucional se dispensa al contenido de la actividad, la sindical de representación y defensa de intereses colectivos, con independencia de quién la realice -lo expresa con claridad el art. 28.2 CE en su atribución del derecho de huelga a los trabajadores- y solo en la medida en que se trate de esta, aunque se priorice el quehacer de la asociación sindical que es el sujeto reconocido constitucionalmente; si bien no lo es en exclusiva, no en materia de negociación, huelga y de conflicto. Por muy inadecuada que nos pueda parecer la fórmula constitucional, ahí está en su literalidad, lo que habría permitido ampliar el potencial de la libertad sindical y no solo restringirla, como ha sucedido, disponiendo legislativamente de una u otras según interese.

Los ejes vertebrales de esa conformación legal extrema de la función sindical que propicia la doctrina del alto tribunal, entiendo, copan las instituciones que hasta el momento integran el resistente contenido constitucional de la libertad sindical, autonomía colectiva y conflicto.

3.1. ¿Qué tutela la constitución en materia de negociación colectiva?[329]

3.1.1. Derecho versus libertad

Esta es, sin duda, la cuestión insoslayable y nuclear: sobre qué elementos, sujetos y contenido, de la negociación colectiva, o de la autonomía colectiva, se proyecta la garantía constitucional[330].

[327]En opinión de alguna doctrina, esto ha obligado también al TS a hacer "encaje de bolillos" para avalar al TC que "ha ido tejiendo una doctrina tan artificial como oscura, que consiste en mantener que la representación unitaria carece de libertad sindical, pero saltarse esta exclusión cuando el amparo se solicita por un comité sindicalizado -vertiente colectiva- o un representante unitario procedente de una candidatura sindical -vertiente individual-". MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., La libertad sindical", …, cit., p. 249.

[328]STC 134/1994, de 9 de mayo. "Es cierto también que en la actualidad existe en las empresas un notable grado de interacción entre los sindicatos y los órganos de representación unitaria de los trabajadores y que las diferencias relativas a la naturaleza de estos dos tipos de instituciones y a sus funciones de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, que en otros tiempos fueron manifiestos, hoy tienden en muchos casos a difuminarse". FJ 4.

[329]Parte de este epígrafe se desarrolla en RUIZ CASTILLO, M.M. Y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del derecho del trabajo". Editorial Bomarzo. Albacete, 2013.

[330]Señala VALDÉS DAL-RÉ, F., "la ausencia de doctrina constitucional sobre los elementos vertebradores del art. 37.1 CE". Es una doctrina de "tono modesto". "Los núcleos fuertes del derecho a la negociación

El derecho del art. 37.1 CE a la negociación colectiva y a la preservación de su resultado no puede estar amparando nada distinto a la libertad negociadora del sindicato y su papel de sustitución de la autonomía individual a través del convenio, siempre que la ley se mantenga en su rol de fijación de mínimos; de no ser así, cobra sentido, y no solo en interés del empresario, la libertad y el derecho de negociación frente a la ley[331]. Nada distinto respecto de las garantías, básicamente como aval de no injerencia del estado y de la autonomía individual contractual y singular del empresario, que ofrece el ser la negociación uno de los contenidos esenciales del derecho fundamental de libertad sindical.

En cualquier caso, si no coincidentes (se me ocurre, por ejemplo, la posibilidad de restricción de la negociación no sindical), los contenidos esenciales de ambos derechos a la negociación colectiva, la que deriva de la libertad sindical con la categoría de derecho fundamental y la que proyecta el art. 37 CE como simple derecho cívico, deberían ser concordantes y no lo son, o de serlo sus consecuencias son claramente distorsionadoras, porque los contenidos adicionales se interfieren y desfiguran su efecto homogeneizador. Se aprecia de inmediato. La representatividad se encarga de que no todos los sindicatos tengan acceso al modelo privilegiado de negociación que ha decidido el legislador en desarrollo parcial del art. 37.1 CE, al que comúnmente se denomina como de eficacia general. De existir esa coherencia, no podría haberse desembocado en una negociación, convenios y pactos, privilegiados al amparo del art. 37 CE (estatutarios) en los que puede no existir participación sindical, o la hay selectivamente, a los que se subordina la negociación producto del contenido esencial -sin adiciones- de la libertad sindical (convenios y pactos extraestatutarios). Una diferenciación de largo alcance entre capacidad negociadora y legitimación negocial, que es la que confiere el derecho[332]. No alcanzando la primera más allá de la libertad de negociación, de limitadísima eficacia en atención a la vinculabilidad de sus resultados y ante un

colectiva, aquellos en derredor de los cuales se estructura el art. 37.1 CE (contenido y límites de las garantías constitucionalizadas: derecho a la negociación colectiva y fuerza vinculante del convenio colectivo) siguen abiertos a interpretaciones resueltamente divergentes". "El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional española". Revista de Derechos Fundamentales. Universidad Viña del Mar. 2011, núm. 5, pp. 129-130.

[331]Algún ejemplo. En el ámbito de la administración pública es conocido el tema de la congelación salarial y rebaja de retribuciones al que no han puesto inconveniente nuestros tribunales. STS de 12 de febrero de 2013 (8068). STC 34/2005, de 31 de enero. Congelación salarial de 1997 justificada por el respeto de los criterios de convergencia para la unión económica y monetaria y la exigencia de contención del gasto público. Reducción salarial de 2010, los mismos argumentos. ATC 85/2011, citado.

[332]STC 57/1989, de 10 de marzo, FJ 2.

Aunque tampoco la representatividad garantiza la actuación del derecho. STC 187/1987, FJ 4. STS de 4 de junio de 1999 (RJ 5068), FD noveno. La actuación revisora de este tribunal ha de considerarse esencialmente limitada solo a los supuestos en que sea posible reconocer la existencia de una interpretación judicial que, además de incidir sustancialmente sobre los resultados, puede reputarse manifiestamente ilegal o arbitraria por irrazonada o desproporcionada. ATC 275/1991, FJ 3; en idéntico sentido, STC 187/1987, FJ 4; ATC de 1 de julio de 1998.

empresario que, en este caso, es libre de elegir al interlocutor. Como tampoco, ya sea con fundamento en el art. 28.1 o en el art. 37.1 CE, parece que sea viable constitucionalmente la diversificación de naturalezas y efectos de los distintos tipos y productos convencionales o la diversificación ulterior de los normativos, jerarquizándolos o procediendo al reparto competencial, que viene a obtener el mismo resultado (arts. 83 y 84 ET)[333]. Todo ello originado por los contenidos adicionales y sus guías rectoras -la representatividad y el convenio normativo- que, recordemos, son de creación legal y carecen de asidero constitucional.

Por encima de todo este laberinto emerge el hecho singular de que el término negociación colectiva, entendida en su acepción amplia de autonomía reguladora del sindicato, ha quedado alojada en el art. 37 CE y no en los arts. 28.1 y 7 CE. Una errática doctrina del Tribunal Constitucional que termina convirtiendo en absolutamente mudable el contenido negocial esencial de la libertad sindical en íntima dependencia del desarrollo legislativo ordinario que se haya hecho, o se haga en el futuro, del modelo constitucional de negociación colectiva prevista en el art. 37 CE que, como sabemos, es volátil porque su interpretación constitucional lo ha hecho carecer de un contenido esencial que marque las fronteras de su desarrollo legal. Dada la realidad legislativa actual, el título III ET deja fuera numerosas manifestaciones de la negociación (que bien pudieran ser fruto de diversas alternativas de regulación por parte de la propia autonomía colectiva) sobre las que el legislador ordinario aparentemente guarda silencio. Una cuestión que se ha visto obligado a resolver nuestro Tribunal Constitucional guiado por la finalidad de no declarar inconstitucional la opción estatutaria desde su primera redacción. El remedio se ha encontrado, hoy por hoy, fundamentando las distintas manifestaciones de la negociación colectiva, también las que son fruto del derecho de libertad sindical, en ese modelo amplio y manipulable de negociación que aparece consagrado en el art. 37 CE[334], según

[333]ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., comienza hablando de "la preeminencia legal dada a ciertos convenios colectivos", pero concluye afirmando una "especie de jerarquización material de la negociación colectiva estatutaria". "Una nueva ordenación de poderes en las relaciones laborales", en AA.VV., "Reforma laboral y negociación colectiva", VII Jornadas sobre la negociación colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Editorial Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1995, pp. 80-81. En igual sentido, DEL REY GUANTER, S., "Aspectos fundamentales en la reforma de la negociación colectiva del Real Decreto-ley 7/2011". Diario La Ley, 2011, núm. 7756.

[334]Modelo que RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. califica de garantía institucional. Esta incluye el reconocimiento implícito de una libertad y la legitimación expresa de un derecho. "El papel de la ley en y tras la reforma del Estatuto de los Trabajadores", en CRUZ VILLALÓN, J. (coor.), Los protagonistas..., cit, pp. 23-26; "La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional" Revista Relaciones Laborales. 1992, T. I. Y recogida en la STC. 208/1993, de 28 de junio, de la que fue ponente. Tesis que ha prevalecido de forma casi absoluta.

Viene a ser lo mismo el que se entienda que lo que contiene el art. 37.1 CE es un mandato al legislador: SAGARDOY BENGOECHEA, J.A., "La eficacia de los convenios colectivos y su contenido en el Estatuto de los Trabajadores". Editorial Instituto de Estudios Sociales. Madrid, 1981, p. 24; MONTOYA MELGAR, A. "Sobre la viabilidad legal de convenios colectivos al margen del estatuto de los Trabajadores", en AA.VV., "Problemas actuales de la negociación colectiva". Editorial ACARL. Madrid, 1984, p. 58.

ha avalado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional[335] . En la STC 8/2015, por citar la más reciente: "tanto los convenios colectivos estatutarios, como los denominados "pactos extraestatutarios", son producto del ejercicio del derecho a la negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios, reconocido en el art. 37.1 CE"[336]. Y, siguiendo su estela, en igual sentido se ha pronunciado el tribunal supremo en numerosas ocasiones[337]. Para este tribunal, las distintas manifestaciones de la negociación colectiva tienen regímenes diferenciados en nuestro país[338] y un único fundamento constitucional en el art. 37.1 CE: negociación estatutaria o extraestatutaria, y esta última, reservada en exclusiva al sujeto sindical, de carácter omnicomprensivo, por lo que a ella se pueden -y deben- reconducir todos aquellos pactos, acuerdos[339] y convenios que se articulan fuera del marco del título III ET[340]No deja de ser extraño que el contenido amplio del derecho a la negociación colectiva se sitúe en el art. 37 CE, y no parece que en el 28 CE. La contaminación -restricción- de la libertad sindical en su contenido esencial negociador y su producto más típico, como vemos, está servida.

La interpretación constitucional independiente del art. 37 CE, es apreciable que ha terminado siendo radicalmente distinta a la que cabría esperar -armónica con la libertad sindical- no ha respetado y ha invadido el contenido esencial de la libertad sindical, y ha afectado a todos los elementos de la negociación colectiva:

[335]"La legítima opción del legislador en favor de un convenio colectivo dotado de eficacia personal general no agota la virtualidad del precepto constitucional". STC 73/1984, de 27 de junio. En el art. 37 CE se reconoce el derecho a la negociación de convenios colectivos extraestatutarios. STC 121/2001, de 4 de junio. SSTC 58/1985, de 30 de abril, 98/1985, de 29 de julio, 108/1989, de 8 de junio.

[336]FJ 4.

[337]Según doctrina unificada: "la regulación del modelo de convenio colectivo en el ET no impide que, al amparo y con causa directa en el art. 37.1 CE, puedan pactarse otros convenios al margen del mismo". STS de 2 de febrero de 1994, (RJ 784).

[338]STS de 30 de septiembre de 1999, (RJ 8395), FD segundo: "en efecto, aceptados en nuestro Derecho dos tipos de convenios, uno con régimen jurídico establecido en el Estatuto de los Trabajadores -arts. 82 y siguientes- y otro, el extraestatutario, con anclaje en el Derecho de obligaciones del Código Civil -arts. 1254.1 y siguientes-, el régimen jurídico de uno y otro no sólo es distinto, sino completamente diferenciado -Sentencias de esta Sala de 14 de diciembre de 1996, (RJ 9462), 25 de enero de 1999, (RJ 896) o 1 de marzo de 2001, (RJ 2829).

[339]Referido al pacto que pone fin a la huelga, STS de 11 de noviembre de 1999, (RJ 9183), FD tercero: "sí parece pacífico que estos pactos deben incluirse dentro de la esfera de la tutela de la negociación colectiva, amparada en forma general en el artículo 37 de la Constitución Española y que el acuerdo tiene un significado obligatorio, como convenio extraestatutario, por lo que debe ser aplicado en sus propios términos, como afirma la Sentencia de esta Sala de 28 de junio de 1994, (RJ 5496)".

[340]STS de 8 de junio de 1999, (RJ 5208), FD quinto: "el artículo 37.1 de la Constitución ampara por igual a los Convenios Colectivos estatutarios y a los extraestatutarios. Y la libertad de cada sindicato para promover sus fines del modo que estimen más conveniente, ex artículo 28.1 de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, permite que aquéllos determinen el tipo de convenio -estatutario o extraestatutario- más acorde y adecuado con la defensa de los intereses que les son propios, aunque los miembros del Banco Social tengan mayoría para pactar un convenio colectivo estatutario; con la salvedad de que con ello se trate de excluir indebidamente a un Sindicado de la Comisión negociadora según ha declarado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 73/1984 y 184/1991...".

sujetos, contenido y efectos. A grandes rasgos, para el Tribunal Constitucional, dicho precepto contiene un mandato al legislador para que desarrolle el derecho a la negociación colectiva y preserve la fuerza vinculante del convenio, aunque entendiendo tolerable que haya decidido hacerlo de forma parcial, en el título III del ET, y por lo tanto dando a luz un doble sistema de negociación colectiva. Uno amplio y cuyo pilar central es la libertad de negociación, y otro restrictivo que es el que perfecciona el derecho. El legislador tiene competencias para desarrollar el sistema de negociación que estime porque lo que vendría a asegurar el derecho no fundamental a la negociación colectiva es una garantía institucional, lo que conlleva la no preservación constitucional de un modelo concreto. Sin ir tan lejos, admitamos que, no siendo un derecho fundamental, su contenido esencial (que el Tribunal Constitucional ha afirmado en alguna ocasión)[341], sin dejar de existir, permite una mayor disponibilidad al legislador ordinario para configurarlo[342]. El poder legislativo ostenta un "poder activo en la concreción y desarrollo del derecho" (SSTC 73/1984 y 80/2000), por tratarse de un "derecho esencialmente de configuración legal" (STC 85/2001). Con estas premisas se ha dado carta blanca al legislador para que al amparo del art. 37 CE desarrolle un sistema de negociación colectiva que ha resultado ser el privilegiado y que no tiene que coincidir con el que es contenido de la libertad sindical. El mandato constitucional en este último caso se circunscribe a una simple libertad de negociación que no puede ser abolida, pero sí afectada, relegada, por el sistema negocial diseñado legalmente.

Y sorprendentemente su producto, generado por una institución tan volátil, el convenio de eficacia general, resulta, en primer término, impenetrable -de valor cuasi-público[343]-, tanto para el contrato como para la negociación que sea manifestación de la nuda libertad sindical; y, en segundo término, justifica la invasión legislativa propia de la regulación de una fuente normativa. El régimen jurídico actual nos arroja a esta única conclusión: que la negociación colectiva y el convenio -como manifestación principal, pero también los pactos y acuerdos- del privilegiado sistema estatutario están presentes o no y son y hacen lo que el legislador dice, por muy alejadas que las nuevas tareas estén de la función de representación del interés de los trabajadores. Es una impresión que ya debió provocarnos la reforma de 1994 y que, transitando por las mismas sendas, consolidan como realidad las últimas novedades legislativas a partir de 2010. En esta dialéctica, el criterio de jerarquía normativa es el llamado a ordenar las fuentes, tanto de la autonomía colectiva como las relaciones entre la ley y el convenio y, como si de una norma heterónoma se tratara, habrá que atender a la naturaleza

[341]STC 58/1985, de 30 de abril. "La facultad reconocida a los representantes de los trabajadores y empresarios de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional". FJ 3.

[342]Vid., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "El contenido esencial de la libertad sindical...", cit., pp. 593-612.

[343]STC 177/1988, de 10 de octubre.

imperativa o no de sus disposiciones sin ninguna otra consideración y sin que sea relevante la función sindical. Ahora bien, si de negociación colectiva se trata no parece admisible que el legislador altere su función, dónde localizar otra distinta a la representación de intereses de los trabajadores que tenga si quiera remoto amparo constitucional. Y siendo así, que nos mantenemos en los márgenes de lo esencial de la libertad sindical, de lo tutelado constitucionalmente y no de lo que se decida como beneficioso políticamente -por mucho que lo sea-, las relaciones de jerarquía normativa entre la actuación de los poderes públicos y la autonomía colectiva solo pueden tener una precisa configuración, la del principio de norma mínima y mayor favor, hoy pasto de la historia y condenado a una cuestión de cantidad, y no de cualidad, cada día más exigua. Un entendimiento distinto de la jerarquía normativa deja en nada la función constitucional del derecho colectivo, su razón de ser: la desconfianza de que el poder político y económico preserven "equilibradamente" los intereses de los trabajadores, primero e inmediatamente, en la regulación de las condiciones de trabajo.

Se explica entonces que la desatención de la función sindical lleve a la lógica conclusión de que el convenio pueda disponer peyorativamente de cualquier derecho de los trabajadores, incluidos los constitucionales, o que la negociación extraestatutaria quede subordinada a la de eficacia general con independencia de su contenido regulador de mayor o menor favor[344]. Y se comprende también que la ley, de rango superior, pueda crear y recrear el régimen jurídico del convenio normativo. Este planteamiento resulta igualmente de aplicación al universo de pactos y acuerdos siempre de eficacia general que el legislador va introduciendo en las sucesivas modificaciones del estatuto, subsidiarios, sustitutorios o de modificación del convenio en sus aspectos nucleares, en cualquier caso de debilitación del mismo, y ello con independencia de la diferente función, sindical o de gestión empresarial, que puedan cumplir cada uno de ellos. A mi entender se trata de una operación interpretativa que violenta claramente la constitución porque ignora la función primera y básica de la libertad sindical, de tutela de la posición del trabajador.

Pero veamos por separado los contenidos del art. 37.1 CE que, como hemos visto, es el precepto en el que ha terminado anclándose este contenido esencial de la libertad sindical y cuáles han sido los mecanismos que han posibilitado su segregación de la misma.

[344]Un límite adicional se esgrime para la restricción de la negociación extraestatutaria desde el derecho de sindicación negativo provocada por la exclusión de beneficios de la misma que supone para los no sindicados. Se descarta por el TC al entender el carácter necesariamente abierto de este tipo de negociación en lo que a adhesión se refiere. STC 108/1989, de 8 de julio, FJ 2. Cualquier restricción a la adhesión constituye comportamiento antisindical. STS de 11 de julio de 2012 (9968).

3.1.2. Titulares variables y variados

Si acaso, lo que debiera añadir de originalidad e innecesariamente aporta el art. 37 CE, respecto del art. 28.1 CE, es la posibilidad de que pueda haber otros representantes de los trabajadores, además del sujeto sindical, que desarrollen negociación colectiva por libre decisión del legislador. En el tenor literal del precepto, la única exclusión de titularidad se produce en relación con los trabajadores singularmente considerados, a los que parece no reconocérseles el derecho a la negociación colectiva, lo que puede haber propiciado que estos estén imposibilitados para reclamar el derecho a estar cubiertos por un convenio colectivo[345], confundiéndose dos aspectos bien diferentes: derecho a convenio y a negociarlo. Un asidero que habría impedido, entre otras cosas, la supresión legal de la ultraactividad. La extensión de la titularidad del derecho a negociar colectivamente hubiera podido producirse también sin la existencia del art. 37 CE, y con una finalidad de expansión de la libertad sindical fuera del sujeto sindical -cuando efectivamente la desarrollen- y no de restricción de la misma, de debilitamiento o de entorpecimiento, que es lo que ha sucedido. Nos vale como ejemplo las competencias negociadoras del comité de huelga dada la libertad de elección de sus integrantes[346].

En buena lógica, sin embargo, lo que no debiera haber estado tan claro es que quedara en manos del legislador establecer un estatus igualitario en materia negociadora para representantes sindicales y los que no lo son, según criterio del propio Tribunal Constitucional. Una alternancia que ha favorecido que el empresario pueda terminar negociando con quien le interese. La duda inmediata, aunque ha pasado completamente desapercibida, es si la garantía constitucional de la libertad sindical admite con tanta facilidad como ha sucedido en nuestro país esta extensión del derecho a la negociación colectiva (y del resto de los contenidos de la libertad sindical) más allá de las fronteras de la libertad sindical y con idénticos ámbitos, competencias y efectos y con plena facultad de interferencia. Lo que ha sucedido, de forma absoluta, hasta fechas muy recientes siempre que no se desbordara el ámbito empresarial. No ha existido preferencia alguna hasta las últimas reformas por la representación sindical frente a la unitaria para la negociación de convenios estatutarios. El cambio de opinión podría no tener

[345]Cada vez son menos los trabajadores cubiertos por convenio colectivo. Entre junio de 2011 y el mismo mes de 2013, el número de trabajadores amparados por convenio se ha reducido en más de un cincuenta por ciento. Y hasta mediados de 2013 la cifra ha caído un 28%. nuevatribuna.es, 22 de julio de 2013. http://www.nuevatribuna.es/articulo/economia-social/acuerdo-ultraactividad-impulsa-firma convenios/20130719141314094900.html, (Consulta mismo día).

En 2009 eran 11,5 millones los trabajadores sujetos a convenio; en 2014 la cifra es de 4,7 millones. publico.es de 22 de septiembre de 2015.

[346]Interesante resulta la STSJ Cataluña de 24 de abril de 2015 (1233), afirmando las competencias negociadoras del comité de huelga frente al pacto negociado por sujetos sindicales.

la intención de integrar el contenido esencial de la libertad sindical sino la de facilitar el acuerdo y su eficacia general[347]. O un simple guiño a los sindicatos representativos que tanto han perdido. Si no se reparó en la importancia cualitativa de esta cuestión puede que fuera por la existencia de una estructura negocial que se fomentó centralizada; las últimas reformas, sin embargo, ponen de relieve su importancia cuantitativa dada la imperatividad legal de la descentralización a nivel empresarial, ya sea por la preferencia del convenio de empresa o por el descuelgue, en ambos casos afectantes a los elementos fundamentales del contrato y por ello al núcleo duro de la negociación colectiva y el convenio. No obstante, la nueva preferencia sindical es relativa, sigue siendo posible que un convenio sindical sea modificado -peyorativamente, se entiende- por un pacto o convenio no sindical y que la negociación sindical -sectorial- se vea sustituida -desplazada- por la que lleven a cabo las representaciones unitarias en el ámbito empresarial.

Hasta fecha muy reciente, sin embargo, ha discurrido en términos pacíficos la valoración de las precisiones constitucionales relativas a quiénes sean los sujetos de la negociación[348]: los empresarios y sus representantes o representaciones[349] y los representantes de los trabajadores[350]. Debíamos entender que queda al arbitrio del legislador de turno determinar en cada momento quiénes sean representantes de los trabajadores y a quiénes entre ellos se les reconoce el derecho a negociar. Por el momento, representaciones unitarias y sindicales obligatoriamente, pero seleccionadas por la representatividad, y, en ocasiones, otras representaciones, como es el caso del comité de huelga[351], respecto del que no se plantean problemas dada la titularidad del derecho de huelga. La referencia constitucional lo es sin más a los representantes de los trabajadores, por lo que permite interpretar que a todos ellos, los previstos por la ley vigente y los que hipotéticamente pudieran ser fruto de la autonomía colectiva[352]. No obstante, en la jurisprudencia aflora una tendencia aún más relajada, atendiendo a que el incumplimiento de las reglas de

[347]BENAVENTE TORRES, I., "Las comisiones ad hoc en los períodos de consultas/negociación". Revista Temas Laborales, 2014, núm. 124, p. 124.

[348]Aunque siempre ha existido cierto margen de imprecisión para fijar la competencia del legislador a partir de la genérica fórmula constitucional. TOMÁS JIMÉNEZ, N., "Los sujetos del convenio colectivo. Partes negociadoras". Editorial Comares. Granada, 2013, pp. 87 y ss.

[349]A pesar de la confusión legislativa, hay que recordar que la presencia de las asociaciones empresariales en la negociación colectiva no es imprescindible, a diferencia de lo que sucede con la sindical, ya que el TC ha situado el apoyo de aquellas en el art. 22 CE y no en el art. 28 CE. SSTC 75/1992, de 14 de mayo y 218/1988, de 22 de noviembre.

[350]Vid. ALARCÓN CARACUEL, "La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos", en ALARCÓN CARACUEL, M.R., y DEL REY GUANTER, S., "La reforma de la negociación colectiva". Editorial M. Pons. Madrid, 1995, p. 59 y ss. p. 63.

[351]Considerados como tales. STC 104/2011, de 20 de junio.

[352]Para SUÁREZ GONZÁLEZ, tal margen de indefinición constitucional en lo referente a los sujetos obliga a que la ley ordinaria conceda legitimación a todos los representantes, para que el derecho a la negociación colectiva resulte ordenado por completo. Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores". Editorial Pirámide. Madrid, 1980, p. 199.

selección de los representantes y que van a determinar la nulidad del acuerdo, es un riesgo que compete a la parte social y cuyas consecuencias no pueden trasladarse al empresario[353].

De un plumazo resuelve el actual Tribunal Constitucional la cuestión de las interferencias de las representaciones no sindicales para disponer de convenios sindicales o desplazarlos acogiéndose a la doctrina constitucional precedente. En primer lugar porque el derecho a negociar es un derecho de titularidad compartida como literalmente establece el art. 37.1 CE, con independencia de que estén sindicalizadas o no, aspecto que no presenta relevancia constitucional. En segundo lugar, desde la óptica de la libertad sindical, y recordando doctrina anterior, porque el que la negociación colectiva forme parte del contenido esencial de la libertad sindical es "compatible con la configuración legal del ejercicio del derecho a negociar" (por todas, STC 224/2000, de 2 de octubre, FJ 4). En consecuencia, de la misma manera que hemos admitido como una opción constitucionalmente válida, que no vulnera el art. 28.1 CE, el que la legitimación para negociar determinados convenios colectivos se restrinja a organizaciones sindicales que acrediten un cierto nivel de representatividad y no a otras, "allí donde el legislador ha querido dotar al acuerdo resultante de unos determinados y específicos efectos jurídicos" (STC 224/2000, de 2 de octubre, FJ 4), "igual de válida es la opción legislativa ahora discutida de priorizar los efectos de la negociación de las condiciones de trabajo a nivel empresarial, permitiendo así dotar de mayor eficacia a los pactos alcanzados, no sólo por las secciones sindicales, sino también por los delegados de personal y comités de empresa, con independencia de que estén o no sindicalizados, tanto más cuanto ese plus de eficacia no imposibilita a los sindicatos la negociación colectiva de eficacia general ni impide, por tanto, el ejercicio de una de sus funciones esenciales"[354]. Para el tribunal resulta "incuestionable que la descentralización de la negociación colectiva constituye un objetivo que el legislador puede legítimamente pretender, atendiendo a las consideraciones de política social y económica que estime relevantes"[355]. De una lógica aplastante, si, establecida la paridad de aptitudes negociadoras, lo que viene a corregir ahora el legislador es su preferencia anterior por la centralización, que no se había puesto en tela de juicio. No se resiste el tribunal a poner de manifiesto la coincidencia de la reforma con lo acordado por los interlocutores sociales: "por esta opción de "descentralización" de la negociación colectiva se había ya decantado el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014, suscrito el 25 de enero de 2012 por las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, en el que se insta

[353]En este sentido se considera que la nulidad del período de consultas en despido colectivo no puede afectar a la validez de la decisión de extinción del empresario. SSAN de 16 de mayo de 2014 (1071); 22 de octubre de 2014 (2833).

[354]FJ 6, STC 8/2015.

[355]FJ 6, STC 8/2015. El carácter imperativo para los negociadores no se ha puesto en duda por nuestros tribunales. STS de 26 de marzo de 2014 (4345).

al desarrollo por medio de los convenios sectoriales, de las reglas de articulación de la estructura de la negociación colectiva que apuesten por la descentralización, propiciando la negociación en la empresa, a iniciativa de las partes afectadas, exclusivamente en las materias a las que hace referencia (salarios, tiempo de trabajo, clasificación profesional, aspectos de las modalidades de contratación, medidas de conciliación laboral, así como aquellas otras materias previstas en los acuerdos interprofesionales y convenios sectoriales), por entender que es ése el ámbitomás adecuado para configurarlas"[356]. A la luz de esta nueva sentencia, queda reafirmada expresamente la paridad del derecho a negociar entre sujetos sindicales y los que no lo son. "Del Texto Fundamental no se deduce tampoco que la negociación colectiva sindical haya de tener prioridad absoluta sobre la negociación colectiva realizada por otros representantes de los trabajadores"[357].

El art. 37, y también el 28.1 CE, sin embargo, vuelven a la palestra y aparecen sometidos a la tensión interpretativa a que los somete un legislador muy osado. El planteamiento tradicional y pacífico del art. 37 CE respecto a la titularidad del derecho a la negociación colectiva[358], podría resultar sustancialmente alterado con las últimas intervenciones legales que amplían el espectro de sujetos legitimados; en principio, más allá de la fórmula representativa a que alude el tenor literal del art. 37.1 CE. La referencia es a la comisión de trabajadores nombrada *ad hoc* con competencia para la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo, decidir sobre movilidad geográfica, para negociar un descuelgue de convenio o para pactar suspensiones y extinciones colectivas; en definitiva, para alterar el convenio normativo o invadir su espacio, además de otras cuestiones trascendentes[359]. Los trabajadores por sí mismos ostentan capacidad y legitimación negocial, eso sí, temporal, de contenido específico y en una única dirección y sin que a estos trabajadores les sea aplicable el estatuto de garantías que asiste a los representantes. La actividad que por atribución legal desarrollan estas comisiones o no es en interés y defensa de los trabajadores (por ejemplo, lo sería un descuelgue a la inversa), que es lo que podría haber calificado esta actividad colectiva de sindical -aunque sabemos que es una fórmula no admitida por el Tribunal Constitucional[360]-, o son competencias abiertamente antisindicales;

[356]FJ 6, STC 8/2015.

[357]FJ 6, STC 119/2014.

[358]El consenso se ve alterado tras la última intervención legislativa en la que se procede a un reforzamiento jurídico de la representatividad sindical y a la búsqueda de nuevos sujetos negociadores. Es necesario para facilitar la negociación gestional. Nada tiene que ver el aseguramiento de la condición de sujeto sindical negociador con el de su capacidad real de influencia sobre la negociación colectiva. CASAS BAAMONDE, M.E., "La rigidez de la ley laboral flexibilizadora", …, cit., pp. 96-97.

[359]En alguna doctrina la solución no es inconstitucional porque a la comisión, por analogía, se le han de aplicar las garantías de los representantes. BENAVENTE TORRES, I., "Las comisiones ad hoc en los períodos..." cit.

[360]El TC utiliza una fórmula muy restrictiva a la hora de definir el ámbito de la actividad sindical de los trabajadores. "En su faceta individual, este derecho no incluye sólo los aspectos meramente organizativos o

desde luego, no podrá calificarse de negociación colectiva su cometido legal a efectos de encontrar el amparo del art. 37.1 CE, pero tampoco en su condición de representantes[361]. Salvo error, el Tribunal Constitucional todavía no ha resuelto sobre esta cuestión. No hay que descartar, en la tónica de los fallos recaídos hasta el momento, que acuda al carácter excepcional de la medida y al criterio de la ponderación legal que parecen ser los parámetros que permiten la desatención del contenido esencial de los derechos constitucionales.

Pero todavía una novedad más en lo que se refiere a la sustracción a los representantes del derecho a la negociación, la actuación de los árbitros -cuando su intervención es impuesta a las partes de la negociación- también ostentan ahora "competencias negociadoras", al menos, en la medida en que pueden alterar el convenio colectivo normativo o sustituir a la negociación colectiva. El legislador en las últimas reformas incluye dos tipos de arbitraje obligatorio, público y privado, los que puede imponer la autonomía colectiva. Solo el primero ha sido objeto de impugnación[362]. A mi entender, ambos merecen el mismo rechazo constitucional. Atentan a la libertad de negociación, abortan la autotutela, y, en el plano de la legalidad ordinaria, violentan la fuerza vinculante del convenio, ya sea en su versión de fuente normativa u obligacional.

La imposición de procedimientos de solución y el arbitraje obligatorio en los conflictos económicos o de regulación -que no jurídicos- sabemos desde la STC 11/1981 -al revisar el art. 26 del DLRT de 1977- que violan el contenido esencial de los derechos de negociación y libertad sindical. En íntima relación, la interpretación restrictiva que hizo el Tribunal Constitucional, STC 11/1981, sobre el arbitraje obligatorio en caso de huelga, para salvar la constitucionalidad del art. 10 DLRT. Es una doctrina aplicable a las dos modalidades de arbitraje previstas en la regulación actual.

La reforma, evidentemente, ha querido obviar el inconveniente de una solución legal impuesta a las partes, que hubiera contradicho irremisiblemente, por literal,

asociativos explicitados en el mencionado precepto constitucional -derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección o a no afiliarse-, sino también a adherirse y participar en las actividades lícitas promovidas por los sindicatos en ejercicio de su derecho a la libertad sindical y, entre ellos, la adhesión y la participación en actividades sindicales que puedan convocar los sindicatos". STC 134/1994, de 9 de mayo, FJ 4.

[361]Faltan de capacidad de obrar y la legitimación negocial de las comisiones o representantes *ad hoc*, nombrados en asamblea de trabajadores. Solo atribuible por ley, STC 118/1983, de 13 de diciembre, o derivada de la libertad sindical, y en este caso muy restringidas, STS de 22 de abril de 1989 (2878). BENAVENTE TORRES, I., "Las comisiones ad hoc en los períodos..." cit., pp. 123-124.

[362]Y solo este parece discutirse. El arbitraje obligatorio en los casos de inaplicación (de convenio superior o del propio empresarial), y la modificación de convenio y su sustitución por arbitraje público obligatorio a petición de una sola de las partes en el caso de fracaso de los procedimientos autónomos de solución, provoca una restricción especialmente intensa de la libertad de negociación y de la eficacia de los convenios. CASAS BAAMONDE, M.E., "La rigidez de la ley laboral flexibilizadora", …, cit., pp. 86-90.

aquel fallo, pero ha llegado al mismo resultado, y por ello resulta igual de inadmisible, mandando hacer a la negociación lo que ella no puede, cuando se impone una solución externa a las partes si falla la sustitución del convenio[363], en defecto de pacto de empresa modificatorio del convenio (movilidad geográfica, modificaciones sustanciales, descuelgue) y en los supuestos de suspensiones y extinciones colectivas. En este caso, amparándose en la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de que el convenio incida negativamente en los derechos individuales de los trabajadores[364]. Consecuencias agravadas podrían derivarse de las dudas que plantea determinar cuáles serán las consecuencias de su incumplimiento, esto es, de hacer caso omiso al mandato legislativo de prever procedimientos, y que sean "efectivos", de solución de discrepancias, si se considera contenido mínimo del convenio. ¿Cabría su degradación a convenio extraestatutario?[365] Una eficaz amenaza será sin duda la inviabilidad de la normatividad del convenio. ¿Es permisible o siquiera razonable que un convenio colectivo venga obligado a establecer los mecanismos de su inaplicación?[366]

No han sido objeto de impugnación las distintas modalidades de arbitraje, por lo que la reciente doctrina constitucional solo se refiere al arbitraje público obligatorio efectuado por la CCNCC, aunque salta a la vista que siendo constitucional lo más también lo será lo menos, que la imposición provenga de la autonomía colectiva. En la misma línea de argumentación, no cuestionada, que desatiende la libertad de negociación cuando se admite que se jerarquicen o se articulen sus manifestaciones por imperativo legal (arts. 83 y 84 ET). Para el Tribunal Constitucional, la intervención decisoria de la CCNCC prevista en el art. 82.3 ET la propicia el principio de jerarquía normativa y encuentra la justificación de la intervención legal limitadora del derecho a la negociación colectiva, y por extensión de la libertad sindical, así como de la fuerza vinculante del convenio (consecuencias reconocidas por el propio tribunal), en el hecho de que no existen derechos absolutos. La situación de grave crisis económica y la necesidad de acudir en ayuda de las empresas para que no peligren puestos de trabajo y con ello se ahorre en desempleo, aportan una justificación legítima en el sacrificio de los derechos mencionados. El test de la ponderación se supera de la mano del carácter excepcional de la medida y los requisitos legales que se arbitran: el

[363]Suscita serias dudas de constitucionalidad: DEL REY GUANTER, S., "Aspectos fundamentales en la reforma...", cit.

[364]Una de cuyas manifestaciones de más largo alcance criticó ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., sobre la incidencia y aplicación del convenio respecto de los trabajadores que no están sometidos al ámbito de aplicación del convenio, los jubilados y la pérdida de los complementos de pensiones. "Impugnación judicial de un convenio colectivo y trabajadores jubilados". Revista Temas Laborales. 2002, núm. 67, pp. 191-201.

[365]Según GONZÁLEZ DE LENA, F., la autoridad laboral no debería proceder a su registro y debiera remitirlo a la jurisdicción social. "La negociación colectiva en la reforma de 2010. Negociación para la adaptabilidad y adaptabilidad del convenio". Revista Relaciones Laborales. 2010. núm. 21.

[366]Un análisis amplio sobre los mecanismos de inaplicación puede verse en GOÑI SEIN, J.L., "Técnicas de inaplicación de los convenios colectivos: flexibilidad interna de la negociado". Aranzadi Social. 2013, núm. 9.

descuelgue de convenio es una medida causal, no afecta a todo el convenio, sino a materias tasadas, y tampoco desactiva la eficacia del convenio superior de forma generalizada, sino exclusivamente para las empresas que se descuelgan del mismo. Una argumentación demoledora, que desatiende la realidad de los datos[367]. En la que como bien afirman los votos particulares la ponderación de los derechos constituciones se realiza en el plano de la legalidad ordinaria.

3.1.3. El puzle de los contenidos

No ha sido conflictiva la delimitación del ámbito material de la negociación. Desde la interpretación constitucional es la cualidad de los sujetos -laborales- la que determina su espacio de actuación. Serán negociación colectiva los acuerdos en materia de relaciones laborales, en el más completo sentido, a que puedan llegar empresarios y trabajadores. Del dictado constitucional se desprende, pues, una garantía de extensa libertad de negociación[368], aunque hayamos de tener presente que, salvo en alguna ocasión, para nuestro Tribunal Constitucional la fijación del contenido esencial de los derechos no impone al legislador una interpretación favorable al mismo, ni aún en los de libertad[369]. De nuevo, el choque entre libertad sindical y libertad de empresa se hace patente y resulta decisivo para resolver una confrontación de la que con cada intervención legal resulta una negociación más funcionalizada al interés empresarial y más perjudica en su función. Un proceso restrictivo en el que converge una doctrina del TJUE imprecisa, que desde el caso Albany viene entendiendo que se trata de un problema de límites, dado que la negociación colectiva (en concreto, los convenios supraempresariales) en sí misma es difícilmente asumible desde el postulado de defensa de la libre competencia[370].

Es doctrina constitucional bien conocida que no existe reserva constitucional de negociación, lo que permite sin restricción la invasión legal de sus contenidos y también de la regulación contractual, con fundamento en el art. 38 CE y la capacidad de gestión de personal del empresario que de la libertad de empresa deriva[371]. Como tampoco puede deducirse, desde la libertad de negociación, una reserva de ley o del

[367]6.500 Convenios han quedado en papel mojado. El descuelgue de salarios bajo amenaza de despidos afecta a 300.000 trabajadores. publico. es de 20 de octubre de 2015.

[368]Que incluye la selección de las materias. VALDÉS DAL-RÉ, F., "El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia...", cit., p. 135.

[369]Ya lo interpretó así el TC en relación con el derecho de huelga en la conocida sentencia 11/1981, y hay que considerarla una doctrina plenamente aplicable en relación al derecho de negociación colectiva, como demuestran los pronunciamientos de dicho tribunal. QUINTANILLA NAVARRO, B., "Los convenios colectivos irregulares".Editorial Consejo Económico y Social. Madrid, 1999, pp. 43 y ss.

[370]Con cada pronunciamiento del TJUE aumenta la infiltración de la libre competencia en el campo de la regulación convencional de las relaciones de trabajo. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "Convenio colectivo y libre competencia...", cit., pp. 49 y ss. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?". Revista Relaciones Laborales. 2008, núm. 2.

[371]En la jurisprudencia menor muy fortalecida. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "Negociación colectiva y contrato: apuntes sobre sus conexiones". Revista Temas Laborales, 2005, núm.76, pp. 175 y ss.

contrato que pueda esgrimirse frente al convenio. Nada que objetar en la medida en que será la naturaleza de las interferencias la que determine la tolerancia a partir de las reglas conocidas de solución de conflictos. Desde el art. 35.2 CE, encomendado a la ley un estatuto de los trabajadores, y como bien recoge el art. 3 ET en su relato de las fuentes, cobra todo su sentido la regulación aluvional propia del derecho del trabajo. Jerarquía, y su versión laboral de norma mínima o de mayor favor, es el criterio general que debe regir el orden y competencias de actuación de la ley, el convenio o pacto colectivo y el contrato. Admitamos, sí, el amplio juego de la invasión legal, más si de lo que se trata es de conformar el convenio normativo elevado a la categoría de fuente del derecho, pero eso no posibilita que desaparezcan los límites del contenido propio de la libertad de negociación. Uno de los ejemplos más esclarecedores es el del devenir de la negociación de los funcionarios ya desde el dictado de la LOLS donde la intervención legal ha mudado la naturaleza del derecho[372]. Han perdido su derecho a la negociación colectiva para pasar a ostentar otro, el de participar en la determinación de condiciones de trabajo[373], que es cosa bien distinta, aunque en la misma STC 98/1985, de 29 de julio, ya afirmó que las peculiaridades a introducir no podían vaciar de contenido su derecho de libertad sindical[374]. ¿No lo es la negociación? No forma parte del contenido esencial sino del adicional[375]. Y convengamos también en que la negociación no puede establecer un veto absoluto al contrato[376], pero esto no implica que la ley pueda llamar al contrato e ignore a la negociación, ni siquiera que la negociación tenga competencia para hacerse disponible para el contrato de forma generalizada o en las cuestiones nucleares. Reconozcamos que no está formulada legalmente la reserva de negociación hasta el punto de poder hipotizar sobre materias o supuestos que hayan de ser obligatoriamente cubiertos por la negociación colectiva[377], y que ha llevado al Tribunal Constitucional a la valoración caso por caso (con todos sus inconvenientes para la fijación de contenidos esenciales), pero eso no significa que de su contenido esencial no se haya podido y debido deducir como garantía constitucional la indisponible competencia de la negociación en sus materias nucleares, coincidente con el objeto del contrato, esto es la compraventa de trabajo, que es el instrumento al que viene a sustituir. Dicho de otro modo, ni la ley podría

[372]MARÍN ALONSO, I., "La progresiva desprotección del empleado público frente al trabajador común: de las singularidades de la regulación individual y colectiva al desmantelamiento del derecho de la negociación colectiva". Revista Relaciones laborales. 2013, núm. 3, pp.1-18.

[373]STC 57/1982, de 27 de julio.

[374]STC 152/2008, FJ 4.

[375]STC 80/2000, 27 de marzo, FJ 6.

[376]STC 58/1985, 30 de abril. El interés colectivo se antepone al individual y tiene capacidad de incidencia negativa sobre este, lo que se refuerza con la eficacia vinculante. La adecuación se resuelve en atención al caso concreto valorando y ponderando la totalidad de circunstancias concurrentes. FJ 6.

[377]Una lanza a favor de lo contrario rompe la SAN 7 de noviembre de 2000, (AS 2585), sobre retribuciones de los funcionarios, al declarar, de forma indirecta, a través del deber de negociar, que la materia salarial debe ser obligatoriamente negociada con independencia de los resultados de la negociación y aún de que el convenio deba someterse a lo establecido en la fuentes de rango superior. La STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 4319), dio al traste con este intento, resaltando como único principio rector el de jerarquía normativa.

imponer topes máximos o conformarse como derecho imperativo para la negociación en estas materias, ni el contrato desatender los márgenes a los que los someta la negociación en los mismos aspectos. Entre otras cuestiones este entendimiento habría impedido también la supresión de la ultraactividad en los aspectos centrales referidos, cuya consecuencia principal es el extremo debilitamiento de la posición sindical en la negociación. ¿Siempre hay que partir de cero?[378]

Respecto de los convenios concertados al arbitrio del título III ET, la referencia estatutaria del art. 85.1, por su tenor literal, debía interpretarse en los mismos términos de amplitud y generalidad que el art. 37.1 CE en cuanto a contenidos de la negociación se refiere. Las exigencias legales de contenido (previstas en el art. 85.3 ET), de distinta naturaleza, al igual que las de legitimación, tramitación o validez, se justificaban sobradamente sobre la base de la naturaleza y eficacia singularmente privilegiadas del convenio estatutario elevado al rango de fuente del derecho[379]. Pero el detalle de régimen jurídico nos lleva a concluir algo muy distinto.

La libertad de negociación, especialmente en lo que se refiere a la libertad de contenidos, sea con apoyo en el art. 37.1 CE o en el art. 28.1 CE como contenido de la libertad sindical, y que se concreta en iguales términos en el art. 85.1 ET, ha quedado pulverizada para el convenio normativo. Padece secuelas insuperables cuando el legislador -y no la autorregulación- distribuye los contenidos de la negociación; es decir, determina la competencia negocial a través de las reglas legales de concurrencia y se declara la prioridad del convenio colectivo de empresa (art. 84.2 ET). Es lo propio de las fuentes normativas y, como tales, solo al legislador le compete dicha distribución. Pero no al legislador ordinario, sino al constitucional. A diferencia de lo que sucede con las fuentes normativas, el texto constitucional no se pronuncia sobre el reparto competencial en la negociación colectiva. No puede ser de otro modo dada la representación institucional que ostenta el sindicato, cualquier sindicato (art. 7 CE) y de la consiguiente independencia de los distintos niveles de negociación que derivan de la libertad sindical[380]. Podríamos entender, entonces, que el legislador se extralimita cuando cercena la libertad de negociación a través de las reglas de concurrencia y difícil encaje tiene también la articulación de la negociación por los propios interlocutores sociales, si no es desde el plano de la organización interna del sindicato, porque el legislador no tendría competencia

[378]No lo solventa la tesis doctrinal acogida por los tribunales de sustitución de la derogación del convenio por la incorporación al contrato -como condiciones más beneficiosas o simplemente contractualizadas- de la regulación convencional desaparecida. Es tremendamente inconsistente porque no garantiza la sobrevivencia de la regulación ante la decisión contraria del empresario (art. 41 ET). CASAS BAAMONDE, M.E., "La rigidez de la ley flexibilizadora...", cit., pp. 93-95. STS de 22 de diciembre de 2014 (6638).

[379]IGARTUA MIRÓ, M.T., "El contenido del convenio colectivo tras las últimas reformas legales", en GORELLI HERNÁNDEZ, J. y MARÍN ALONSO, I., (coors.), "El nuevo derecho de la negociación colectiva". Editorial Tecnos. Madrid, 2013, pp. 93 y ss.

[380]ALIPRANTIS, N., "Conflictos entre convenios colectivos de distinto nivel (I)". Revista Relaciones Laborales, 1987. T. I., p. 9.

para una regulación como la que introduce en este sentido en el art. 83 ET y que tras su reforma más parece una manifestación del art. 84 ET (en su triple contenido: de estructuración de la negociación colectiva, con limitaciones vinculantes para la negociación en ámbitos inferiores, de establecimiento de reglas de solución de conflictos de concurrencia y de articulación de la negociación)[381], porque es el legislador el que dispone qué convenios pueden articular y cómo se someten los otros y, claro está, tampoco para ordenar la negociación como hace en el art. 84 ET. Se trata de una actuación de largo alcance validada en sede judicial desde la reforma de 1994 como derecho imperativo y cuyas consecuencias restrictivas de la libertad de negociación han agravado las últimas reformas. Es, por consiguiente, entiendo, la libertad constitucional de negociación colectiva la que resulta maltratada, y no tanto desde la fórmula del art. 37.1 CE (que ya se degradó como derecho), sino desde la garantía del art. 28.1 CE a la negociación colectiva, sin adjetivos.

De forma inaudita, sin embargo, la libertad negocial extraestatutaria está llamada a convertirse, solo teóricamente y en absoluto en la práctica, en la garante de la libertad de contenidos de la negociación colectiva, lo que no implica el reconocimiento paralelo de su eficacia. En el caso de este tipo de negociación, curiosamente, la libertad de negociación preserva más y mejor la posición del empresario, que es el que decide si negocia o no[382], quien elige al interlocutor -selectivamente, no parece necesario aclarar-[383] y el beneficiado absoluto por el fracaso de la misma.

3.1.4. A la búsqueda del alma del convenio

El segundo inciso del art. 37.2 CE, referido a la fuerza vinculante del convenio, de forma equivocada en mi opinión, entiende el grueso de la doctrina y jurisprudencia que nos sitúa de lleno ante uno de los dilemas centrales para fijar las fronteras de la protección constitucional de la negociación colectiva. Si la garantía se reserva a la participación activa en la negociación o también tutela su resultado. Nada de esto se puede decidir a partir de la literalidad constitucional. La fuerza vinculante del convenio es una fórmula inocua, no vincula al legislador respecto a la naturaleza, normativa u obligacional que haya de ser atribuida al producto de la negociación, y señaladamente, al convenio. Forma parte pues de su régimen jurídico y como tal mutable. No cabe y sobre todo creo que no es recomendable

[381]RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Acuerdos interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y ley del Estatuto de los Trabajadores". Revista de Política Social. 1983, núm. 137, p. 357.

[382]SAN de 26 de octubre de 2010 (2463).

[383]Ya que no se ostenta derecho alguno a participar en un proceso de negociación extraestatutaria. STS de 18 de septiembre de 2007 (8445). ALZAGA RUIZ, I., "La negociación colectiva por sindicatos y secciones sindicales", en DE LA VILLA GIL, L.E. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (coors.), Los sindicatos...", cit., pp. 344 y 350-358.

aprovechar la imprecisión del término, predicable tanto de la ley como de los contratos, para crear un tipo de fuente de regulación nueva que deje en el limbo jurídico al producto de la negociación y que permita, a discreción, atribuirle un carácter u otro según convenga, como parece haber resultado en nuestro caso. Lo que entiendo no permite el texto constitucional es la diversificación de naturalezas y con ello la posibilidad de que el legislador ordinario jerarquice sus resultados. Ni tampoco cabe que las invente. Decidida la naturaleza normativa, esta no puede sino desplegar eficacia general y habiendo apostado por la naturaleza obligacional su eficacia sería limitada a los sujetos firmantes y sus representados, incluidos los apoderamientos y las adhesiones previas y posteriores.

En cualquier caso, no se precisaría en absoluto del art. 37.1 CE para afirmar la exigencia constitucional de vinculabilidad e inalterabilidad del convenio, de toda manifestación de la negociación en representación de intereses, de ello se encargaría la libertad sindical y su entendimiento como mecanismo de sustitución de la autonomía individual en el ámbito laboral. No otro fundamento puede encontrarse para la teoría de la autonomía individual en masa y su veto constitucional. Aquí se encuentra su asidero constitucional, en la garantía de la libertad sindical, porque cualquiera de las naturalezas, desde la teoría general de las fuentes, imposibilita la alteración y afectación del convenio tanto por voluntad de los sujetos del contrato, empresario y trabajador (el interés colectivo que da carta de naturaleza a la representación institucional del sindicato), como por voluntad unilateral del empresario (ya sea como atentado a la libertad sindical o como imposibilidad de que el contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes) y, en definitiva, por cualquier tercero, sean árbitros de imposición obligatoria, representantes sindicales o unitarios, si es que en este caso no se ha procedido por la ley a la jerarquización o distribución competencial de los productos negociales que no parece una operación permitida por el texto constitucional.

Nuestro Tribunal Constitucional muestra una actitud en apariencia vacilante respecto a esta cuestión y solo la ha abordado de forma parcial, en relación con la autonomía individual, de forma expresa. La tutela constitucional no se extiende al resultado de la negociación, salvo en situaciones excepcionales[384]. Sobre el particular este tribunal se pronunció en la sentencia 184/1991, de 30 septiembre, aseverando que el derecho a la negociación, a los efectos de la protección constitucional, ha de ponerse necesariamente en conexión con la legitimación para negociar reconocida legalmente al sindicato y, por ello, referirse fundamentalmente a la contratación colectiva de condiciones de trabajo. Dejó una puerta abierta que concreta en fallos posteriores. La llamada autonomía individual en masa constituye

[384]Y excepcional debe entenderse la conclusión de la audiencia nacional en la sentencia de 27 de julio de 2012 (2512), en la que se estima atentado a la libertad sindical por incumplimiento de la empresa de un acuerdo de estabilización de plantillas. El argumento, el art. 1258 CC.

un atentado a la negociación colectiva inadmisible constitucionalmente cuando por medio de ofertas de pacto individual la empresa ha intentado dejar sin efecto las previsiones de un convenio colectivo estatutario (STC 105/1992, de 1 julio), siendo indiferente si la regulación que se arbitra en el contrato es más o menos favorable a los trabajadores[385]. Una solución que, entiendo, solo tiene razón de ser en la medida en que se vulneren los mínimos de derecho necesario o los que puntualmente se puedan introducir como regulaciones de máximos o de imperatividad absoluta. Parece de sentido común que así sea puesto que el convenio o el pacto que establezca la mejor regulación siempre va a resultar imperativo para los contratos. Otra cosa bien distinta resultará si lo que se quiere tutelar de la negociación contra su naturaleza son regulaciones peyorativas o concesivas. En cualquier caso, se trata de una doctrina, sobre la preservación constitucional de los resultados de la negociación[386], suavizada con posterioridad e imprecisa. En la sentencia 107/2000, de 5 de mayo, se afirma *óbiterdictum* que la adopción de medidas unilaterales por parte del empresario, (aunque en materia tan importante como la salarial) obviando los cauces de participación establecidos en el estatuto o con ignorancia de otras técnicas de composición de conflictos de intereses legal o convencionalmente previstas, ante el fracaso de la negociación, puede dar lugar a infracciones de la legalidad ordinaria, (en concreto, de los arts. 41.1 y 64.1.3 ET) que, "en cualquier caso, no afectan a los derechos sindicales"[387].

Lo que sí es deducible de la doctrina constitucional y admite sistemáticamente la jurisprudencia ordinaria es la competencia jerárquica de la ley para arbitrar una variada gama de mecanismos que vacíen de contenido la negociación, desatiendan absolutamente su resultado -como en el caso de la reducción salarial en las administraciones públicas[388], o que lo modifiquen, ya sea de forma directa, ya sea de forma indirecta, alterando su ámbito de aplicación. Los pactos estatutarios se dejan al alcance del empresario por el procedimiento del art. 41 ET y los convenios estatutarios quedan abiertos a la disponibilidad de otros representantes y no representantes por el pacto de descuelgue, por la negociación de empresa y los arbitrajes no voluntarios. Podemos entender que el Tribunal Constitucional ha

[385]STC 105/1992, de 1 de julio.

[386]El TC ha desestimado la posibilidad de oferta global individualizada para el descuelgue de condiciones salariales, jornada y horarios, para los mandos intermedios por contratación individual en masa que lesiona la negociación colectiva como contenido esencial del derecho de libertad sindical. STC 225/2001, de 26 de noviembre.

En palabras de VALDÉS DAL-RÉ, F., en la jurisprudencia del TC consolidada, "el margen de actuación de la autonomía individual viene definido tanto por los espacios no ocupados por la negociación colectiva como por aquellos otros afectados por esta, siempre que se respete la configuración y la fuerza vinculante del convenio". "El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia...", cit., p. 13.

[387]FFJJ, 5 y 7. Y, en el mismo sentido, la audiencia nacional, en materia salarial, no encuentra inconveniente a la regulación individualizada y "en masa" siempre que no contradiga el convenio vigente. SAN de 18 de marzo de 2015 (464).

[388]ATC 85/2011, de 7 de junio, en el que el tribunal entiende que la "intangibilidad del convenio colectivo no se configura como uno de sus contenidos esenciales (art. 37.1 CE)". FJ 8.

tutelado el resultado de la negociación (solo la estatutaria), en el sentido de que el empresario debe respetar el contenido de la misma y la fuerza vinculante del convenio (de este en exclusiva) y ajustarse a los procedimientos de modificación. Pero tampoco, porque la afirmación anterior no significa petrificar el convenio, ha de ser la ley o la autonomía colectiva donde se establezca el procedimiento para su modificación o denuncia[389]. Y directa o indirectamente los arbitra la ley con un beneficiario único, el empresario. Para decirlo en términos exactos, es la negociación estatutaria en pleno la que queda al arbitrio legislativo, en su producción y aplicación, dejando en nada su eficacia y la articulación convencional[390]. Dos consecuencias fundamentales se extraen de la doctrina constitucional referida.

En la tarea de justificar constitucionalmente las persistentes intervenciones legislativas sobre la negociación estatutaria, el Tribunal Constitucional se olvida de la existencia de ese segundo sistema negocial, el hermano pobre, el que no puede desaparecer porque es producto del contenido esencial de la libertad sindical y de cuya vigencia el propio tribunal hace depender la constitucionalidad de todo el sistema legal de negociación colectiva, entendida como desarrollo parcial y contenido adicional de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva[391]. El Tribunal Constitucional, pese a esta extrema importancia de la negociación extraestatutaria, parece no reparar en que el legislador decidió abolirla hace años. Desde la primera redacción del ET, no existe garantía alguna para la negociación colectiva extraestatutaria porque se nos muestra subordinada a la estatutaria. Algún fallo reciente exacerba esta interpretación cercenando la libertad de las partes para elegir un tipo u otro y anudando a ello la invalidez de lo negociado[392]. No le queda más margen de actuación que el que le permita el convenio normativo -no solo el existente sino el posible a la luz de la reciente tendencia interpretativa-, básicamente subsidiaria de este, pero sin que esté habilitada para suplantarlo[393]. El

[389]Se justifica en el entendimiento de que "la fuerza vinculante como tope absoluto a la actividad de los poderes públicos, o como sometimiento incondicionado del legislador a lo convenido por las partes negociadoras, excede con toda seguridad del marco constitucionalmente diseñado para la actividad de negociación colectiva". GARCÍA MURCIA, J., "Fuerza vinculante y la intangibilidad del convenio colectivo: A propósito del Auto TC 85/2011". Revista Española de Derecho del Trabajo, 2013, núm. 157, pp. 283 y ss,

[390]Sobre prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto de la articulación que se haya previsto, art. 83 ET, STS 26 de marzo de 2014 (4345). Algún autor no lo ha entendido así. Siempre que exista articulación convencional (art. 83 ET) esta será preferente. DEL REY GUANTER, S., "Aspectos fundamentales en la reforma...", cit.

[391]El contenido esencial del derecho de libertad sindical integra el derecho a la negociación colectiva extraestatutaria. STC 121/2001, de 4 de junio.

[392]VALDÉS DAL-RÉ, F., "Los equívocos de la jurisprudencia sobre la distinción entre convenios y acuerdos estatutarios y extraestatutarios (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2013). Revista Relaciones Laborales, 2014, núm. 7.

[393]Una especie de dictadura de la representatividad que condiciona la existencia misma de la autonomía colectiva negociadora si no es por concesión de los sindicatos representativos. BAYLOS GRAU, A., "Notas sobre libertad sindical y negociación colectiva". Revista de Derecho Social. 2010, núm. 50.

No es descartable que la negociación extraestatutaria pueda entrañar comportamiento antisindical. STC 108/1989, de 8 de junio.

criterio de jerarquía normativa, y no el de favorabilidad[394], resuelve la concurrencia entre ambos tipos de negociación. Una conclusión de difícil sustento, porque parece dejar en manos del legislador ordinario la competencia para modificar la función constitucional de la negociación en cualquiera de sus manifestaciones, pero es que también se le permite traspasar las fronteras que la identifican como producto de la autonomía colectiva sindical, y más para vaciarla de cualquier atisbo de eficacia fuera del marco colectivo, que es lo que termina sucediendo. Primer frente de demolición, restricción de la libertad de negociación y de su eficacia por parte del sistema oficial de negociación.

Segundo frente. El círculo de la desactivación del completo sistema de negociación extraestatutaria se cierra con la puesta a disposición unilateral del empresario (o al pacto con el trabajador, lo que resulta superfluo porque no es obligatorio) de cualquiera de sus resultados. La esquizofrénica naturaleza de la negociación extraestatutaria ha sido una característica persistente de la misma, en la que se ha comportado como una fuente obligacional respecto de la negociación estatutaria[395] y, debiendo preservar su imposición al contrato[396] como contenido de la libertad sindical (y no como se reclama, amparada en la aséptica fórmula del arts. 37.1 CE sobre la fuerza vinculante del convenio)[397], se ha impuesto a este como si de una fuente normativa se tratara[398]. Sin embargo, en un alarde de pura contradicción, se ha afirmado su naturaleza jurídica obligacional, lo que ha posibilitado una sustancial alterabilidad frente a la voluntad del empresario como vino a plasmar la reforma del art. 41 ET ya desde 1994. Los pactos "extraestatutarios" se rigen,

[394]El principio de norma más favorable es desechado expresamente en la STS de 18 de febrero de 2003 (3372).

[395]Jerarquizada: STS de 18 de febrero de 2003 (3372).

[396]En los términos literales del actual TC. "El legislador ordinario, en cumplimiento de tal mandato (art. 37.1 CE), ha optado por reconocer un "plus de eficacia" a los convenios colectivos "estatutarios" por su carácter *erga omnes* (STC 108/1989, de 8 de junio , FJ 2). De esta manera, los denominados pactos "extraestatutarios", al no cumplir las exigencias subjetivas, objetivas y procedimentales impuestas por el Título III del Estatuto de los Trabajadores, carecen de la eficacia general o *erga omnes* que caracteriza a los convenios "estatutarios" (esto es, los que se celebran conforme a la especificaregulación de ese Título III de la LET), gozando únicamente de una eficacia personal limitada o reducida a los trabajadores y empresarios representados en la negociación.

[397]En palabras del TC, sin embargo, la fuerza vinculante presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual" (entre otras, SSTC 105/1992, de 1 de julio , FJ 6, y 225/2001, de 20 de noviembre , FJ 4). Tratándose de una garantía "no derivada de la ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional" (STC 58/1985, de 30 de abril, FJ 3).

[398]La STC 58/1985, de 30 de abril, parece abogar por el carácter normativo de todo convenio colectivo, con independencia de que sea estatutario o extraestatutario. Dice esta sentencia, concretamente, que la garantía constitucional de la fuerza vinculante, recogida en el art. 37.1 CE "implica en su versión primera y esencial, la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación de manera automática". Así parece entenderlo algún autor: GARCÍA MURCIA, J., "Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza y eficacia de los pactos colectivos atípicos. I y II". Revista Actualidad Laboral. 1992, núms. 23 y 24, p. 415. Y lo refuerza de nuevo el TC en la sentencia 8/2015, al entender que la fuerza vinculante del convenio que viene a garantizar el art. 37 CE se refiere tanto a los convenios estatutarios como a los extraestatutarios. FJ 4, STC 8/2015.

pues, "por la regla general del Derecho común de la contratación, a tenor de la cual, los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (art. 1257 del Código Civil)", (STC 121/2001, de 4 de junio, FJ 5). Un barrido de efectos para el que resultaba irrelevante el litigio sobre la naturaleza jurídica de los productos extraestatutarios aunque para ambos ha señalado el Tribunal Constitucional la fuerza vinculante[399], porque el empresario puede disponer del pacto o convenio. Siendo así, podría disponerse también por cualquier otro medio menos radical, claro está, por voluntad concorde del trabajador. Una disposición absoluta de la fuerza vinculante del convenio y pacto extraestatutarios, sin necesidad de otras adjetivaciones, que reduce a la nada no solo la fuerza vinculante del convenio, como quiere el art. 37.1 CE, sino el contenido negocial de la libertad sindical (art. 28.1 CE). Así lo reconoce el Tribunal Constitucional. En sus términos, "es claro que la medida legal controvertida incide en el citado derecho constitucional al permitir la inaplicación de los citados pactos extraestatutarios por decisión del empresario. Ahora bien, que exista una injerencia en el mismo no supone, por sí misma, que sea inconstitucional, pues puede resultar legítima si cuenta con una justificación razonable y proporcionada al fin perseguido. La norma facilita, entonces, el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica, con el objetivo de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción, atendiendo así a fines constitucionalmente legítimos, como son garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), así como la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE). En consecuencia, la imitación del derecho a la negociación colectiva mediante la atribución de la facultad de modificar las condiciones de trabajo pactadas extraestatutariamente, se justifica en la consecución de fines consagrados en la Constitución"[400]. ¿Y el contenido esencial a qué se reduce si la autonomía extraestatutaria se ve afectada en su totalidad? ¿Se puede desde los arts. 35.1 y 40.1 CE imponer a la negociación colectiva que se haga disponible para el empresario? ¿Por qué, quizás es este el encargado de tutelar el interés general de los trabajadores? ¿O es que tutelando el interés empresarial se tutela el de los trabajadores, dónde está ese consenso en la Constitución?

Repárese en que en el discurso del Tribunal Constitucional la negociación colectiva aparece, no solo como un instrumento que entorpece el interés empresarial, que es claramente su función constitucional, sino en perjuicio de los intereses de los propios trabajadores[401]. Para que esto no suceda -y los trabajadores

[399]STC 121/2001, de 4 de junio, reiterando doctrina anterior; entre otras muchas, SSTC 73/1984, de 11 de julio ; 98/1985, de 29 de septiembre ; 57/1989, de 16 de marzo y 108/1989, de 8 de junio.

[400]FJ 4, STC 8/2015.

[401]En materia de período de prueba la naturaleza de derecho absoluto de la disposición legal se arbitra para que evitar que "la actuación de la autonomía colectiva pueda frustrar el legítimo y ya comentado objetivo de creación de empleo estable que se pretende alcanzar a través de esta modalidad contractual y su régimen jurídico". STC 119/2014, FJ 3.

no nos perjudiquemos a nosotros mismos y no lo hagan nuestros representantes- se encomienda la tarea de arbitraje al gobierno de turno y con tales parámetros de apreciación que no se atisba a ver cuándo se pueda extralimitar. Y préstese atención también a que, una vez más, la excepción se convierte en regla general y permanente, que las circunstancias de mercado se suceden y que son distintas en función de situaciones económicas variables, es una característica consustancial al sistema económico. En definitiva, difícil localizar dónde se fija el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva fruto de la libertad sindical, pero también del autónomo derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 CE que, recordemos, para el Tribunal Constitucional aloja toda la garantía de la autonomía colectiva.

Pese a la tibieza de su doctrina, el informe del CEDS de 2015 al analizar el vigente art. 41 ET, y tras recordar que la ausencia de acuerdo durante el período de consultas no cierra al empresario la posibilidad de aplicar unilateralmente los cambios, estima que "la legitimación de la derogación unilateral de convenios colectivos libremente negociados vulnera la obligación de promover procedimientos de negociación", no resultando conforme con el art. 6.2 de la Carta Social Europea. Como señala el voto particular a la sentencia STC 8/2015.

Segunda consecuencia a extraer de la sustancial alterabilidad de los resultados de la negociación. Se olvida con frecuencia el universo de los pactos o acuerdos de empresa estatutarios, cuando es lo cierto que inciden significativamente en la libertad de negociación, restringiéndola. Se ha dicho en más de una ocasión que desde 1994 la orientación legislativa en las sucesivas reformas ha sido la de promocionar la negociación colectiva[402]. Tendríamos que referirnos para mayor rigor al hecho de que, sin freno constitucional y con asombrosa y extrema rigidez desde aquella reforma, el legislador se lanzó a la imposición de la autonomía colectiva[403] arbitrando toda una obra de ingeniería de pactos y acuerdos que asedian al convenio, lo sustituyen o lo modifican (arts. 41.2 y 82.3 y art. 85.2 c) ET)[404], como instrumento privilegiado de flexibilización interna y externa del derecho del trabajo. En el plano de la negociación estatutaria la reforzada vinculabilidad del convenio normativo

[402]Comúnmente se ha venido aceptando que cada nueva reforma de la negociación colectiva persigue un claro objetivo: "dinamizar, flexibilizar y dar mayor juego a la autonomía colectiva". Referida a la reforma del 94, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Derecho legal y tutela...", cit., p. 35.

[403]La reforma de 1994 dejó en manos de la negociación, la práctica totalidad de las instituciones del derecho individual. CASAS BAAMONDE, M.E., "La rigidez de la ley laboral flexibilizadora", …, cit., pp. 67-68.

[404]En ambos casos se trata de facilitar la adaptación de la regulación convencional general de condiciones de trabajo y salariales a la singularidad de la empresa. Los citados instrumentos, de descuelgue del convenio, presentan grandes similitudes morfológicas. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "Mecanismos legales de descuelgue salarial", en AA.VV., "La aplicación del Estatuto de los Trabajadores en la negociación colectiva. IX Jornadas de estudio sobre negociación colectiva". Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Editorial Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1996, p. 43.

y de eficacia general se ve violentada, en primer término, por la automaticidad e independencia de la cláusula de descuelgue salarial y de condiciones de trabajo (que ha sido descentralizado[405], flexibilizado y desindicalizado[406]).

Pero el proceso es más amplio porque respecto de los acuerdos estatutarios el legislador procede a una minuciosa articulación con el convenio, y con ello coarta decisivamente la libertad de negociación, además de intervenir sobre la eficacia general del convenio, lo que necesariamente significa contradecir su valor normativo. Sucede si reparamos en la funcionalidad del pacto estatutario como instrumento válido de alteración del convenio -y es inadecuado afirmar que en estos casos permanece inmune el valor normativo y solo se ve limitada la eficacia general, salvo que vayamos a atrevernos a elaborar una teoría propia (laboral) de los efectos de la fuente normativa-; pero también la libertad negocial queda maltrecha por la presión que ejerce el pacto, por su carácter subsidiario, respecto al convenio. Y olvidamos frecuentemente que la garantía colectiva, si podemos seguir llamándola así, que representa el acuerdo que se reclama para la alteración de lo dispuesto en convenio, del art. 82.3 ET, puede no regir para estos pactos que, desde luego, no son "convenios del título III" como reza la literalidad de dicho precepto. Esta primera degradación del convenio colectivo como consecuencia de su nuevo contenido mínimo se viene a reforzar con la modificación del art. 85.3[407]. En concreto, se elimina la libertad de los negociadores a la hora de regular la propia vida del convenio colectivo. El legislador en este punto trata de llevar a cabo una estrategia un tanto peculiar. Intenta salvar la inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio tras la finalización del período máximo de duración del convenio, siendo este un dato que se obliga a consignar, compeliendo a los negociadores a que prevean dicho arbitraje en el contenido del convenio. ¿Quién impone el arbitraje? La reformulación de la estructura de la negociación[408] cumple el mismo objetivo de flexibilización y genera las mismas consecuencias sobre el convenio vigente. De este modo, no solo se cuestiona el carácter normativo del convenio, incapaz de designar su propio contenido, sino que también se menoscaba su propia

[405]MOLINA NAVARRETE llega a calificar como irracional este modelo profundamente descentralizado. "De las reformas laborales a un nuevo, e irreconocible, <estatuto del trabajo subordinado>". Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros. 2012, núm. 348, pp. 7-184.

[406]En expresión de OLARTE ENCABO, "La reforma de la negociación colectiva y el cambio de modelo productivo", XXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Octubre, 2010. Editorial Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Sevilla, 2011, pp. 235 y ss.

De atentado a la libertad negocial se calificó ya su inclusión en la reforma de 1994. BAYLOS GRAU, A., "Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva". Revista Relaciones Laborales. 1994, núms. 17-18.

[407]ARBONÉS LAPENA, H.I., "Algunos aspectos críticos del modelo de negociación colectiva tras la reforma del 2012". Revista Aranzadi Social. 2013, núm. 9.

[408]Vid. VILA TIERNO, F., "La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales". Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2013, núm. 33, pp. 185 y ss.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Contenido mínimo del convenio colectivo", en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (coors.), "La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva". Editorial La Ley. Madrid, 2012, pp. 207 y ss.

esencia contractual al fijar unos contenidos que rompen de manera abierta con la sinalagmaticidad, bilaterialidad y reciprocidad que se predica de cualquier otro contrato.

La laxitud en la alterabilidad del convenio y el pacto debería provocarnos una interrogación inmediata en lo que se refiere a la transgresión del deber de paz. En la regulación actual el deber de paz, tremendamente expandido, seguiría rigiendo estrictamente para los trabajadores y sus representantes y aparecería completamente relajado -o inexistente- si es el empresario el que pretende la alteración de lo convenido y, además, blindado al conocimiento judicial, aunque esté en juego la tutela judicial efectiva[409]. Paridad en la negociación podría reclamarse, también en lo que se refiere a la traslación del riesgo de las obligaciones. Difícilmente puede obviarse que, igualmente, los negociadores del descuelgue infringen el deber de paz considerado en nuestro ordenamiento inmanente al convenio.

3.1.5. El milagro de las fuentes de regulación

Asistimos a una evolución legislativa no de sentido único, de fortalecimiento-debilitamiento de las distintas fuentes de regulación que troca en congruente esta incoherencia. Un proceso secuenciado y global, del que quizás el ejemplo más llamativo sean los pactos estatutarios, pero cuyo sustento único es la progresiva relegación del principio de norma mínima como criterio de ordenación que ya vaticinaba el anuncio de la desaparición del principio de irregresividad por parte del Tribunal Constitucional. Al proceso de desorbitada debilitación del convenio descrito se superpone el de signo contrario.

Se puede aventurar un interés legislativo en afianzar la naturaleza normativa del convenio con propósito diferente al que ha sido tradicional, aquel de mejorar -en el sentido de reequilibrar- la posición contractual del trabajador frente al empresario. Puede que el legislador haya creído oportuno fomentar que la adaptación de la norma laboral a las exigencias de la empresa se arbitre mediante la autonomía colectiva, desplazando el conflicto al seno del trabajo y pacificando así las relaciones del trabajo por cuenta ajena con la ley y los poderes político y económico, en definitiva. De haber sucedido esto, reforzaría y primaría el convenio normativo y el pacto -en sus nuevos papeles obligatoriamente flexibilizadores- frente a otras manifestaciones de la autonomía privada, también de la colectiva.

[409]La doctrina emite opiniones contrarias ante la presunción legal de concurrencia de las causas justificativas del descuelgue cuando se dé el acuerdo. *Iuris tantum* la considera BAYLOS GRAU, A., ("Movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma del 2010". Diario La Ley. 2010, 14 octubre) porque de otro modo resultaría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva; de iuris et de iure, en aplicación de las reglas civiles, la califica CRUZ VILLALÓN, J., "La flexibilidad interna en la reforma de 2010". Revista Relaciones Laborales. 2010, núm. 21.

Puede que el legislador haya entendido conveniente debilitar la negociación y favorecer la participación consensual. Con este fin se serviría de otros instrumentos negociales allí donde el convenio no cumpla, o pueda no cumplir, la función de adaptabilidad que se le demanda. El universo de los pactos estatutarios, la preferencia por el ámbito empresarial de negociación y el proceso de debilitamiento-reforzamiento del contrato servirían a este fin. La debilidad del contrato, frente a la negociación colectiva (que ya puede disponer ampliamente de sus derechos incluidos los constitucionales) y el poder unilateral del empresario (mediante la irresistible competencia de este para alterar cualquier condición de la contratación); su fortaleza, frente al convenio (de la que es buena prueba la deriva interpretativa del art. 3.5 ET o la reconocida competencia para regular materias no tratadas por la negociación) y el propio ámbito de aplicación del derecho del trabajo (en el que ya no se puede reconocer su naturaleza expansiva: la restricción de la presunción de laboralidad, el mundo voluntariado, de los TRADE...).

No hemos encontrado otra interpretación que explicite mejor la filosofía legislativa de los últimos años que ya estaba presente en la década de los 90. Una ideología que ha barrido la función histórica de la negociación colectiva. El interrogante es si la constitución tolera este régimen jurídico que parece haber condenado el contenido esencial del derecho a la negociación, sea del tipo que sea, a participar en el proceso y nada más[410] y con ello haya transmutado el derecho de libertad sindical.

3.2. ¿Hemos decidido el modelo de conflicto?

3.2.1. El debilitamiento del conflicto. La centralidad de la negociación

El segundo gran eje de la conformación legal de la libertad sindical, menos atendido doctrinalmente pero no menos importante, se concentra en el patente debilitamiento de la acción sindical de conflicto y su principal herramienta de expresión, la huelga. En esta ocasión el Tribunal Constitucional comparte protagonismo con los tribunales ordinarios a la hora de remodelar un régimen jurídico básicamente preconstitucional en el que todo parece caber por definición y muy especialmente las contradicciones. Podemos encontrar nexos comunes a lo acaecido con la autonomía colectiva, señaladamente, la desconfiguración constitucional que supone ignorar la función que la constitución asigna a la huelga y de ahí la dificultad de fijar el contenido esencial del conflicto, pero también se aprecia que, en ese proceso, parcialmente se han seguido otros derroteros.

[410]Se concluye que el convenio colectivo ha dejado de ser un instrumento adecuado de limitación de la autonomía unilateral del empresario. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "La negociación colectiva en España tras las reformas de 2010, 2011 y 2012". Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 2023, vol. 1, núm. 1.

Variadas son las circunstancias que han relegado el conflicto colectivo y sus manifestaciones como pilar del derecho del trabajo y eje central de su evolución. La historia de nuestra disciplina, sus fuentes heterónomas y las provenientes de la autonomía colectiva, tienen su origen en la actuación del conflicto y en la posibilidad o potencialidad de su ejercicio, esta y no otra es la razón de que la autotutela exprese la que podemos considerar autonomía constitucional del derecho del trabajo. Sin embargo, venimos asistiendo a un debilitamiento progresivo de la manifestación del conflicto. Entre las razones puede apreciarse una especie de inversión de papeles entre negociación y conflicto. Es el fracaso de la negociación la que activa el conflicto y aquella parece haber dejado de ser el resultado de este. El capitalismo globalizado es una de las limitaciones históricas del sindicalismo que se recrudece en los nuevos tiempos, pero el capitalismo compartido[411] es la realidad del orden interno de los estados sociales y en este escenario se comprende la nuclear desactivación de la función del conflicto, relegado por el consenso y funcional a una negociación que se ve impelida a no contradecir y desatender los fundamentos del orden económico que, eso sí, pueden ser de definición externa y de máxima imperatividad, como sucede en el caso de la "pseudo-normativa" proveniente de la UE[412]. A la espera nos encontramos de que se dé un paso de gigante en este sentido con la firma del tratado de libre comercio con EE.UU.

La centralidad de la negociación[413], expresada y defendida, valorizada más como procedimiento que por sus resultados -en el ámbito político y en el de las relaciones laborales- y más como participación en la gestión de una situación permanente de crisis dentro y fuera de la empresa -concesiva- que como instrumento de representación -reivindicativa-, no puede ser de otro modo, desactiva la exteriorización del conflicto porque no tiene por objeto la composición de intereses ni la adquisición de derechos. No parece interesante plantear una huelga para presionar en la firma de un convenio extraestatutario cuyo contenido podrá modificar el empresario. Puede que tampoco se vea la necesidad de una huelga en apoyo de un convenio sectorial si se ha de preferir el de empresa o aquel ha de contener la fórmula eficiente de descuelgue de sus contenidos esenciales, pero ni ante una huelga de empresa, por la misma razón. En cualquier caso, si la negociación se confina a la empresa el conflicto estrictamente laboral también, básicamente; un ámbito en el que el empresario ejerce todo su poder y donde la debilidad de los trabajadores es patente si se tiene en cuenta la aplastante realidad

[411] SAGARDOY BENGOECHEA, J.A., "El sindicalismo: entre la utopía y la realidad",..., cit. pp.182 y ss.

[412] A la aparición de una nueva acción normativa de la UE proveniente de la "gobernanza económica" que fractura la legalidad constitucional "ordinaria" en el espacio europeo se refieren BAYLOS GRAU, A., CASTELLI, N. y TRILLO PÁRRAGA, F., "Negociar en crisis...", cit., pp. 9 y ss.

[413] La negociación colectiva convertida en instrumento económico cuya función es la de garantizar la flexibilidad impuesta por la ley, CASAS BAAMONDE, M.E., "La rigidez de la ley laboral flexibilizadora", …, cit., p. 40.

-en números claros- de nuestro tejido productivo y del mercado de trabajo[414]. Pero hay un núcleo de asedio a la huelga resistente en el tiempo que se perfila en varios frentes con idéntica finalidad de reducir los límites y bajar su intensidad.

3.2.2. Las interferencias subjetivas

El art. 28.1 CE ciertamente aporta una singularidad en términos comparados, la atribución de la titularidad del derecho de huelga a los trabajadores con carácter individual. Algunas conclusiones importantes a extraer. Por una parte, la de convertir uno de los contenidos esenciales de la libertad sindical en un derecho compartido entre el sujeto sindical y sus beneficiarios; de manera que lo que vendría a refrendar nuestra constitución es la posibilidad de rebelión de los trabajadores frente a sus representantes sindicales, pero también la ampliación de la titularidad de la huelga a cualquier otro representante, aunque no ostente la condición de sindicato. Esa atribución singular del derecho de huelga, en definitiva, garantiza que los trabajadores, por sí mismos o a través de representantes -del tipo que sean-, gocen de libertad absoluta para convocar y adherirse o no a una huelga. Sin embargo, ese protagonismo de los trabajadores queda igualmente maltrecho, como sucede con la libertad sindical, si atendemos a la extraordinaria y singular forma de tutela máxima que la constitución otorga al no huelguista -o al no afiliado- cuyo "derecho negativo" -de formulación constitucional expresa- se convierte en un límite externo al ejercicio del derecho fundamental que se ejercita. Extrapolado a cualquier otro derecho constitucional -la libertad de expresión, por ejemplo- la formulación de la versión negativa del derecho resultaría absurda por innecesaria, ya que ningún derecho obliga a su ejercicio; es más, para algunos derechos la interpretación que se hace del texto constitucional niega tal posibilidad, por ejemplo, del derecho a la vida no se deduce el derecho a la no vida.

En conclusión y con independencia de la valoración que se haga de la opción constitucional respecto a las titularidades, tendremos que admitir que la huelga, como contenido esencial de la libertad sindical, queda debilitada, en la medida en que el titular privilegiado de la misma, el sindicato, no tiene poder de acción frente a la libre decisión de los trabajadores y otros representantes. De la misma manera que tampoco estos -ni el sindicato o los representantes- la tienen con respecto al que "ejercita su libertad de trabajar" que, por otra parte, despliega efectos negativos añadidos para el huelguista, puesto que hace posible y legitima la actuación empresarial -en los planos individual y colectivo- en falsa defensa del

[414]Según los datos de la dirección general de industria para 2015, de un total de 3.114.361 empresas, 1.670.329 no tienen ningún asalariado; 1.314.398 tienen entre 1 y 9 trabajadores; 107.784 de 10 a 49 trabajadores; 18.011 de 50 a 249; 3.839 de 250 o más trabajadores. El 99,88% de nuestro tejido empresarial está constituido por pymes. http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2015.pdf

Según nota de prensa del instituto nacional de estadística, en 2013, el riesgo de pobreza entre los trabajadores españoles era del 21,6%. http://www.ine.es/prensa/np811.pdf

no huelguista y en detrimento de la finalidad que persigue el sujeto que ejercita el derecho fundamental. Siendo así, no deja de ser paradójico que nuestro Tribunal Constitucional se haya mostrado tan restrictivo a la hora de entender que, en cualquier otro campo de la actividad sindical que no sea la huelga, el único sujeto capaz de definir el interés colectivo de los trabajadores, que prima y se sobrepone a los intereses individuales o plurales de estos, es el sindicato, aunque ello suponga restricción de derechos.

Otro espacio de incertidumbre emerge al tratar de armonizar las declaraciones constitucionales en materia de libertad sindical y huelga con la proclamación independiente del derecho de empresarios y trabajadores a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE). Es objeto de atención más adelante.

3.2.3. La inflación del deber de paz

El primer frente de desconfiguración de la huelga se localiza en la subordinación de la huelga a los variados productos de la autonomía colectiva. La opción del Tribunal Constitucional en la STC 11/1981, en beneficio de la constitucionalidad del deber legal de paz laboral[415], es criticable por lo que supone de convertir la huelga en un instrumento de la negociación colectiva, cuando esta subordinación es difícil sostenerla a la luz de la formulación independiente del derecho de huelga (art. 28.2 C.E.) respecto del derecho a la negociación colectiva y a propia la libertad sindical. Pese a lo discutible de esta tesis, que la huelga ha quedado notablemente constreñida por una extensión imparable del deber de paz inmanente al convenio pero que ha desbordado ampliamente la negociación colectiva (se extiende a cualquier producto de la autonomía colectiva de gestión o concesiva e incluso más allá), y que se sustrae a la voluntad de las partes, no parece que se pueda poner en cuestión, como tampoco se puede mantener que se trate de una excepción que deja incólume el núcleo constitucional del derecho de huelga, su contenido esencial. Y no se trata de excepción, que es el argumento más recurrente utilizado por nuestro actual Tribunal Constitucional, a la vista de que el legislador la incorpora siempre, como si de un mantra se tratara, cada vez que introduce un nuevo pacto o arbitraje, atribuyéndoles a todos el valor de convenio. No solo la cantidad descarta el carácter excepcional, sino también los temas nucleares del convenio que se ven afectados

[415]Por lo demás, abre numerosos interrogantes de difícil solución que la jurisprudencia no ha sabido resolver con criterios unitarios. Entre ellos, la validez o no de las cláusulas de paz establecidas en convenio.Si la huelga se configura como un derecho de titularidad individual de los trabajadores, el que sea compartido como derecho colectivo por los sindicatos no puede traducirse en un compromiso que alcance a todos los trabajadores a los que les sea de aplicación el convenio. La solución formal que adoptó el TC en la sentencia 11/1981 para resolver este conflicto de derechos, fue la de entender que no habría renuncia -que no puede haberla tratándose de un derecho constitucional que es irrenunciable- sino compromiso temporal de no ejercicio. Es una solución claramente insatisfactoria y sigue sin resolver que el compromiso lo realicen sujetos diferentes -los sindicales- a los titulares del derecho -los trabajadores-.

por un deber de paz no de asunción voluntaria que afecta a las cuestiones esenciales de la negociación colectiva, salarios, jornada...

El deber de paz -no aplicable al empresario y al legislador- que adorna cualquier producto de la negociación estatutaria, convenio o pacto, atenta a la propia titularidad del derecho, porque es omnicomprensivo, vincula a todos, sindicatos, representantes, trabajadores, y también violenta el derecho de huelga por el amplio horizonte material al que se proyecta. La constitución le asigna un contenido material extenso: la defensa de los intereses de los trabajadores; en definitiva, proyecta la huelga sobre el conflicto de intereses en su totalidad. La vulneración constitucional se hace efectiva con los descuelgues porque trasladan el conflicto a otros sujetos distintos a los pactantes a los que dejan inermes frente al incumplimiento del convenio y le imponen un deber de paz frente a la nueva regulación, así como a los propios trabajadores que también son titulares del derecho. Esta violencia sobre del derecho constitucional de huelga se ejerce y se reproduce en los mismos términos de afectación de sujetos y contenido si el descuelgue se produce como consecuencia de un arbitraje no voluntario o cuando se imponen las soluciones obligatorias en caso de fracaso de la negociación. En la nueva redacción del estatuto parece que se compeliera (contenido mínimo) a que la negociación colectiva en la cúspide establezca fórmulas de arbitraje que terminan vinculando a sujetos no pactantes, cuando la mera posibilidad de que pudiera hacerlo la misma negociación, afectando a otros titulares del derecho de huelga como son los trabajadores, ya plantearía serias dudas de constitucionalidad. Con lo que podría ser que el último bastión a asaltar fuera el de la huelga política[416] -ya se elevaron las protestas de la patronal en este sentido en los últimos procesos de huelgas generales-, la más transitable, por el momento, aunque su finalidad sea la de sustentar aspectos profesionales, porque en el ámbito de la relación laboral se estrecha el círculo. Es una falsa apreciación, como veremos.

3.2.4. La paridad encubierta y la proporcionalidad social

Un segundo frente de desconfiguración lo propicia la imprecisión constitucional. El modelo constitucional de conflicto no se entendería sin contrastar el art. 28.2 CE, derecho de huelga, con el dictado del art. 37.2 CE, derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo por parte de empresarios y trabajadores, lo que podría entenderse como una velada garantía para el cierre patronal. Una singularidad más con las constituciones de nuestro entorno, que no citan el cierre patronal, solo la libertad sindical, o cuando lo hacen es para prohibirlo. De nuevo en nuestro caso las interpretaciones habrán de ser dispares[417] porque la literalidad constitucional parece consagrar dos modelos de conflicto excluyentes. Por esta razón, todos los

[416]El TC la legitima en la STC 36/1993, de 8 de febrero.

[417]Sobre las mismas: MIÑARRO YANINI, M., "La configuración judicial del cierre patronal". Revista de Trabajo y Seguridad Social. Estudios Financieros. 2004, núm. 253.

análisis constitucionales tomaban, y siguen haciéndolo, como punto central la decisión -no de detalle- sobre el modelo de conflicto que venía a instaurar el texto constitucional. El de reconocimiento del derecho de huelga que supondría un veto absoluto del cierre patronal como instrumento de conflicto empresarial al que habría que calificar de comportamiento antisindical[418] y pluriofensivo[419]. Se obliga así a una interpretación armónica del art. 37.2 CE, en el sentido de que las medidas de conflicto colectivo reconocidas serán otras, señaladamente las de solución pacífica, a regular por el legislador. También se sostiene la posición contraria: al menos en el terreno contractual, el art. 37.2 CE está reconociendo implícitamente el derecho de cierre patronal de los empresarios en iguales términos que la huelga en este ámbito, el de las relaciones laborales. Modelo conocido como de paridad de armas[420]. Sería entonces la huelga extralaboral la garantizada al máximo nivel en el art. 28.2 CE, no así la profesional. Una solución en verdad beneficiosa para el empresario pero extraordinaria en sus consecuencias, el traslado del conflicto de trabajo en pleno al ámbito político.

Desde la primera intervención del Tribunal Constitucional en este campo, STC 11/1981, revisando la constitucionalidad del preconstitucional DL 17/1977, de relaciones de trabajo, nuestro alto tribunal dejó abiertas las puertas a la incertidumbre en lo relativo al espacio de actuación válido -tolerable constitucionalmente- del cierre patronal. Una cuestión ciertamente importante en la medida en que no es concebible que en las situaciones de conflicto el empresario se retraiga en el ejercicio de su autoridad en la empresa y en la medida también en que la presión que ejerce el cierre patronal sobre el conflicto -explícito o encubierto en otras medidas de gestión empresarial- no está en relación exclusiva con la actuación efectiva y actual del mismo sino muy especialmente con la amenaza de su ejercicio. Hay que contar con "la intimidación sugestiva que puede originar en la toma de decisiones del conjunto de los trabajadores a la hora de poner en marcha un conflicto colectivo, o durante el transcurso del mismo"[421]. Dos ejemplos recientes y clarificadores en este sentido los encontramos en las dinámicas de conflicto de coca-cola y panrico[422].

---

[418]MIÑARRO YANINI, M., "Cierre patronal y conducta antisindical". Revista Aranzadi Social. 2004, núm. 5.

[419]SALA FRANCO, T., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., ALBIOL MONTESINOS, I. y CAMPS RUIZ, L. M. - "Los trabajadores y la Constitución. Constitucionalización del Derecho del Trabajo", en AA VV, Cuadernos de Derecho del Trabajo. 1980, núm. 4, p. 218.

[420]Las consecuencias que se derivan de esta dualidad de modalidades de conflicto para el régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal, pueden verse en DURÁN LÓPEZ, F., "Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases". Editorial Universidad de Sevilla. 1976.

[421]RAMÍEZ AMAT, J.C., "Huelga y cierre patronal: conflicto de trabajo y conflicto social". Trabajo Fin de Grado. Derecho. Universidad de Almería. Curso 2014-2015.

[422]Anulando el ERE, SAN de 12 de junio de 2014 (1304).

El País, 19 y 22 de mayo de 2014. Consulta 20 de junio de 2015. http://www.nuevatribuna.es/articulo/economia-social/inspeccion-trabajo-resuelve-coca-cola-iberian-partners-vulnero-derecho-huelga-palma-ugt/20140604190613104100.html

Pese a todo, en la STC 11/1981, el Tribunal se decidió por una fórmula de compromiso difícilmente practicable y sustancialmente contradictoria. Primera premisa, se declara la validez exclusiva del cierre patronal como medida de policía, manifestación de la obligación en materia de seguridad pública que compete al empresario como titular de un establecimiento abierto al público. Acto seguido, el TC ampara en el art. 37.2 CE la decisión empresarial de clausurar la empresa, lo que resulta a todas luces incorrecto puesto que en dicho precepto es donde se reconocen las medidas de conflicto colectivo y nos reconduce a la paridad. Cobra sentido entonces que el poder de policía que se reconoce al empresario lo sea para su beneficio, puesto que lo que parece haber sucedido es que se objetiva el interés de la empresa, que es la interpretación que ha prevalecido en un sector amplio de la doctrina y jurisprudencia[423]. Segunda premisa, que contradice a la anterior y desmiente la propia jurisprudencia constitucional, también se admite la constitucionalidad del cierre patronal entendido como instrumento defensivo, subordinado a la huelga. La relación de jerarquía la proporciona el encuadre sistemático de los preceptos. La huelga es un derecho fundamental y el cierre patronal no lo es. Un argumento vacío de contenido, como si la teoría de los límites externos en la doctrina constitucional solo permitiera la ponderación entre derechos del mismo rango, lo que es completamente incierto. Baste pensar en el juego del art. 38 CE[424]. La licitud exclusiva del cierre patronal de respuesta a determinadas modalidades de huelga se fundamenta en la tesis del TC en el entendimiento de que el ejercicio abusivo de la huelga excede de la tutela constitucional[425], por lo que el cierre patronal de respuesta queda relegado a una cuestión de legalidad ordinaria (cuya posible ilicitud no se declarará hasta pasado el conflicto[426] y con un resarcimiento de daños por violación de derecho fundamental que no resulta

[423]VALDÉS DAL-RÉ, F., parece defender una concepción institucional de la empresa cuando describe el cierre patronal como medida de policía. Afirma este autor textualmente: "el poder de policía se alza así como una potestad inherente a la condición de empresario, prerrogativa a él atribuida en cuanto organizador de los factores de producción que intervienen en la puesta a punto de una empresa con vistas a preservar su integridad y asegurar su ordenado funcionamiento. La doctrina del cierre termina asentándose, así, en una visión institucional de la empresa". "El cierre patronal, treinta años después, entre un uso empresarial testimonial y un reconocimiento jurisprudencial amplio (I)". Revista Relaciones Laborales. 2010, núm. 1, pp. 55-64.

[424]La huelga puede provocar perjuicios al empresario, pero no excesivos. STS de 31 de marzo de 2000 (7403), en la que se declara la legalidad de un cierre patronal de respuesta a una huelga indefinida, durante toda la jornada de trabajo y en todos los centros de la empresa, secundada por la inmensa mayoría de los trabajadores. Para el TS es en este tipo de situaciones es "cuando el cierre patronal se presenta pleno de justificación, pues de lo contrario estaría obligada la empresa a abonar salarios y cuotas de seguridad social sin contraprestación alguna y a soportar gastos generales desmesurados sin ningún fruto".

[425]Sobre la evolución jurisprudencial en este sentido, QUIRÓS HIDALGO, J.G., "Algunas consideraciones sobre las consecuencias procesales y sustantivas del cierre patronal coincidente en el tiempo con una huelga previamente convocada". Revista Aranzadi Social. 2011, vol. 4.

[426]La única posibilidad en nuestro ordenamiento es la viabilidad de las acciones declarativas al carecer del remedio anglosajón "labor injuction". CARRIL VÁZQUEZ, X.M., "Viabilidad de las acciones declarativas colectivas relativas a la ilegalidad de huelgas y cierres patronales". Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. 2002, núm. 6.

fácil)[427]. Así lo vino a refrendar en algún fallo posterior. La STC 72/1982, de 2 de diciembre, que pronto dio al traste con el difícil equilibrio pretendido en 1981, introdujo el concepto de daño injusto para el empresario y los no huelguistas como límites del derecho fundamental de huelga[428].

La definición del modelo de conflicto en nuestro texto constitucional, además de imposible, no acaba con la dudas sobre el encaje constitucional del cierre patronal. Arroja serias incertidumbres sobre su uso, sobre la ausencia de garantías para que la utilización que el empresario haga de esta herramienta sea aquella con la que constitucionalmente se concibe, o debiera concebirse si reparamos en que nuestro modelo constitucional se adscribe al que calificamos como de reconocimiento del derecho de huelga, que es la teoría del conflicto colectivo a la que expresamente dice adscribirse el Tribunal Constitucional[429].

Un campo abonado para la disparidad de fallos en la jurisprudencia ordinaria que ha venido interpretando la vigencia, especialmente del art. 12 c), del DLRT en el que se mantienen como abusivas las huelgas que produzcan un impedimento grave del proceso productivo, como un claro refrendo de la tesis de la proporcionalidad de sacrificios en caso de huelga. A diferencia de lo que sucede con los dos apartados anteriores del mismo precepto que permiten ser interpretados -siempre que se sigua el dictado interpretativo del TC- en clave exclusiva del cierre patronal entendido como medida de policía (ocupación ilegal y daños para las cosas o personas o peligro cierto de que se vayan a producir) El art. 12 c) (que el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción)[430]es el precepto nuclear en el que sustentar la legalidad del cierre patronal como medida de conflicto, por lo que debió declararse inconstitucional[431]; permaneciendo vigente, siempre que se haga una interpretación autónoma del

[427]QUIRÓS HIDALGO, J.G., "Algunas consideraciones sobre las consecuencias procesales y sustantivas del cierre patronal...", cit.; MIÑARRO YANINI, M., "Una lectura distinta de un peculiar caso de cierre patronal no reconocido por la empresa". Revista Aranzadi Social. 2009, Vol. 2, núm. 3.

STS de 12 de mayo de 2010 (5254). No existe automatismo en la indemnización por vulneración de derecho fundamental, en este caso para el sindicato en caso de cierre patronal. En el mismo sentido se mantiene en la LRJS ante violaciones del derecho de libertad sindical, aunque se relaje la prueba del daño moral. LAHERA FORTEZA, J., "Las acciones de indemnización de daños por vulneración de la libertad sindical tras la Ley 36/2011 de Jurisdicción Social". Revista Relaciones Laborales, 2012, núm. 8.

[428]En el mismo sentido, STC 41/1984, de 21 de marzo: la huelga supone una limitación para la libertad del empresario que justifica la proporcionalidad de sacrificios mutuos.

Es de interés la STC 243/1984, de 11 de abril, en la que se declara la inadmisibilidad del recurso porque la pretensión demandada carecía de cualquier contenido constitucional, respaldando precisamente la tesis ecléctica expuesta anteriormente, y admitiendo que la carga de la prueba y el tratamiento de las presunciones legales se enmarca dentro de la legalidad ordinaria, no correspondiendo en ese caso conocer al Tribunal Constitucional.

[429]Así lo hizo en la STC 11/1981, de 8 de abril.

[430]Tanto da la cualidad o la cantidad de la inasistencia que se convierten en criterios de valoración alternativos. STS de 20 de mayo de 2000 (7403), FD décimo.

[431]VALLE MUÑOZ, F.A. - "El cierre patronal por inasistencias al trabajo que impide gravemente el proceso de producción." Revistas Temas Laborales. 2012, núm. 116.

mismo (sin vincularlo a los dos apartados anteriores) será irrelevante incluso la legalidad o falta de abusividad de la huelga, como se aprecia en suficientes fallos[432].

Pero también cabe la expansión del área de licitud del cierre patronal, con independencia de que se haga una interpretación separada o conjunta de todos los apartados del art. 12 DLRT, cuando el cierre patronal ejercitado se pone en relación con la absoluta restricción que se dispensa para la calificación de huelga legal y lícita en el DLRT de 1977[433]. Un esfuerzo baldío el realizado por el TC en la sentencia de 1981 porque pretendió hacer compatible, como tesis constitucional, que el único modelo de huelga que recibe amparo constitucional no puede ser el modelo absolutamente descafeinado y tradicional -de baja intensidad- que contempla el art. 7 del citado DLRT[434], sino que lo tutelado es la huelga en cualquiera de sus manifestaciones[435], pero admitiendo a su vez para el plano de la legalidad ordinaria que el legislador es libre de imponer limitaciones a la huelga siempre que preserve su contenido esencial. A la luz del art. 7, que no se declaró inconstitucional, solo el modelo tradicional se salva de la abusividad (por lo que no cabe sino identificarlo con el contenido esencial) y esta calificación también puede afectar a cualquier otra irregularidad en el régimen de trabajo distinta de la huelga clásica definida en el art. 7.1. Solo, pues, la limitadísima modalidad de huelga que define el DLRT (la compatible con las exigencias de la actividad productiva y la organización empresarial)[436] tendrá garantizada -y no siempre- la tutela constitucional frente al cierre patronal, el resto constituyen infracciones de legalidad ordinaria. Sucede con las huelgas parciales, que reciben el mismo tratamiento que las huelgas en sectores estratégicos y, de igual modo, la defensa de la libertad de trabajo de los no huelguistas (en muchos casos independientemente de la licitud o no de la huelga) puede requerir el ejercicio del cierre patronal -o el esquirolaje interno o de medidas similares[437]-, olvidándose en este caso que hay trabajadores dispuestos a trabajar, lo que apunta más al ahorro de costes salariales y de seguridad social del empresario que actúa el cierre[438].

---

[432]Vid., sobre las tesis doctrinales y los fallos dispares en este sentido, VALLE MUÑOZ, F.A. - "El cierre patronal por inasistencias al trabajo...", cit., pp. 129 y ss.

Sobre la jurisprudencia que independiza el apartado c) del art. 12 DLRT de la modalidad de huelga, MARTÍNEZ GIRÓN, "El derecho de cierre patronal...", cit., pp. 451 y ss. Afirmando la autonomía de las tres causas previstas en el art. 12 DLRT, STS de 14 de enero de 2000 (977).

[433]Es el supuesto de la STS de 17 de enero de 2000 (1429), respecto al apartado a) del art. 12 DLRT, donde la licitud del cierre se argumenta en la seguridad de los trabajadores ante una huelga parcial, sin requerir diligencia alguna a la empresa en la adopción de las medidas preceptivas alternativas al cierre.

[434]Reforzando la constitucionalidad de las restricciones, STC 332/1994, de 19 de diciembre.

[435]STC 123/1992, de 28 de septiembre.

[436]BAYLOS GRAU, A., "Derecho de huelga, crisis económica y gestión sindical del conflicto". Revista de Derecho Social, 2014, núm. 66, p. 21.

[437]STSJ Castilla y León de 14 de julio de 2006 (2310).

[438]En este sentido, STS de 14 de enero de 2000 (977). El cierre patronal es también una medida de defensa económica del empresario, DESDENTADO BONETE, A. "Huelga y cierre patronal: ejercicios de estrategia y reparación de daños". Diario La Ley. 2010, núm. 7535.

La conclusión resumida de la doctrina del TC es que toda modalidad de huelga que desborde el ámbito de ejercicio de la definida como legal en el art. 7.1 DLRT no queda amparada por el contenido esencial del derecho constitucional de huelga, por lo que se entenderá que la respuesta defensiva del empresario pueda ser el cierre patronal (repárese en que esta tesis permite recolocar todas las "otras" manifestaciones de la huelga en el art. 37.2 CE), y no siendo así, declarada la ilicitud de su ejercicio, estaríamos solo ante un problema de legalidad ordinaria, no de atentado al derecho fundamental.

La consecuencia añadida que despliega esta interpretación restrictiva, a la vista de los supuestos de huelga calificados de abusivos, es la tutela que el legislador ordinario dispensa a los efectos patrimoniales de la huelga, la contractualización de la misma[439]. Si nos referimos a las huelgas intermitentes, para las que rige la presunción *iuris tantum* de licitud, se aprecia claramente: la misma modalidad de huelga puede resultar abusiva en unos casos sí y en otros no -como reconoce expresamente el TS-[440], lo que, en última instancia, dependerá de la opción organizativa empresarial y las consecuencias más o menos gravosas que se deriven de su ejercicio[441]. Que con la calificación de abuso para determinadas modalidades de huelga lo que se ha pretendido es evitar el perjuicio económico grave o menos grave del empresario deviene incuestionable[442] y, siendo así, innegable el anclaje del cierre patronal en los arts. 33 y 38 CE[443]. No hay que despreciar el apoyo constitucional a esta paridad, se buscará y encontrará en la formulación igualitaria del art. 37.2 CE, en el que se introduce la garantía de mantenimiento de los servicios esenciales por lo que a suspensión de actividad se debe estar refiriendo[444]. Tenemos servida en bandeja la teoría de la paridad en el conflicto, en su versión de sacrificios mutuos[445]. Un rocambolesco resultado que pretende igualar al empresario en la situación de superioridad en que hay que suponer se colocan los trabajadores cuando ejercitan la huelga o acuden a medidas de conflicto colectivo. En realidad, se devuelve al plano colectivo la igualdad formal que rige la relación individual,

[439]LÓPEZ LÓPEZ, J., "Redefiniendo las huelgas calificadas como abusivas por la norma desde la libertad sindical", en BAYLOS GRAU, A. (coor.), "Estudios sobre huelga". Editorial Bomarzo. Albacete, 2005; BAYLOS GRAU, A., "Derecho de huelga, crisis económica...", cit., pp. 21 y ss.

[440]"No concurre la contradicción porque las causas en las que las empresas se ampararon para justificar el cierre son diferentes, y los supuestos de hecho no guardan la necesaria identidad, tratándose de empresas demandadas distintas, dedicadas a distinta actividad con una diferente estructura y organización productiva". ATS 27 de abril de 2011 (205552), FD segundo.

[441]RAMÍREZ AMAT, J.C., "Huelga y cierre patronal...", cit.

[442]Como sucede en la STS de 17 de enero de 2000 (1429), en la que se declara legal un cierre patronal parcialmente retroactivo.

[443]Vid. MARTÍNEZ GIRÓN, J.F., "El derecho de cierre patronal...", cit., pp. 425-466.

[444]Un reconocimiento implícito del cierre patronal en todo caso, VALLE MUÑOZ, F.A. "El cierre patronal por inasistencias al trabajo..."

[445]La reconducción del conflicto colectivo al ámbito de la libertad de empresa se extiende igualmente a la huelga. Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., "Derecho de huelga y libertad de empresa", en PERÉZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dir.), "Libertad de empresa y...", cit., pp. 389 y ss.

que era lo que la constitución pretendía superar con su reconocimiento del derecho de huelga entre los fundamentales.

Cobra aún más protagonismo la persistente aplicación de la teoría de la proporcionalidad de sacrificios mutuos cuando se desatiende la función primera y primordial de la huelga que no es otra que la de ejercer el mayor grado de presión posible[446], lo que se conseguirá en la gran parte de las ocasiones si se alcanza la paralización del proceso productivo[447]. En este caso -de huelgas eficaces- se difuminan los contornos entre servicios esenciales y los que no lo son dado que nuestros tribunales no aplican la regla de la racionalidad del daño solo para evaluar la licitud de la presión contra quien se ejerce y las consecuencias negativas que se puedan derivar para el empresario, sino también para calibrar las consecuencias sobre quienes la padecen, usuarios, ciudadanos en general... La valoración de los efectos colaterales de la huelga sobre consumidores y la afectación de otros difusos intereses, más o menos generales, ajenos al conflicto han cobrado un inusitado relieve y actúan en el mismo sentido restrictivo porque atraen hacia la teoría de los "servicios esenciales" casi cualquier huelga que sea lo suficientemente amplia y generalizada, un beneficio añadido para el empresario que no le corresponde y con el que se corre el riesgo palpable de publificar el estricto interés empresarial. La deriva esperable es la prioridad del interés general frente al particular de los trabajadores. La tesis de la proporcionalidad, extrapolada al ámbito social ajeno al conflicto, sin discusión será restrictiva de la huelga puesto que los afectados nunca padecen un sacrificio justo, dado que no son parte en el conflicto. Esta misma tesis, sin fijar contenidos esenciales, aplicada al empresario, tiene una consecuencia perniciosa añadida, vuelve a recolocar la huelga en el art. 37.2 CE y con ello posibilita una respuesta colectiva del empresario, como hemos visto. En definitiva, la teoría múltiple de proporcionalidad de los sacrificios plantea una contradicción difícilmente salvable ya que, a partir del propio decreto y la doctrina sobre los servicios mínimos, se despliega todo un aparato de limitaciones que restringen el derecho de huelga -anulan su eficacia-, considerándola abusiva o ilegal, y cuya única finalidad es el mantenimiento de la producción o del servicio. En esta línea, las tesis que avalan una reinterpretación menos amplia y generosa del principio gradualista por participación en huelga ilegal, para las actuaciones no amparadas en el ejercicio del derecho de huelga, que es un concepto más amplio[448] aún que el de huelga abusiva.

[446]En teoría nuestro TC parece tenerlo claro. El contenido esencial del derecho de huelga no se agota al garantizar que el trabajador pueda cesar en el trabajo temporalmente sin que de ello se deriven sanciones sino que, dicho contenido, debe extenderse a proteger la finalidad de presión que toda huelga implica, considerando inaceptables las conductas dirigidas a abortar esta capacidad de presión que resulta inherente a este derecho fundamental. STC 76/2010, de 19 de octubre. FJ 9.

[447]En este sentido, BAYLOS GRAU, A., "Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en caso de huelga", en BAYLOS GRAU, A. (coor.), "Estudios sobre huelga"..., cit., pp. 90 y ss.

[448]Cuando la ilegalidad proviene de su desarrollo, son individualizables los comportamientos; cuando la ilegalidad proviene de la convocatoria es siempre sancionable. DURÁN LÓPEZ, F., "El despido por participación en huelga ilegal". Revista Relaciones Laborales", 2013, núm. 1.

Del panorama descrito no puede concluirse que la peculiar configuración del cierre patronal en nuestro ordenamiento se "relaja, hasta hacer imperceptible, su naturaleza conceptual de medida de conflicto[449]". Como tampoco puede obtenerse conclusión dogmática ni práctica al apreciar que la presencia el cierre patronal en nuestra jurisprudencia cuantitativamente es poco relevante, el que los datos pongan de manifiesto su escasa utilización. Así VALDÉS DAL-RÉ que, hasta 2010 sólo encuentra diez sentencias de nuestro TS acerca del cierre patronal[450], (a las que hasta hoy se podrían sumar unos pocos autos más)[451] pone de manifiesto que, teniendo en cuenta que el conflicto social sigue latente, el empresario ha debido sustituir el cierre patronal por otros métodos y armas para lidiar en el conflicto[452]. El catálogo es amplísimo[453]. No obstante, no debemos ignorar que en la actual tesitura social en la que nos hallamos inmersos, la relevancia cuantitativa del cierre patronal debe ser reinterpretada. DESDENTADO BONETE se refiere a la actuación de la huelga como un simple eclipse dentro de la "normalidad" de las relaciones laborales a consecuencia de la crisis y la mala posición de los trabajadores para llevarla a cabo[454]. Se pueden citar más razones: simplemente que la modalidad subsistente, la que no encuentra tacha de legalidad o ilicitud, es poco lesiva, o que dado el reforzamiento extraordinario de los poderes unilaterales de gestión y organización del empresario, y el amplio catálogo de medidas antihuelga que día a día se amplía sin que exista una jurisprudencia mínimamente unificada al respecto[455], la represalia o disuasión de la huelga es lo suficientemente efectiva como para no precisar de la actuación de medidas de conflicto colectivo por parte del empresario[456] (sabiendo que basta la potencialidad), o que el grado de precariedad es tan elevado e intenso que la autocensura es la mejor arma frente a la huelga...

---

[449]GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., "El cierre patronal para la protección de la seguridad de los trabajadores: una potestad (deber-poder) del empresario (comentario a la STS 4ª de 17 de enero de 2000)". Revista Relaciones laborales. 2000, núm. 2.

[450]Desde 2011: TSJ Asturias de 11 de febrero de 2011 (949); ATS de 29 de marzo de 2011 (4366) y varias sobre el mismo asunto.

[451]ATS 27 de septiembre de 2011. (373420). Sin interés puesto que no aprecia contradicción. ATS de 27 de abril de 2011 (205552).

[452]VALDÉS DAL-RE, F. "El cierre patronal por inasistencias al trabajo que impiden gravemente...", cit.; VALDÉS DAL-RÉ, "El cierre patronal treinta años después, entre un uso empresarial testimonial y un reconocimiento jurisprudencial amplio (y II). Revista Relaciones Laborales. 2010, núm. 1.

[453]Entre muchos: la connivencia de empresarios en las contratas, STC 75/2010, de 19 de octubre; la contratación externa, STS de 11 de febrero de 2015 (1011).

Vid. SIRVENT FERNÁNDEZ, N. "La vulneración empresarial del derecho de huelga y responsabilidad por daños y perjuicios", en Revista Temas Laborales 2015, núm.128.

[454]DESDENTADO BONETE, A. - "Huelga y cierre patronal...", cit.

[455]Se reinventan, tratando de sortear una jurisprudencia constitucional clara -analógica a la prohibición de esquirolaje- sobre la limitación temporal de las facultades ordinarias del empresario cuyo ejercicio pueda neutralizar los efectos de la huelga. STC 123/1992, de 28 de septiembre. STS de 20 de abril de 2015 (1249), sobre esquirolaje impropio. Muy diferente la solución cuando se exige que sean los huelguistas los que prueben la existencia de repercusión negativa en la huelga de la actuación empresarial. STS de 5 de diciembre de 2012 (1751).

En sentido radicalmente opuesto, entendiendo lícita la actuación de acudir a una empresa externa, STSJ Andalucía de 4 de febrero de 2015 (95558).

456Extinción de todos los contratos de trabajo, cierre extintivo y ofensivo. STS de 18 de julio de 2014 (4277).

En conclusión, el Tribunal Constitucional no solo mantiene tesis enfrentadas e irreconciliables en lo que se refiere a la fundamentación constitucional del cierre patronal y su alcance respecto de un modelo constitucional que se define como de reconocimiento del derecho de huelga, sino que también arbitra interpretaciones contradictorias más amplias en el análisis del régimen legal del cierre. Una incertidumbre completa del derecho, de la que se hace eco la jurisdicción ordinaria[457], que solo beneficia al interés económico del empresario y ampara la expansión del cierre patronal que es el único regulado con generosidad en el DLRT, a diferencia de lo que sucede con la huelga, en la misma disposición legal.

Un frente de conflicto que permanece abierto es el de la concreción de las vulneraciones del DLRT que provocan la calificación de ilegalidad de la huelga. Aunque alguna precisión estableció ya el Tribunal Constitucional en la STC de 1981. Han sido numerosas las ocasiones en las que este tribunal ha avalado los requisitos procedimentales de la huelga y su adecuación constitucional, pero se ha referido también a que el incumplimiento de algunos requisitos de declaración y convocatoria que establece el decreto no revisten relevancia suficiente para convertir una huelga en ilegal, lo que dependerá en muchas ocasiones de las circunstancias concurrentes en cada caso. Se sigue dando cabida a un margen de apreciación no desdeñable para que las interpretaciones de la jurisdicción ordinaria no sean coincidentes Igualmente, siguen siendo inciertas las relaciones entre huelga ilegal y huelga abusiva, así como el deslinde de sus efectos, que será necesario esclarecer no solo respecto al contrato sino en el plano de las relaciones colectivas. Se explica así que algún autor identifique los efectos de una y otra modalidad de huelga de cara a la licitud o ilicitud del cierre patronal de respuesta[458]. Y, cómo no, el área de ilegalidad de la huelga se ha expandido de forma extraordinaria de la mano del cada vez más amplio deber de paz. Una subordinación desmedida de la huelga, no ya al convenio, sino a cualquier producto de la autonomía colectiva en su versión de gestión empresarial. Convendría reclamar la paridad en el deber de paz. El área de ilegalidad se acrecienta también de la mano de los efectos colectivos que indebidamente se derivan del incumplimiento de los servicios mínimos[459].

Tercer frente de desconfiguración. Hay otros sacrificios de la huelga que vienen de lejos, sucede en el ámbito de los servicios públicos o esenciales, mediante la fijación de unos servicios mínimos cuyo control previo puede resultar de difícil práctica, dependiendo de cómo se interprete la excepción de perturbación grave y desproporcionada de otros derechos y libertades

[457]Vid. el tratamiento jurisprudencial en VALDÉS DAL-RÉ, "El cierre patronal treinta años después...", cit.

[458]VALLE MUÑOZ, F.A. - "El cierre patronal por inasistencias al trabajo que impiden gravemente...", cit. 139.

[459]Vid. PÉREZ REY, J., "El incumplimiento de los servicios mínimos y su revisión judicial en las huelgas que afectan a los servicios esenciales de la comunidad", en BAYLOS GRAU, A. (coor.), "Estudios sobre huelga", …, cit., pp. 209 y ss.

constitucionales[460], a diferencia de lo que parece que va a suceder con la huelga -aunque esté muy alejada de un servicio esencial-[461] y cuyo nombramiento exime de cualquier tipo de responsabilidad al empresario cuando con posterioridad se declaran ilegales[462]. Desde aquella lejana sentencia del Tribunal Constitucional de 1981, profusamente interpretativa o "manipulativa"[463] y de escueto fallo, se introdujo otro frente de desconfiguración de la función constitucional del derecho de huelga. La posibilidad de control político y administrativo de las huelgas en los servicios esenciales[464], muy generosamente interpretados[465] -tanto como para incluir en su seno a cualquier servicio público, más todos los esenciales prestados por empresas privadas, sean concurrentes con los primeros o alternativos- a través de una poco precisa e incontrolada, pero sí exclusiva y poco imparcial, potestad gubernativa[466] para el nombramiento de los servicios mínimos. La garantía es la incorrecta conversión de la huelga en ilegal cuando se incumplen dichos servicios[467]. La proporcionalidad de sacrificios aparece de nuevo, ahora en relación con un interés general superior, desvinculada de la relación de trabajo aunque la huelga se realice por motivos estrictamente profesionales, que condena a la ineficacia el ejercicio de la misma tanto en el sector público, de manera generalizada, como en amplias parcelas del sector privado.

---

[460]Sobre las posibilidades que ofrece la LRJS, pero el posible freno que puede imponer el art. 38 CE o la tutela de otros derechos e intereses constitucionales, BALLESTER PASTOR, M.A., "El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social". Revista Relaciones Laborales, 2012, núm. 2.

[461]Suspendiendo cautelarmente la huelga de futbolistas, AAN de 14 de mayo de 2015 (776). MOLINA NAVARRETE, C., "Poder en el fútbol y derecho de huelga: ¿un <uso estratégico antihuelga> de la justicia social cautelar?". Revista de Trabajo y Seguridad Social. Estudios Financieros. 2015, núm. 387; BAYLOS GRAU, A., "Sobre la suspensión de la huelga de los futbolistas", en http://baylos.blogspot.com.es/2015/05/sobre-la-suspension-de-la-huelga-de-los.html

[462]STS de 18 de abril de 2012 (5724).

[463]En las que se salva la ley pero se subordina la constitución. PIZZORUSSO, "Las sentencias <manipulativas> del Tribunal Constitucional", en AA.VV., "El Tribunal Constitucional". T I. Editorial. Instituto de Estudios Financieros Madrid, 1981, pp. 275 y ss.

[464]De lo que constituye buen ejemplo incluir en los servicios mínimos el servicio de seguimiento de la huelga. STS de 9 de julio de 2012 (7776).

MERINO SEGOVIA, A., "El concepto de servicios esenciales y la publificación de las reglas limitativas del ejercicio del derecho de huelga en este sector"; BAYLOS GRAU, A., "Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en caso de huelga"; ambos en BAYLOS GRAU, A. (coor.), "Estudios sobre huelga",..., cit.

[465]Hasta ampliar el servicio ordinario. STS de 25 de enero de 2010 (3125).

Enorme extensión del concepto de servicios esenciales -sobre todo a partir de la huelga general de 2002- producto de la concreción administrativa unilateral que acapara la facultad de declarar qué sectores o empresas tienen el carácter de servicios esenciales y la de establecer unilateralmente los niveles de mantenimiento del servicio durante la huelga. MORENO VIDA, M.N., "La intervención administrativa en las huelgas en servicios esenciales de la comunidad. Revista Temas Laborales, 2014, núm. 125.

[466]STC 58/2013, de 11 de marzo.

[467]El régimen del incumplimiento de los servicios mínimos solo puede ser individual. PÉREZ REY, J., "El incumplimiento de los servicios mínimo...", cit.

Convendremos entonces en que la interpretación constitucional, desde la STC 11/1981, de que el derecho de la huelga se ancla en el art. 28.2 CE -en exclusiva- y no en el art. 37.2 CE se resiente, en la medida en que la huelga contractual y profesional queda relegada como instrumento de composición del conflicto de intereses y como mecanismo de presión en la negociación. Pero también se ve reinterpretada en clave de derecho antagónico al resto de los derechos constitucionales en la teoría actual de los servicios esenciales. Convendría tener presente que, según la citada sentencia, en preservación de la garantía de autotutela constitucional, no se permiten intromisiones de ningún tipo ante conflictos no jurídicos, ni siquiera la composición judicial. La excepción que se cita en aquel fallo es el arbitraje público obligatorio del que podríamos entender como "estado de excepción" previsto en el subsistente art. 10.2 DLRT y para el que el propio Tribunal Constitucional estableció unas condiciones de restricción categóricas. Es, en todo caso, una conclusión parcial, porque la huelga no contractual, todas las modalidades de actuación del conflicto colectivo, político o no, aparecen igualmente sometidas, desde el ámbito del derecho público y por el derecho del trabajo. Lo que nos conecta de inmediato con los mecanismos de sanción y represión de la huelga.

3.2.5. Los límites penales y políticos de la huelga

Como si de la resurrección de un hecho histórico primigenio se tratara, el ordenamiento penal se reactiva frente a la huelga, saltándose la etapa de tolerancia en la que se estima la suficiencia sancionatoria del derecho del trabajo tanto en el plano individual como colectivo. No hay sino que recordar el estado de alarma decretado por la huelga de controladores de 2010 por incumplimiento de convenio y la respuesta judicial[468]. Nuestro TC se negó a opinar también de las garantías formales[469]. Ha de convencernos de ello el procesamiento en torno a la cifra de trescientos sindicalistas desde fechas recientes[470], concomitantes a la degradación que viene padeciendo el ordenamiento laboral desde el desencadenamiento de la actual crisis. Es un escenario, el actual, en el que el conflicto social y su traducción laboral son algo más que previsibles[471]. La respuesta jurídica no parece haberse hecho esperar: se tolera y suaviza el margen de respuesta que posibilita el derecho del trabajo al empresario y se revitaliza la respuesta coactiva del estado.

---

[468]Todas las recaídas hasta el momento han validado la actuación política. La última, STS de 22 de abril de 2015 (2281).

[469]ATC 7/2012, de 13 de enero, sobre el acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma.

[470]Informe Syndex: "informe sobre los procesados por acciones sindicales en España". 2014. En el que se resumen los procesos abiertos y las condenas.

file:///D:/datos/Mis%20Documentos/Downloads/Informe_procesos_a_sindicalistas%20(1).pdf

elpais.com de 29 de junio de 2014. Consulta mismo día.

[471]Vid. cifras oficiales desde 2009 enhttp://www.empleo.gob.es/estadisticas/ANUARIO2012/HUE/index.htm

La utilización del código penal contra el huelguista está en alza, y mucho en defensa de los no huelguistas. La desmedida presión penal sobre el piquete, no se corresponde con la función que el ordenamiento laboral y la jurisprudencia constitucional le asigna[472]. Teniendo en cuenta que el propio TC, desde antiguo, había establecido una doctrina restrictiva respecto a la responsabilidad penal de su actuación en la sentencia 254/1988, de 21 de diciembre[473]. Reiterada en la STC 104/2011, de 20 de junio, que anula la condena a piquetes, y en la que se define la relación de los tipos penales con los derechos fundamentales. El TC cuestiona "la aplicación de los tipos penales en aquellos supuestos en los que, pese a que puedan apreciarse excesos en el ejercicio del derecho fundamental, éstos no alcanzan a desnaturalizarlo o desfigurarlo. Con ello no nos referimos, como es obvio, a los supuestos en los que la invocación del derecho fundamental se convierte en un mero pretexto o subterfugio para, a su pretendido amparo, cometer actos antijurídicos"[474].

La frontera entre la licitud e ilicitud de su actuación puede ser difusa y no por ello ineficaz o insuficiente. La extralimitación de su actuación encuentra respuestas suficientes y hasta extremas en el ordenamiento privado, pero podría desconfiarse de la legitimación de su criminalización si atendemos a que su extensión se produce de la mano de la revalorización del delito preconstitucional de coacción a la huelga (art. 315.3 CP). Un tipo penal agravado respecto del delito de coacciones graves (172 CP), herencia de la normativa franquista que impide que se aplique el beneficio de suspensión de la pena (80.1 CP), conocido como el derecho a la segunda oportunidad y que sí se contempla para delitos más reprobables socialmente[475]. El hecho irrebatible es que sanciona con mayor gravedad el ejercicio abusivo de la huelga que las coacciones que tengan por finalidad impedir su ejercicio o la genérica capacidad de obrar. La coacción a la huelga debería desaparecer como delito específico porque la proporcionalidad de la pena también se configura como un derecho fundamental que ha recibido refrendo de nuestro Tribunal Constitucional (STC 136/1999, de 20 de julio)[476]. La aplicación extensiva y automática del delito de coacción a la huelga sin

[472]STC 37/1998, de 17 de febrero; STC 120/1983, de 15 de diciembre.

[473]De 21 de diciembre. Refiriéndose al presunto delito de coacciones, afirma el tribunal que el ejercicio abusivo del derecho de huelga no puede identificarse con la participación en grupos de huelguistas, y tampoco la mera representación de los mismos es, de acuerdo con la ley, motivo suficiente para ser responsabilizado por el delito de coacciones cometido por otros. El derecho a la huelga implica requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar en acciones conjuntas dirigidas a tal fin dentro del marco legal. El orden político y la paz social no son absolutos como tampoco son sus límites, que exigen una interpretación restrictiva y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.

[474]FJ 6.

[475]Homicidio imprudente, agresor sexual, abusos sexuales de menores... citados por PRECIADO DOMENECH, C. "Represión penal y derecho de huelga. La vuelta a la España del siglo XIX" en Fundación 1 de mayo, informes, núm. 100, 2014.

[476]Alegaciones todas del magistrado del TSJ Cataluña, PRECIADO DOMENECH, C. "Represión penal y derecho de huelga...", cit.

vincularla a la violencia entendida en sentido estricto[477] y sin consideración al aspecto colectivo de la misma[478], que se está consolidando en el seno de nuestra justicia penal constituye un ejemplo grave de la resistencia a hacer valer los derechos fundamentales en la práctica, dada la gravedad de las penas de privación de libertad que se reclaman para los procesados[479] y con altas cifras de responsabilidad civil, de lo que constituye un ejemplo paradigmático el caso de controladores aéreos[480]. Es apreciable el impulso creciente de cierto sector de la doctrina por hacer realidad la responsabilidad resarcitoria, en extenso del sindicato[481], cuando el conflicto o la huelga no se ajusten a la legalidad[482], lo que desentona de manera llamativa con el poco interés jurisdiccional en deducir responsabilidad económica individual y colectiva del empresario en el caso de comprobado atentado a los derechos fundamentales más allá del puro aseguramiento de los perjuicios económicos causados[483].

A la misma conclusión llegaremos cuando la exteriorización del conflicto se proyecta al ámbito político. La alteración del orden público, entendido en un sentido laxo de paz social y su agravamiento cuando afecta a las instituciones del estado o impide su correcto funcionamiento, se convierten en amenazas consistentes para desactivar la expresión política del conflicto y, en todo caso, para reducir la visibilidad del cualquier conflicto y bajar la intensidad del mismo, aunque se trate de un conflicto estrictamente laboral. Podríamos confiar en que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han venido reconociendo que el ejercicio del derecho fundamental de huelga y los mecanismos instrumentales que acompañan su difusión, obliguen a una lectura restrictiva del ordenamiento penal en su garantía del orden público democrático, porque la huelga legítimamente puede alterar la paz social[484]. Pero nuestros tribunales nos tienen acostumbrados a

[477]Para la OIT, las sanciones impuestas por actividades ilegítimas vinculadas a huelgas deberán ser proporcionales al delito o falta cometida; las autoridades deberán excluir el recurso a medidas de encarcelamiento contra quienes organizan o participan en una huelga pacífica; debiéndose evitar el encarcelamiento para los que organizan o participan en una huelga pacífica. GERNIGON, B., ODERO, A. y GUIDO, H., "Principios de la OIT sobre el derecho de huelga". Editorial, Organización Internacional del Trabajo. Zúrich, 2000, pp. 39, 45, 47.

[478]ROMAGNOLI, U. "Notas sobre libertad sindical y negociación colectiva" en Revista de Derecho Social. 2010, núm. 5.

[479]PRECIADO DOMENECH, C. "Represión penal y derecho de huelga...", cit.

[480]Eximiendo de responsabilidad a AENA, SAN de 7 de marzo de 2014 (442).

[481]Responsabilidad que se reclama para cualquier modalidad de huelga o actos derivados de la misma, haciéndola extensible a la "responsabilidad por riesgo o cuasi-objetiva", riesgo creado, y a la responsabilidad directa o subsidiaria de los promotores de una reunión o manifestación. GARCÍA VIÑA, J. y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., "La responsabilidad civil de los sindicatos por los daños ocasionados durante la huelga (1)". Revista Actualidad Laboral, 2013, núm. 9.

[482]LAHERA FORTEZA, J., "Las acciones de indemnización de daños...", cit.; SAGARDOY BENGOECHEA, J.A., "El sindicalismo: entre la utopía y la realidad", …, cit., pp. 187-191.

[483]ALVARÉZ ALONSO, D., "La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los daños morales". Revista Relaciones Laborales, 2014, núm. 9.

[484]STC 29 de marzo de 1990.

los cambios de giro inesperados y nuestro Tribunal Constitucional, además, a una muy especial adhesión a las opiniones del poder político, por lo que resulta difícil prever futuros desenlaces[485]. En cualquier caso, algo que se nos escapa debe estar sucediendo a la vista de la proliferación de incriminaciones porque no parece que se trate de un proceso revolucionario de los trabajadores y sus sindicatos[486].

Las modificaciones del Código Penal en 2015 por su genericidad, en lo que se refiere a delitos de terrorismo[487], atentados contra la autoridad y desórdenes públicos, pueden terminar agravando los comportamientos criminalizados con ocasión de la huelga. Permanece en iguales términos la posibilidad de incurrir en comportamiento delictivo de los funcionarios que colectivamente abandonen el servicio durante la huelga de manera manifiestamente ilegal, lo que podría suceder siempre que incumplan los servicios mínimos. Muy efectivas van a resultar las sanciones administrativas introducidas por la LO 4/2015, de 30 de marzo, de seguridad ciudadana[488], respecto a la tipificación de infracciones en materia de reunión, manifestación y libertad de expresión[489] que, como se sabe, habían venido recibiendo una amplia cobertura de actuación como derechos instrumentales y necesarios en el ejercicio de la huelga[490]. La sustracción de los mismos al código penal trae inconvenientes añadidos: permite una amplia tipificación y sanción, grave económicamente. La vía de reclamación administrativa -la misma administración que es la que impone la sanción, la revisa- evita el conocimiento judicial inmediato, siendo la sanción ejecutiva; y el infractor pierde las garantías del juez y el procedimiento penal, entre ellas la presunción de inocencia que se ve sustituida por la de veracidad de los atestados administrativos de las fuerzas de seguridad.

4. ¿NUEVO PUNTO DE PARTIDA?

La esencia, surgimiento y evolución del Derecho del Trabajo no sería comprensible sin ese motor básico de autotutela: el fenómeno colectivo entendido

[485]Importante será la sentencia que revise la constitucionalidad de la ley de seguridad ciudadana. Recurso de inconstitucionalidad, BOE 16 de junio de 2015.

[486]No encuentro mejor razón que lo sucedido en el ejemplo que describen BAYLOS GRAU, A. y CASTELLI, N., "Incriminación penal del conflicto social dirigido por un sindicato: el código penal contra la libertad sindical". Revista de Derecho Social. 2005, núm. 31, pp. 219 y ss. En la misa tónica la condena a los piquetes de Granada por su actuación en la huelga general de 29 de marzo de 2012. eldiario.es de 19 de junio de 2014. Consulta mismo día.

[487]Fruto del pacto antiterrorista, firmado por PP y PSOE, que modifica el art. 573 CP y tipifica los delitos que pueden ser considerados como terrorismo. El citado pacto se concreta en la ley orgánica 2/ 2015, de 30 de marzo.

[488]Tanto la ONU como el consejo de Europa han expresado su rechazo a la ley mordaza. elpais.es, de 23 de febrero de 2015; público.es, de 3 de diciembre de 2013. Consulta 8 de noviembre

[489]En el más amplio sentido, nuestro TC ha entendido que publicitar la huelga entra dentro de su contenido esencial STC 120/1983, de 15 de diciembre; 137/1997, 254/1988 o ATC 158/1994 y 71/1992.

[490]Sobre el nuevo tratamiento legal, BAYLOS GRAU, A., "Derecho de huelga, crisis económica...", cit., pp. 31-33.

como mecanismo de representación y defensa de intereses privados, que ha extendido su radio de acción más allá de las fronteras del ordenamiento jurídico laboral hasta convertirse en un instrumento inevitable de las democracias pluralistas[491].

Sin embargo, esa etapa histórica que conocemos como estado social -de consenso a cambio de concesión económica- y que había representado un proceso de institucionalización muy importante de los fenómenos colectivos y del propio derecho del trabajo está hoy sometida a fuertes tensiones, si no en trámite de abolición[492]. Parece que el proceso de erradicación es más radical y es el propio estado de derecho el que se ha extinguido. En opinión de algún autor, las fuentes del derecho han pasado a ser una quimera, el derecho duro se licua, de lo que es buen ejemplo el derecho del trabajo...[493] y todo ello producto de una modernidad irresistible e inmune a la valoración. A aceptar como un proceso natural que surge de la nada. Mientras tanto, la liberalización y mundialización de los mercados cumple su amenaza de refundar una sociedad globalizada de cuyos logros no se beneficia el estado social, sino que alimenta a un novedoso "estado autoritario de derecho"[494] o "supraestado". De alguna forma habrá que calificar a las mutantes relaciones de la UE y los estados miembros, que progresivamente se desprenden de su soberanía[495]. Pero se descubre también como un proceso interno. Desaparecido el derecho, solo resta la voluntad política que expresa la norma -la voluntad del soberano- y ante ello no cabe la rebelión judicial salvo que admitamos una especie de constitucionalismo o iusnaturalismo de nuevo cuño en el que el poder judicial sustituye al poder legislativo[496]. Si de poderes hablamos, ¿no será que hemos dejado de reconocer otro poder que no sea el ejecutivo, dentro y fuera de las fronteras?

Asistimos a un redimensionamiento del Derecho del Trabajo, donde la ordenación del trabajo y el sistema mismo de relaciones laborales vienen marcados

[491]Que coincide en su momento álgido con la etapa del "Estado del Welfare", entre cuya innovaciones sociales destaca la "concertación social como procedimiento para solucionar los conflictos sociales" y la concepción de un "Estado democrático representativo que tienda a evolucionar hacia una democracia participativa". PETRELLA, R., "El bien común. Elogio de la solidaridad". Editorial Debate. Madrid, 1997, pp. 40-41.

[492]Un golpe decisivo le asesta a ese encabezamiento del título preliminar de la constitución al definir el estado, la reforma por la vía de urgencia del art. 135 CE, que da al traste con las soberanías popular y nacional.

[493]Sorprendente el análisis de MERCADER UGUINA, J.R., "La disolución de fuente del derecho: deformaciones y deformidades de la función legislativa: deformaciones y deformidades de la función legislativa en materia laboral", en RAMOS, M. y ROJAS, G. (coors.), "Transformaciones del Estado social...", cit.

[494]SUPIOT, A., "El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total". Editorial Península. Barcelona, 2011.

[495]A merced de una Europa totalitaria donde los "poderes económicos actúan directamente en el terreno de la producción de normas"; "normas jurídicas vinculantes y coactivas que se apartan del diseño de principios y derechos constitucionalmente reconocidos que configuran la identidad democrática de un Estado-Nación". BAYLOS GRAU, A., "La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral de 2012". Revista de Derecho Social. 2013, núm. 61, pp. 20-23.

[496]En estos términos, refiriéndose a que el impero de la ley muestra señales de alarma ante algunas interpretaciones jurisprudenciales que contradicen el tenor literal de la ley, MERCADER UGUINA, J.R., "La disolución de fuente del derecho: deformaciones y deformidades de la función legislativa...", cit., pp. 232 y ss..

por directrices inequívocas de fundamentalismo económico[497], que benefician a una única clase social, y que, por lo demás, son ajenas -o impuestas-, a las políticas y ordenamientos nacionales[498]. Quizás nos hallamos en plena vorágine de conclusión histórica[499], que requerirá de una renovada superestructura jurídica de consenso. El persistente fenómeno de la autonomía colectiva, de lo sindical, como instrumento de ordenación de intereses en el contexto del capitalismo burgués es, sin duda, un marco atractivo y muy sugerente para revisar esa historia.

Esta reflexión nos coloca ante nuestro marco constitucional, lo que hay de nuevo, a lo que hay que atender dada la intrascendencia del precedente, se resume en las STCC 219/2014 y 8/2015, que convalidan íntegramente las últimas reformas que bien habrían de calificarse de pluriofensivas en la medida en que afectan ampliamente a los derechos colectivos e individuales pero también a otros inespecíficos, señaladamente a los de tutela judicial efectiva o al de igualdad. Tres aspectos a destacar.

En primer lugar, y esto sí es una novedad al menos en su explicitación, que partiendo del mismo papel institucional y cuasi-público que se le ha venido reconociendo al sindicato, antes para la promoción eficaz del hecho sindical, pudiéramos decir, ahora valga para atribuirle también la defensa del "interés social general" que puede no coincidir con "la defensa de los intereses de todos los trabajadores". Así lo expresa el actual Tribunal Constitucional. Es decir, la función del sindicato, con amparo en esta interpretación del texto constitucional, puede abandonar la defensa de los intereses del mundo del trabajo y cumplir otras finalidades, cuando menos habría de compatibilizarlas. ¿Quiere ello decir que está llamado también a defender el revalorizado interés social en la defensa de la empresa porque este también es un interés que atañe a los trabajadores? Sí. La lectura de las SSTC 119/2014 y 8/2015 nos deja ver que es el poder público el árbitro en

[497]Hace décadas que se habla de la crisis de legitimación del derecho del trabajo que, en su acepción menos conocida -la referida no al sujeto sino a su contenido-, participa de las connotaciones propias de la crisis del derecho. Esta enlaza con la proliferación de los discursos sobre el "riesgo". El mercado está en riesgo, el estado está en riesgo. Si la idea del estado de derecho y del imperio de la ley está unida a la idea de poner límites al Estado/Mercado y nos encontramos ante una decadencia de dichos límites jurídicos, estamos re-entrando, como se ha puesto de manifiesto, en una nueva razón de estado en donde ya no es la ley, (la norma), sino el bando del soberano, el que sustituye al viejo contrato social. MARESCA GARCÍA, M., "Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley", en PORTILLA CONTRERAS, G., (ed.), "Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales". Editorial Akal. Madrid, 2005, pp. 87-118; AGAMBEN, G., "Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida". Editorial Pre-textos. Valencia, 1998. La lucidez de BENJAMIN, W., aquí se hace patente: "la tradición de los oprimidos nos enseña que la regla es el estado de excepción en el que vivimos". "Tesis sobre la filosofía de la historia y otros fragmentos", Bolívar Echeverría. Pdf, p. 23.

[498]RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "La dimensión del Derecho del Trabajo", Ponencia Inaugural de las XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Jerez. Octubre 2001. Ejemplar policopiado. Una descripción conmovedora: GALEANO, E., "Derechos del trabajador ¿un tema para arqueólogos?". El País, 7 de mayo de 2001, p. 12.

[499]Muy ilustrativo el documental *Inside Job,* Dirigido por Charles Ferguson. USA, 2010.

estas lides y el encargado de equilibrar la doble posición del sindicato en cada momento. Así se justifica la intervención legislativa que modaliza sus contenidos esenciales, negociación y conflicto, para la consecución de ese otro fin social general, la libertad de empresa, ahora imperioso y en situación de crisis aguda. La conclusión añadida es que los trabajadores y sus representantes no siempre son capaces de identificar sus intereses u olvidan la defensa del interés social general prioritario que tienen encomendada frente a sus intereses particulares. Lo dice ahora literalmente el Tribunal Constitucional, cuando entiende que la intervención imperativa de la ley o la exclusión de la negociación se produce en defensa de los intereses de los propios trabajadores: el período de prueba de un año, el despido, la jubilación, las modificaciones contractuales unilaterales, el descuelgue de convenio, las reducciones salariales, el arbitraje público y obligatorio de la CCNCC...

En segundo lugar, que la armonización de derechos constitucionales reconocidos al mundo del trabajo y del capital ha fracasado o, lo que es lo mismo, se han desdibujado los contenidos esenciales, unos pueden avasallar a los otros y esto provoca -o deja abierta- una permanente redefinición constitucional de ambos modelos, que se arbitra legalmente (por lo que se han desconstitucionalizado). El tradicional apego del Tribunal Constitucional a respetar a ultranza las decisiones del poder legislativo o ejecutivo en cada momento asegura la desconstitucionalización referida. La armonización o ponderación de derechos, sin definir contenidos esenciales, y sin que encuentre su freno en estos, ha desconstitucionalizado, en lo que a nosotros nos interesa, el modelo constitucional de libertad sindical.

En tercer lugar, y es de hondo calado, los derechos colectivos del trabajo no son monopolio del sindicato. El texto constitucional los reconoce compartidos, con otros representantes de los trabajadores y con los empresarios y sus representantes en materia de negociación colectiva y conflicto (art. 37 CE) y con los trabajadores singulares, si es el caso de la huelga (art. 28.2 CE). Cabe así una construcción separada e independiente de los contenidos esenciales de la propia libertad sindical y de sus inevitables contenidos tal y como se han configurado históricamente, negociación y conflicto. A la vista de los resultados, no se ha producido una ampliación de la tutela sindical a otros sujetos en atención a la función sindical que se desarrolla, sino todo lo contrario, una restricción del contenido esencial del derecho de libertad sindical y la posible subordinación legislativa de la misma. El proceso de mutuas restricciones es fácil de describir: cuando el legislador desarrolla los contenidos de los derechos autónomos de negociación y conflicto puede manipular su titularidad y/o contenido desde las premisas de que no están reservados al sindicato y este dispone de las facultades propias que son contenido de la libertad sindical, por lo que no se violenta la libertad sindical; cuando el legislador desarrolla la libertad sindical puede debilitar sus contenidos en la medida en que obliga al sindicato a competir contra sí mismos (es la desigualdad provocada por el contenido adicional)

o porque han de hacerlo en igualdad de condiciones con otros sujetos. Sucede en materia de negociación colectiva respecto de las representaciones unitarias y sindicales no representativas (negociación estatutaria y extraestatutaria) y sucede en materia de huelga respecto de los trabajadores (titularidad compartida). Pero hay más, amparado en este doble modelo el legislador puede decidir privilegiar el derecho autónomo frente al que es contenido de la libertad sindical, una vez más la libertad de negociación como contenido esencial de la nuda libertad sindical y el privilegiado y restrictivo sistema de negociación al que da luz el art. 37.1 CE. Rizar el rizo hasta desembocar en el absurdo es mantener la constitucionalidad de las comisiones de trabajadores o del arbitraje obligatorio para firmar acuerdos y pactos modificatorios y peyorativos respecto al convenio normativo vigente, a la luz del art. 37 CE y, a su vez, seguir manteniendo que el art. 37 CE permite excluir a determinados sindicatos del convenio normativo y siempre de la negociación extraestatutaria.

COMUNICACIONES A LA TERCERA PONENCIA

EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA LIBERTAD SINDICAL CONFORME AL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

(Premio Primer Accesit)

María Salas Porras
Profesora ayudante doctor
Universidad de Málaga

"Nos ladran Sancho, señal de que avanzamos"

Miguel de Cervantes Saavedra, El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha, Parte II, Capítulo 2, pp. 184.

INTRODUCCIÓN

La libertad sindical, en tanto que garantía básica para la democratización de las relaciones laborales y para el reconocimiento de la pluralidad de intereses que en ellas convergen, requiere tanto de disposiciones normativas que la reconozcan, como de mecanismos que hagan efectiva su materialización. Entre esos mecanismos, la tutela judicial se erige en una muy útil herramienta que, tomando como base el casuístico ejercicio, contribuye grandemente al esclarecimiento de su contenido.

Es por ello que en unas Jornadas destinadas monográficamente a esta libertad, cobra interés, a nuestro juicio, dedicar atención al más alto –en términos de autoridad científica- de sus custodios, cuya actividad respecto de la libertad sindical, no sólo se ha visto quintuplicada en la última década, sino que, además, su más reciente

resolución -publicada en septiembre de 2015- ha visto la luz en un contradictorio contexto político y jurídico-normativo –al menos en lo que a la propia libertad se refiere-. Así, mientras que en abril de este mismo año, la Comisión europea inició una consulta con los interlocutores sociales de la Unión para discutir la posible orientación de Europa hacia el reforzamiento de la coherencia, y la eficacia de la legislación vigente en temas relativos a los derechos a la información y consulta a nivel nacional de los trabajadores, unos pocos meses más tarde, en agosto, el Reino Unido esbozó un proyecto de ley sindical que se ha erigido en una de las piezas más radicalmente restrictiva de su legislación desde las reformas acometidas por Thatcher en la década de 1980.

Así las cosas, es intención nuestra analizar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos prestando especial atención, tanto al itinerario que en estos treinta años de vicisitudes ha recorrido, así como al modo en que ha hecho camino en una compleja senda como es esta de la libertad sindical.

1. LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LA LIBERTAD SINDICAL EN ESPAÑA: IMPLICACIONES INTERNACIONALES

La libertad sindical se integra en nuestro ordenamiento jurídico en el año 1978[516], gozando, desde el inicio, de la máxima protección dispensable al resto de derechos humanos por su clasificación en la Constitución como derecho fundamental –artículo 28- con todas las connotaciones de promoción y protección que ello conlleva[517].

La consideración que de esta libertad se hace en la Carta Magna española, en parte responde a la existencia y ratificación por nuestro país de múltiples instrumentos de cariz internacional, que apuntan justamente a esta dirección[518]

[516]Debe recordarse en esta nota que España iba con retraso en lo que respecta a considerar la libertad sindical un derecho fundamental. Así, para la década de los cincuenta, eran numerosos los países del entorno europeo –y aun de fuera de él- que habían ratificado los Convenios de la OIT nº 87 y 98 relativos, respectivamente, a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, así como a la aplicación de los principios del derecho de sindicación. Este es el caso de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega y Reino Unido, por poner algunos ejemplos. Información disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312243 (accesible a fecha de 05-11-2015).

[517]Un detallado análisis de las connotaciones de los derechos fundamentales, y en concreto de la libertad sindical se encuentra en el trabajo realizado en 2008 por los Profesores José Luís Monereo Pérez y José Antonio Fernández Avilés bajo el título *"La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional"* en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 73, pp. 248 y 249.

[518]Respecto del modo en que se trata a la libertad sindical en los instrumentos internacionales, se recomienda la lectura del trabajo del Profesor Antonio Martín Valverde (2014): *"La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Condicionamientos y aportaciones"* en De la Villa Gil, L. E. y García-Perrote Escartín, I. (Coord.): Los sindicatos: Homenaje al Profesor Don Jaime Montalvo Correa con motivo de su jubilación, Lex Nova, Valladolid, pp. 140-142.

y cuya finalidad es la construcción de un cuerpo jurídico de derechos humanos básicos en aras de fomentar la justicia global.

Así, en lo que a este trabajo interesa, destacamos que España suscribió, con fecha de 24 de noviembre de 1977, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales[519], en cuyos artículos 11 y 19 se alude a la libertad sindical como una especie o tipo subsumido en la libertad fundamental de asociación, y, a la legitimación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH, en adelante- como garante de su cumplimiento, siendo este el motivo jurídico que explica la posibilidad de atender a la jurisprudencia europea como uno de los criterios aclaradores del contenido y manifestación de la libertad sindical en España.

En realidad, la competencia de este Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio que los Estados suscriptores o la Comisión Europea de Derechos Humanos[520] le sometan –artículo 45-, siendo obligación de todos conformarse a sus decisiones en aquellos litigios en que sean parte –artículo 53-. Una opción templada, esta de la transigencia, que se justifica por la carencia de medios coactivos que aseguren el cumplimiento de lo acordado, la cual ha estado rodeada de discusiones jurisprudenciales[521] y doctrinales[522] en nuestro país. No por desmerecedoras de atención, sino por razones de economía de espacio, dejamos pasar la posibilidad de profundizar en tales reflexiones para centrarnos, en el apartado siguiente, en el tratamiento que desde el TEDH se otorga a la libertad sindical, si bien nos permitimos subrayar aquí el valioso rol de complementariedad que la jurisprudencia internacional debe jugar respecto de la nacional para alcanzar el elevado grado de seguridad jurídica que la protección de todo derecho fundamental requiere.

---

[519]Cuya publicación y entrada en vigor se produce a través del BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979.

[520]Creada también en virtud del artículo 19 del Convenio.

[521]Traemos aquí a colación la STC 245/1991 de 16 diciembre (RTC\1991\245) donde el Tribunal Constitucional afirma que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación. El litigio se planteó a raíz de la STEDH recaída en el caso Bultó, donde los Srs.Barberá, Messeguer y Jabardo fueron condenados a diversas penas por sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de enero de 1982, confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1982. Ambos condenados interpusieron infructuosamente un recurso de amparo ante el TC alegando diversas vulneraciones de derechos fundamentales. Tras acudir a los órganos de Estrasburgo, el TEDH dictó sentencia favorable a los demandantes –reconociendo la violación del art 6.1 CEDH- ante lo cual se instó la nulidad de las sentencias españolas condenatorias. La Audiencia Nacional se declaró incompetente. El Tribunal Supremo rechazó la demanda de nulidad y se acudió al TC, que dejó entrever su posición definitiva en un auto de suspensión de la condena de los afectados.

[522]En nuestro país, entre otros, los más recientes estudios pertenecen, en el ámbito laboral, al Prof. Antonio Martín Valverde (2014): *"La libertad sindical en la jurisprudencia…"*op.c., pp. 147 y, en el ámbito constitucional, al Prof. Ángel Rodríguez Vergara-Díaz (2015): *"La mayor protección interna de los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos y el impacto del margen de apreciación nacional"*, en UNED. Revista de Derecho Político, nº 93, mayo-agosto, pp. 81-83.

2. EL PAPEL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LA CONFIGURACIÓN APLICATIVA E INTERPRETATIVA DE LA LIBERTAD SINDICAL

Las casi cincuenta resoluciones que el TEDH ha tenido oportunidad de emitir durante las tres décadas -que en 2015 se cumplen- desde que el primero de los litigios sobre libertad sindical fue elevado ante su Pleno, constituyen un precioso acervo que muestra el ayer y el hoy de la configuración de la libertad a cuyo análisis nos dedicamos.

De entre este valioso material, se destacan aquí tres aspectos claves, a nuestro juicio, para conocer el modo en que el Tribunal la promociona y protege. El primero de ellos está relacionado con el tipo de conflictos que es y puede ser presentado a su criterio, el segundo alude al corpus normativo, así como a las técnicas de interpretación empleadas, y, el tercero, se centra en el juicio de proporcionalidad que el TEDH utiliza para determinar si ha habido o no vulneración.

2.1. Asuntos relacionados con la libertad sindical susceptibles de control por el TEDH

Una de las primeras reflexiones que se extrae de las sentencias analizadas en este estudio[523] se refiere, precisamente, al tipo de litigios expuestos al parecer del Tribunal, donde coinciden conflictos surgidos entre actores vinculados por relaciones tanto verticales como horizontales. Aquellos primeros son los supuestos en que un ciudadano particular[524], un representante sindical[525], una asociación[526] o un sindicato[527] consideran que su libertad sindical ha sido transgredida por el Gobierno de un determinado país al que les vincula la nacionalidad. Mientras que los segundos aluden a casos en que la potencial vulneración se ha producido entre un ciudadano y un sindicato[528], o entre un trabajador y un empresario[529].

[523]Cuyas referencias se facilitan en las últimas páginas del texto.

[524]Ejemplo de ello son las SSTEDHde 13 agosto 1981, de 30 junio 1993, de 28 octubre 2010, de 12 septiembre 2011, y ambas de 2 octubre 2014.

[525]Este es el caso de las SSTEDH de 6 febrero 1976, de 30 julio 2009, de 15 septiembre 2009, de 27 septiembre de 2011, de 9 octubre 2012, de 24 marzo 2015, de 26 mayo 2015 y de 22 septiembre 2015.

[526]Sirva como muestra la STEDH de 30 junio 1993.

[527]Así sucede en las SSTEDH de 27 octubre 1975, de 2 julio 2002, de 21 noviembre 2006, de 27 febrero 2007,de 21 abril 2009, ambas de 25 septiembre 2012, de 18 febrero de 2014, de 8 abril 2014, de 27 noviembre 2014 y de 21 abril 2015.

[528]Una muestra de ello es la STEDH de 25 abril 1996.

[529]Ejemplo válido es el caso resuelto por la STEDH de 11 enero 2006.

Junto al dato de que en casi[530] todos estos asuntos han habido resoluciones previas por parte de los tribunales nacionales, de manera que acudir al TEDH se convierte en la última oportunidad para el reconocimiento del quebrantamiento pretendido, se hace preciso resaltar que, conforme al artículo 19, sujeto infractor del Convenio sólo puede ser el Estado que lo ha suscrito. Sin embargo parece que a un planteamiento diferente nos lleva esa afirmación previa de que también las controversias entre nacionales son objeto de análisis por el Tribunal. En este sentido el TEDH ha resuelto que las decisiones judiciales emitidas por los tribunales de los países signatarios respecto a litigios entre particulares, constituyen otra fórmula de injerencia de los poderes públicos en la libertad sindical de los ciudadanos, de manera que también es susceptible de control por su parte[531].

2.2. Interpretación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales: recursos y técnicas

El siguiente paso que toca dar está relacionado con el análisis del modo en que el TEDH interpreta el Convenio cuyo contenido protege. Si bien es cierto que en sus primeras sentencias –los casos del Sindicato Nacional de la Policía Belga, de Schmidt y Dahlström, y del Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras- las alusiones a instrumentos ajenos al propio Convenio eran más bien escasas y prácticamente limitadas a los Convenios de la OIT y a la Carta Social Europea, en las resoluciones más abundantes de los últimos seis años, se ha producido un importantísimo despliegue de materiales. Y, en este sentido, el TEDH –normalmente- acude a seis tipos de fuentes. En primer lugar a textos internacionales sobre derechos humanos en que la libertad sindical esté reconocida como tal, en segundo lugar a su propia jurisprudencia, en tercer lugar a las prácticas internacionales, en cuarto lugar a la legislación interna del país del que procede el asunto, en quinto lugar a la jurisprudencia interna y, por último, a las prácticas, la tradición y la costumbre nacionales[532]. Aplica, en resumidas cuentas, las previsiones que sobre interpretación están contenidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[533]. Por ello, frecuentemente trae a colación los habituales

[530]El supuesto resuelto a través de la STEDH de 26 mayo 2015. Caso Dogan Altun contra Turquía, es, de entre los utilizados en este trabajo, la excepción que justifica el empleo del adjetivo cuantitativo "casi". El señor Altun, funcionario del Ayuntamiento de Ankara y afiliado al sindicato Tum Bel Sen, fue amonestado sin posibilidad de recurso o cualquier otro tipo de control de legalidad, por el Consejo Disciplinario del Ayuntamiento tras la colocación de urnas a las puertas de su centro de trabajo para realizar un referéndum sobre la conformidad o no con la masa salarial que percibían.

[531]En términos parecidos se pronuncia el TEDH en su sentencia de 12 de septiembre de 2011. Caso Palomo Sánchez contra España, en cuyo apartado nº 55 determina que "(…) No es tarea del Tribunal sustituir a los tribunales internos, sino verificar, a la luz del conjunto del caso, si las resoluciones dictadas en virtud de su facultad de apreciación se concilian con las disposiciones del Convenio invocadas (…)".

[532]Sirva de ejemplo la STEDH de 8 abril 2014.

[533]La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue suscrita en esta ciudad austríaca el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980. Fue elaborada por una conferencia internacional y sobre la base de un proyecto preparado, durante más de quince años de trabajo, por la Comisión de Derecho

Convenios nº 87, 98 y 151 de la OIT[534], la Carta Social Europea, la Declaración Universal de las Naciones Unidas o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; pero también emplea otros textos más inusuales como las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[535] e incluso investigaciones realizadas por el Instituto Sindical Europeo[536]. Por consiguiente, se concluye que el Tribunal –acertadamente a nuestro juicio- está aplicando un método abierto[537] de interpretación que busca reforzar sus criterios en un Derecho vivo que se informa y se nutre de la realidad normativa, jurídica y social que lo circunda.

2.3. Restricciones al ejercicio de la libertad sindical basadas en criterios de legalidad, necesidad y razonabilidad democrática

El tercer aspecto que consideramos necesario estudiar para una profundización en el concepto de libertad sindical –sea en su contenido, sea en su aplicación práctica-, es el relativo a la interpretación que sobre los límites previstos a su ejercicio realiza el TEDH.

El artículo 11 del Convenio expresamente dispone que la libertad sindical, junto a la de reunión pacífica y de asociación, podrán ser objeto de restricciones siempre que se enuncien en una ley y que sean necesarias para preservar el carácter democrático de la sociedad. Estos tres criterios previstos, con buena lógica, para que su aplicación se realice de forma agregada, ofrecen, sin duda, una inquietante amplitud significativa que el TEDH ha ido acotando paulatinamente y al hilo de los asuntos sobre los que ha debido pronunciarse, siendo reseñable el que tales reservas –y por tanto su control-, puedan afectar tanto a la libertad sindical en su sentido más puro, como a cualesquiera de las actuaciones que el propio Tribunal haya considerado manifestación de la misma, en virtud de su labor interpretativa del Convenio.

Internacional de las Naciones Unidas. Más información en http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/leg/download/51_vienna_conv.pdf (accesible a fecha de 06-11-2015). El reconocimiento expreso de este recurso interpretativo se contiene en el apartado 76 de la STEDH de 8 abril 2014. Caso National Union of Rail, Maritime and Transport Workers contra ReinoUnido.

[534]Y también a las recomendaciones e informes que sobre la libertad existen, así como a las resoluciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT. En este sentido puede consultarse, entre otras, la STEDH de 12 septiembre de 2011. Caso Palomo Sánchez contra España.

[535]De nuevo en el Caso Palomo Sánchez contra España.

[536]Este es el texto que emplea el TEDH en el apartado 38 de su sentencia de 8 abril 2014. Caso Union of Rail, Maritime and Transport Workers contra Reino Unido, para determinar si las denominadas "secondaryactions" son susceptibles de protección bajo el título de libertad sindical en el mismo nivel que cualesquiera otras formas de conflicto colectivo.

[537]Ya tenían esta intuición los Prof. Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer y Miguel Rodríguez-Piñero Royo en su trabajo de 2009, titulado "*Libertad sindical, derecho a la negociación colectiva y derecho de huelga en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"*, en Relaciones Laborales, nº 2, pp. 734.

Respecto al primer criterio, *la legalidad o previsión en una ley de la restricción* afectante a la libertad sindical o a sus manifestaciones, el Tribunal ha clarificado que su tipificación se ha de contener en una ley material, no necesariamente formal[538], lo que, de un lado, facilita que esas acotaciones procedan, también, de circulares administrativas[539] o de acuerdos[540] entre empresarios y trabajadores, pero por otro complica grandemente la labor del TEDH que debe constatar la equivalencia a norma de la fuente y valorar prácticas, en ocasiones, difícilmente demostrables. Así las cosas, podríamos plantearnos qué sucede si una ley formal declara ilegal la libertad sindical o sus manifestaciones. De entrada cumpliría este primer criterio, dado que la prohibición está contenida en una norma. En este sentido el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse, y lo ha hecho declarándola contraria al artículo 11 del Convenio. "Nunca –estima el Tribunal- los límites a la libertad sindical deben atentar contra la propia esencia del derecho"[541], entendiéndose por tal atentado desde la prohibición absoluta hasta los supuestos en que las "posibilidades de elección o de acción que le quedan al ciudadano se reducen al punto de no ofrecer ninguna utilidad"[542]. La derivación lógica de esas afirmaciones es que, caso por caso, el TEDH habrá de controlar si las restricciones a la libertad sindical, incluso en los casos en que estén contenidas en una norma y refrendadas por un Parlamento, son conformes al espíritu promocional y tutelar del Convenio, correspondiendo la carga de la prueba al Estado que permita, por acción o por omisión, la acotación.

La exigencia de *necesidad*, como segundo estadio de análisis por parte del Tribunal una vez superado el anterior, ha sido objeto de una interesante modificación in melius –al menos a nuestro parecer-, en la medida en que se ha logrado aclarar el sentido del precepto. En este sentido, el TEDH ha pasado de señalar lo que no es, a exponer, con mayor nitidez, lo que es. Así, mientras que en las primeras resoluciones en que aparecía el término "necesidad", se presentaba como un concepto distante, distinto y no intercambiable por "útil" u "oportuno"[543], a partir del Caso Enerji Yapi-Yol Sen[544], se opta por definirlo como "fin legítimo", o lo que es lo mismo, se parangona "necesidad" con la idea de "exigible" para alcanzar la finalidad relativa a la preservación de una sociedad democrática. Por consiguiente, las limitaciones que los Estados pueden imponer a sus ciudadanos, respecto del ejercicio de la libertad sindical –cualesquiera que sean sus manifestaciones-, deben

[538]Así se ha puesto de manifiesto en el apartado 35 de la STEDH de 13 agosto 1981, punto de referencia continuo en las resoluciones más recientes.

[539]Este es el caso de la STEDH de 21 abril 2009. Caso Enerji Yapi-Sol contra Turquía.

[540]De nuevo se hace obligatorio reseñar la STEDH de 13 agosto 1981. Caso Young, James y Webster contra Reino Unido.

[541]El entrecomillado pertenece al apartado 30 de la STEDH de 21 abril 2015. Caso Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E) contra España. Y aún antes en el tiempo al apartado 32 de la STEDH de 21 abril 2009.

[542]Apartado 34 de la STEDH de 27 septiembre 2011. Caso Sisman y otros contra Turquía.

[543]Ejemplo de ello son las SSTEDH de 13 agosto 1981 y siguientes hasta la de 27 febrero 2007.

[544]Corresponde este asunto a la STEDH de 21 abril 2009.

superar el interrogante de, si tal restricción, "es exigible para", o "persigue el fin legítimo de" garantizar la democracia socio-laboral.

Sobrepasado con éxito ese segundo tamiz, el último escollo lo representa la *razonabilidad democrática*[545]. Con esta idea el Tribunal pone el acento sobre la proporcionalidad o justo equilibrio que debe existir entre el bien colectivo –identificado con la seguridad nacional, el orden público y el mantenimiento de la democracia- y el bien individual –consistente en la libertad sindical-. El equilibrio se rompe, por consiguiente, cuando la restricción al bien individual en absoluto contribuye a fomentar y preservar el "pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura" que deben caracterizar a una sociedad democrática donde "las minorías, como las mayorías, deben recibir un trato justo"[546].

Por consiguiente, las limitaciones al ejercicio de la libertad sindical o a sus manifestaciones, que a continuación se estudian, serán conformes al artículo 11.2 del Convenio cuando el Tribunal considere demostrado que, contenidas en un texto con valor de norma, no vacían la esencia del derecho, siendo, además, su presencia lo que garantiza la democracia.

3. EL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA LIBERTAD SINDICALY DE SUS DISTINTAS MANIFESTACIONES

Una vez esbozados el método y la técnica interpretativa, y habiendo sido presentados los recursos normativo-jurídicos así como los criterios de aplicación, en este punto corresponde analizar las valoraciones que el TEDH realiza sobre el modo en que los Estados tutelan la libertad sindical y sus distintas manifestaciones, para, de esta forma, contribuir a ofrecer una visión más completa del derecho.

La libertad de asociación, como se ha avanzado, ha sido considerada por el Tribunal desde sus primeras sentencias, un género cuya especie es la libertad sindical, aunque cierto es que, con el devenir de los años y el surgimiento de litigios, se aprecia un fortalecimiento de su autonomía en la medida en que se identifican

[545]Esta expresión que marcamos en cursiva es de creación propia. El TEDH utiliza "razonable en una sociedad democrática" tal y como se aprecia, entre otros, en las SSTEDH de 13 agosto 1981, de 27 febrero 2007, de 27 septiembre 2007, de 25 septiembre 2012, de 9 octubre 2012, de 2 octubre 2014 y de 21 abril 2015.

[546]El entrecomillado pertenece al apartado 63, párrafo tercero, de la STEDH de 13 agosto 1981, la cual ha sido objeto de reproducción hasta la última de las sentencias emitidas por el Tribunal durante la realización de este trabajo. Un ejemplo reciente de quebrantamiento de este equilibrio se contiene en la STEDH de 22 septiembre 2015. Caso Dedekan y Ok contra Turquía, en el que dos funcionarios del Ministerio de Educación turco hicieron acto de presencia como representantes de su sindicato en una marcha pacífica por la paz mundial. Tras conocerse su participación en dicha manifestación, el Ministerio decidió trasladarlos de centro de trabajo porque consideraba que ponían en riesgo la seguridad y el orden del lugar en que prestaban servicios. Una actuación esta que, aun prevista legalmente, estima el Tribunal no necesaria en una sociedad democrática y, por tanto, atentatoria del el artículo 11 del Convenio.

y reconocen jurídicamente sus diversas manifestaciones, a la vez que se amplía tanto el ámbito subjetivo, el ámbito objetivo como la naturaleza de los intereses susceptibles de defensa a través suya. Precisamente a esta última afirmación querríamos dedicar las líneas que ahora siguen dado que, ese ensanchamiento, orientará tanto a la jurisprudencia internacional como a la nacional española.

3.1. Las vertientes positiva y negativa de la libertad sindical

Atendiendo al tenor literal del artículo 11 del Convenio, sus dos apartados expresamente reconocen a toda persona el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse, así como la posibilidad para los Estados de limitar su ejercicio a tres colectivos específicos de trabajadores. Esta prístina y reducida configuración jurídica del ejercicio de la libertad sindical ha sido, sin embargo, objeto de importantes ampliaciones interpretativas que permiten una protección más compleja, pero también más completa del derecho fundamental.

3.1.1. El derecho a constituir un sindicato, a gestionarlo, a organizarlo conforme a una ideología subyacente y a afiliarse

La enunciación que hemos elegido para este sub-apartado trata de reflejar no sólo la letra del Convenio sino, especialmente, la ampliación interpretativa que se ha producido con motivo de las controversias elevadas al Tribunal.

En primer lugar, la constitución y la afiliación a un sindicato son acciones que expresamente se reconocen desde el apartado 1 del artículo 11 a toda persona, interpretándose por el Tribunal como la responsabilidad de los Estados de tutelar y promocionar su ejercicio[547]. Sin embargo, la sencillez del precepto se ha visto turbada cuando han surgido controversias donde lo que se discutía no era tanto la constitución y la afiliación, como su gestión y organización conforme a un ideario específico. Son dos los asuntos que sobre ello se han planteado. El primero en el tiempo, el Caso AssociatedSociety of LocomotiveEngineers and Firemen (ASLEF) contra Reino Unido[548], planteaba la cuestión de si es conforme al Convenio que un sindicato se reserve el derecho de admisión. Y, el otro, es el Caso Egitim Ve Bilis Emekçileri Sendiskasi contra Turquía[549], donde se discutía si el Estado estaba legitimado para disolver un sindicato que había incorporado en sus Estatutos una cláusula sobre una controvertida temática que tenía dividida a la opinión pública y a los partidos políticos.

[547]Así se reconoce, por citar alguna, en la STEDH de 30 julio de 2009. Caso Danilenkov contra Rusia.

[548]Resuelto por la STEDH de 27 febrero 2007. El Sr. Lee interpone la demanda de vulneración de su derecho a la libertad sindical cuando el Sindicato ASLEF decide expulsarlo tras conocer que militaba con partidos políticos conservadores, una ideología esta opuesta a la propia del sindicato, de corte más social-progresista.

[549]Este otro fue resuelto en la STEDH de 25 septiembre 2012. El Sindicato Egitim incorporó una cláusula en sus Estatutos que abogaba por la defensa de una educación libre y en las lenguas maternas de los distintos colectivos minoritarios que se dan encuentro en Turquía.

La ponderación que hizo el TEDH en ambos supuestos tuvo presente si las razones que justificaban la restricción a la libertad de los sindicatos superaban el triple juicio de legalidad, necesidad y razonabilidad democrática. Y, en sendos casos, se concluyó que acotar el derecho a la admisión y a incluir cláusulas que manifiesten claramente el ideario político, genera un vaciamiento total de la libertad sindical y, por consiguiente, se las declaró contrarias al espíritu del artículo 11 del Convenio.

Volviendo sobre los titulares de la libertad sindical, y aunque el apartado primero del precepto generaliza el reconocimiento de este derecho a toda persona, acto seguido, en el apartado 2 se revisten de legitimidad las restricciones que los Estados realicen sobre el ejercicio de la libertad sindical por parte de colectivos muy específicos, como son las fuerzas armadas, la policía y el personal de la Administración del Estado. Una previsión esta que obedece a una práctica normativamente ordenada y extraordinariamente extendida entre los Altos Socios.

Si bien es cierto que, de todos esos grupos de trabajadores, puede predicarse una especial vinculación con el Estado en tanto que sobre ellos recae –por la propia esencia de la profesión- una específica obligación de defender la seguridad y el orden, así como la exigencia del deber de velar por el bien común en una sociedad democrática[550], nada más lejos de la verdad es pretender equipararlos totalmente en lo que a restringir su libertad sindical se refiere, y aun menos, negarles totalmente el derecho. Por ello el TEDH en estos casos comienza por distinguir entre ser titular del derecho y tener reconocido su ejercicio[551], de manera que las restricciones habrán de realizarse sobre este, no sobre aquel[552], siendo tales reservas las que deben superar el triple criterio de legalidad, necesidad y razonabilidad democrática[553].

Respecto de las fuerzas armadas y la policía, el TEDH considera que la seguridad nacional, la seguridad pública y la defensa del orden, no se ven perjudicados si se permite a estos colectivos el ejercicio de la libertad sindical en la vertiente correspondiente a formar un sindicato y afiliarse, en la medida en que ello es una materialización del derecho a la asociación y a la defensa de sus intereses profesionales y morales.

[550]Esta es una de las conclusiones a las que llega el TEDH en su sentencia de 2 octubre 2014. Caso Adefdromil.

[551]Fue esa distinción la más trascendente en las primeras sentencias que sobre libertad sindical ha pronunciado el TEDH. En concreto nos referimos al Caso del Sindicato Nacional de la Policía Belga, de 27 de octubre de 1975.

[552]De ello se deriva que el Tribunal haya declarado, de forma sistemática, contrarias al artículo 11 del Convenio todas las disposiciones que prohíban el reconocimiento del derecho porque supone un vaciamiento del mismo, tal y como adelantamos en el apartado 2.3 de este trabajo al estudiar el criterio de la legalidad.

[553]Así se enuncia en el apartado 45 de la STEDH de 2 octubre 2014.

A partir de este razonamiento, y conforme al axioma "quipotest plus, potestminus", es lógico que el Tribunal considere contrario a la finalidad del artículo 11.2 del Convenio que los cuerpos de la Administración del Estado sufran cualquier tipo de limitación en el reconocimiento del derecho. Por lo que respecta a su ejercicio, las acotaciones serán objeto de la conocida valoración basada en legalidad, necesidad y razonabilidad democrática. Y así lo ha puesto de manifiesto en los Casos Demir y Baykara contra Turquía y Danilenkov contra Rusia.

3.1.2. El derecho a desafiliarse y a no afiliarse

La vertiente negativa de la libertad sindical, si bien no se menciona expresamente en el artículo 11 del Convenio, fue objeto de demanda en uno de los primeros casos que sobre libertad sindical se planteó al Tribunal, repitiéndose hasta en tres ocasiones más. El asunto que introdujo esta nueva perspectiva fue el Caso Young, James y Webster[554] cuya resolución –favorable a la tesis del demandante- se produjo, sorprendentemente, sin que el TEDH se pronunciara sobre si podría interpretarse que la vertiente positiva estaba implícitamente contenida en el artículo 11 del Convenio. Bastó, al Tribunal, con reconocer que "todo tipo de coacción en materia de sindicación, afecta a la sustancia misma de la libertad que se pretende garantizar"[555]. Una postura esta que se ha mantenido en todas las resoluciones que al respecto han habido y que ha prosperado apoyándose en la práctica interpretativa internacional y nacional[556], conforme a la cual sí que se reconoce esta otra vertiente, digna del mismo celo promotor y protector que el aspecto positivo del derecho.

3.2. El derecho a la libertad de expresión

Esta es una de las manifestaciones de la libertad sindical que indica un importante giro en su percepción internacional. En concreto nos referimos a la superación del interés puramente socio-laboral a favor de los intereses socio-humanos que puede apreciarse si comparamos los dos[557] supuestos en que el Tribunal ha debido pronunciarse. Se trata de las SSTEDH de 9 de octubre de 2012[558] y de 22 de

[554]A esta STEDH de 13 de agosto de 1981, le han seguido varias como el Caso Sigurdur A. Sigurjónsson contra Islandia, el Caso Gustafsson contra Suecia y el Caso Rasmussen contra Dinamarca.

[555]El entrecomillado se ha extraído del apartado 52 de la STEDH de 13 agosto 1981.

[556]Este es el argumento que puede hallarse en los Casos Gustafsson contra Suecia y Rasmussen contra Dinamarca.

[557]En realidad son cuatro los asuntos, de entre los estudiados para la realización de este trabajo, que el TEDH ha debido resolver sobre libertad de expresión por parte de representantes sindicales. Los dos que omitimos en el texto principal corresponden al Caso Palomo Sánchez y otros contra España –STEDH de 12 septiembre 2011- y al Caso Sindicato de la Policía de la República de Eslovaquia y otros contra Eslovaquia – STEDH de 25 septiembre 2012-. Y el motivo por el que no se mencionan es que la discusión entablada no está relacionada con la legitimidad de los intereses a defender por los sindicalistas, sino con la diferencia que existe entre crítica e insulto, siendo las resoluciones del Tribunal favorables a considerar la actuación de los representantes sindicales como agravios contra la figura de los empleadores.

[558]Se trata del Caso Szima contra Hungría, en donde el Tribunal finalmente decide que no se produce vulneración del artículo 11 del Convenio porque entiende que los pronunciamientos vertidos por Szima -oficial

septiembre de 2015[559], en donde se cuestiona la conformidad con el artículo 11 de las sanciones impuestas a representantes sindicales que hacen uso de su libertad de expresión, si bien en contextos distintos. Así, mientras que en el primero la libertad se ejercita mediante la publicación de unas declaraciones en la página web del sindicato relativas tanto a retrasos en los pagos, tráfico de influencias y brutalidad policial, en el segundo consiste en acudir a una manifestación pacífica por la paz y el final de la guerra en el mundo. La cuestión es que en el asunto de octubre, el TEDH entiende que no hay vulneración de derecho, anclando su negativa en que el contenido de las declaraciones "en absoluto está relacionado con la protección de los intereses laborales"[560]; sin embargo, en el caso de septiembre, considera que el poder manifestar con libertad un ideario sin alterar ni el orden ni la seguridad en una sociedad democrática, forma parte también del núcleo duro de la libertad sindical. Como se aprecia ha habido un interesante cambio de perspectiva que incide grandemente en la apreciación que se tiene del mundo del trabajo. A partir de aquí es de esperar que los tribunales, los poderes públicos, los operadores jurídicos, los interlocutores sociales y la sociedad civil en general, sepan hacer prevalecer la esfera humana por encima de la productiva en las relaciones laborales.

3.3. El derecho a organizar reuniones, referéndums y pegada de carteles

Los supuestos en que se solicitaba el pronunciamiento del Tribunal respecto al reconocimiento como manifestación de la libertad sindical de acciones referentes a la organización de reuniones[561], de referéndums[562] sobre la conformidad con la masa salarial percibida por un colectivo y la pegada de carteles[563] invitando a participar en la manifestación conmemorativa del día 1 de mayo, se han resuelto de forma favorable. Lo que conlleva que las limitaciones sobre ellas aplicadas habrán de superar el triple juicio de proporcionalidad, garantizándose así su protección y promoción.

---

de la policía húngara y presidenta del Sindicato del mismo colectivo- en la página web oficial del Sindicato, "en absoluto están relacionados con la protección de los intereses laborales de los sindicalistas" (apartado 30). Esos comentarios, conforme a los hechos probados del caso, se referían a "los adeudos de las remuneraciones de los funcionarios, el supuesto nepotismo e influencia política, así como las dudosas cualificaciones de los altos cargos de la policía y el trato que esta daba a los ciudadanos" (apartado 6). A nuestro juicio el voto disidente del Juez Tulkens es un verdadero ejemplo de afrontar sin miedo una realidad clara.

[559]El Caso Dedekan y Ok contra Turquía resuelve el conflicto surgido entre estos dos ciudadanos que acuden a una manifestación pacífica a favor de paz y el final de la guerra en el mundo como representantes de los sindicatos a los que estaban afiliados. El Ministerio de Educación en el que trabajaban como funcionarios consideró que esa actuación podía alterar el orden y la seguridad del colectivo, de manera que los sanciona trasladándolos de centro de trabajo. Planteado el asunto, el TEDH resuelve a favor de los actores.

[560]El entrecomillado pertenece al apartado 31 de la STEDH de 9 octubre 2012.

[561]Caso Ismael Sezer contra Turquía. STEDH de 24 marzo 2015.

[562]Caso Dogan Altun contra Turquía. STEDH de 26 mayo 2015.

[563]Caso Sisman y otros contra Turquía. STEDH de 27 septiembre 2011.

3.4. El derecho a iniciar consultas y la negociación colectiva

Los supuestos que sobre esta temática ha conocido el TEDH pueden clasificarse en dos grupos. Uno, donde se inscriben el Caso del Sindicato Nacional de la Policía Belga, y el Caso del Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras, consiste en la petición, por parte de los demandantes, de considerar transgresión de la libertad sindical que los Estados no consulten o no llamen a la negociación colectiva a todos los sindicatos y asociaciones existentes en sus territorios. O lo que es lo mismo, que el criterio de la mayor representatividad sea calificado contrario al espíritu del artículo 11 del Convenio. La resolución del Tribunal, basada en el análisis de legalidad, necesidad y razonabilidad democrática, ha sido, acertadamente a nuestro juicio, denegatoria de las peticiones, basándose en que tanto la consulta como la negociación colectiva no son las únicas vías de los sindicatos para exponer y reivindicar la defensa de los intereses de aquellos a quienes representan, sino que son una fórmula más de entre las muchas posibles[564]. El otro grupo de sentencias en que se incardinan el Caso Wilson, The National Union of Journalists y otros contra Reino Unido, y el Caso Tüm Bel Sen contra Turquía, presenta la prohibición por sendos Estados del derecho a la negociación colectiva a esos sindicatos concretamente. En el Caso Wilson la negativa estatal se justifica en la existencia de una cláusula "closed shop" entre el empresario y otro sindicato, mientras que en el Caso Tüm Bel Sen era una previsión legal la que prohibía el que determinado tipo de sindicatos –como el demandante- pudiera concluir válidamente convenios con las Administraciones Públicas. La postura del Tribunal ahora es la de estimar la vulneración de la libertad sindical. Así, mientras que en el segundo de los asuntos mencionados la transgresión se origina por una actuación directa del Estado no conforme al artículo 11 del Convenio, en el Caso Wilson, el TEDH reconoce que aun cuando el Reino Unido cuando no es el empresario, sí que quiebra en su función de garantizar la libertad sindical, materializada aquí en el reconocimiento del sindicato como interlocutor social válido y en el derecho de este a iniciar negociaciones con los empresarios.

3.5. El derecho a convocar huelgas u otros tipos de conflictos colectivos

La manifestación de la libertad sindical más frecuentemente materializada es, sin duda, la convocatoria de huelgas o cualesquiera otros tipos de conflictos colectivos. Por ello, tal vez, el grupo de sentencias más numeroso sea este.

Entre las resoluciones estudiadas, aquellas en que el Tribunal ha declarado la inexistencia de vulneración, responden a dos causas. La primera se refiere a la pertenencia de los demandantes a esos colectivos que, conforme al artículo 11.2

[564]En parecidos términos se pronuncia la STEDH de 6 febrero 1976 en su apartado 41.

del Convenio, puede restringírseles el ejercicio del derecho. Así sucedió en el Caso Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna contra España, donde el TEDH consideró ajustado a derecho prohibirles el derecho a huelga porque, de un lado, la restricción se aplicaba sólo a un colectivo específicamente delimitado – el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado- y, de otro, porque esa acotación estaba justificada en la especial responsabilidad de mantener la seguridad pública que, conforme a su profesión, han de cumplir. La otra causa, -donde se inscriben el Caso Schmidt y Dahlström contra Suecia[565] y el Caso Nacional Union of Rail, Maritime and Transport Workers[566] contra Reino Unido- está vinculada a la existencia de prácticas y principios de actuación fuertemente arraigados en los Estados, con base en las cuales y sólo en esos específicos contextos, puede limitarse temporalmente el ejercicio del derecho a huelga. A juicio del Tribunal esas actuaciones, por su concretísima configuración, por lo coyuntural de su aplicación y por lo extendido de su aceptación –por parte de trabajadores y empresarios- superan los tres criterios de proporcionalidad.

Las sentencias en que el Tribunal sí ha reconocido la existencia de vulneración, son asuntos donde la restricción del derecho, contrariamente a lo antes visto, se produce atendiendo a una previsión normativa, que de forma generalizada y sin límite temporal extiende la prohibición a funcionarios públicos –Caso EnerjiYapi-Yol Sen y Caso SaimeÖzcan, ambos contra Turquía- o a colectivos de trabajadores no funcionarios – Caso VeniaminTymoshenko y otros contra Ucrania y Caso HrvatskiLijecnickiSindikat contra Croacia-, sin limitación temporal. Unos supuestos estos que, injustificados en una sociedad democrática, vacían el núcleo esencial de la libertad.

4. CONCLUSIÓN

Don Quijote explicaba a Sancho en esa frase introductoria de nuestro trabajo, que los ladridos de los perros aumentan con la proximidad del visitante, y algo parecido sucede con los litigios internacionales sobre libertad sindical, cuyo número se multiplica cuando se reconoce su utilidad para la defensa de los intereses plurales existentes en las relaciones laborales. A esta situación está grandemente contribuyendo el TEDH, cuyo tratamiento jurisprudencial de la libertad sindical, permite que se la presente como un derecho en constante configuración y con una

[565]STEDH de 6 febrero 1976. En este asunto el Tribunal estima que queda suficientemente acreditado el principio "una huelga destruye la retroactividad" en virtud del cual en Suecia "los empresarios públicos y privados reúsan a conceder beneficios retroactivos para disuadir a los sindicatos de tomar medidas reivindicativas durante el período de negociaciones" (apartado 18), y que, además, ese principio supera el triple criterio de proporcionalidad (apartados 34, 35 y 36).

[566]STEDH de 8 abril 2014. El TEDH resuelve en este caso sobre las "secundaryactions", un tipo muy especial de medidas de conflicto colectivo cuyo ejercicio está excluido por la propia legislación británica de la protección que dispensa la libertad sindical.

importante vis atractiva. Las bases que para ello se sentaron en el artículo 11 del Convenio, si bien constituyen un sólido punto de partida, están siendo objeto de continuas y constantes interpretaciones por parte de este Tribunal que, empleando un método aperturista, orientado por la buena fe y alimentado del Derecho vivo, ha logrado que aquellos primeros pasos alcancen ya el horizonte de la tutela y la promoción.

Revisión bibliográfica

- García-Perrote Escartín, I. (2014): *"Capítulo X. La doctrina constitucional sobre la libertad sindical"* en De la Villa Gil, L. E. y García-Perrote Escartín, I. (Coord.): Los sindicatos: Homenaje al Profesor Don Jaime Montalvo Correa con motivo de su jubilación, Lex Nova, Valladolid.

- Carrizosa Prieto, E. (2009): Derecho de libertad sindical y principio de igualdad, Monografías de Temas Laborales, nº 41, Sevilla.

- Martín Valverde, A. (2011): *"Tendencias recientes de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre libertad sindical"* en Derecho de los Negocios (Notas de Relaciones Laborales), Abril.

- Martín Valverde, A. (2014): *"La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Condicionamientos y aportaciones"* en De la Villa Gil, L. E. y García-Perrote Escartín, I. (Coord.): Los sindicatos: Homenaje al Profesor Don Jaime Montalvo Correa con motivo de su jubilación, Lex Nova, Valladolid.

- Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A. (2008): *"La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional"* en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 73.

- Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. y Rodríguez-Piñero Royo, M. (2009): *"Libertad sindical, derecho a la negociación colectiva y derecho de huelga en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"*, en Relaciones Laborales, nº 2.

- Rodríguez Vergara-Díaz, A. (2015): *"La mayor protección interna de los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos y el impacto del margen de apreciación nacional"*, en UNED. Revista de Derecho Político, nº 93, mayo-agosto.

Revisión jurisprudencial

- STEDH de 27 octubre 1975. Caso Sindicato Nacional de la Policía Belga contra Bélgica. TEDH\1975\2.

- STEDH de 6 febrero 1976. Caso Schmidt y Dahlström contra Suecia. TEDH\1976\1.

- STEDH de 6 febrero 1976. Caso Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras contra Suecia. TEDH\1976\2.

- STEDH de 13 agosto 1981. Caso Young, James y Webster contra Reino Unido. TEDH\1981\3.

- STEDH de 18 octubre 1982. Caso Young, James y Webster contra Reino Unido. TEDH\1982\9. (Demanda de indemnización).

- STEDH de 30 junio 1993. Caso Sigurour A. Sigurjónsson contra Islandia. TEDH\1993\32.

- STEDH de 25 abril 1996. Caso Gustafsson contra Suecia. TEDH\1996\4.

- STEDH de 8 julio 1999. Caso Ceylan contra Turquía. TEDH\1999\102.

- STEDH de 25 noviembre 1999. Caso Nilsen y Johnsen contra Noruega. TEDH\1999\59.

- STEDH de 27 junio 2000. Caso Constantinescu contra Rumanía. TEDH\2000\145.

- Decisión del TEDH de 14 noviembre 2000. Caso Josefa Sánchez Ferriz y Rosa Ana Montaña Sánchez contra España. JUR\2006\242819.

- Decisión de 21 junio 2001. Caso Sánchez Navajas contra España. JUR\2004\123265.

- STEDH de 2 julio 2002. Caso Wilson, NationalUnion of Journalists y otros contra el Reino Unido. TEDH\2002\41.

- STEDH de 15 octubre 2002. Caso Karakoç contra Turquía. JUR\2002\276682.

- STEDH de 19 octubre 2004. Caso Varli y otros contra Turquía. JUR\2004\284587.

- STEDH de 20 septiembre 2005. Caso Ertas Aydin contra Turquía. TEDH\2005\96.

- STEDH de 11 enero 2006. Caso Sorensen y Rasmussen contra Dinamarca. TEDH\2006\3.

- STEDH de 21 febrero 2006. Caso Tüm Haber Sen y Çinar contra Turquía. JUR\2006\94038.

- STEDH de 14 noviembre 2006. Caso Metin Turan contra Turquía. JUR\2006\283205.

- STEDH de 21 noviembre 2006. Caso Demir y Baykara contra Turquía. JUR\2006\266799.

- STEDH de 27 febrero 2007. Caso Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen (ASLEF) contra ReinoUnido.TEDH\2007\15.

- STEDH de 27 marzo 2007. Caso Caraçay contra Turquía. JUR\2007\87367.

- STEDH de 12 noviembre 2008. Caso Demir y Baykara contra Turquía. JUR\2008\350504. (Demanda de indemnización).

- STEDH de 21 abril 2009. Caso EnerjiYapi-Yol Sen contra Turquía. TEDH\2009\40.

- STEDH de 30 julio 2009. Caso Danilenkov y otros contra Rusia. JUR\2009\339313.

- STEDH de 15 septiembre 2009. Caso SaimeÖzcan contra Turquía. TEDH\2009\92.

- STEDH de 8 diciembre 2009. Caso Aguilera Jiménez y otros contra España. TEDH\2009\139.

- STEDH de 27 abril 2010. Caso VördurÓlafsson contra Islandia. JUR\2010\123855.

- STEDH de 28 octubre 2010. Caso Trofimchuk contra Ucrania. JUR\2010\360208.

- STEDH de 12 septiembre 2011. Caso Palomo Sánchez y otros contra España. TEDH\2011\68.

- STEDH de 27 septiembre 2011. Caso Sisman y otros contra Turquía. TEDH\2011\76.

- STEDH de 6 octubre 2011. Caso Vellutini y Michel contra Francia. JUR\2011\348434.

- STEDH de 25 septiembre 2012. Caso Egitim Ve BilimEmekçileriSenikasi contra Turquía. TEDH\2012\79.

- STEDH de 25 septiembre 2012. Caso Sindicato de la policía de la República de Eslovaquia y otros contra Eslovaquia. TEDH\2012\82.

- STEDH de 9 octubre 2012. Caso Szima contra Hungría. TEDH\2012\91.

- STEDH de 18 febrero 2014. Caso Tüm Bel-Sen contra Turquía. TEDH\2014\13.

- STEDH de 8 abril 2014. Caso National Union of Rail, Maritime and Transport Workers contra ReinoUnido.JUR\2014\108146.

- STEDH de 2 octubre 2014. Caso VeniaminTymoshenko y otros contra Ucrania. JUR\2014\247415.

- STEDH de 2 octubre 2014. Caso Adefdromil contra Francia. JUR\2014\247411.

- STEDH de 21 octubre 2014. Caso Matúz contra Hungría. JUR\2014\261451.

- STEDH de 27 noviembre 2014. Caso HrvatskiLijecnickiSindikat contra Croacia. TEDH\2014\91.

- STEDH de 24 marzo 2015. Caso IsmailSezer contra Turquía. TEDH\2015\37.

- STEDH de 21 abril 2015. Caso Junta Rectora del ErtzainenNazionalElkartasuna (ER.N.E) contra España. TEDH\2015\24.

- STEDH de 26 mayo 2015. Caso DoganAltun contra Turquía. JUR\2015\137101.

- STEDH de 22 septiembre 2015. Caso Dedecan y Ok contra Turquía. Recursos n. 22685/09 y 39472/09.

OPCIONES PROCESALES EN LA TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL

(Premio Segundo Accésit)

José Sánchez Pérez
Profesor Acreditado Contratado Doctor
Universidad de Granada

Sumario

1. **La tutela de la libertad sindical y su fundamentación jurídica**

2. **La protección jurisdiccional de la libertad sindical**

   2.1. La tutela ante la jurisdicción laboral
   2.2. La tutela ante la jurisdicción contencioso-administrativa
   2.3. La tutela ante la jurisdicción penal
   2.4. La tutela en el ámbito sancionador administrativo

3. **La concreción de la indemnización resarcitoria en los procesos de tutela de derechos fundamentales**

4. **Reflexiones y opciones de mejora en el régimen de tutela de la libertad sindical**

1. LA TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL Y SU FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Uno de los principios fundamentales en que se basa el sistema de relaciones laborales en nuestro país aparece contemplado en el artículo 28.1 CE en el que se reconoce el derecho a la libertad sindical como un derecho de carácter fundamental de todos a sindicarse libremente. En la forma expuesta el derecho de libertad sindical constituye un derecho fundamental de estructura compleja, puesto que en él se integran una serie de derechos de carácter tanto individual como colectivo[567].

El precepto normativo que aparece como referente en la protección de la libertad sindical es el artículo 12 LOLS. En el mismo se expresa que se consideran nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos de carácter individual y las decisiones unilaterales de los empresarios que puedan contener cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, ofrezcan o no relación con la adhesión a un sindicato o a sus acuerdos, o bien mantengan relación con el ejercicio de actividades de carácter sindical. La respuesta que ofrece el ordenamiento jurídico frente a las conductas contrarias a los derechos de libertad sindical son de diverso orden. En primer término, se establece una tutela judicial a través de un proceso jurisdiccional especial en el orden social. En segundo lugar, en la medida en que estamos en presencia de un derecho constitucional de carácter fundamental, resulta de aplicación el artículo 53.2 CE motivo por el que cabe la opción de interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. También, en forma complementaria, existe la posibilidad de establecer sanciones penales y de carácter administrativo frente a las conductas antisindicales.

2. LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

La tutela que se ofrece frente a las infracciones del derecho fundamental de libertad sindical se establece en el artículo 13.1 LOLS a tenor del cual se considerarán lesiones a la libertad sindical aquellas actuaciones que deriven de actuaciones del empleador, asociación patronal, Administración Pública o cualquier persona, entidad o corporación. En tal caso se podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través de un proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

2.1. La tutela ante la jurisdicción laboral

Para el ejercicio de la tutela del derecho fundamental de libertad sindical cabe recurrir a la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales regulada

[567]Monereo Pérez, J.L, Fernández Avilés, J.A.: La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73, 2008, pág. 247 a 311.

en los artículos 177 a 184 LRJS, si bien no resulta imperativo recurrir a la expresada modalidad procesal, pudiendo el interesado (trabajador o sindicato) canalizar su pretensión a través del procedimiento ordinario o bien a través de indicado procedimiento especial. Así lo rubrica la doctrina jurisprudencial (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2001 y de 30 de mayo de 2002). Se ha de considerar, además, que cuando se apela a la lesión de la libertad sindical con ocasión de determinadas acciones (véanse las relacionadas con detalle en el artículo 184 LRJS: despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada, materia electoral, etc.) se ha de seguir la modalidad procesal que sea de aplicación a cada una de ellas.

Son varias las características que distinguen el proceso de tutela de la libertad sindical[568]. Entre ellas es destacable en cuanto a la legitimación (artículo 177 LRJS) la eventual participación del sindicato en calidad de coadyuvante. También lo es la intervención del Ministerio Fiscal (artículo 177.3 LRJS) quien ha de velar de modo especial por la integridad de la reparación de las víctimas e interesar asimismo la adopción de las medidas que puedan ser necesarias para la depuración de las conductas que pudieran revestir el carácter de delito. No dejan de resultar llamativas las novedosas precisiones que se llevan a cabo respecto de la intervención del Ministerio Fiscal, figura que seguramente por su práctica procesal habitual no se encuentra demasiado habituada al ámbito social y de quien probablemente habría que esperar una posición más activa e incisiva. Desde mi punto de vista resulta positivo el que se mencione expresamente la conveniencia de que vele por la reparación de las víctimas, por dos razones relevantes: la primera para incitar una postura más dinámica por parte del Ministerio Público en este tipo de procedimientos y, en segundo lugar, para incidir en la conveniencia de que se establezcan medidas reparadoras frente a las situaciones generadoras de daños, considerando especialmente que con frecuencia no existen criterios adecuados, medios probatorios suficientes o parámetros para la cuantificación adecuada del daño.

Otra cuestión procesal de alcance tiene que ver con la inversión de la carga de la prueba (articulo 181.2 LRJS) que se produce cuando el demandante aporte indicios suficientes de la existencia de violación del derecho fundamental en cuyo caso corresponderá al demandado *«la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad»*. Una vez que se ha dado cumplimiento por el actor de este primer e inexcusable deber probatorio, corresponde a la parte demandada la carga de acreditar debidamente que su actuación tuvo causas reales ajenas a la preten-

[568]Vid. Boronat Tormo, M.: Algunas novedades del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en la nueva LRJS, *Revista de Jurisprudencia*, número 1, 2012 y Bajo García, I.: La tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas, *Boletín Laboral*, 2013.

dida vulneración y que permiten de forma adecuada justificar la decisión que se hubiera adoptado[569].

La particularidad que se ofrece en relación a la prueba en el proceso de tutela de derechos fundamentales no consiste en liberar al demandante de toda carga probatoria, sino en la menor intensidad que le es exigible respecto del demandado, siendo suficiente con la introducción de indicios de los que de forma racional pueda derivarse la violación del derecho fundamental alegado, desplazándose en tal caso la obligación de justificación por parte del demandado de las medidas adoptadas justificando su proporcionalidad. Téngase en cuenta que, en este caso, se han de alegar circunstancias concretas en las que apoyar la existencia de un trato discriminatorio (así se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional existente, sentencias 29/2002, 30/2002, 66/2002, 84/2002, 114/2002, entre otras). No basta pues la realización de alegaciones retóricas o no acreditadas, sin que quepa imponer al demandado la prueba diabólica de un hecho negativo.

Las garantías aludidas se extienden al resto de los demás procesos y modalidades procesales donde se alegue y haya de dilucidarse la existencia de lesión de un derecho fundamental, independientemente de que no se haga uso de esta específica modalidad procesal.

2.2 La tutela ante la jurisdicción contencioso-administrativa

La tutela de la libertad sindical también despliega sus efectos frente a los funcionarios públicos y el personal estatutario que presta servicios a la Administracióncorresponde a la jurisdicción contencioso-administrativatal y como se desprende del tenor exclusivo del artículo 3 c) LRJS, siendo ésta la jurisdicción competente, debiéndose seguir el procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales contemplado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998.

Con la excepción derivada de esta regla general la jurisdicción social alcanzará la competencia a tenor del artículo 2.k) LRJS, cuando se trate de un conflicto interno del sindicato, un conflicto entre sindicatos o cuando la acción de tutela afecte a un sindicato como organización, al margen de que sus afiliados puedan o no ser funcionarios.

2.3 La tutela ante la jurisdicción penal

Las garantías que se establecen no se agotan en los órdenes social y contencioso-administrativo, también se ofrecen en el ámbito penal y administrativo. Las que

[569]Navarro Arias, F.J.: La carga de la prueba en los procedimientos de tutela de libertad sindical y otros derechos fundamentales, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf.num.56/20117/2011, pág. 3.

corresponden al orden penal aparecen en los artículos 314 y 315 CP. El primero de estos preceptos (artículo 314 CP) tipifica la conducta de aquellos que provoquen *«una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores…»,* siendo la pena aplicada la de prisión de seis a dos años y multa de 12 a 24 meses. Por su parte, el artículo 315 muestra un elenco diverso de comportamientos integrantes del tipo penal. El primer párrafo penaliza la actuación de aquellos que impidan o limiten *«el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga»,* en tanto que el segundo párrafo contempla como conducta con una pena agravada el que la anteriormente descrita se lleve a cabo a través de *«coacciones»*. Para cerrar el precepto nos topamos con un párrafo 3º cuyo tenor literal parece enfrentarse, en cuanto a su contenido, al espíritu garante de los derechos fundamentales protegidos en los párrafos precedentes. En el aludido precepto se persigue el comportamiento de quienes actúen, bien en grupo o bien de forma individual, de acuerdo con otros coaccionando a otras personas a *«iniciar o continuar una huelga serán castigados con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses».* Si indagamos en la justificación histórica de este precepto (artículo 315.3 CP) se puede apreciar que procede del anterior artículo 496 del anterior Código Penal aprobado en plena transición política con la reforma de 1976. La justificación reconocida de la norma pretendía *«hacer frente a la creciente actividad agresiva de grupos organizados que se autodenominan piquetes de extensión de huelga».* En este contexto el objetivo que subyace radica en la intimidación a las organizaciones sindicales –en ese momento aún clandestinas previamente a la aprobación de la Ley de Asociación Sindical de 1977- así como a los trabajadores más activos en su implicación en los piquetes de huelga. Llama un tanto la atención que el apartado que se comenta se mantuviera prácticamente inmodificado a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Seguramente la ausencia de desarrollo normativo del derecho de huelga ha amparado la vigencia sin modificaciones del precepto que se comenta. Sin embargo, resulta más difícil de entender que el Código Penal de 1995, identificado como el Código de la democracia, haya prorrogado prácticamente la misma norma que en la época de la transición pretendía la incriminación de los piquetes coactivos en el intento de evitar altercados públicos. Más aún resulta llamativo el que no se aplique por los jueces un criterio restrictivo del término *«coacciones»*especialmente cuando el mismo se predica del ejercicio de un modelo de huelga constitucionalizado e identificado como derecho fundamental.

La contradicción que se deduce del precepto comentado incardinado dentro del TÍTULO XV del Código Penal, apartado *«De los delitos contra los derechos de los trabajadores»*se traduce en que existe una significativa mayor represión de los

actos que propician el desarrollo y ejercicio del derecho de huelga que de aquellos que van dirigido a impedirlo. En concreto resulta notorio y ampliamente conocido como el artículo 315.3 CP ha sido utilizado profusamente en clave antihuelga por los Tribunales y la Fiscalía especialmente y con mayor incidencia durante las huelgas generales, mientras que los párrafos primero y segundo apenas cuentan con estadísticas en su aplicación. Resulta paradójico el contraste de los datos que se desprenden de las estadísticas iuslaboralistas, dado que en la jurisdicción social son múltiples las sentencias que recogen la conducta antisindical del empresario al impedir o imponer trabas insalvables para el ejercicio del derecho de huelga, al recurrir a los despidos o sanciones en estos casos, los traslados de centro de trabajo o la contratación de trabajadores para sustituir a los huelguistas. Es por el contrario, mucho menos frecuente encontrar en el ámbito de lo social la constatación de ilícitos por parte de los trabajadores que actúan como piquetes.

2.4 La tutela en el ámbito administrativo

Las garantías de carácter administrativo aparecen recogidas en los artículos 7 (infracciones graves, entre las cuales se encuentra, párrafo 9:*«La vulneración de los derechos de las secciones sindicales en orden a la recaudación de cuotas, distribución y recepción de información sindical..»*y párrafo 10, que concreta que en materia de relaciones laborales lo son *«los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores»)* y artículo 8 (infracciones muy graves, entras las que se encuentra, párrafo 8: *«La transgresión de las cláusulas normativas sobre materia sindical establecidas en los convenios colectivos»*opárrafo 10: *«Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento»).*

Se trata de sanciones administrativas que van dirigidas específicamente al empleador y que ofrecen relación con la acción sindical desplegada en la empresa.

3. LA CONCRECIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN RESARCITORIA EN LOS PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Para analizar las fórmulas a través de las cuales se establece el régimen resarcitorio de las conductas que atentan contra los derechos fundamentales hemos de remitirnos a la normativa reguladora. A tal efecto, el artículo 15 LOLS y los artículos179.3 y 183 LRJS ordenan la reparación de todas las consecuencias derivadas de la violación de un derecho fundamental, incluyendo la indemnización que procediera.

El artículo 15 LOLS establece que: *«el órgano judicial, si entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical, decretará la reparación consiguiente de las consecuencias ilícitas del comportamiento antisindical».* En este precepto se regula la pretensión indemnizatoria como accesoria a la petición principal.

Mientras tanto la indemnización contemplada en el artículo 183 LRJS (antes 181 LJS) ofrece como finalidad *«resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como (...) contribuir a la finalidad de prevenir el daño».* De entenderse acreditada la vulneración de la libertad sindical, el juez decretará el cese inmediato de la conducta, así como la reparación consecuente de sus consecuencias ilícitas.

La mayor dificultad reside, una vez reconocido el derecho a fijar una indemnización, en determinar su cuantía. A tal efecto, se ha de tener en cuenta tanto el daño en sí, junto a la vulneración del derecho fundamental, como los daños y perjuicios adicionales derivados, entre los que se encuentran los daños materiales, más fácilmente acreditables y cuantificables.

La destacada sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, de 24 de julio vino en su día a perfilar el criterio oscilante que había mantenido el Tribunal Supremo hasta ese momento[570]. Esta sentencia vino a incluir en la indemnización los perjuicios de naturaleza económica que resultan de los gastos soportados por el trabajador como consecuencia de su traslado y de la disminución de haberes salariales que pudieran derivarse de la reducción del tiempo de trabajo prestado. Este aspecto no ofrece una particular dificultad en tanto que el perjuicio que afecta a bienes y derechos de naturaleza económica determina una reparación del mismo signo, cubriéndose la diferencia entre el estado del patrimonio anterior y posterior a la lesión.

De forma genérica, la mayor dificultad aparece a la hora de determinar el lucro cesante, dado que en este supuesto el órgano judicial ha de llevar a cabo cálculos relativos a proyecciones futuras que incorporan criterios de probabilidad. A los efectos expuestos, como interpretó la doctrina jurisprudencial (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero y 23 de marzo de 2000) el reclamante ha de aportar las bases y criterios empleados para determinar la indemnización reclamada, de modo que si los mismos se omiten la indemnización debe ser rechazada.

El reconocimiento de la existencia y posterior reparación del daño moral ofrece una complejidad de mayor calado, tal y como ha dejado de manifiesto la doctrina jurisprudencial existente al respecto, habiéndose establecido discrepancias relevan-

[570]Vid. Maneiro Vázquez, Y.: El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia tc 247/2006, de 24 de julio, *Dereito* Vol. 22, nº ext.:245-263.

tes relativas tanto a la necesidad de probar la existencia de daño como al cálculo de la indemnización procedente. El centro del debate, previo a la actual regulación normativa, ha radicado en la aplicación a los daños y perjuicios morales del mismo criterio probatorio exigido para los daños materiales pese a la diversa naturaleza de los mismos.

La tesis jurisprudencial que mantenía la necesidad de la prueba del daño para la determinación de la indemnización ha dejado de tener vigencia a partir de la entrada en vigor de la LRJS. A tal efecto, el artículo 179.3 LRJS que contempla los requisitos que ha de tener la demanda expresa que el demandante que reclame a su favor la determinación de una indemnización debe expresar con claridad: los hechos constitutivos de la indemnización, el derecho o libertad que se hubieren infringido y la cuantía de la indemnización, si bien cuando se trata de daños morales vinculados a la vulneración del derecho fundamental (artículos 182 y 183 LRJS) cuando resulte difícil su estimación detallada, deberán fijarse las circunstancias relevantes para su determinación *«incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador».* De la nueva regulación legal se desprende la inexigibilidad de la concreción de los elementos que identifiquen el daño, así como la obligatoriedad de determinar su cuantía, ofreciendo el nuevo artículo 183.2 LRJS un planteamiento que incorpora criterios de justicia material al facilitar la reparación efectiva del daño así como la prevención de conductas vulneradoras de los derechos fundamentales. A tal fin se establece que será el propio juzgador el que habrá de pronunciarse sobre la cuantía del daño debiendo determinarlo de forma prudencial cuando la prueba de su importe exacto resulte en exceso difícil o compleja, al objeto de resarcir en modo suficiente a la víctima, procurando a ésta en la medida de lo posible, restablecer la integridad de su situación anterior a la lesión.

Se ha de tener presente que la reforma legislativa se produce en concordancia con el criterio mostrado por la sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, en la cual se estableció la procedencia de la indemnización por daños morales para los supuestos de vulneración de derechos fundamentales, de modo que si bien no se alteraba la posición jurisprudencial previa del Tribunal Supremo que precisaba de aquellas *«bases y elementos clave de la indemnización»*, consideró, que resultaba suficiente para evidenciar el daño moral la identificación y descripción de las circunstancias en que la indicada vulneración se había producido.

Según se desprende de la destacada sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, ha de resultar suficiente la aportación de indicios o puntos de apoyo suficientes en los que justificar la sentencia condenatoria. Se advierte –en el supuesto concreto discutido- que cuando un representante sindical es sometido a una situación discriminatoria prolongada como consecuencia del ejercicio de las funciones

sindicales en apoyo de sus compañeros, de intensidad y duración notablemente prolongadas en el tiempo se ha de concluir la acreditación de un maltrato o daño psicológico que, al margen de las condiciones particulares de la víctima, se da en cualquier caso, sin que sea posible en ocasiones facilitar prueba concreta del perjuicio sufrido, ni de su cuantificación monetaria.

Esta destacable sentencia rechaza el posicionamiento de quienes habían denegado el derecho de indemnización cuando no se hubiera justificado de forma debida y adecuada. A tal fin, se argumenta, ha de ser necesaria una motivación razonable y fundada en Derecho para rechazar el derecho a una indemnización por daños vinculados a la lesión de un derecho fundamental (artículo 24.1 CE). Se advierte que la Constitución protege derechos de carácter fundamental y no de forma teórica o ideal, sino como derechos reales y efectivos –como se venía a destacar en la sentencia del Tribunal Constitucional 176/1988, de 4 de octubre)-, sin que la protección jurisdiccional de los derechos y libertades (artículos 9.1, 1.1 y 53.2 CE) puedan derivar en un acto meramente ritual o simbólico –como también advertía la sentencia del Tribunal Constitucional 12/1994, de 17 de enero-.

A modo de conclusión la denegación, exenta de motivación razonable, de cualquier indemnización a un trabajador que ha sufrido un comportamiento lesivo de su libertad sindical de índole, intensidad y duración en el tiempo destacables no puede considerarse suficiente a los efectos de alcanzar una reparación real y efectiva del derecho fundamental que aprecia como vulnerado, quedando en tal caso en evidente situación de desprotección.

4. REFLEXIONES Y OPCIONES DE MEJORA DEL RÉGIMEN DE TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL

Si hubiera que realizar una valoración del régimen de tutela de la libertad sindical seguramente tendríamos que reconocer el paso adelante que supone la nueva regulación de la acción procesal contemplada en la nueva LRJS (artículos 177 a 184 LRJS). Sin embargo, desde la perspectiva de un análisis más global se muestran ciertas aristas que impiden concluir que exista una regulación adecuada y coherente con nuestro régimen constitucional.

De entrada *«chirría»*sobremanera la regulación penal que existe contemplada en el TÍTULO XV del Código Penal, en virtud de la cual se persiguen *«los delitos contra los derechos de los trabajadores».*

La valoración que podemos extraer de la aplicación efectiva del artículo 315 CP *-que centra nuestra atención al respecto-* se traduce en una trascendente pasividad de los aparatos policiales y del Ministerio Público en la indagación de las

conductas delictivas ejecutadas por los empresarios, dirigidas a coaccionar o limitar el ejercicio del derecho de huelga. Por el contrario, toda la atención represiva del Estado parece centralizarse en la aplicación del párrafo 3º del precepto comentado, por cuyo motivo parecen perpetuarse los comportamientos y la jurisprudencia preconstitucional.

La consecuencia de la aplicación de esta doble vara de medir se traduce en la práctica irrelevancia de la persecución de delitos contra el derecho de huelga frente a la amplitud de sentencias condenatorias por la participación en piquetes de huelga considerados coactivos. Basta un superficial repaso a las noticias de prensa para apreciar que son múltiples los supuestos en que trabajadores y trabajadoras han sido procesados y condenados por el tipo penal contemplado en el artículo 315.3 CP, aplicándose, además, con frecuencia la pena máxima (3 años) que impide la aplicación de la remisión condicional de la pena y que plantean como única alternativa a la entrada en prisión la del indulto.

Parece adecuado cuestionar a la vista de lo expuesto si resulta conveniente la protección intensiva y a través de un tipo agravado del derecho a no hacer huelga, cuando el derecho de huelga que se reconoce como fundamental en el artículo 28.2 CE lo es en su vertiente positiva y que a tenor de la doctrina del Tribunal Constitucional se traduce en los procedimientos necesarios para asegurar su eficacia. No debería resultar procedente, por tanto, un tipo penal agravado que proceda a castigar de modo más contundente comportamientos que implican el ejercicio de un derecho constitucional que aquéllas que niegan ese ejercicio.

Se muestra conveniente en atención a lo expuesto, y dentro del principio de intervención mínima que rige en el derecho penal, una modificación legislativa que evitara específicamente la tentación de aplicar la sanción penal en los supuestos de *«intimidación moral»*dirigida a aquellos que rechazan iniciar o continuar la huelga, toda vez que el propio ámbito de la huelga se desenvuelve en un espacio de presiones morales contrarias (sentencia del Tribunal Constitucional 254/1988).

Dentro de las opciones de política legislativa que se plantean cabría proponer la derogación del párrafo 3º del artículo 315 CP, lo que supondría equiparar en un mismo nivel las conductas de expansión de la huelga y aquellas que niegan su ejercicio. La proposición expuesta no parece que ofrezca dudas interpretativas desde la regulación constitucional del derecho de huelga dado que supone colocar la tutela de la libertad negativa al mismo nivel que la positiva. Véase además que aquellos ataques que se produzcan mediando fuerza o violencia frente al derecho de huelga en su vertiente individual negativa pueden incardinarse y están comprendidos también en el párrafo 2º del artículo 315 CP.

Otra propuesta puede venir determinada por la exigencia de concurrencia de *«conducta violenta»*la cual, en forma notoria, resulta más coherente con el principio de intervención mínima que debe imperar en la determinación de las conductas perseguidas por el Código Penal. Seguramente no escapa a nadie que la aplicación de una pena de 3 años de prisión para actos que no van más allá de la *«intimidación moral»*resulta algo indiscutiblemente desproporcionado. Y a este respecto no se debe olvidar que el origen del precepto se ubica en un modelo de organización empresarial preconstitucional (regido en su momento por la Ley de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1977) declarado parcialmente inconstitucional por la sentencia 11/1981.

Una última cuestión de alcance viene determinada por el posicionamiento del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos, resultando cuestionable el criterio interpretativo que se hace valer en sede judicial con la incriminación generalizada de la actuación de los piquetes a través de unos planteamientos que se podrían calificar como antidemocráticos o al menos incompatibles con los principios fundamentales que recoge nuestra Constitución.

La disfuncionalidad que existe entre la norma penal represiva y la realidad resulta tozuda. Son múltiples los supuestos de condenas visiblemente desmesuradas ante actos realizados por piquetes (participación en un piquete, arrojar pintura a una piscina, etc…) que han acabado con severas condenas de cárcel aplicando la pena máxima posible (3 años) y que han desembocado en el recurso al indulto.

Daba la impresión que la respuesta lógica por parte del legislador debería haber atendido alguna de las propuestas, coherentes con la realidad y la propia regulación constitucional, que hemos analizado. Sin embargo, como describimos a continuación la respuesta ha sido totalmente la contraria. En efecto, en la última reforma operada a través del número 169 del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, que modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se ha procedido a rebajar las penas impuestas a los preceptos *«protectores»*de los derechos fundamentales de huelga y libertad sindical (hacia los dos años como pena máxima, permitiendo así aplicar la remisión condicional de la pena) en tanto que se mantiene en tres años la pena aplicada a quienes se sirvan de coacción o amenazas para iniciar o continuar la huelga.

Otra cuestión especialmente llamativa es la que tiene que ver con el régimen indemnizatorio que se desprende de la nueva regulación LRJS. La solución por la que opta el artículo 183.2 LRJS facilita el que se ofrezca una indemnización cuando esta posibilidad en el pasado quedaba sometida a un rígido y restrictivo sistema interpretativo.

En el *«debe»*de la nueva normativa habría que considerar que la misma se deja en manos de la *«prudencia»*del juzgador, circunstancia que indefectiblemente lleva a considerar la irrupción del problema de la eventual discrecionalidad, que no hay que confundir, ni supone necesariamente *«arbitrariedad».* Se ha de tener presente que no tiene por qué tener cabida la arbitrariedad si el juzgador identifica correcta y separadamente los hechos, si valora y argumenta, justificando adecuadamente por qué asigna un determinado importe y no otro. Sin embargo parece inevitable que la nueva regulación conduzca a una dispersión de los pronunciamientos judiciales en lo que se refiere a la cuantificación de las indemnizaciones, lo cual puede ofrecer la situación ambivalente de favorecer la idea de independencia judicial pero perjudicar la sensación de certeza ante los pronunciamientos judiciales.

La evidencia flagrante de que algo andaba mal en nuestro sistema de tutela de los derechos fundamentales la encontramos en un ejemplo claro y transparente que ofrece la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de julio de 2001[571]. En ella se tiene conocimiento de una cuestión litigiosa que afecta a un funcionario del Ayuntamiento de Coria (Cáceres) el cual para la realización de su jornada de trabajo es destinado a un sótano sin luz natural, ni ventilación en una situación que se prolonga durante varios años y que provocó una patología mental determinante de una situación de incapacidad temporal. En esta situación el proceso depresivo-reactivo a que fue sometido el trabajador provocó secuelas en el plano emocional que repercutieron seriamente en su ámbito familiar y social. La Entidad Pública demandada, amparada por un sistema ineficiente a la hora de encontrar respuestas adecuadas ante este tipo de reclamaciones, opuso en su defensa respecto del trabajador que *«su actual situación en el trabajo pasa por la inactividad absoluta»,* a lo cual se añadió –intentando derivar toda responsabilidad hacia el *«ocioso»*reclamante que *«el psicópata nace, pero no se hace»*. La sentencia finalmente dictada derivó en la confirmación del derecho a una indemnización limitada a 4.500 €, tan claramente irrisoria y tan desproporcionadamente insuficiente que por sí sola permite proclamar la necesidad de uno o varios ajustes normativos que eviten que situaciones como la descrita se vuelvan a repetir[572], no sólo desde la perspectiva del derecho subjetivo de la víctima sino desde la necesidad de que las resoluciones judiciales de nuestro máximo Tribunal provoquen el efecto persuasivo adecuado respecto de comportamientos no deseados o reprobables.

La nueva regulación normativa en el tratamiento de la indemnizaciones de los daños provocados en la tutela de los derechos fundamentales (artículo 183.2 LRJS) indudablemente puede reconducir situaciones como la descrita. Sin embargo no está de más el recurrir al derecho comparado para –desde una perspectiva gené-

[571]STS 23-07-2001 (RJ 2001\8027).

[572]Sánchez Pérez, J.: "El acoso moral en el trabajo: una perspectiva global de derecho comparado desde distintos continentes", *RGDTSS, Iustel*, 35 (2013), págs. 344 a 374

rica- comprobar cómo se solventan situaciones específicas a la hora de tutelar y/o indemnizar la invasión de los derechos fundamentales de los trabajadores[573]:

* En Francia se ha procedido a la inclusión en los planes de prevención de riesgos laborales de las medidas adecuadas para evitar situaciones de acoso, planteamiento que propicia pasar de una lógica de la reparación a una lógica de la prevención. También se prevé una actuación activa por parte de los representantes de los trabajadores una vez que se tiene conocimientos de situaciones de acoso.

* En el Reino Unido se establece un sistema indemnizatorio fijando un arco de valoración a favor de las víctimas de acoso laboral (de £ 600 a 6.000 en los casos leves, de £ 6.000 a 18.000, para casos más serios y de £ 18.000-30.000) cuando ha existido acoso prolongado en el tiempo[574], mientras que en Chile se establece una indemnización que abarca desde los 6 a los 11 meses de salario[575]. En la forma descrita se salva la dificultad probatoria respecto del daño causado y, en forma añadida, se muestran criterios indemnizatorios que pueden cumplir una doble finalidad: erigirse en un fuerte factor disuasorio y, de otro lado, paliar o compensar de forma eficaz el perjuicio o daño sufrido por las víctimas.

[573] *Idem*. cit.

[574] *International Labor& Employment Law Group*, "Bullying, Harassment and Stress in the Workplace —A European Perspective", pág. 17.

[575] LópezFernández, D.: "Legal protection for victims of worplace harassment in Chile", *Comparative labor law and policy journal*, Vol. 32, Nº. 1, 2010 ,págs. 91 a 108.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA INDEMNIZATORIO DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL

Francisco Alemán Páez y Juan de Dios Camacho Ortega[1]

"*Las acciones de la mayoría de los malvados llevan tras de sí primero la sospecha, luego la voz pública, después el dedo acusador y, finalmente, el juez… La verdadera razón invita a los espíritus sanos a la justicia, a la equidad, a la lealtad*"

(Cicerón, "Del supremo bien y del supremo mal", Libro I).

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. La realización del derecho lleva aparejada, como premisa implícita, el establecimiento de soluciones procesales acordes a los bienes que son objeto de protección jurídica. La acción de justicia y de tutela son canales de doble faz e imbricación mutua, por ello mismo dependen de la capacidad del ordenamiento para trenzar un correcto ensamblaje de las estructuras materiales, sustantivas y adjetivas. Obviamente estas consideraciones iniciales, que plasman una visión deóntica del sistema jurídico, se redimensionan en la protección de los derechos fundamentales. Estamos hablando de anclajes entativos de la persona y de aspectos nucleares de la vida en sociedad, lo cual cualifica el abordaje técnico y político-jurídico de esta materia. Las cualidades descritas explican y justifican que su tratamiento se mueva en planos superiores de abstracción jurídica y de intervención político-normativa. Así, y respectivamente, la regulación positiva debe recabar códigos acordes al rango de los valores tutelados, tanto como proyecciones multifacéticas de protección institucional frente a las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales. Aparte de esto, los márgenes de intervención, presentes en esos mismos códigos reguladores, materializan opciones específicas de política del derecho. Las accio-

[1] Catedrático de DTSS y Magistrado del Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba, respectivamente.

nes de justicia y tutela, y en definitiva los cauces rituarios de solución de las controversias jurídicas, constituyen actos impuestos por el Estado, quien, dirigiendo la acción política de la sociedad, se auto-habilita para dirimir los objetos litigiosos mediante lógicas decisionales bien definidas. El diseño de las soluciones jurisdiccionales se anuda, por tanto, con direcciones de mandato, previa ponderación de los bienes protegibles y de las soluciones dables en derecho a tales asuntos litigiosos, cuya entidad, como venimos diciendo, debe participar de niveles cualificados de ordenación y protección.

La libertad sindical encaja de lleno en estas ideas preliminares, es más, visto ello como objeto de protección material, su estudio reverdece la dialéctica que desde antiguo subyace entre la consideración dogmática y empírica del art. 28 CE y su tratamiento en clave heterónoma. Ciertamente, colegimos una categoría de naturaleza compleja y de repercusiones sistémicas. La vocación de generalidad y universalidad de la libertad sindical, sus vertientes políticas, o sus conexiones con un amplio abanico de derechos fundamentales e instrumentales, confieren, entre otros aspectos, un carácter multidimensional a este tema, amén de complejizarlo estructuralmente. Como es sabido, el contenido esencial de la libertad sindical trenza varias dimensiones institucionales. A nivel colectivo conecta con el sindicato como entidad asociativa, y desde este plano recaba un primer haz de derechos insertos en la autonomía de acción de tales estructuras asociativas (autonomía normativa, electoral, conflictual y de participación institucional). Estos anclajes, en su conjunto, dilatan el núcleo esencial de la actividad sindical dando lugar a una plataforma de derechos adicionales complementarios. Aparte de esto, la libertad sindical, individualmente considerada, vehicula un segundo haz de derechos del trabajador colacionables frente a los poderes públicos, la empresa y las propias organizaciones sindicales. Entre esto último, el contenido del art. 28.1 CE integra el derecho del trabajador a no sufrir menoscabo alguno en su situación profesional o económica debido a su afiliación o actividades sindicales. Esta garantía de indemnidad cierra cualquier diferencia de trato basada en dichas razones, y al mismo tiempo determina el menoscabo de la libertad sindical cuando su ejercicio perjudique a los representantes sindicales o produzca consecuencias negativas a quien hace uso de dicho derecho[2]. Así pues, si el art. 28 CE concibe la libertad sindical como un

[2] SSTCO 17/1996; 87/1998; 191/1998; 30/2000; 173/2001; 185/2003; 17/2005; 188/2004 de 2 de noviembre y 241/2005, de 10 octubre. Según consabida doctrina Constitucional, el contenido esencial de la libertad sindical no se agota en las facetas asociativas ex art. 28.1 CE al existir un contenido esencial relativo a los derechos de actividad y medios de acción necesarios para que los sindicatos cumplan las funciones encomendadas ex art. 7 CE, como el derecho de huelga, la negociación colectiva y la promoción de conflictos colectivos (STCO. 173/1992). Pero aparte de estos derechos mínimos, pueden ejercer una gama de derechos adicionales que engrosan el referido núcleo esencial, como la participación institucional en la empresa y organismos públicos, la promoción de elecciones sindicales y el derecho de información sindical (STCO 9/1998 y 94/1995

derecho de acción y organización, ora individual (derecho del trabajador de fundar sindicatos y afiliarse –o no- a los de su elección) y colectivamente (formación de confederaciones y autonomía organizacional en planos superiores de ordenación), la tutela de dicho valor debe igualmente participar de dichos parámetros de pro-acción y auto-composición.

Las organizaciones sindicales son estructuras asociativas fundamentales de las sociedades democráticas y anclajes básicos representativos del pluralismo socioeconómico[3]. Ostentan una amplia base personal y profesional proveniente de los trabajadores asalariados y los funcionarios públicos, sin embargo sus fines y actividades sobrepasan ampliamente los márgenes y contenidos de las estructuras originarias. Aunque la acción sindical incide en primer término en la protección y mejora de los intereses profesionales, acaba empero repercutiendo en las condiciones de vida del conjunto de la población; y como proclama la OIT, coadyuva causalmente al progreso de la colectividad, en la entera globalidad del concepto (Res. 26/6/1962). En el derecho que aquí nos ocupa, las esferas organizativas y de actividad se entrecruzan y retroalimentan entre sí, luego, desde esa misma lógica, las respuestas jurídicas dables a la vulneración de tales libertades están obligadas a considerar la potencial multiplicación de conductas lesivas. Aparte de provenir de un título común originario, la libertad sindical encierra "per se" un espacio dilatado de "multi-lesividad", y en esos términos los canales de protección del derecho de sindicación deben estar en condiciones de dispensar unas garantías cualificadas acordes al rango de los bienes jurídicos protegibles. Y todo ello, como venimos sosteniendo, desde una misma óptica material, procedimental, valorativa y axiológica, so pena de contrariar el carácter entativo de tales bienes y los elementos definitorios rubricados Constitucionalmente.

Las ideas descritas, amén de tener amplio predicamento en la doctrina científica, han sido recalcadas reiteradas veces en la jurisprudencia Constitucional. Ciertamente, la acción sindical despliega una primera proyección interna que revierte en la asociación en sí, en los miembros del sindicato y en los trabajadores que ven defendidos sus intereses por medio de dichas organizaciones; ahora bien, tales acciones se proyectan al exterior y repercuten en el conjunto de la población trabajadora. Cuando las actividades sindicales despliegan dicha proyección externa y se dirigen al conjunto de trabajadores, sean éstos afiliados o no a dichas organizaciones, "el derecho constitucional a la libertad de acción sindical debe (asimismo) proteger a todos los trabajadores que participen en la misma" (STCO 134/1994, de 9 de mayo). Añade el Alto Tribunal que de no entenderse así el alcance del

[3] En palabras adjetivadas del Alto Tribunal, los sindicatos son "piezas económico y sociales indispensables" (STCO 70/1982 de 29 de noviembre), "organismos básicos del sistema político" (STCO. 11/1981, de 8 de abril), formaciones sociales con relevancia Constitucional" (STCO 18/1984, de 7 de febrero), e "instituciones esenciales del sistema Constitucional Español" (STCO. 101/1996, de 11 de junio).

art. 28 CE, "no sólo se dejarían desprotegidos a los trabajadores pues, "indirectamente, se afectaría de forma grave a los propios sindicatos y a las funciones que la Constitución les reconoce". El sindicato, y con ello el interés colectivo y el rol representativo insertos en tales estructuras, viene a ser una estructura formal que dota de contenido jurídico-político a los niveles de abstracción superior a los que aludíamos preliminarmente. Desde un plano, digamos, "representacionalista", las organizaciones sindicales "catalizan" el mentado interés colectivo "administrando" la libertad sindical de sus representados. Lo hacen como "mediadores en las relaciones laborales" (STCO 74/1996, de 30 de abril) valiéndose de una libertad singular y multifacética (libertad sindical) que legitima al sindicato para actuar autónomamente en varias dimensiones y en niveles más amplios de intervención. De ese modo, el tratamiento de la violación de dicha libertad viene a ser un reflejo especular de la composición del conflicto subyacente a la conducta antisindical misma (Valdeolivas, 1994/1, p. 20).

2. La tutela de la libertad sindical viene pues a ser una viga maestra del Derecho colectivo del trabajo y una clave de bóveda del canon de socialidad Constitucional. Como sabemos, la protección iuslaboral de dicho derecho se articula esencialmente por dos normas básicas: la LOLS y la LRJS. La primera ley confiere un tratamiento sustantivo e integrador de dicha materia, primero conceptuando los elementos definitorios de las conductas antisindicales bajo una rúbrica común (Título V) en los arts. 12 y 13.2 LOLS; y en segundo lugar, recabando ciertos dispositivos de carácter rituario en los arts. 13.1, 14 y 15 LOLS. Por su parte, la LRJS integra estos cánones y regula los aspectos procesales mediante un cauce especial (Capítulo XI del Libro II) referido "ex professo" a la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177 a 184 LRJS).

Así las cosas, la transgresión de la libertad sindical cuenta con un terreno sobremanera fértil de conductas potencialmente lesivas, y no faltamos a la verdad sosteniendo que la fertilidad de dicho escenario se ha abonado tóxicamente tras las abruptas modificaciones realizadas en el título III del Estatuto mediante la Ley 3/2012. Aquella reforma alteró los cimientos neurálgicos de la rama social del derecho, y las entidades representativas, ora sindicales y unitarias, no han estado al margen de los cambios operados en el derecho colectivo del trabajo, cuyos movimientos han removido negativamente el terreno de la acción sindical y el propio rol de las instituciones encargadas de defender los intereses colectivos de los trabajadores. Dejando a beneficio de inventario esta hipótesis de la mayor vulnerabilidad potencial de la libertad sindical, contamos con un importante corpus doctrinal y jurisprudencial de las actividades susceptibles de lesionar dicho derecho. Su tipología encierra, obviamente, una extraordinaria casuística, si bien dominan las

actuaciones discriminatorias en su afectación individual[4], y la obstaculización de la actividad sindical y de la negociación en su afectación colectiva[5]. Esa misma heterogeneidad de situaciones llevó al legislador a construir una definición-tipo de tales conductas en los arts. 12 y 13.2 LOLS sin ánimo de exhaustividad conceptual. Por consiguiente, y considerando la hipótesis de la "potencialidad multi-lesiva", cabe hipostasiar si el tratamiento rituario de este asunto resuelve el fin y, recíprocamente, los medios reservables a la libertad sindical como objeto fundamental de protección.

Nuestras reflexiones se centrarán en el proceso de tutela de derechos funda-

[4] En dicha casuística destacan empero cuatro tipologías. Entre las actuaciones de afectación individual prevalecen las represalias o vulneraciones indirectas de la condición de representante sindical a través de los derechos retributivos. Así, por ejemplo, se ha estimado la vulneración cuando se incrementan las retribuciones de los trabajadores pertenecientes a una categoría exceptuando a uno de ellos por su condición de representante, o cuando se excluye a éste del abono de ciertos pluses o incentivos económicos sin acreditarse suficientemente la objetividad de los conceptos utilizados (SSTCO 191/1998 ó 137/2001, STSJ Madrid 30 de noviembre de 1992, STSJ Canarias 5 de marzo de 1998, SSTSJ Castilla-La Mancha de 2 de febrero de 1998, ó 9 de septiembre de 1999, STSJ País Vasco de 13 de mayo del 2003, ó STSJ Cataluña 14 de mayo de 1999). Un segundo bloque de vulneraciones tiene lugar al hilo de la ordenación material del trabajo y las modificaciones en el mismo. Así ocurre cuando el representante sindical sufre cambios reiterados e inmotivados del puesto asignándosele tareas impropias de su categoría (STCO. 55/1983, STSJ Baleares de 15 de febrero de 1993), cuando se asignan funciones distintas desde la elección como miembro del comité (STSJ Canarias 11 de febrero de 1992), cuando se transfiere solo al representante a una unidad productiva autónoma (TSJ Cataluña 18 de diciembre de 1992), cuando se le adscribe a un centro para que quede afectado por la subrogación de otra empresa (STSJ Cataluña 26 de febrero de 1993), cuando se le traslada del centro sin probarse la razonabilidad de la medida (STSJ Castilla-La Mancha 18 de abril de 1996, STSJ Murcia 20 de julio de 1998), o cuando la ordenación de los equipos de trabajo impide la coincidencia en turno de tres representantes sindicales (TSJ Castilla-La Mancha 9 de septiembre de 1999). El último bloque incide, en fin, en los despidos encubiertos y el abanico de prácticas entorpecedoras de la actividad sindical. Este último derecho conlleva la difusión de actividades sindicales pacíficamente y por medios lícitos, y abarca la posibilidad de no publicitar las críticas y opiniones contrarias de los empleadores (STCO 134/1994). En ese sentido, el TCO ha decretado la nulidad radical de la sanción impuesta a un miembro del comité que no comunicó a los trabajadores dicha opinión contraria, partiendo de la base que la orden suponía en sí misma una intromisión ilegítima de la actividad sindical y la sanción una represalia concomitante. Igual efecto nulo supuso el despido de un representante que ejercía su derecho de crítica en tanto vulneración de la libertad de expresión (STCO 1/1998).

[5] Los sindicatos también pueden actuar como sujetos de conductas contrarias a la libertad sindical (STCO 183/2007) destacando en estos casos las violaciones relacionadas con el derecho a la negociación colectiva o la administración del convenio. En este último punto contamos con una copiosa jurisprudencia constitucional y ordinaria que aborda la distinción entre negociación y administración desde el prisma institucional de las comisiones paritarias. Así, la exclusión de un sindicato de las comisiones creadas por un convenio no firmado por su central sindical y al que no se ha adherido puede suponer una lesión ex art. 28 y 37 CE si tales comités ejercen facultades negociadoras (STCO 73/1984, 9/1986 y 39/1986, ó STS 27 de septiembre del 2011), lo cual no acontece en las comisiones de seguimiento y aplicación del pacto colectivo (STCO 222/2005, SSTS 15 de diciembre de 1994, 28 de junio del 2005, ó 12 de diciembre del 2013). Más particularmente, se ha considerado que las cláusulas de ventajas reservadas a los sindicatos firmantes de un convenio, ora económicas o de otra índole, constituye una injerencia prohibida por el art. 13.2 LOLS (STS 26 de enero del 2005) por contrariar la libertad sindical y vulnerar la igualdad de trato (STS 9 de diciembre del 2005). También vulneraría el derecho de libertad sindical la exclusión fraudulenta de un sindicato en la negociación para sustituir un acuerdo de empresa complementario del convenio colectivo estatutario vigente (STS de 24 de enero del 2013), la no autorización empresarial de la condición de liberado sindical teniendo empero derecho a ello (STS. 2 de febrero del 2015), o la negativa empresarial en facilitar los censos para la realización de elecciones sindicales (STS 17 de febrero del 2013).

mentales y libertades públicas ex arts.177 a 184 LRJS. Como sabemos, esta ley realizó una importante reestructuración de dicha modalidad sistematizando su tratamiento, evitando reiteraciones y, sobre todo, integrando la doctrina constitucional en materia de amparo de los derechos fundamentales. Las reglas del Capítulo XI modificaron sustancialmente el régimen procesal en extensión e intensidad reguladora, en coherencia con la ampliación del ámbito competencial realizado mediante el art. 2/f LRJS y la integración de la doctrina constitucional elaborada al efecto (muy en especial, la TCO 250/2007). Todo ello introdujo importantísimas aportaciones en la protección de los derechos fundamentales iuslaborales, ora en general y particularmente respecto de las conductas atentatorias de la libertad sindical. Entre las innovaciones más destacadas sobresalieron de inmediato cuatro aspectos: la legitimación activa y el ámbito material del proceso, el papel del Ministerio Fiscal y sobre todo, y muy especialmente, el régimen de indemnizaciones. En este punto la Ley Adjetiva implementó dispositivos reparadores del daño moral producido por la vulneración del derecho fundamental y los daños y perjuicios derivados. Las dificultades evaluadoras y probatorias de tales lesiones llevaron al legislador a conceder un amplio margen jurisdicente respecto de la valoración y cuantificación de dichas vulneraciones. Lo que sin embargo queda en el aire es el nexo estructural de la doble finalidad preventiva y resarcitoria de tales acciones procesales. El daño y la reparación del mismo se mueven en planos paralelos empero disjuntos, y sus conexiones varían en función del primero, de los efectos sinérgicos producidos alrededor suyo y del tiempo discurrido en la corrección jurídica de tan complejo puzle institucional. En el caso de la libertad sindical los efectos de la conducta transgresora se amplifican con-causalmente, y sus reversiones resultan de gran complejidad apreciativa y valorativa (v.gr. prestigio de la organización, oportunidades perdidas de acción, etc). A nuestro modesto entender, y según desarrollaremos en las siguientes páginas, la ley pecó de una cierta "*lateralización*" al abordar este importante asunto, todo lo cual nos lleva a plantear la virtualidad real del procedimiento en aras de una justa corrección de las vulneraciones de los derechos fundamenetales.

2. EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. CÁNONES CONFIGURADORES Y CONSIDERACIONES DEL SISTEMA INDEMNIZATORIO DE LAS CONDUCTAS ANTISINDICALES.

Según adelantamos preliminarmente, la protección *en serio* de los derechos fundamentales y libertades públicas requiere, a todas luces, unos cauces realmente garantizadores de los bienes jurídicos protegidos, incluyendo un modelo normativo-indemnizatorio e integral del *Daño* (con mayúsculas). Sintonizando con la entidad de los valores tutelados, los arts. 177 y ss LRJS propenden atajar el resultado, directo o mediato, de la vulneración de tales derechos, y también representan una

consecuencia, justa e integradora a su vez, de los daños materiales o patrimoniales emergentes y los derivados del lucro cesado o perjuicios ex art. 1101 CC, así como de los daños morales. Todo ello entendido desde un doble plano: suficientemente resarcidor para quien sufre el perjuicio, ora a nivel individual y colectivo, y teleológicamente disuasorio para quien, por acción u omisión relevante, irroga los mentados daños. El Legislador subrayaría sin ambages la esencia y finalidad de tales códigos en el Preámbulo de la LRJS[6], y el desarrollo exhaustivo de dichas previsiones se concretiza en el art. 183 del referido texto. Según veremos, bajo la rúbrica "Indemnizaciones", este último artículo constituye la clave de bóveda de un sistema jurídico cuyas paredes se alzan dentro de la misma Ley Adjetiva. Conviene sintetizar antes los cánones centrales de dicho procedimiento.

Principiaremos por las reglas del art. 180 LRJS, que bajo la rúbrica "Medidas cautelares" prevé en su número 1º la posibilidad de que el actor solicite en el escrito de interposición de la demanda la suspensión de los efectos del acto impugnado, así como las demás medidas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en la sentencia. El art. 179 LRJS requiere en su número 3º que la demanda, además de los requisitos generales previstos en la LRJS, exprese claramente los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida. Respecto de este último asunto, la ley hace dos importantes precisiones. La primera opera a modo de regla general pues, según decreta la norma, la demanda debe contener una "adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 (sentencia) y 183 (indemnizaciones)". Sin embargo la ley contempla una significativa excepción pues, salvo el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil la "estimación detallada" de éstos, "deberá establecer(se) las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador". Otro importante canon deviene de las reglas de legitimación ex art. 177 LRJS. La ley atribuye legitimación activa a la víctima como sujeto lesionado pero también integra una intervención coadyuvante de los sindicatos, ora al que pertenezca el trabajador o cualquier otro sindicato representativo. Muchas violaciones de la libertad sindical anudan un ataque simultáneo de intereses individuales y colectivos, lo que, desde este plano, permite aventurar situaciones litisconsorciales en vía judicial. También destaca el papel asignado al Ministerio Fiscal en la defensa de los derechos fundamentales, asignándole el art. 177.3 LRJS la responsabilidad de velar por la integridad de la reparación de las víctimas y de interesarse por la adopción de las

[6] "El undécimo y último Capítulo del Título II del Libro Segundo, regula la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, ajustándolo a la doctrina constitucional, con una regulación más completa y estructurada que la actual, particularmente en cuanto a los términos de los pronunciamientos a dictar y respecto del resarcimiento de la víctima y su estatuto procesal".

medidas necesarias para una correcta depuración de las conductas delictivas. Por último debe destacarse el tratamiento dable al contenido de la resolución judicial en el art. 182 LRJS. El precepto aborda los aspectos declarativos y constitutivos de la sentencia en términos análogos al previsto por la anterior ley rituaria, salvo una importante previsión en el párrafo d) del referido precepto. Este apartado consigna el restablecimiento del demandante en la integridad del derecho lesionado y la reposición de la situación jurídica al momento anterior de producirse la vulneración de la libertad sindical, pero sobre todo, y muy especialmente, sanciona la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable de la lesión, incluyendo la indemnización ex art. 183 LRJS.

2. Abordaremos ahora las claves del sistema indemnizatorio y del resarcimiento punitivo. Para empezar, queda claro que la indemnización por la lesión de dicha libertad fundamental no ostenta carácter automático. Muy al contrario, la ley requiere que sea solicitada expresamente en el suplico de la demanda. Aparte de lo dispuesto en el art. 183.1 LRJS, esta tesis se infiere con claridad meridiana de la expresión "*en su caso*" predicada por el art. 179.3 LRJS cuando habla de la "*cuantía de la indemnización pretendida"* o "*solicitada"*, y que además vuelve ratificarse en el art. 182.1.d) de la misma Ley Adjetiva cuando alude a "*las pretensiones concretamente ejercitadas* por la *víctima"*, precisando en este último caso que la sentencia ("en su caso", conviene insistir en la dicción legal) dispondrá "*el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 18*3". Viene bien colacionar aquí las previsiones del art. 183.4 LRJS, cuyos cánones impiden dicha petición cuando el sujeto lesionado haya ejercido antes en un proceso penal la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta, a menos que desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social. Se trata ello de una solución ya anticipada en algunas decisiones jurisprudenciales (v.gr. STS 5 de junio del 2005) para atajar el enriquecimiento injusto generable por la posible duplicidad de conceptos indemnizatorios.

En adecuada técnica jurídica el sujeto lesionado debe hacer constar, muy específicamente además en el preámbulo de la demanda, los extremos del derecho de libertad sindical infringido ex art. 179.3 LRJS, lo cual resulta lógico si, como establece el art. 80.1.a LRJS, corresponde al actor expresar en su escrito la modalidad procesal a través de la cual entiende que debe enjuiciarse su pretensión. Como no puede ser de otro modo, añadiríamos la indicación, empero no vinculante para el Tribunal ex arts. 102.2 y 179.4 LRJS, de relatar con claridad en el cuerpo de

la demanda los hechos constitutivos de la vulneración, subrayando muy particularmente las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada en el suplico (insistimos de nuevo en la dicción normativa "*en su caso"*) de los daños y perjuicios. El problema es que el daño moral deviene implícito en el abanico de conductas atentatorias de la libertad sindical, es más, la privación de tales derechos, amén de amplificarse y concatenarse desde un doble plano material e institucional, suele resolverse cual hechos consumados (Sepúlveda Gómez, pp. 43 y 44). Normativamente se impone la identificación de la gravedad, duración y consecuencias del daño material y las bases de cálculo de los perjuicios estimados, carga de la que sólo cabe liberarse respecto de los daños morales unidos a la vulneración del derecho cuando resulte difícil la estimación detallada de los mismos. Lógicamente el incumplimiento de esta carga procesal de explicitación en el cuerpo de demanda, cuando en el suplico se pida indemnización expresa, debe conllevar el oportuno requerimiento de subsanación en los términos establecidos por los arts. 179.4 ex art. 81.1 LRJS[7]. Rompiendo cánones anteriores, la indemnización no deviene automática pues para decretar el pronunciamiento condenatorio debe alegarse en la demanda las bases y elementos clave de la indemnización que justifiquen suficientemente su correspondencia con el supuesto colacionado al efecto, dando asimismo las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; aparte de ello, también deben acreditarse, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes donde poder fundamentar una condena de tal naturaleza[8]. En la práctica forense suelen ser los letrados quienes invocan, cada vez con más fuerza

[7] La LRJS recoge así el criterio que, rectificando cánones anteriores (mantenido, por todas, en las SSTS de 9 de junio de 1993 y 8 de mayo de 1995) vino a establecerse sólidamente por la STS 22 de julio de 1996, seguido, entre otras, por las SSTS de 20 de enero de 1998, 12 de diciembre del 2007, 12 de mayo del 2010, y 7 de febrero del 2011.

[8] Ciertamente, los tribunales suelen recabar un caudal de conductas indiciarias cuya trayectoria dan consistencia a la colisión de nuestro derecho. A modo ilustrativo, la STSJ Castilla León 17 de diciembre del 2014 recaba el siguiente cuadro: inclusión del representante en un ERTE, del que luego se desistió empresarialmente; impago de parte de las retribuciones de cuatro mensualidades; inclusión en otro expediente suspensivo del que de nuevo la empresa desistió expresamente; descuento de un complemento de 400 euros; fijación unilateral por la empresa del periodo vacacional; reclamación por la empresa de daños causados por el trabajador; e imposición de sanción por mal uso de tacógrafos digitales. Paralelamente a ello, para que opere el desplazamiento al empresario del "onus probandi" no basta con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio pues, como ya se ha dicho, debe acreditar indicios que permitan "deducir la posibilidad de que aquélla (la vulneración constitucional) se haya producido» generando una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación. Es necesario que el actor aporte una « prueba verosímil» o «principio de prueba » revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (SSTCO 92/2008, 125/2008, 2/2009, y SSTS 14 de abril del 2011, 25 de junio del 2012, y 13 de noviembre del 2012). Una vez dada la prueba indiciaria, «el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales» (SSTCO 183/2007, 257/2007 y 74/2008); en suma, debe constituir "una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales (SSTCO 326/2005, 125/2008, y 92/2009).

en sus demandas, la LISOS como parámetro cuantificador del Daño. Esta práctica, que ya gozaba de respaldo fundamentador en la STCO 247/2006, ha venido generalizándose en la jurisprudencia ordinaria sin ambages[9], aunque otras veces se recaba el Baremo orientativo para cuantificar la indemnización referencialmente por los accidentes de tráfico[10]. Respecto de la valoración en concreto de los daños morales, pueden colacionarse ciertas leyes complementarias que introduzcan apoyaturas ponderativas en función de los bienes lesionados y de los ámbitos potenciales de proyección[11].

Como medida cautelar necesaria para asegurar la efectividad de la tutela judicial, y particularmente en lo que respecta a la condena indemnizatoria, la Ley contempla el embargo preventivo de bienes del sujeto demandado (art. 180.1 en relación con el art. 182.1.d y 2, y sobre todo art. 79.2 LRJS). Incomprensiblemente, empero, una lectura literal del art. 180.1 LRJS parece cerrar la elevación de dicha medida preventiva antes de la interposición de la demanda ("*En el mismo escrito de interposición de la demanda…"*, principia textualmente la norma), lo que, a nuestro modesto entender, carece de sentido si consideramos, esto es, la teleología protectora del precepto y la remisión sin ambages (aunque eso sí, con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social) que efectúa el art. 79.1 LRJS a los artículos 721 a 747 de la LEC. Por lo ya dicho, la condición de parte del Ministerio Fiscal en esta clase de procesos le confiere siempre la defensa de los derechos fundamentales, la responsabilidad de velar por la integridad de la reparación y de interesarse, en su caso, por la adopción de las medidas necesarias para depurar posibles conductas delictivas ex art. 177.3 LRJS, ahora bien, esta condición no le legitima para solicitar una indemnización no incoada por la parte actora, con los términos de detalle posible antes descritos.

3. Nos referiremos ahora al alcance material de la sentencia. Según indican los párrafos 1º y 2º del art. 182 LRJS, si las pretensiones concretamente ejercidas dan lugar a una sentencia estimatoria, el amparo judicial debe disponer, además de lo que proceda respecto de las medidas cautelares previamente adoptadas, el restablecimiento en la integridad del derecho y la reposición de la situación al momento anterior de producirse su lesión, tanto como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluyendo la indemniza-

[9] Ejemplo de ello, SSTS de 15 de febrero del 2012, 5 de febrero del 2013, ó 2 de diciembre del 2014.

[10] Avalando esta práctica con meridiana claridad, vid SSTS de 20 de noviembre del 2007 y 17 de febrero del 2015.

[11] A modo de ejemplos referenciales, la Ley de Patentes (Ley 24/2015, de 2 de julio) integra en su art. 72 los presupuestos de las indemnizaciones por daños y perjuicios, en su art. 74 recaba unas reglas de cálculo de los daños y perjuicios y de las indemnizaciones coercitivas, y en su art. 76 hace lo propio respecto de las indemnizaciones por desprestigio. En análogo orden de ideas, vid. arts. 138, 139 y 140 de la Ley de Propiedad Intelectual (modificada por la ley 21/2014, de 4 de noviembre), o los arts. 7 y 9 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen.

ción que proceda en los términos previstos por el art. 183 LRJS. Pues bien, de la mano de este último precepto central colegimos dos importantes consideraciones. De una parte, queda definitivamente asentado en la palestra, por si no fuera prístino ya, el carácter no automático de la indemnización por lesión. Según dispone el art. 183.1 LRJS, cuando la sentencia declare la vulneración del derecho el juez "deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales o libertades públicas". De otra parte, también queda fijado que la indemnización finalmente concedida, en lo relativo a su precisa cuantificación, será una variable dependiente tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho como de los daños materiales y perjuicios adicionales derivados ex art. 183.1 in fine LRJS; esto es, del Daño, por tanto, suficientemente acreditado. Por excepción, y en lo que respecta concretamente al daño moral, pues así debe entenderse de una interpretación sistemática conectada al 179.3 LRJS, cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, dice el art. 183.2 LRJS, el tribunal lo determinará prudencialmente, tal como rubrica el art. 183.2 LRJS; en definitiva, jamás de forma arbitraria pero sí discrecional. Ahora bien, esta indemnización no puede ser testimonial. La hermenéutica Constitucional de los derechos fundamentales no encaja en planos teóricos e ideales, propende un sentido real y efectivo de dichas libertades, y en estos términos la protección judicial escapa de lo meramente ritual o simbólico (SSTCO 176/1998 ó 12/1994). Según inferimos teleológicamente de las reglas adjetivas anteriores, la indemnización debe servir "ex lege" a dos finalidades básicas: primero, resarcir suficientemente al trabajador o sindicato, restableciendo a éstos en la integridad de la situación anterior a la lesión; y segundo, y muy especialmente además, contribuir a la prevención del daño ex art. 183.2 "in fine" LRJS en clave proyectiva[12].

Fuera de estos casos singulares, y de la mano de lo dispuesto en los arts. 179.3 y 183.2 LRJS, la regla general seguida por el Supremo resulta clara y sin fisuras aparentes. De un lado, la condena judicial monetaria por los daños materiales sufridos y los perjuicios derivados de la lesión de la libertad sindical imponen, primero, la carga de probar la realidad, naturaleza y gravedad de aquéllos, y, segundo, la carga de explicitar, y en su caso acreditar y razonar, la colación de criterios objetivos para cuantificarlos. No obstante, cuando de daños morales se trata, dado que en la mayoría de las ocasiones no resulta factible la aportación de una prueba concreta

[12] Contra todo pronóstico, en algún pronunciamiento posterior a la entrada en vigor de la LRJS el Supremo ha venido insistiendo en la necesidad de que, en materia de daños morales, una vez hecha la alegación de los mismos, se aporte una base o indicio mínimo justificativa de su realidad y entidad a efectos de cuantificarlos (vid SSTS 11 de diciembre del 2011, 11 de junio del 2012, ó 15 de abril del 2013). Si bien, en honor a la verdad, tal exigencia no se predica de igual modo de la indemnización final. Creemos asimismo que la indemnización resulta compatible con la que por ejemplo pudiera corresponder al trabajador por modificación o extinción del contrato o en otros supuestos establecidos en el Estatuto y demás normas laborales ex art. 183.3 LRJS, al no existir problema alguno de duplicidad.

del perjuicio sufrido y la cuantificación monetaria detallada del mismo, una vez constatada esta realidad en juicio, el Tribunal fijará prudencialmente en la sentencia el importe de la indemnización que en derecho proceda. Todo ello sin posibilidad, por cierto, de ser revisado -corregido o suprimido- el criterio del tribunal en los grados superiores de la Jurisdicción, salvo absoluta irrazonabilidad o desproporción en su establecimiento[13].

4. A nuestro entender, la indemnización judicial por Daños debe ser lo suficientemente adecuada y justa al caso como para cumplir la doble finalidad impuesta en la Ley Adjetiva: resarcir suficientemente a la víctima, restableciendo a ésta en la integridad de su situación anterior a la lesión, y contribuir asimismo a la finalidad de prevenir el daño. Respecto de esto último cabe hipostasiar si la finalidad disuasoria predicada de la indemnización se consigue, en la práctica generalidad de los casos, con el mero resarcimiento. La cuestión no es baladí. Una de las claves neurálgicas del proceso de tutela de derechos fundamentales estriba en la teleonomía preventiva que hacen gala sus códigos reguladores, y a la luz de esta finalidad básica se propende un objetivo disuasorio del daño respecto del sujeto vulnerador de la libertad lesionada. En el caso de la libertad sindical, las cuantificaciones valorativas resultan extremadamente complejas debido a la matriz colectiva de ese derecho y a las dimensiones multifacéticas del mismo. Precisamente, la "lateralidad" a la que aludíamos al comienzo respecto de la construcción institucional de nuestro procedimiento estriba en unas claves reguladoras que quizás no atajen unas vulneraciones garantizadas al máximo nivel Constitucionalmente requerido. Según decíamos al comienzo, la abstracción del tratamiento técnico y rituario de estos códigos garantistas, en combinación con la cualificación que debe inspirar la protección de los bienes jurídicos tutelados, casa mal si dicho régimen no ataja las conductas antisindicales en proyección de futuro. Se trata, en fin, de calibrar si por exigencia legal el resarcimiento debe alcanzar un nivel de suficiencia, en términos de realidad, proporcionalidad y efectividad (por usar la terminología comunitaria sobradamente conocida) capaz de restablecer la lesión y la integridad violentada respecto de una situación previa. O, antes bien, si es necesario a tal fin, y a modo de daño punitivo para el transgresor, un régimen de indemnizaciones que siga la "penetrante técnica sancionatoria" (Valdeolivas, p. 145) de tales conductas antijurídicas más allá de la reparación en las situaciones anteriores.

La figura del daño punitivo así expresada no es extraña a nuestro ordenamiento jurídico. Un ejemplo de ello es el recargo de prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional derivados de la infracción empresarial de los deberes preventivos ex art. 123 LGSS, tanto como la copiosa jurisprudencia que interpreta

[13] Vid en este sentido, STS de 11 de mayo del 2012, que además ratifica el criterio consolidado de la no inclusión de los honorarios de letrado en el cómputo de la indemnización por daños materiales y perjuicios. Respecto a los cánones del apartado 2º antedicho, vid. STS de 2 de diciembre del 2014.

tal categoría jurídica en lo relativo a su no detracción de la indemnización adicional correspondiente al trabajador afectado. Situados en este punto, podemos colacionar a modo ilustrativo la cuestión prejudicial planteada por el JS nº 1 de Córdoba al TJUE. Se trata de la C-407/2014, cuyo contenido plantea al Alto Tribunal la posibilidad del juez nacional de condenar por daños punitivos al empleador por la vulneración del derecho de una trabajadora abyectamente violentada en su derecho de no ser discriminada por razón de sexo[14]. El caso, pendiente de resolver por el TJUE, no aborda un supuesto de transgresión sindical pero puede colacionarse respecto de la tesis que venimos manteniendo en estas páginas. En dicho ejemplo, la trabajadora resultó despedida sin razón convincente tras someterse a varios tratamientos de fertilidad, lamentablemente fracasados, lo que al modesto entender jurisdicente podría legitimar una sentencia de condena al empleador por daños punitivos.

Las ideas descritas pueden tener encaje en la protección de la antisindicalidad. Como hemos visto, los códigos de tutela ex art. 182 LRJS parecen conferir una posición dominante al cese de las conductas vulneradoras de la libertad sindical y la reposición de las situaciones a los momentos anteriores de producirse la lesión, sin embargo el objeto jurídico lesionado puede -y de hecho suele- amputar de raíz el ejercicio material de un amplio cuadro de derechos individuales y colectivos. La multi-dimensionalidad y multi-lesividad de la libertad sindical pueden llegar a impedir "con-causalmente" el propio desenvolvimiento del instituto representativo y el ejercicio de las facultades imbricadas en la defensa de los derechos de los trabajadores. Una vez violentado el derecho y materializado el daño, éste resulta muchas veces irreparable, tanto como imposible la retroacción temporal del escenario y de los derechos concomitantemente violentados. La privación del ejercicio de un derecho fundamental resulta escurridiza a las valoraciones patrimoniales, máxime en libertades de naturaleza tan compleja y con tantas imbricaciones institucionales como la que aquí nos atañe, sin embargo son asuntos que amputan la condición de sujeto colectivo a todo un sector de la sociedad, por consiguiente la reparación indemnizatoria y la valorización de los daños punitivos pueden servir, en ese sentido, de óptimo acicate correctivo. Algún sector doctrinal y jurisprudencial propende una valoración sistémica y proyectiva de las consecuencias colectivas y generales de la lesión. Entre los parámetros de cálculo, la reparación-compensación del "daño

[14] La pregunta se elevó al TSJE al amparo de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Y se formuló en los siguientes términos: *El art. 18 de la Directiva 2006/54/CE, cuando predica el carácter disuasorio (además de real, efectivo y proporcional al perjuicio sufrido) de la indemnización de la víctima de una discriminación por razón de su sexo, ¿puede interpretarse en el sentido de que autoriza al juez nacional la condena verdaderamente adicional por daños punitivos razonables: esto es, por una suma adicional que, aun estando más allá de la reparación íntegra de los daños y perjuicios reales sufridos por la víctima, sirva como ejemplo para otros (además del propio autor del daño), pero siempre que dicha suma se mantenga dentro de los límites de lo que no es desproporcionado; e inclusive cuando esta figura de los daños punitivos resulte ajena a la propia tradición jurídica del juez nacional?*

moral sindical" recabaría valorativamente, por ejemplo, el número de trabajadores privados de la acción sindical impedida, o el beneficio obtenido por los codemandados gracias a tales violaciones (v.gr. ahorro de gasto reportable al empresario)[15], incluyendo asimismo valoraciones del desprestigio producido en la reputación del sindicato en términos de pérdida de simpatizantes, votantes potenciales, etc[16].

BIBLIOGRAFÍA: (1987) Albiol Montesinos I. "La tutela de la libertad sindical por los tribunales nacionales", Cívitas; (1990) "Modalidad procesal de la tutela de los derechos de libertad sindical", en "Comentarios a las leyes laborales. La nueva ley de procedimiento laboral", T. XII, Edersa; Blasco Pellicer A. (2005) "Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales", en Blasco et al (Dir), Tirant lo Blanch, Valencia; Cavas Martínez F. (2004) "El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales", Aranzadi; García Ninet et al (2007) "Manual de derecho sindical", Ed. Atelier, Barcelona; García Serrano (1972) "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", ADC T. XXV, Fasc. III; Goerlich Peset JM (2010) "La reparación de la vulnera-

[15] Vid STS. de 11 de junio del 2003 o las propuestas de Sepúlveda Gómez M. op, cit, pp. 58 y ss. Recientes sentencias vienen refrendando cantidades precisas de las indemnizaciones por daño moral sindical. Sirva de ejemplo la STS de 2 de febrero del 2015 (Rec. 279/203) cuyo fallo condena al BBVA a pagar una indemnización de 3.126 E por la negativa de la empresa a reconocer la condición de liberado sindical teniendo derecho a tal estatuto. La resolución confirma lo siguiente: "la conducta antijurídica de la empresa llevó a que la CIG sufriese un daño moral, como consecuencia del menoscabo de su imagen y la privación de los medios necesarios para desarrollar su actividad sindical, viendo menguada su capacidad para tomar medidas de información, reacción o conflicto, y que por ello proponemos que se sancione a la empresa a abonar al sindicato la cantidad de 3.126 euros, utilizando como criterio el importe mínimo establecido para las infracciones graves, en su grado máximo, y que correspondería imponer a la empresa por vulnerar el artículo 7.8 de la... LISOS... que tipifica como infracción grave...». Entendemos que una mayor precisión en indicios de daño y bases de resarcimiento es -tratándose de daño moral- absolutamente inexigible, cuando no imposible". En análogo orden de ideas, la STS 18 de julio del 2012, confirmaría una indemnización de 10.000 E a un organismo público que se negó a reconocer el derecho de una sección sindical a disponer de local, desglosándose la indemnización en los siguientes conceptos: 2.500 E. en concepto de adquisición de medios materiales necesarios para el desempeño normal de la actividad (ordenador, fax, etc); 2500 E. por la imposibilidad material de realizar la acción sindical respecto de los únicos recursos económicos con los que contaba dicha sección derivados de las cuotas de sus afiliados; y 5000 E en concepto de daños y perjuicios ex artículos 1101, 1106 y 1107 CC por impedirse el ejercicio adecuado de la libertad sindical y por el trato discriminatorio dado a aquella sección respecto de las demás fuerzas sindicales presentes en la empresa.

[16] Es el caso abordado en la STS 17 de febrero del 2013, cuyo fallo abordó la negativa empresarial de facilitar los censos para realizar las elecciones sindicales, lo que, a juicio del sindicato accionante, suponía "una situación de ridículo y desprestigio ante los trabajadores, que ven como reiteradamente se hace caso omiso de sus peticiones impidiendo la celebración de elecciones". Para dicho sindicato la indemnización debería equipararse a la sanción fijada en la LISOS por falta muy grave y en su grado máximo (187.515 E) debido a una trasgresión de los deberes materiales de colaboración impuestos por la normativa reguladora de tales procesos. No obstante, el TS confirmó la cantidad fijada por el TSJ (6.000 E) con los siguientes razonamientos: "Ciertamente se ha causado un daño moral al sindicato, pues como tal hay que entender el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial, provocado por un acto antijurídico y como tal debe entenderse el ataque al prestigio del sindicato ante sus propios miembros, que han visto frustrados su lícita pretensión de obtener unos representantes sindicales en la AGE, en este caso concreto, sus representaciones en el exterior". Añadiría además que: "A la hora de cifrar el "quantum" del daño moral no puede acogerse la elevadísima cantidad que se pide en la demanda, sino que atendidas las circunstancias del caso y su repercusión, esta Sala entiende que la cantidad de 6.000 euros es ajustada, ya que la facultad de cifrar el daño moral tiene carácter discrecional, siendo el órgano judicial soberano para fijarla con arreglo a su prudente arbitrio, atendidas las circunstancias de este caso".

ción de derechos fundamentales en el orden social: el papel de la indemnización por daños", en AA.VV. "Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol", Univ. Valencia; López Balaguer M. (2012) "El procedimiento de oficio, el proceso de conflicto colectivo, el proceso de impugnación de convenios colectivos y el proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas", en "La reforma del proceso laboral" (Dirs. Blasco/ Goerlich), Tirant lo Blanch, Valencia; Sala Franco T (2012) "Derecho sindical", Tirant lo Blanch; Sánchez González et al (2015) "Dogmática y práctica de los derechos fundamentales", Tirant lo Blanch, Valencia: Sanguinetti Raymond W (1993) Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales: estudio de la estructura y el contenido del juicio de antisindicalidad", MTAS, Madrid; Sepúlveda Gómez M. (2004) "Los efectos patrimoniales derivados de la conducta antisindical del empresario", Bomarzo, Albacete; Valeolivas García Y (1994(1)) "Las conductas lesivas de la libertad Sindical", CES, Madrid; (1994(2)) "Antisindicalidad y relaciones de trabajo (un estudio de la conducta antisindical en la empresa), Cívitas.

LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA PROBATORIA EN LOS PROCESOS LABORALES SOBRE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

Ana María Chocrón Giráldez
Profesora Contratada Doctora (Acreditada TU)
Facultad de Ciencias del Trabajo
Universidad de Sevilla

Artículo 13 de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical: "*Cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical, por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones Públicas o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona"*.

1. MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA

Conforme al artículo 53.2 de la Constitución "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional". Casi al mismo tiempo que la promulgación de nuestra Norma Fundamental, se aprueba la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que estableció específicas vías de garantía para tales derechos en los órdenes penal, contencioso-administrativo y civil. Sin embargo, omitió cualquier referencia al orden social por lo que, cuando la lesión del derecho o libertad tenía lugar en el marco de las relaciones jurídicas de carácter laboral, se reconocía la competencia residual de los tribunales civiles para la resolución de la controversia. Así las cosas, no sería sino hasta la aprobación de la Ley de procedimiento laboral de 1990 cuando por fin -dando cumplimiento al artículo 53.2 de la Constitución-, se intro-

duce por primera vez un proceso especial para la tutela de los derechos de libertad sindical. En ese estado, la libertad sindical pasó a ser formalmente el objeto de este proceso especial, aunque ello no impidió dar cobertura a pretensiones referidas a la vulneración de otros derechos fundamentales y libertades públicas.

Este planteamiento fue consolidado después en la Ley de Procedimiento Laboral de 1995 que mantuvo el inapropiado enunciado "De la tutela de los derechos de libertad sindical" como objeto genérico de esta modalidad, cuando lo cierto es que siguió siendo la vía procesal por la que encauzar la defensa de todos los derechos fundamentales de contenido laboral. En el momento presente, el cambio de denominación de la rúbrica "Tutela de los Derechos de Libertad Sindical" a "Tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas" se debe a la vigente Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Por tanto, a través de la modalidad procesal desarrollada en los artículos 177 a 184 de la LJS se tramitan las demandas de protección de derechos claramente laborales, como son el *derecho de libertad sindical* y el derecho de huelga, a los que se suman otros derechos fundamentales y libertades públicas inespecíficos.

En nuestra exposición nos referiremos genéricamente a los derechos fundamentales aunque con atención particular a los supuestos de reclamación de tutela de la libertad sindical. Recordemos que se trata del derecho fundamental reconocido en el artículo 28.1 de la Constitución en el que se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa.

2. TUTELA JUDICIAL FRENTE A ACTOS DE DISCRIMINACIÓN -POR MOTIVOS SINDICALES- Y CARGA DE LA PRUEBA

El orden jurisdiccional social tiene como finalidad prioritaria la tutela de los derechos de los trabajadores que hayan podido ser infringidos en el desarrollo de la relación jurídica que le une con el empresario, a quien se le reconoce una posición de superioridad o supremacía derivada de su poder de dirección en el marco de las relaciones de trabajo. Esta idea -que preside los planteamientos socializadores que se hallan en la base del Derecho laboral- se proyecta sobre la jurisdicción social que atiende a la remoción de obstáculos procesales que impidan al trabajador litigar en igualdad de condiciones. No se trata con ello de instaurar un trato privilegiado al trabajador, ni una negación o limitación de los derechos o garantías procesales del empresario -pues ello entraría en colisión con la tutela judicial efectiva, la prohibición de indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24 de la Constitución, que obliga a reconocer un equilibrio en las posibilidades de defensa y ataque ("igualdad de armas")-, sino más bien de impedir que la desigualdad originaria entre el trabajador y el empresario afecte a las posiciones procesales de las partes.

De acuerdo con lo anterior, una consolidada y unánime doctrina constitucional (entre otras STC 90/1997, de 6 de mayo reiterada después en las SSTC 66/2002 y 168/2006) resuelve que "la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial".

Precisamente son las especiales dificultades probatorias a las que se enfrentan los trabajadores a la hora de acreditar que determinadas decisiones empresariales implican una vulneración de sus derechos fundamentales, las que avalan -desde una perspectiva constitucional- la instauración de reglas precisas en materia de prueba. Reflejo legal de ello son los artículos 96.1 y 181.2 de la LJS, que toman en consideración la dificultad del demandante trabajador para probar que las medidas patronales adoptadas -tales como el despido, el cambio de centro de trabajo, la denegación de ciertas cantidades, diferencias salariales…-, son discriminatorias o lesivas de sus derechos fundamentales. Si tomamos como referente la libertad sindical, de no existir estas reglas especiales, enfrentamos al trabajador a la prueba plena de la relación entre la decisión del empleador, objeto de su impugnación, y el ejercicio de su actividad sindical.

Sin embargo, en estos supuestos, como después se dirá, tan sólo se exige al trabajador que aporte indicios fundados de la lesión del derecho a la libertad sindical por el empresario, trasladando a éste la obligación de probar que las medidas adoptadas son ajenas a cualquier móvil discriminador o vulnerador de tal derecho. En efecto, el citado artículo 181.2 de la LRJS es el que define la carga de la prueba en la modalidad procesal laboral de Tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. En dicha norma se dispone que:

"En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido la violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad".

La carga de la prueba en el proceso laboral está regida por los criterios del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ofrece en primer lugar una regla general: "Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos

y fundamenten las pretensiones".

Posteriormente, esta regla general se desarrolla distribuyendo la carga de la prueba (onus probandi) del siguiente modo: corresponde a quien demanda acreditar los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado los hechos que la impidan, la extingan o la enerven (art. 217.2 y 3), dejando a salvo la posibilidad de que una disposición legal expresa distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes (Alemañ Cano 2002, p. 26). Esta posibilidad está respaldada por el apartado 6 del mismo artículo 217 que evidencia las dificultades probatorias que pudieran derivarse de una aplicación estricta y rigurosa de la regla general ("las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes, art. 217.6). En definitiva, se establece "un sistema especial de carga de la prueba para supuestos igualmente especiales" que no afecta a la regla general (Cortés Domínguez, 1996, pp. 259-260).

Así las cosas, partiendo de un hecho que no ha sido probado, de lo que se trata con la carga de la prueba es determinar qué parte tenía la carga de probarlo y, por tanto, quién tiene ahora que soportar las consecuencias de esa falta de prueba. Todo ello sin olvidar dos órdenes de cuestiones:

- Cada parte procesal tiene no sólo la carga de alegar los hechos que le interesan, sino que también ha de probarlos para llevar al convencimiento judicial la veracidad de sus afirmaciones y consecuentemente conseguir una sentencia estimatoria.

- En virtud del artículo 1.7 del Código Civil, los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan. En caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, las reglas sobre la carga de la prueba permiten identificar a la parte sobre la que ha de recaer el perjuicio derivado de la falta de prueba, evitando así el llamado non liquet (STS de 10 de mayo de 2013, Sala 1ª).

3. RÉGIMEN DE DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. LA DENOMINADA PRUEBA INDICIARIA

Desde la perspectiva constitucional se sostiene que ambas partes en un proceso sobre tutela antidiscriminatoria asumen "cargas probatorias" (SSTC 171/2003, de 29 de septiembre; 138/2006, de 8 de mayo): el trabajador cumplirá su carga probatoria con la acreditación de indicios a partir de los cuales surja razonablemente un panorama indicativo de posible discriminación en la actuación empresarial y, alcanzado el anterior

resultado probatorio por el demandante, el empresario tiene a su vez la carga de llevar a la convicción del juzgador que su actuación obedece a causas ajenas a cualquier conducta discriminatoria o vulneradora de derecho fundamental o libertad pública alguna y que por sí misma tiene la entidad suficiente para justificar la decisión adoptada.

Se procura de esta forma la llamada prueba indiciaria en el proceso laboral que, siguiendo doctrina constitucional, se articula en un doble plano (SSTC 84/2002, de 22 de abril; 49/2003, de 17 de marzo; 171/2003, de 23 de septiembre):

1) Aportación por parte del actor/trabajador de un *indicio razonable* de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental a la libertad sindical.

Según ha afirmado la Sala de lo Social del TS (entre otras, en Sentencias de 9 febrero y 23 de septiembre de 1996), "los indicios son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto, lo que es diferente al significado del término «sospechoso», que no es sino imaginar o aprehender algo por conjeturas, fundadas en apariencia". Así, por ejemplo, la mera afiliación a un sindicato no constituye por sí sola un indicio de vulneración de derechos fundamentales, "por lo que hay que centrarse en el hecho de la presentación de la candidatura puesto en relación con la decisión de desplazamiento a otros centros de trabajo" (STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2010).

En la doctrina constitucional, "el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional sino que debe revelar la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha de la lesión denunciada" (SSTC 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero y 30/2002, de 11 de febrero, 49/2003, de 17 de marzo). De esta manera, la mera condición de afiliado y de candidato no constituye indicio suficiente para alcanzar la total convicción del juez sobre el móvil discriminatorio de la decisión empresarial "pero sí es indicio esa misma condición si la extinción del vínculo se produce con clara conexión temporal respecto de la adquisición de ese estatus" (STC 14/2002, de 28 de enero).

En todo caso, la actividad probatoria del trabajador o, en puridad, la carga del actor gira en torno a la aportación al tribunal de unos indicios de los que pueda inferirse sin dificultad la lesión al derecho fundamental. En otras palabras, no basta que el actor señale como atentatoria de su derecho fundamental una medida empresarial que le afecta, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato (STC 14/2002).

Obsérvese que esos indicios razonables se equiparan o identifican en la jurisprudencia con ciertos remedios procesales a los que se recurre para combatir las

dificultades de prueba. Nos estamos refiriendo al denominado principio de prueba o a las presunciones.

a) El principio de prueba es entendido como la apariencia de unos elementos que hagan considerar inicialmente como ciertos unos hechos relevantes (Montero Aroca, 2010, p. 49). En ese orden, el artículo 182.1 de la LJS se ha caracterizado por no exigir una prueba cumplida y concluyente de haberse producido la violación del derecho sino tan sólo "la concurrencia de indicios", una apariencia de certeza, en definitiva, que el Tribunal Constitucional vincula a un principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (SSTC 207/2001, de 22 de octubre; 114/2002, de 20 de mayo). Aunque se pueda discutir acerca de si este principio de prueba facilita la acreditación de la lesión deducida por el trabajador (Pérez Daudí, 2015, p. 136), no vemos inconveniente en mantener una interpretación flexible de la terminología empleada por el Alto Constitucional (Fernández López, 2013, p.625) y, en consecuencia, sostener que el indicio razonable puede operar como principio de prueba.

b) Más problemática, sin embargo, se presenta a nuestro entender el recurso a la técnica de las presunciones. De entrada, la parte a quien favorezca la presunción (el trabajador) no se halla eximida de cualquier actividad probatoria ya que en aplicación del artículo 385.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no le bastará alegar sin más, también deberá probar el hecho base de la presunción para que el tribunal pueda deducir de ahí la lesión del derecho como hecho presunto o consecuencia (Lousada Arochena, 2015, 196). No debe olvidarse tampoco que si la parte interesada en hacer uso de la norma presuntiva no consigue probar el hecho base, sólo a ella corresponderá soportar las consecuencias desfavorables de esa falta de prueba de conformidad con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que quepa derivar un desplazamiento del onus probandi al demandado.

Veámoslo con un ejemplo práctico. La STSJ Castilla y León de 4 de febrero de 2013) determina que -en relación a los indicios aportados por la trabajadora- "constituyen indicios suficientes para poder proceder a invertir la carga de la prueba. En efecto, con estos datos se nos muestra una conexión directa entre el modo en que la empresa está haciendo efectivas las extinciones de contratos y la afiliación sindical a una determinada central sindical particularmente, como es CCOO, y de aquellos que la apoyan o simpatizan con ella". A partir de ahí, procede por el Tribunal examinar si "la empresa demandada acredita que su decisión de despido colectivo de un número elevado de trabajadores, fundamentalmente de talleres, tiene causas reales absolutamente ajenas a la denunciada vulneración de derechos fundamentales y que aquellas causas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión impugnada, no bastando la negación de la vulneración de derechos fundamentales".

En esta forma de operar se ha querido ver una presunción legal que relaciona los indicios discriminatorios con la decisión empresarial (conexión directa), nexo que el empresario debe destruir con su prueba en contrario. Tal vez en ese contexto se explica la consideración de la presunción legal como complemento de las reglas de la carga de la prueba, que ha prosperado en algún pronunciamiento judicial (STS 15 de junio de 1988).

Sin embargo, por mucho que las presunciones hayan proliferado en el ordenamiento laboral, lo cierto es que el caso descrito no deja de evidenciar la aplicación de una específica distribución de la carga probatoria prevista legalmente y para eso no hace falta recurrir a la siempre compleja y controvertida figura de la presunción.

2) Justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, del demandado/empleador de las causas de su decisión y su proporcionalidad.

También es reiterada la doctrina constitucional que señala que una vez cumplido el deber probatorio por el trabajador en torno a los indicios de la existencia de lesión de la libertad sindical, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales, suficientes y serias para calificar la decisión o práctica empresarial discutida, ajena a cualquier propósito lesivo (son muestra entre muchas las SSTC 66/2002, de 21 de marzo; 171/2003, de 29 de septiembre; 125/2008, de 20 de octubre; 2/2009 de 12 de enero).

No se trata con ello de generar desequilibrios procesales entre los litigantes, ni mucho menos deparar indefensión a la parte que haya de soportar más cargas y cumplir más obligaciones. Como sostiene el Tribunal Constitucional, no se le impone a la empresa la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (por todas, SSTC 293/1993, de 18 de octubre; 29/2000, de 31 de enero; 66/2002, de 21 de marzo; 49/2003, de 17 de marzo y 17/2003, de 30 de enero).

Sí es importante subrayar, no obstante, que el empresario asume una auténtica carga probatoria; en palabras del Tribunal Constitucional, la prueba que ha de desplegar la empresa ha de llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se habría producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales (STC 66/2002, de 21 de marzo). La ausencia de prueba determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental (STC144/2006, de 8 de mayo) y consecuentemente la discriminación ha de considerarse existente (Monereo Pérez y Fernández Avilés, 2008, p. 55).

Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite qué causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental o libertad pública del trabajador. Nótese que con este planteamiento la posición del trabajador en la distribución probatoria es francamente ventajosa bastándole acreditar indicios razonables para que el tribunal lo tenga en cuenta si la empresa no logra combatir en juicio tales indicios. En ello se ha querido ver una *inversión o desplazamiento de la carga probatoria* al empresario. Sin embargo, en estricto sentido, no concurre este fenómeno procesal en la medida en que las exigencias probatorias de las partes no se modifican (Albiol Montesinos, 2010, p. 344; Montero Aroca, 2000, p. 292). Todo lo más, estaríamos ante una modulación o flexibilización de la carga de la prueba que, de ordinario, recae sobre el demandante al que corresponde probar los hechos constitutivos de su pretensión (art. 217.2 LEC)

En efecto, el actor no queda relevado de la carga de probar pasando ésta a la contra parte. Ya se ha insistido en la idea de que lejos de hallarse liberado de toda carga probatoria, el trabajador deberá aportar algún elemento que, aunque no logre la plena convicción del juez sobre la existencia de los hechos constitutivos de la vulneración del derecho, permita alcanzar una creencia racional sobre su certeza. Sólo cumplido este trámite, es exigible a la empresa que demuestre la causa a la que obedece la medida adoptada.

Otra cosa será que en el reparto o distribución de la carga de probar se haga recaer el grueso de esta actividad en la parte en quien concurre mayor disponibilidad de los medios y proximidad a las fuentes de prueba (art. 217.7 LEC). Buen exponente de ese objetivo lo resume la STS de 4 de mayo de 2000 cuando indica que “debe recaer la carga de probar sobre la parte a la que le sea posible hacerlo si a la contraria le es imposible (…) lo mismo que si en lugar de imposibilidad, hay dificultad sobresaliente de orden objetivo”.

BIBLIOGRAFÍA BASICA CITADA

ALBIOL MONTESINOS, Derecho Procesal Laboral, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

ALEMAÑ CANO, “La carga de la prueba en el proceso laboral”, Tribunal Social, núm. 136, 2002.

CORTES DOMINGUEZ, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Lecciones de Jurisdicción Social*, en AAVV, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

LOUSADA AROCHENA, *Sistema de Derecho Procesal Laboral,* en AAVV Murcia, Laborum, 2015.

MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, "La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73, 2008.

MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

Introducción al proceso laboral, Marcial Pons, Madrid, 2000.

PÉREZ DAUDI, "La carga de la prueba como medio procesal para la protección del derecho a la igualdad en el orden civil", *Justicia*, núm. 1, 2015.

LA TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sara Guindo Morales
Becaria de Colaboración-Investigación
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, la libertad sindical supone el derecho tutelado jurídicamente a asociarse para la defensa de los intereses de los trabajadores. Sin embargo, este hecho no ha sido siempre así, ya que en nuestro país, este derecho estuvo abolido prácticamente casi los cuarenta años de dictadura, siendo la actividad sindical prohibida y duramente reprimida por el Gobierno, en donde muchos dirigentes sindicales fueron encarcelados durante años por el "delito" de defender a los trabajadores y reclamar cambios democráticos que nos equipararan a los países vecinos. La criminalización del derecho de huelga y la consideración de la actividad sindical y política como delictiva ─por ser contraria en aquella época al orden público─, supuso la condena a miles de trabajadores y la pérdida de sus puestos de trabajo. Por suerte, el reconocimiento de la libertad sindical y la legalización de los sindicatos se produjo en abril de 1977, siendo necesaria en el mismo año la aprobación de una Ley de Amnistía que expresamente incluía las infracciones de naturaleza laboral y sindical como objeto de los beneficios de la misma. Un año más tarde, con la promulgación de la Constitución Española de 1978[17] ─en adelante, CE─, que parte de la afirmación del principio de pluralismo político y social, colocó a la libertad sindical en un lugar central del modelo democrático de relaciones laborales, dedicando dos artículos a este tema, el 7 y el 28.1, sin perjuicio de la posterior referencia en el artículo 37.1 al derecho de negociación colectiva que está integrada en la

[17] Publicado en BOE de 29 de diciembre de 1978.

libertad sindical. Al venir configurada ésta en la CE como parte de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, su desarrollo se llevó a cabo mediante la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical[18] -en adelante, LOLS-, cuyos artículos 12 a 15 regulan la tutela de la libertad sindical y la represión de las acciones antisindicales, para lo cual, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social[19] -en adelante, LRJS-, establece un procedimiento específico[20]. La doctrina del Tribunal Constitucional -en adelante, TC-, ha expresado el "*carácter promocional*" de los sindicatos que en la CE asumen los artículos 7 y 28.1 como elemento clave de la configuración del Estado social y democrático de Derecho que persigue el artículo 1.1 CE para la defensa y promoción de los intereses colectivos de los trabajadores. Por este motivo, la figura del sindicato supone un ente de importancia constitucional inmediatamente protegido por la Constitución[21].

En virtud de todo lo expuesto anteriormente, el objetivo de la presente comunicación es ofrecer un estudio de la tutela del derecho de libertad sindical a la luz de los pronunciamientos del TC sobre la materia, siendo el hilo conductor la doctrina constitucional en la perspectiva litigiosa sobre el precitado derecho, la cual, marca sus límites y posibilidades, realizándose un análisis de los aspectos más controvertidos relativos, especialmente, al ámbito subjetivo del derecho y a la figura de la mayor representatividad sindical, así como a la delimitación del contenido esencial y adicional de la libertad sindical, además de la relación de ésta con otros derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

2. LA TUTELA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD SINDICAL

La importancia del derecho a la libertad sindical en el Ordenamiento jurídico español, ha supuesto la creación de un sistema privilegiado de garantías jurídicas frente a eventuales violaciones de esos derechos, aunque, en lo sustancial, esta tutela reforzada coincide con la prestada por lo general a los demás derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. La virtualidad de los derechos fundamentales para limitar los poderes empresariales es, a día de hoy, doctrina constitucional firme[22]. En el plano subjetivo de la delimitación de las conductas

o comportamientos antisindicales ─legitimación pasiva ex artículo 13.1 LOLS─ existe una clara vocación de universalidad de la tutela; mientras que en el objetivo, no sólo se protegen los comportamientos o conductas resultantes del ejercicio

[18] Publicado en BOE de 8 de agosto de 1985.

[19] Publicado en BOE de 11 de octubre de 2011.

[20] COLLADO GARCÍA, L., ROMERO RODENAS, Mª. J., TARANCÓN PÉREZ, E., y TRILLO PÁRRAGA, F.: *La representación de los trabajadores en la empresa*, Albacete, Bomarzo, 2015, pp. 19 y ss.

[21] SSTC 3/1981, de 2 de febrero; 23/1984, de 20 de febrero; 75/1992, de 14 de mayo; 94/1998, de 4 de mayo; 7/2001, de 15 de enero; 215/2001, de 29 de octubre; 229/2002, de 9 de diciembre.

[22] STC 87/1998, de 21 de abril.

del derecho, sino también los actos preparatorios, también denominado "momento presindical"[23]. El TC ha reaccionado contra decisiones en las que concurría un ánimo contrario al ejercicio del derecho y además, contra conductas que, ajenas a cualquier motivación de aquel tipo, producen un determinado perjuicio, como por ejemplo, la pérdida de condiciones económicas derivadas de la falta de prestación de servicios cuando esta falta es inherente a la condición de representante de los trabajadores en situación de liberados por razón sindical[24]. Atendiendo al sujeto infractor, los comportamientos más típicos son los siguientes[25]:

— Por parte del empresario u organización patronal, tanto los actos de discriminación en el empleo o condiciones de trabajo que inciden negativamente en la libertad sindical -artículo 12 LOLS-, cuanto los actos de injerencia, como por ejemplo, fomento de sindicatos pro interés empresarial -sindicato amarillo-.

— Por parte de los Poderes Públicos, la lesión puede provenir de normas legislativas, reglamentarias o actos administrativos, así como de decisiones judiciales. Sin embargo, son notorias las dificultades para determinar el grado de injerencia real que suponen ciertas acciones. Por ejemplo, en materia de política de subvenciones o en los criterios de distribución del Patrimonio Sindical Acumulado.

— Por parte de los propios sindicatos, por lo general se producirá a través de la negociación colectiva, como por ejemplo, excluyendo un sindicato legitimado[26].

Respecto a las formas o técnicas de tutela, la protección de la libertad sindical se puede realizar tanto a nivel nacional como internacional -interesa destacar la influencia que los Convenios y Recomendaciones de la OIT y las resoluciones del Comité de Libertad Sindical han tenido en la conformación del "bloque de constitucionalidad" relativo a la tutela del derecho de libertad sindical dentro de la doctrina del TC, como también la jurisprudencia del TEDH[27]-, no obstante, la presente comunicación se centrará en el ámbito estatal, especialmente en vía judicial-constitucional.

En lo referente a la tutela judicial (artículo 52 CE; artículo 15 LOLS y 182 LRJS), existe un doble mecanismo de protección en sede procesal: el primero, a través del procedimiento preferente y sumario ante la jurisdicción social (artículo 13 LOLS; artículos 177 a 184 LRJS); el segundo, a través del recurso de amparo promovido ante el Tribunal Constitucional, pues al estar la libertad sindical ubicada

[23] STC 197/1990, de 29 de noviembre.

[24] STC 70/2000, de 13 de marzo.

[25] MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, Mª. N.: *Manual de Derecho Sindical*, Granada, Comares, 2014, pp. 115 y 116.

[26] STC 184/1991, de 30 de septiembre.

[27] MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 3, 2008, pp. 248.

sistemáticamente y configurada constitucionalmente como un derecho fundamental de aplicación directa e inmediata invocable ante los poderes públicos y particulares, lleva aparejadas las consecuencias y garantías propias de esta categoría jurídica, por lo que, según el artículo 53 CE, su tutela puede ser recabada a través del precitado recurso (artículo 161.1.b) CE), regulado a través de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional[28] (en adelante, LOTC), como un proceso subsidiario, ya que exige haber agotado todos los recursos posibles en la vía judicial ordinaria[29]. Además, es posible plantear un recurso de inconstitucionalidad o una cuestión de inconstitucionalidad contra las disposiciones legislativas antisindicales. No obstante, la tutela judicial también se podrá exigir en vía penal cuando del seguimiento de una causa en vía social puede desprenderse indicios de comportamiento delictivo, debiéndose remitir las actuaciones al Ministerio Fiscal a efectos de depuración de estas eventuales conductas delictivas, tipificadas en el artículo 315 del Código Penal[30].

El recurso de amparo promovido ante el TC es uno de los más utilizados cuantitativamente y de mayor relieve cualitativo. El objeto del mismo se limita al reconocimiento por el TC del derecho fundamental o la libertad pública que hubiera sido violada y la adopción de las medidas necesarias para restablecer o preservar su ejercicio. Como regla general, en estos procesos constitucionales no se revisa la legislación aplicada, salvo en los siguientes casos, a saber: a) cuando el TC considere que el Tribunal ordinario hace una interpretación de la legalidad que lesiona un derecho o libertad fundamental; b) cuando el Tribunal ordinario hace una interpretación de la legalidad no adecuada a la interpretación que hubiera hecho el TC a través de las llamadas "sentencias interpretativas"; y c) cuando se trate de resoluciones judiciales que aplican preceptos de la LOLS que pudieran lesionar aspectos de los derechos fundamentales de libertad sindical, lo que se denomina "amparo contra leyes". En este recurso es necesario alegar el derecho fundamental violado: la libertad sindical. No obstante, el TC ha considerado que, en determinados supuestos es suficiente "*la simple invocación de la infracción de una norma legal que de manera evidente contenga la configuración concreta de un derecho constitucionalmente garantizado, pero respecto de cuyo contenido concreto la Constitución se remita, de modo explícito o implícito, a normas de rango legal*": por tanto, bastaría con alegar la violación de algún precepto de la LOLS[31]. Si la sentencia otorga el amparo, podrá contener alguno de los siguientes pronunciamientos[32]:

[28] Publicado en BOE de 5 de octubre de 1979.

[29] MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, Mª. N.: *Manual de Derecho Sindical*, Granada, Comares, 2014, pp. 117 y 121.

[30] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE de 24 de noviembre de 1995.

[31] STC 106/1984, de 16 de noviembre.

[32] MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, Mª. N.: *Manual de*

— Declaración de nulidad del acto, indicando la extensión de sus efectos.

— Reconocimiento del derecho fundamental o libertad pública -en este caso, libertad sindical-, conforme a su contenido establecido por la CE.

— Restablecimiento íntegro del derecho o libertad del recurrente que hubiese sido violado, con la adopción de las medidas necesarias, en su caso, para su conservación.

2.1. Ámbito subjetivo del derecho de libertad sindical

Tanto el artículo 28 CE como el artículo 1.1 LOLS reconocen la libertad sindical a "*todos*". Esta expresión impone una tesis universalista en cuanto a la titularidad del derecho -máxime tratándose de un derecho fundamental-, derivada de la interpretación del precepto de acuerdo con los textos internacionales -artículo 10.2 CE-. En todo caso, el artículo 1.2 LOLS nos ofrece una noción amplia del término "*trabajador*" a los efectos de la regulación del derecho de libertad sindical, que deja resueltas bastantes cuestiones interpretativas, no obstante, ello no significa que este aspecto del derecho haya dejado de plantear problemas ante el TC[33], los cuales expongo a continuación.

En primer lugar, respecto a la titularidad del derecho de libertad sindical por parte de los trabajadores no afiliados a un sindicato, el TC ha señalado que este colectivo gozarían plenamente del precitado derecho, expresando lo siguiente: "*cuando una actividad de un sindicato tiene proyección externa y se dirige a todos los trabajadores, afiliados y no afiliados, el derecho constitucional a la libertad de acción sindical debe proteger a todos los trabajadores que participen en la misma. De no entenderse así el alcance del artículo 28.1 CE, no sólo se dejaría desprotegidos a los trabajadores, sino que, indirectamente, se afectaría de forma grave a los propios sindicatos y a las funciones que la Constitución les reconoce, puesto que las actividades no declaradas ilícitas dirigidas a todos los trabajadores, que son, sin duda, las de mayor relieve, podrían verse frustradas al no ofrecer a todos los destinatarios la referida garantía constitucional*"[34]. Además, el TC ha expresado que la atribución por el legislador de unos determinados derechos a los trabajadores sindicados de contenido diverso a los de los que no están sindicados, no viola la libertad sindical "*pues en tal caso no se está haciendo la sindicación obligatoria y la diferencia de régimen jurídico será legítima si lo es dentro del campo del artículo 14*

Derecho Sindical, Granada, Comares, 2014, pp.122.

[33] MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 3, 2008, pp. 253.

[34] STC 134/1994, de 9 de mayo.

CE, siempre que no entrañe presión o coacción"[35]. En definitiva, el ejercicio de la libertad negativa de afiliación goza también de la máxima protección. En segundo lugar, y en relación a los funcionarios públicos, el propio TC ha expresado que son titulares del derecho constitucional de libertad sindical, pues "*el reconocimiento del derecho de libre sindicación de los funcionarios deriva directamente del mandato del artículo 28.1 CE, cuyo término «todos» los incluye, como se demuestra por su referencia posterior*"[36]. En tercer lugar, y en lo que concierne a los trabajadores autónomos, el TC acepta desde el punto de vista constitucional, tanto la exclusión con integración en el derecho general de asociación, como de la inclusión prevista en la LOLS pero limitada a la integración en sindicatos existentes sin posibilidad de constitución de sindicatos propios. En cuarto lugar, y en lo referente a los empresarios, la normativa internacional atribuye el derecho de libertad sindical tanto a trabajadores como empresarios, utilizando la expresión "*sindicatos de empleadores*". No obstante, nuestra Constitución no usa los mismos términos, reservando a los trabajadores el derecho de asociación sindical y a sus organizaciones la nomenclatura de "sindicato", para referirse a los empresarios al derecho de asociación y denominar a las organizaciones que representan y defienden sus intereses colectivos "asociaciones empresariales"[37]. Según doctrina del TC, se convalida la opción del texto constitucional español por esta diferenciación terminológico-jurídica, recogiendo la dualidad de denominaciones que hoy es de uso común[38], expresando que "*la libertad sindical es predicable tan solo de los trabajadores y sus organizaciones, sin que pueda incluirse en la misma el asociacionismo empresarial, dado que es incompatible con la propia naturaleza del derecho de libertad sindical, que es siempre una proyección de la defensa y promoción del interés de los trabajadores*"[39]. Esta doctrina tiene la relevancia práctica de que, aunque ambos derechos están en el mismo nivel máximo de protección constitucional, el contenido esencial del derecho de libertad sindical es mucho más rico que el del genérico derecho de asociación, ya que está formado por el derecho de acción sindical y todas las facultades inherentes.

2.2. La mayor representatividad en la doctrina del Tribunal Constitucional

Es indudable que la instauración de la figura del sindicato más representativo conlleva el reconocimiento de un status jurídico-sindical privilegiado para deter-

[35] STC 68/1982, de 22 de noviembre.

[36] STC 98/1985, de 29 de julio.

[37] MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 3, 2008, pp. 254 y 255.

[38] MONEREO PÉREZ, J. L.: El sindicalismo y el orden democrático, estudio preliminar a RENARD, G.: *Sindicatos, Trade-Unions y Corporaciones por Georges Renard*, Granada, Comares, 2014, pp. 21.

[39] STC 52/1992, de 8 de abril.

minadas organizaciones sindicales. Por este motivo, el TC ha tenido que pronunciarse sobre la constitucionalidad de la precitada figura y las diferencias de trato que implica.

En este sentido, el TC apoya con claridad esta figura a partir de argumentos favorables a la eliminación del problema de la atomización y dispersión sindical, aunque también haya insistido sobre sus límites, a fin de que la concesión de privilegios a determinados sindicatos no suponga a su vez la privación a otros de los medios necesarios para la defensa de sus intereses. En este difícil equilibrio, ya puede hablarse de una doctrina constitucional aquilatada en esta materia[40]. Según el TC, la promoción de un modelo sindical que favorezca la existencia de sindicatos fuertes para una eficaz defensa de los intereses de los trabajadores, constituye un planteamiento legítimo desde la perspectiva de los artículos 7 y 14 CE[41], ya que la representación de los intereses de los trabajadores se vería notablemente mermada en su eficacia si se atribuyese por igual a todos los sindicatos existentes. Así pues, conforme doctrina del TC, el derecho al trato igualitario que tienen todos los sindicatos no es incompatible con la utilización por parte de los poderes públicos, de criterios dirigidos a seleccionar a aquellos sindicatos que gocen de una especial implantación, audiencia o consideración dentro del colectivo en el que ejercen su actividad y, en atención a ello, concederles determinadas facilidades, apoyo y ventajas que potencien y favorezcan su acción, –y que no se reconocen al resto de los sindicatos–, siempre y cuando la selección se realice según criterios objetivos que impidan diferencias de trato injustificadas o la introducción de elementos de imparcialidad o arbitrariedad, pues en estos casos la diferenciación contradice el principio de igualdad con quebranto del libre e igual disfrute de la libertad sindical[42], siendo, por tanto, el concepto de mayor representatividad un criterio objetivo y, por ello, constitucionalmente válido.

En relación al análisis de algunas prerrogativas y privilegios, por ejemplo, en lo relativo al derecho de participación institucional, el TC ha considerado que éstos –en referencia a las prerrogativas y privilegios–, se incluyen entre los "*derechos adicionales*" de la libertad sindical, sin que por ello se vulnera el artículo 28.1 CE atribuirlo sólo a algunos sindicatos. En este sentido, la doctrina constitucional se pronuncia insistiendo en la necesidad de que la diferencia de trato entre los distintos sindicatos se realice con arreglo a "*criterios objetivos*", debiendo ser las medidas "*razonables, proporcionales y adecuadas al fin perseguido*". Del mismo modo, otras facultades de las organizaciones más representativas, como la de gozar

[40] MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Guía sobre el Derecho de Libertad Sindical*, Sevilla, CARL, 2007, pp. 34.

[41] STC 53/1982, de 22 de julio.

[42] SSTC 65/1982, de 10 de noviembre; 20/1985, de 14 de febrero; 39/1986, de 31 de marzo; 217/1988, de 21 de noviembre.

del derecho de excedencia forzosa para los trabajadores que desempeñen cargos sindicales[43] o contar con delegados sindicales en determinadas condiciones, también se han declarado justificadas por este Tribunal y no lesivas del derecho de libertad sindical[44].

2.3. Contenido del derecho de libertad sindical

Con carácter general, el TC ha expresado que "*por muy detallado y concreto que parezca el enunciado del artículo 28.1 CE, a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerársele exhaustivo o limitativo, sino meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de libertad sindical, no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad*"[45]. En este sentido, como sucede con otros derechos constitucionales, el TC ha distinguido un contenido esencial de la libertad sindical, núcleo irreductible para el legislador por ser creación de la norma constitucional y que es más amplio que el enunciado del artículo 28.1 CE, y un contenido adicional, creación de las fuentes infraconstitucionales del derecho, en particular, el legislador y la negociación colectiva.

A su vez, el contenido esencial, en atención a la titularidad o sujeto activo del derecho, está formado por una vertiente individual -ámbito subjetivo- y una vertiente colectiva -ámbito objetivo- como consecuencia de la doble titularidad reconocida constitucionalmente, puesto que este derecho no sólo protege al trabajador para que pueda ejercer su libertad como persona física -dimensión individual-, sino al propio colectivo organizado en sí mismo considerado: en otros términos, como sujeto titular de derechos propios -dimensión colectiva-. Para ambos contenidos esenciales, hacer especial mención a la diferencia entre las facultades de organización o agrupación, esto es, la libertad del trabajador para fundar sindicatos -ámbito objetivo- o para afiliarse a los existentes -ámbito subjetivo-, y del sindicato para crear estructuras más complejas, así como para autodeterminarse en su estructura interna -dimensión organizativa-, y los poderes de actuación sindical -dimensión funcional-. La primera se establece en el artículo 28.1 CE, mientras que la segunda ha sido fruto de una labor de integración por el TC, que acepta su carácter abierto[46]. Entre los derechos de actividad sindical individual, se encuentran: el de participación en la actividad sindical organizada por el sindicato, así como la participación en el funcionamiento interno, lo que es además exigencia del principio de funcionamiento democrático -artículo 7 CE-. Esta vertiente es más amplia para el sindicato, ya que incluye el derecho a difundir la realización de actividades sindicales

[43] STC 263/1994, de 3 de octubre.
[44] STC 188/1995, de 18 de diciembre.
[45] STC 23/1983, de 25 de marzo.
[46] STC 168/1996, de 29 de octubre.

pacíficamente y por medios lícitos, el derecho de negociación colectiva -uno de los aspectos más controvertidos de la doctrina se refiere al encaje del derecho a la negociación colectiva dentro del derecho de libertad sindical, materia en la que el TC partió de una doctrina inicial excluyente; no obstante, más adelante se produce un cambio doctrinal, siendo, en definitiva, la doctrina aquilatada del TC en esta materia, la siguiente: "*el derecho de negociación colectiva no constituye de por sí y aisladamente considerado un derecho fundamental tutelable en amparo, dada su ubicación sistemática en la Constitución*[47]*, pero cuando se trata del derecho de negociación colectiva de los sindicatos, se integra en el de libertad sindical, como una de sus facultades de acción sindical, y como contenido esencial de dicha libertad, en los términos en que tal facultad de negociación les sea otorgada por la normativa vigente*"-[48], el derecho de huelga y el derecho de adoptar otras medidas de conflicto colectivo[49].

En consecuencia, este contenido adicional del derecho de libertad sindical goza de la misma protección reforzada que el contenido esencial, incluido el recurso de amparo constitucional[50]. No obstante, el legislador, que no está condicionado por la garantía del contenido esencial, dispone de un amplio margen de actuación para crear medios adicionales de promoción de actividad sindical, pero también para configurarlos y limitarlos y, en el futuro, incluso modificarlos y suprimirlos. En todo caso, no todo incumplimiento de cualquier precepto referido al mismo es susceptible de infringir el derecho de libertad sindical[51]. Entre estas garantías, reconocidas en el plano legislativo, se encuentran, a modo ejemplificativo, las siguientes: el derecho a la representación institucional, la presentación de candidaturas en las elecciones para órganos de representación unitaria en las empresas y Administraciones Públicas, derechos reconocidos a los cargos electivos de los sindicatos más representativos y las facultades reconocidas a la representación sindical en la empresa. En el plano de la negociación colectiva, ejemplos de este contenido son: el derecho de los sindicatos a representar a los trabajadores en los tribunales de ingreso o ascenso[52], el reconocimiento de horas sindicales por encima del mínimo legal, o la constitución de estructuras representativas no previstas en la ley y que impliquen costes adicionales para el empresario, –por ejemplo, secciones de grupo–. En cambio, las decisiones empresariales de mejora de los derechos sindicales no se integran en el contenido adicional[53].

---

[47] SSTC 118/1983, de 13 de diciembre; 45/1984, de 27 de marzo; 98/1985, de 29 de julio; 208/1993, de 28 de junio.

[48] SSTC 80/2000, de 27 de marzo; 222/2005, de 12 de septiembre; STC 80/2000, de 27 de marzo.

[49] MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, Mª. N.: *Manual de Derecho Sindical*, Granada, Comares, 2014, pp.63 y 64.

[50] STC 201/1999, de 8 de noviembre.

[51] STC 30/1992, de 18 de marzo.

[52] STC 127/1989, de 13 de julio.

[53] STC 132/2000, de 16 de mayo.

2.4. Relación del derecho de libertad sindical con otros derechos fundamentales

En primer lugar, respecto a la discriminación del trabajador por motivo del ejercicio de la libertad sindical, el TC tiene declarado que el derecho a la libertad sindical garantizado por el artículo 28.1 CE, prohíbe cualquier diferencia de trato

─como por ejemplo, en su situación profesional o económica en la empresa─ por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores y "*también prohíbe diferencias de trato entre afiliados y representantes sindicales por razón del Sindicato en el que se integren o representen*"[54]. Se trata de una garantía de indemnidad, por lo que el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza, o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical.

En segundo lugar, en relación con la libertad de expresión -artículo 20.1 a) CE– e información -artículo 20.1 d) CE-, en principio, ésta libertad ha de considerarse inherente a la actividad sindical y a las facultades de los representantes sindicales de los trabajadores. Los sindicatos están interesados en disponer de más incisivas fuentes de información sobre la gestión de la empresa, y no sólo para conseguir una mayor eficacia de la acción reivindicativa y para la negociación -y para el conflicto-, sino también para la cooperación desde la defensa de los intereses que le son propios -artículo 7 CE-[55]. Por ello, el TC parte de la premisa de que, como expresión de la acción sindical, el derecho a informar a los representados, afiliados o no, -limitado por la tutela de otros bienes y derechos- forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, puesto que la transmisión de noticias de interés sindical y el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores es el fundamento de la participación, el cual permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales.

En tercer y último lugar, en conexión con la libertad sindical y el derecho a la intimidad personal -artículo 18.4 CE-, la doctrina del TC entiende que "*el artículo 18.4 CE consagra un derecho fundamental a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona, pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos*". De lo que se trata, es de evitar que "*la informatización de los datos propicie comportamientos discriminatorios*". Por este motivo, constituye una lesión del artículo 28.1 CE en su vertiente de la afiliación sindical, en conexión con el artículo 18.4 del mismo texto legal, la utilización

[54] STC 74/1998, de 31 de marzo.

[55] MONEREO PÉREZ, J. L.: "*Los derechos de Información de los representantes de los trabajadores"*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 115.

por parte de la empresa de los datos informáticos proporcionados para determinada finalidad -descontar automáticamente del salario la cuota sindical- para otra radicalmente distinta -practicar el descuento salarial correspondiente al período de huelga-[56].

3. CONCLUSIONES

La libertad sindical, ha sido, sin duda, la figura jurídica "estrella" en la jurisprudencia constitucional sobre acción colectiva, y muy probablemente se encuentre situada entre las grandes construcciones doctrinales del TC. Por ello, no es una tarea fácil la de sintetizar la doctrina elaborada sobre la tutela del derecho de libertad sindical, entre otros motivos, porque la propia jurisprudencia de éste tribunal le otorgó, desde el principio, el carácter de derecho de contenido estructural complejo -debido a que se integra en un conjunto de derechos tanto de titularidad individual como colectiva-, con capacidad poco menos que inagotable para generar nuevos ingredientes, para encontrar nuevos factores de impulso y para recorrer nuevos itinerarios. Para la elaboración de esa densa doctrina, nuestra jurisprudencia constitucional ha utilizado sistemáticamente la fuerza propulsora del artículo 7 CE, del que se ha extraído la idea de que la Constitución apostó decididamente por un "modelo promocional" de acción sindical, en el que el sindicato, asume la condición de representante "institucional" de la clase trabajadora, dotado de amplias facultades para el cumplimiento de su misión esencial de contribuir a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios[57]. En virtud de lo expuesto anteriormente, la figura del sindicato supone un ente de importancia constitucional directamente protegido por la Constitución, convirtiéndose el recurso de amparo promovido ante el TC, en uno de los instrumentos más utilizados cuantitativamente y de mayor relieve cualitativo en lo referente a la tutela judicial para la protección de este derecho fundamental de libertad sindical, siendo la doctrina constitucional en la perspectiva litigiosa del precitado derecho, el que incide en sus límites y posibilidades, además de afrontar el conocimiento de éste derecho en su aspecto multifacético lo que, al mismo tiempo, abre a los interlocutores sociales una visión de las materias que son susceptibles de mejora, desarrollo o implantación por vía convencional. En este sentido, se ha consolidado una interpretación amplia en el ámbito material del recurso de amparo, que podrá emplearse para hacer frente a vulneraciones de derechos o facultades reconocidas por la ley o que emanen del ejercicio de la potestad reglamentaria, o de la propia negociación colectiva o concesión unilateral del empresario. Doctrina constitucional digna de alabanza desde la perspectiva de dar la máxima efectividad del derecho, reforzando su régimen de garantías constitucionales, aunque pueda generar un margen de incertidumbre dada la variabilidad del ámbito material de conocimiento del TC en materia de lesión de

[56] STC 11/1998, de 13 de enero.

[57] GARCÍA MURCIA, J. (Dir.) *et al*: libertad sindical y otros derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios: 20 casos de jurisprudencia constitucional, Pamplona, Aranzadi, 2014, pp. 23 y 24.

la libertad sindical. El problema de esta cuestión está en la delimitación de cuáles son las facultades cuya vulneración implican una lesión del derecho de libertad sindical, y por ende, susceptibles de amparo constitucional[58].

4. BIBLIOGRAFÍA

COLLADO GARCÍA, L., ROMERO RODENAS, Mª. J., TARANCÓN PÉREZ, E., y TRILLO PÁRRAGA, F.: *La representación de los trabajadores en la empresa*, Albacete, Bomarzo, 2015.

GARCÍA MURCIA, J. (Dir.) *et al*: *libertad sindical y otros derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios: 20 casos de jurisprudencia constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 2014.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los derechos de Información de los representantes de los trabajadores,* Madrid, Civitas, 1992.

MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Guía sobre el Derecho de Libertad Sindical,* Sevilla, CARL, 2007.

MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 3, 2008.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Modelos sindicales: Función del sindicato y mayor representatividad sindical", en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*, Granada, Comares, 2011.

MONEREO PÉREZ, J. L.: El sindicalismo y el orden democrático, estudio preliminar a RENARD, G.: *Sindicatos, Trade-Unions y Corporaciones por Georges Renard*, Granada, Comares, 2014.

MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, Mª. N.: *Manual de Derecho Sindical*, Granada, Comares, 2014.

58 MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 3, 2008, pp. 251.

LIBERTAD Y REPRESENTATIVIDAD EN LA EXPERIENCIA SINDICAL BRASILEÑA

Saulo Silva de Miranda[59]

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS FASES DEL SINDICALISMO BRASILEÑO
2.1. Anarco-sindicalismo
2.2. Intervencionismo
2.3. Movilización y nuevo sindicalismo
2.4. Post redemocratización: avances y paradojas
3. LOS SINDICATOS EN LA EDAD VARGAS
4. EL SINDICALISMO Y LA CONSTITUCIÓN DE 1988
5. CONCLUSIÓN: PARADOJAS Y RETOS

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo intenta proporcionar una comprensión de la libertad y la representatividad en el sindicalismo brasileño a partir de su formación y evolución, buscando relacionar los hechos históricos y sociales que han marcado las diversas fases y modelos con la estructura jurídica sindical actualmente adoptada en Brasil. Entre los hechos históricos, el trabajo presentará elementos de diversas fases de la historia del sindicalismo brasileño, desde las primeras señales de actuación colectiva, las primeras reglas en materia sindical, analizando principalmente el período conocido como "Edad Vargas"(1930-1945), que sentó las bases del modelo sindical brasileño hasta el advenimiento de la Constitución de 1988, con sus avances y paradojas.

Como enfoque principal del presente trabajo se destaca la investigación jurídico-histórica y sociológica, con el objetivo de establecer un paralelismo entre los

[59] Doctorando en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Málaga. Profesor de Sociología Jurídica de la Facultad ASCES, Caruaru-PE/Brasil (www.asces.edu.br).

elementos sociales e históricos y el marco legal del sindicalismo brasileño. Esta opción se debe a la importancia de comprender los hechos jurídicos en función del contexto. No se pretende, por tanto, hacer aquí un análisis jurídico-positivo de la legislación sindical, sino de promover una visión contextualizada de los hechos históricos y sociales que fundamentaron la construcción del modelo sindical brasileño y analizar los elementos relativos a la libertad y representatividad sindical.

El sindicalismo brasileño tiene interesantes peculiaridades que desvelan las características de un modelo de organización con orígenes en el corporativismo y en la cooptación estatal presente en toda la historia de la democracia brasileña, marcada por varias rupturas democráticas que señalaron el proceso de afirmación de la ciudadanía, como bien identifica el historiador José Murilo de Carvalho. La historia de la ciudadanía brasileña sigue, por tanto, un camino proprio en lo que se refiere a la afirmación de los tres derechos básicos: los individuales, los políticos y los sociales. Según Carvalho, en Brasil los derechos sociales precedieron a los otros y contaron con más énfasis, a diferencia de Estados Unidos, Inglaterra o Francia, por ejemplo. La formación y evolución del sindicalismo brasileño se caracteriza, por tanto, por dos situaciones observadas por el autor en lo que se refiere a los derechos de ciudadanía, cuales son: el énfasis de los derechos sociales en relación a los derechos políticos e individuales así como la precedencia de esos derechos en cuanto a aquellos.[60]

2. LAS FASESDEL SINDICALISMO BRASILEÑO

Para entender mejor esta experiencia sindical debemos identificar claramente las fases por las que pasó el sindicalismo brasileño. Esa clasificación es importante para aclarar los modelos y las influencias identificadas a lo largo de la historia, así como para comprender el estado actual y sus retos.

En la doctrina sobre el sindicalismo brasileño los autores suelen identificar cuatro fases históricas, diferenciándose en su denominación. El presente trabajo también identifica históricamente cuatro fases, pero optamos por denominarlas a partir de una perspectiva y consecuentemente, por una denominación propia, que no coincide estrictamente con la terminología común de la doctrina. Así que identificamos las cuatro fases de la forma siguiente:

1.1. Anarco-sindicalismo

Esta primera fase es la que sucede en el contexto del modelo económico y de relaciones laborales que estuvo vigente en Brasil en el período del final del Imperio

[60] Carvalho, José Murilo de. Cidadania no Brasil. O longo camino. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, pp. 11-12.

hasta los primeros años de la República: la abolición de la esclavitud fue proclamada en 1988, ya en la crisis del 2º Imperio y bajo la presión de sectores económicos y políticos hacia el cambio del modelo de relaciones laborales, pues la constante tensión entre los esclavos y la percepción que la esclavitud se transformaba en un problema en vez de solución para los productores. Con la abolición de la esclavitud se inició uno de los grandes ciclos de inmigración, mano-de-obra que fue utilizada principalmente en las plantaciones de café, lo que direccionó los trabajadores para los centros del sudeste del país, donde empezaron a surgir, enseguida, las primeras y principales industrias.

Según Carvalho Neto, la herencia escravocrata siempre estuvo presente en la cultura gerencial en Brasil, reflejada en la relación autoritaria de los empresarios así como de la elite gobernante con los trabajadores, recusándose en considerarlos sujetos sociales[61].

Por tanto, lo que se puede observar es que en Brasil prácticamente se pasó de la esclavitud a un régimen de semi-servidumbre, hasta la utilización de mano de obra a través de una "relación de empleo". Ese periodo fue se caracterizó por una legislación muy tímida y dispersa en materia laboral, como afirma Assis.[62] En materia sindical, se pueden mencionar dos decretos (979/1903 y 1637/1907) que reglamentan la actividad sindical, primero la rural y después la urbana, aunque no se puede decir que esa existiera más allá del rótulo, dada la incapacidad de organización y la sumisión a los señores de las tierras. Aun así, hay registros de movimientos importantes, sea de sectores específicos, sea aquellos marcados por las reivindicaciones de los inmigrantes, a partir de sus influencias socialistas y anarquistas y motivadas por las pésimas condiciones de trabajo.

Hay sin embargo autores que defienden que el sindicalismo brasileño empezó de forma autentica, con los primeros esbozos de asociación profesional surgidos aún antes de la abolición de la esclavitud en el medio urbano, de lo que se deduce que la actividad sindical no partió de un otorgamiento de la legislación laboral por parte de Getúlio Vargas.[63]

---

[61] "A herança escravocrata sempre esteve presente na cultura gerencial no Brasil, refletida na relação via de regra autoritária dos empresários e também da elite governante com os trabalhadores, na recusa em considerá-los como sujeitos sociais. "Traducción libre de Carvalho Neto, A. M. Participação nos lucros e resultados: novas perspectivas para as relações de trabalho no Brasil. In: XXI Encontro Anual da ANPAD (1997: Angra dos Reis). Anais Eletrônicos... Rio de Janeiro: ANPAD, 1997.

[62] Assis, Roberta Maria Corrêa de. A Constituição de 1988 e o Direito do Trabalho.Brasília: Senado Federal. En http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iv-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-estado-e-economia-em-vinte-anos-de-mudancas/principios-gerais-da-ordem-economica-a-constituicao-de-1988-e-o-direito-do-trabalho. Aceso en 10.11.2015.

[63] Catharino, JoséMartins."Tratado elementar de Direito Sindical", Edições LTr, São Paulo, 2.a ed., 1982, pág. 44.

1.2. Intervencionismo: la edad de Vargas

Podemos decir que la primera regulación verdaderamente importante en materia sindical fue dictada en 1931, a través del Decreto 19.770, que estableció su primer modelo de organización, en lo cual se destaca el carácter esencialmente corporativista y vinculación estricta con el Estado, limitando la libertad sindical. Los sindicatos fueron definidos como órganos de colaboración y cooperación con el Estado, con personalidad de Derecho público, suponiendo aquello incluso el control financiero de estos, reforzado posteriormente por la institución del impuesto sindical (1940). Ese periodo coincide con la llamada edad Vargas, un largo periodo en que Getulio Vargas fue el presidente de Brasil, entre 1930 a 1945, periodo marcado por el intervencionismo autoritario. El análisis específico de ese período será objeto del apartado 3 del presente trabajo, ya que configura el momento principal de institución de las bases del modelo sindical brasileño.

1.3. Movilización y nuevo sindicalismo

Esa fase es identificada por los historiadores y sociólogos como la fase de mayor actuación política de los sindicatos y coincide con parte del período en que el Brasil estaba bajo la égida de otra dictadura, que empezó en 1964 y duró hasta 1985. La participación de los sindicatos en los movimientos en contra de la dictadura fue muy importante entre los años 1974 y 1985, periodo que puede ser considerado de mayor efervescencia de la influencia política de los sindicatos. Importantes liderazgos surgieron en este periodo, como por ejemplo Lula da Silva, que casi 20 años después llegó a la presidencia de la República.

1.4. Post redemocratización: avances y paradojas

La última fase indica el periodo actual de la actividad sindical, que empieza con la promulgación de la Constitución de 1988, que aportó avances importantes y significativos en los derechos sociales y laborales y, en materia sindical, estableció nuevos marcos en la dirección de la libertad y autonomía de los sindicatos y paradójicamente mantuvo elementos fuertes del modelo intervencionista, tales como la unicidad sindical y la contribución compulsoria.

Además, esta fase incorpora el período de importantes cambios en las relaciones laborales, con el avance de la globalización, las crisis institucionales y económicas que impactaron en los derechos laborales, así como la frecuente presión por la flexibilización de las relaciones laborales.

Desde el punto de vista político, es importante resaltar la ampliación de la influencia y participación del movimiento sindical en Brasil, en particular a partir de

2002, cuando Brasil pasó a tener en el gobierno el Partido de los Trabajadores (PT), que posee sus principales bases en el movimiento sindical.

1. LOS SINDICATOS EN LA EDAD VARGAS

Según Assis, en 1930 empieza el período que marca indeleblemente el mundo del trabajo en Brasil, con la institucionalización y reglamentación de derechos y modelos estructurales en materia de relaciones laborales.[64] Carvalho señala que si el avance de los derechos políticos en esta época fue limitado y sujeto a diversos retiros, no sucedió aún con los derechos sociales, pues los líderes del movimiento de 1930 dedicaron gran atención al problema social y laboral, lo que produjo la elaboración de una vasta legislación.[65]

Esta fase comienza con la deposición del entonces Presidente de la República, Washington Luís, por un movimiento armado civil y militar conocido en la historia brasileña como "La Revolución del 30", generado a partir de una compleja oposición al modelo federalista oligárquico que estuvo vigente en los primeros años de la República, teniendo en el foco de la cuestión los grandes productores de café, la élite civil y jóvenes militares. Ese período, permeado por la intervención, la limitación de libertades individuales, la guerra civil y la inestabilidad política se extendió hasta 1945 y contó con Getúlio Vargas como jefe del gobierno, de ahí la referencia a la "Edad Vargas".

Carvalho señala que la actuación del gobierno de ese período en el área sindical fue la clave de su estrategia política. El Decreto 19.770 contenía la filosofía del gobierno sobre el tema, con fuertes influencias positivistas y marcada por la idea armonicista de las relaciones entre capital y trabajo, garantizada por el Estado como regulador y árbitro, y los sindicatos como órganos no de representación de los intereses clasistas, sino de cooperación entre las clases y el Estado, configurando un corporativismo de Estado. El sindicato era, por tanto, un órgano consultivo y técnico del gobierno, dentro de un modelo de unicidad sindical. Además, el gobierno mantenía delegados suyos dentro de los sindicatos, que asistían a las reuniones, analizaban la situación financiera y realizaban informes, o sea, funcionaban bajo estricta vigilancia. Los trabajadores no sindicalizados no eran contemplados por la seguridad social, no tenían la tutela de la Justicia Laboral o acceso a otros derechos. El historiador brasileño afirma que para el movimiento obrero brasileño de aquella época el dilema era "libertad sin protección o protección sin libertad". Las medidas centralizadoras del sindicalismo oficial sufrieron mayores resistencias en Rio de Janeiro y São Paulo, donde había movimientos operarios más consistentes, a diferencia de las otras regiones, donde había mayor desequilibrio de fuerzas entre operarios y patronato.[66]

[64] Assis, Roberta Maria Corrêa de. A Constituição de 1988 e o Direito do Trabalho. Ob. Cit., p. 3.
[65] Carvalho, José Murilo de. Cidadania: o longo caminho. Ob. Cit., p. 110.
[66] Id., p. 115/118.

La influencia fascista en la política y legislación laboral y sindical era muy evidente. Aunque la asamblea constituyente de 1933 intentó democratizar el modelo, justo después vine un nuevo período autoritario – el Estado Novo – donde el intervencionismo gubernamental fue reforzado, con un control aún más rígido.

Este período autoritario e intervencionista fue también el período de mayor concesión de derechos laborales y estructuración de la legislación laboral y de la seguridad social, así como de la Justicia Laboral y junto a todo eso fueron implementados los fundamentos del modelo sindical, cuyas bases permanecen hasta hoy, de forma que la herencia de control por parte del Estado se refleja en el modelo de sindicato ahí estructurado, que se configuraba a partir de estricto control, observable bajo cuatro aspectos: político, financiero, administrativo y social.

El control político se observa en la propia configuración de los sindicatos que, como ya se ha mencionado, pasaron a funcionar como órganos de consulta y colaboración con el Estado, incluso teniendo personalidad jurídica pública. La fundación de los sindicatos exigía el reconocimiento del Ministerio del Trabajo, al cual se enviaban los estatutos y lista de asociados, para su análisis y aprobación. Además, el Ministerio definía las categorías económicas y profesionales que podrían organizar los sindicatos y podría intervenir en los sindicatos cuando juzgase conveniente.

El control político era reforzado por el control administrativo, configurado en la patronización de la estructura y organización administrativa de los sindicatos, así como del modelo de unicidad sindical y de la verticalidad. Respecto al funcionamiento de los sindicatos, las decisiones de las asambleas eran sometidas al Ministerio de Trabajo. Además, el gobierno mantenía funcionarios dentro de los sindicatos, reforzando el control estricto de su actividad desde dentro de la estructura.

Desde el punto de vista del control financiero, es importante destacar el modelo de financiación de los sindicatos, basado en la contribución compulsoria y estricta fiscalización financiera, con la sumisión frecuente de las cuentas al control del gobierno. Al igual que las actas de las asambleas, los sindicatos sometían sus presupuestos al Ministerio del Trabajo. Sobre el impuesto sindical, se observa que provocó un efecto ambiguo: los sindicatos tenían recursos para mantener su burocracia sin preocuparse por buscar por socios, ya que el impuesto era recogido compulsoriamente, lo que desincentivaba las campañas de asociación; por otro lado, el impuesto estimulaba la formación de sindicatos, por el acceso a los recursos del impuesto, hecho que los hizo proliferar.

Por último, se alude al control social, que nos parece muy relevante: toda esa política de valorización de los derechos sociales era seguida por una política de

carácter corporativista y populista, con la figura de Getúlio Vargas en el centro de la exposición pública. Él era exaltado como gran estadista, como benefactor, como el "padre de los pobres", lo que estimuló la adherencia de los movimientos populares en el apoyo a su gobierno, aunque fuera un gobierno autoritario. Junto a todo ello se observa un fuerte estímulo nacionalista, de inspiración fascista, en torno a las conquistas sociales y económicas.

José Murilo de Carvalho observa que no obstante la inversión del orden de los derechos, anteponiendo los sociales a los políticos e individuales – estos muy limitados – la popularidad de Vargas siguió firme, ya que el énfasis en los derechos sociales encontraba terreno fértil en la cultura política sobre todo de la población pobre de los centros urbanos, que creció rápidamente gracias a la migración de los campos a las ciudades y del nordeste (región más pobre) hacia el sur y sudeste de Brasil. Afirma aún el autor que el populismo como fenómeno urbano reflejaba ese nuevo momento histórico en contraposición al modelo económico estrictamente rural que dominó la vida social y política hasta entonces. Por fin, el autor destaca la paradoja del populismo que se observó en Brasil y en otros países de América Latina, pues atraía las masas a la política pero los ponía en una situación de dependencia generada por la lealtad personal en función de los beneficios distribuidos, o sea, los derechos eran vistos como favores y no como conquistas, lo que demuestra la experiencia de una ciudadanía pasiva y no reivindicadora[67].

Carvalho Neto, por su parte, señala que la incorporación de los trabajadores a la sociedad no fue producto de la acción y política sindical, sino de la ley. Por lo tanto, por acción del Estado, entonces bajo un régimen autoritario, configurando un periodo de fuerte acceso a derechos sociales contrastando con una fuerte limitación de los derechos individuales y políticos. El paternalismo "varguista" está presente en la legislación laboral, en la intervención del Estado en los sindicatos y en la intervención sustancial de la Justicia del Trabajo en las negociaciones entre trabajadores y empresarios[68].

La estrategia del gobierno de cooptación queda muy clara al observarse la ausencia de sectores importantes en la reglamentación sindical y en el acceso a derechos laborales, como los trabajadores rurales, que, a pesar de superar en número a los trabajadores urbanos, sufrían con el peso político de los propietarios rurales. También se puede resaltar la ausencia de los trabajadores domésticos en los beneficios sociales, probablemente por la estrategia del gobierno de cooptación de la clase media urbana.

[67] Carvalho, José Murilo de. Cidadania: o longo caminho. Ob. Cit. p. 126.

[68] Carvalho Neto, A. M. Participação nos lucros e resultados: novas perspectivas para as relações de trabalho no Brasil. Ob. Cit., p.

Getúlio Vargas continuó siendo un líder político muy popular, incluso después de la caída del régimen, en 1945. Tan es verdad que no tuvo problemas en ganar las elecciones para senador después de dejar el gobierno y para volver a la presidencia en 1950, esta vez a través de un proceso democrático, en que conquistó el 49% por ciento de los votos, en contra del 30% del segundo más votado. Continuó su política populista y nacionalista de forma aún más radicalizada, con el apoyo de los trabajadores y de la maquina sindical, de sectores nacionalistas de las fuerzas armadas, del empresariado y de la intelectualidad. El nacionalismo de esa "edad" tiene como ejemplo emblemático la fundación de la Petrobrás (Petróleo Brasileiro S.A.), que se tornó símbolo del nacionalismo y del antiimperialismo con la campaña por el monopolio estatal sobre el petróleo.

Los avances en materia de derechos laborales continuaron, con apoyo de los sindicatos y con la ascensión de figuras vinculadas al Partido Comunista, lo que amplió la polarización y los enfrentamientos en la disputa política, en ese período permeada por la guerra fría, al petróleo y la política sindical y laboral. En los años 50 con el retorno al Estado de Derecho y con el proprio Vargas, el movimiento sindical se rearticuló y pasó a actuar como actor político, valiéndose de su fuerza electoral, de las leyes de protección laborales, de la posibilidad de hacer huelgas y de la propia Justicia del Trabajo para luchar por la ampliación de sus derechos, incluso en lo que concierne a los políticos y civiles, más allá de los sociales. Por esa razón, el período que comienza con el segundo gobierno de Vargas y sigue hasta 1964 fue de gran expansión de la ciudadanía en Brasil.[69]

2. EL SINDICALISMO Y LA CONSTITUCIÓN DE 1988

Los sindicatos tuvieron un papel importante en los años que siguieron al del período Varguista, consiguiendo ampliar su influencia política, principalmente por el desarrollo de la industrialización, que reforzó a la clase obrera, pero la inestabilidad política en función del intenso juego de intereses continuó hasta que en 1964 otro golpe militar puso al Brasil de nuevo bajo un régimen autoritario, que esa vez no se acercó a los trabajadores, sino que deterioró aún más los derechos y la joven democracia brasileña. Sólo al final de los años 70 e inicio de los 80, con el inicio de una lenta reapertura política, los sindicatos fueron protagonistas de importante huelgas que marcaron un renacimiento del movimiento sindical, con nuevos liderazgos surgidos de las bases, a diferencia de la "Edad Vargas" y el crecimiento del movimiento sindical en el campo. Era el inicio de una nueva fase que indicaba también un nuevo modelo de organización y acción sindical, con una intensa búsqueda

[69] Fundação Getúlio Vargas: Cidadania nos anos 1950: sindicatos y legislaçãotrabalhista. Navegando na História: registros históricos do Centro de Pesquisa e Documentação de HistóriaContemporânea do Brasil (CPDOC), en http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas2/artigos/EleVoltou/CidadaniaAnos1950. Aceso en 26/12/2015.

de representación autentica de los trabajadores y apostando por un sindicalismo más libre. Ese movimiento fue muy importante en el proceso de apertura política y redemocratización.

Con el comienzo del primer gobierno democrático en 20 años, fue convocada la Asamblea Constituyente que elaboró el texto constitucional promulgado en 1988. La "Constitución de la República Federativa de Brasil", o "Constitución Ciudadana", como es conocido el texto actualmente en vigor, se tornó un marco histórico de la redemocratización. Porque más allá de su significado político, relacionado a las conquistas democráticas, posee en su texto una cantidad muy expresiva de derechos, desbordando su contenido formal para incluir en la parte material disposiciones en prácticamente todas las áreas del Derecho, para garantizar en el texto constitucional la protección a esos mismos derechos, en reacción a la herencia autoritaria de los años de dictadura y para salvaguardar las garantías ciudadanas frente a las inestabilidades democráticas que marcaron la historia brasileña. Assis afirma que la Constitución del 88 estampa el mayor rol de derechos en la historia de Brasil, consagrando una gama importante de derechos individuales, ampliando garantías ya existentes y creando otras, nuevas en el panorama jurídico patrio. Además – continua Assis – ha traído una renovación a la cultura jurídica brasileña, a través de un enfoque colectivista de las cuestiones, en contraposición a la visión individualista que dominaba el contexto jurídico hasta entonces.[70]

En la Carta Constitucional de 1988, la parte que trata específicamente de los derechos sociales está en el Título II, Capítulo II y contiene 5 artículos, 42 incisos y 4 parágrafos (arts. 6° al 11°), además de las referencias dispersas a lo largo del texto constitucional, entre principios, normas programáticas ya otras disposiciones. Los avances que se puede destacar son la confirmación y ampliación de derechos ya conquistados, como el Salario Mínimo, el Fondo de Garantía por Tiempo de Trabajo, la licencia por embarazo y el status constitucional a la licencia-paternidad, la gran amplitud conferida al derecho de huelga, la equiparación de derechos entre trabajadores urbanos y rurales, la ampliación de los derechos de los trabajadores domésticos[71], manteniendo el carácter proteccionista del Derecho y de la Justicia del Trabajo, incluso frente a intenciones de flexibilización.

En materia sindical, la Constitución de 1988 avanzó en el sentido de la democratización del modelo y de la libertad sindical, al garantizar la libertad de asociación, de filiación y su autonomía administrativa en relación al Estado. Además, como observa José Augusto Leite de Carvalho, prestigió la negociación colectiva como mecanismo de solución de los conflictos laborales que trascienden los inte-

[70] Assis, Roberta Maria Corrêa de. A Constituição de 1988 e o Direito do Trabalho. Ob. Cit., pp. 5-6.

[71] La equiparación completa de los derechos de los trabajadores domésticos a los demás sólo ocurrió con la Emenda Constitucional n.° 72/2013.

reses individuales de los trabajadores, reconociendo la validez de convenciones y acuerdos colectivos de trabajo e incluso autoriza la flexibilización de la jornada laboral y del salario mediante concertación colectiva.[72]

Sin embargo, la Carta Constitucional mantuvo e incluso profundizó institutos y mecanismos autoritarios del antiguo régimen, confirmando lo que algunos autores afirman sobre el mantenimiento de la estructura básica del "sindicalismo de Estado" y desvelando un modelo sindical permeado por paradojas, entre las cuales se destaca las dos que parecen más relevantes:

- A pesar de los intentos de promover la libertad sindical, los dispositivos constitucionales mantuvieron la unicidad sindical, la representación por categoría, la fijación de una base territorial mínima, el sistema de organización confederativo y la contribución compulsoria del impuesto sindical. Por esta razón Kaufmann afirma que la libertad prevista en la Constitución seria solo un mínimo en la previsión de autonomía sindical en relación al Estado, y en el aspecto individual, positivo y negativo, ya que el sistema de unicidad sindical se refiere a la libertad de afiliación a un sindicato, y no a la libertad de y para una libre y voluntaria representación, o sea, para él no existen efectos prácticos de la libertad conferida por la Constitución.[73]

- Al mismo tiempo que el texto potencia la autonomía privada colectiva y la autotutela con la indicación de la negociación colectiva como instrumento principal para dirimir conflictos, estimula la judicialización de los conflictos colectivos, al conferir a la Justicia del Trabajo el poder normativo y, consecuentemente, la última palabra, configurando una excesiva intervención judicial(Art. 114, §4°) y debilitando el protagonismo de las entidades sindicales. Es importante resaltar que la obligatoriedad de representación por los sindicatos en las negociaciones colectivas también configura una limitación a la autonomía privada colectiva (art. 8°, VI).

3. CONCLUSIÓN: PARADOJAS Y RETOS

Podemos observar que a pesar de los avances en materia legislativa e incluso de la madurez política, está claro que el modelo sindical brasileño todavía mantiene sus bases en 1930, sea desde el punto de vista normativo o cultural, lo que se constata por la división del propio movimiento sindical acerca de los temas más emblemáticos del modelo: la unicidad y la financiación compulsoria. Sin duda, la herencia del período autoritario marcado por la concesión de derechos sociales en detrimento de los políticos y civiles por un dictador que se tornó popular – como

[72] Carvalho, Augusto Cesar Leite de. Direito do Trabalho: Curso e discurso. Aracaju: Evocati, 2011, p. 26.

[73] Kaufmann, Marcus de Oliveira. Da formal representação à efetivarepresentatividade sindical: problemas e sugestõesem modelo de unicidade, in Revista do TST (Tribunal Superior do Trabalho), Vol. 72, n.° 2, abr/jun 2010.

bien observa Carvalho[74] – generó fundamentos difíciles de remover. El paternalismo corporativista todavía está presente en la legislación laboral, en los intocados institutos del monopolio de la representación sindical por categoría profesional y del impuesto sindical, así como de la interferencia desmedida de la Justicia del Trabajo en las negociaciones colectivas.[75]

La cuestión divide también la doctrina, que en su mayoría reconoce la tensión existente entre la emancipación y la protección[76]. El hecho es que con la globalización y los intentos de flexibilización, el miedo a debilitar las garantías en materia de derechos laborales refuerza las posiciones en contra de un camino hacía una mayor libertad sindical y protagonismo de sus entidades. Según Godoy, el modelo sindical brasileño no se rige por la libertad sindical, una vez que limita el alcance de la negociación colectiva y compromete la independencia de las organizaciones sindicales y consecuentemente su representatividad; entre otros factores por el impuesto sindical y la subordinación a una legislación laboral demasiado amplia y detallista, impidiendo el pleno desarrollo del dialogo social, que entiende ser principal función de la actividad sindical y de la negociación colectiva.[77]

Entre avances y retrocesos, existe el consenso sobre la necesidad de cambios esenciales en materia sindical, pero no sobre el contenido y la amplitud de esos cambios, hecho que probablemente haya bloqueado hasta hoy una efectiva reforma sindical, a pesar de los notables intentos de diálogo de los últimos años cuando, por ejemplo, se logró aprobar el reconocimiento jurídico de las Centrales Sindicales y su participación como representantes del movimiento sindical y consecuentemente de sus afiliados en los Foros tripartitos y consejos de instituciones y órganos públicos[78].

---

[74] Carvalho, José Murilo de. Cidadania: o longo caminho. Ob. Cit., p. 219.

3 Carvalho Neto, A. M. Participação nos lucros e resultados: novas perspectivas para as relações de trabalho no Brasil.Ob. Cit., p. 5.

[76] Esta cuestión está bien observada por Murilo Sampaio Oliveira: "a tensão cotejada da regulação-emancipação atinge, de igual maneira, o direito. Apesar do direito hegemônico praticado, ensinado dogmaticamente e dito servir como meio de conservação social (técnica de regulação social), tem-se o contra-direito, o Direito Crítico, insurgente, de combate, surrealista, ou qualquer outra denominação que expresse movimentos, no âmbito do direito de reação à dominação daquele direito posto e hegemônico, na direção compromisso libertário. Não obstante a indispensável crítica materialista, a defesa de um direito protecionista é pauta, no regime capitalista, das ideologias reformistas e revolucionárias. "Oliveira, Murilo Carvalho Sampaio. (Re) pensando o princípio da proteção na contemporaneidade. São Paulo: LTr, 2009.p. 71.

[77] Godoy, Dagoberto Lima. Desafios e perspectivas para o diálogo social no Brasil: o modelo sindical brasileiro e a reforma sindical *in* Rev. TST, Brasília, vol. 76, no 4, out/dez 2010, p. 113. El mismo autor resalta que el Brasil no ratificó la Convención 87 de la OIT.

[78] Conforme previsión establecida por la Ley nº 11.648/2008 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11648.htm), que confirió reconocimiento jurídico a las centrales sindicales, a pesar de no reconocer su representación de las categorías en las negociaciones colectivas. El principal Foro tripartito creado en Brasil en 2003 es el Foro Nacional del Trabajo, vinculado al Ministerio del Trabajo y Empleo, que posee 600 representantes de trabajadores, gobierno y empleadores. Tiene como objetivo principal proponer actualizaciones y reformas de la legislación laboral y sindical (http://www2.mte.gov.br/fnt/).

No se puede negar que, a pesar de los sindicatos no haber conseguido definir la pauta política de los gobiernos a partir de 2003, cuando asumió la presidencia el ex- sindicalista Lula da Silva, empezando el período de gobierno del Partido de los Trabajadores – partido con las bases en el movimiento sindical – avances importantes existieron, según diversos autores, con verdadero protagonismo del movimiento sindical. Por ejemplo: la política de valorización del salario mínimo, de los contratos colectivos negociados directamente con el patronato, la conquista de los sindicatos rurales de más recursos destinados a la agricultura familiar – así como la participación en la gestión de esos recursos, la participación de dirigentes sindicales en la gestión de los fondos de pensiones, entre otros.[79]

A pesar de los logros, se ve cada vez más alejada la posibilidad de una amplia reforma sindical en el actual contexto político y económico, que parece encerrar el ciclo del Partido de los Trabajadores, cuya proximidad con el movimiento social y sindical no fue suficiente para garantizar algunas de las reformas más esperadas. La elección del gobierno por tratar cuestiones problemáticas con condescendencia y hacer una gestión burocrática de los conflictos sociales provocó un alejamiento de sus bases sociales y el consecuente debilitamiento de su discurso histórico. Sumándose a las crisis política y económica que se experimentan en Brasil principalmente en el último año, se observa también una crisis del sindicalismo, principalmente por estar preso a un modelo de dependencia del mismo Estado que no logró firmar un pacto social que llevase a un entendimiento de la actividad sindical y de los conflictos como parte natural de un sistema de relaciones laborales, a ejemplo del modelo dunlopiano en EEUU y de la Europa fordista.

La historia brasileña y mundial demuestra, sin embargo, que en los períodos de crisis fue cuando se destacó la importante contribución del movimiento sindical a la búsqueda de nuevos caminos y soluciones. Por tanto, quizás las lecciones de este período indiquen una nueva dirección en el sentido de superar los miedos que sostienen un modelo excesivamente intervencionista y de dependencia del Estado hacia una acción sindical más acorde con sus principios basados en la pluralidad y la libertad. En el caso brasileño, a pesar de la inversión de la secuencia de derechos de ciudadanía que produjo el refuerzo en la supremacía del Estado – una larga tradición estatista que no se cambia de un día para otro – todavía hay espacio para perfeccionar los instrumentos de representación con énfasis en la organización y la participación de la sociedad hacia la consolidación democrática, o sea, buscar una base social para el político a fin de lograr democratizar el poder.[80]Ese talvez sea el principal reto que se presenta y está claro que el sindicalismo puede aportar grandes contribuciones en este proceso, cumpliendo también su importante y necesaria función política para la construcción de una sociedad más democrática.

[79] Oliveira, Roberto Véras; Bridi, Maria Aparecida; Ferraz, Marcos (orgs.). O sindicalismo na era Lula: paradoxos, perspectivas e olhares. 1ª Edição, Belo Horizonte: Fino Traço, 2014.

[80] Carvalho, José Murilo de. Cidadania: o longo caminho. Ob. Cit. p. 227.

BIBLIOGRAFIA:

Assis, Roberta Maria Corrêa de. A Constituição de 1988 e o Direito do Trabalho. Brasília: Senado Federal. En http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iv-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-estado-e-economia-em-vinte-anos-de-mudancas/principios-gerais-da-ordem-economica-a-constituicao-de-1988-e-o-direito-do-trabalho. Aceso en 10/11/2015.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 2015.

Brasil. Ley n.° 11.648, de 31 de marzo de 2008. En http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11648.htm. Aceso en 10/11/2015.

Carvalho Neto, A. M. Participação nos lucros e resultados: novas perspectivas para as relações de trabalho no Brasil. In: XXI Encontro Anual da ANPAD (1997 : Angra dos Reis). Anais Eletrônicos... Rio de Janeiro: ANPAD, 1997.

Carvalho, José Murilo de. Cidadania no Brasil. O longo camino. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

Catharino, José Martins."Tratado elementar de Direito Sindical", Edições LTr, São Paulo, 2.a ed., 1982

Fundação Getúlio Vargas: Cidadania nos anos 1950: sindicatos y legislação trabalhista. Navegando na História: registros históricos do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC), en**http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas2/artigos/EleVoltou/CidadaniaAnos1950**. Aceso em 26/12/2015.

Godoy, Dagoberto Lima. Desafios e perspectivas para o diálogo social no brasil: o modelo sindical brasileiro e a reforma sindical *in* Rev. TST, Brasília, vol. 76, no 4, out/dez 2010.

Kaufmann, Marcus de Oliveira. Da formal representação à efetiva representatividade sindical: problemas e sugestões em modelo de unicidade, in Revista do TST (Tribunal Superior do Trabalho), Vol. 72, n.° 2, abr/jun 2010.

Oliveira, Murilo Carvalho Sampaio. (Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade. São Paulo: LTr, 2009.

Oliveira, Roberto Véras; Bridi, Maria Aparecida; Ferraz, Marcos (orgs.). O sindicalismo na era Lula: paradoxos, perspectivas e olhares. 1ª Edição, Belo Horizonte: Fino Traço, 2014.

LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS CENTRALES SINDICALES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO POR CAUSA DE ILEGALIDAD: REVISIÓN CRÍTICA DEL PAPEL DEL SINDICATO COMO PARTE DEL PROCESO EX ARTÍCULO 165.a) LRJS

Luis Ocaña Escolar

SUMARIO

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD SINDICAL

2. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

a) Legitimación "ad processum"

b) Legitimación "ad causam"

3. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1.- EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD SINDICAL

El fundamento jurídico material de la legitimación activa de las organizaciones sindicales en los procedimientos de impugnación de Convenio Colectivo no es otro que el derecho fundamental a la libertad sindical[81]. Este derecho a la libertad

[81] Declaración Universal de Derechos Humanos: artículo 23.4, Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos: artículo 22, Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

sindical comprende el ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella y la posibilidad de plantear conflictos individuales y colectivos en los términos previstos en las normas correspondientes (STS 4-3-2005).

Los sindicatos desempeñan tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución (artículos 7 y 28) una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, que no descansa solo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo. Por esta razón, se ha declarado reiteradamente que, 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 (SSTC 210/1994, 7/2001, 24/2001, 112/2004, 28/2005, 153/2007, 4/2009 y 218/2009). La función de los sindicatos, pues, desde la perspectiva constitucional no es únicamente la de representar a sus miembros a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado. Cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores "ut singulus", sean de necesario ejercicio colectivo en virtud de una función de representación que el sindicato ostenta por sí mismo, sin que deba condicionar necesariamente su actividad a la relación de pretendido apoderamiento ínsita en el acto de afiliación, que discurre en un plano diverso del de la acción propiamente colectiva (SSTC 70/1982, 37/1983, 59/1983, 187/1987, 217/1991 y 358/2006). Es decir, que la Constitución configura un esquema jurídico que va más allá de los clásicos mecanismos de representación y confiere a las centrales sindicales un espectro de actuación mucho más amplio y desarrollado que el derivado de la mera representación tradicional.

El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya razona en su Sentencia de 23-1-2001 "…conforme al contenido de los artículos 7 y 28 del Texto Constitucional y doctrina sustentada por el Tribunal Constitucional entre otras sentencias 70/82, 37/83, 187/87, 217/91 y 285/93, (…) los sindicatos desempeñan tanto por el reconocimiento expreso de la Ley Suprema como por obra de los Tratados Internacionales suscritos por España –entre otros el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1977 y Carta Social Europea de 1980- una función genérica de representación y defensa de los trabajadores que no descansa solo en el vínculo de la afiliación sino en la propia naturaleza sindical del grupo de modo tal que su función no es únicamente la de representar a sus miembros a través del apoderamiento y de la representación del derecho privado ya que al atribuirles la Constitución la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitima

artículo 8, Convención Europea de Derechos Humanos: artículo 11, Carta Social Europea: artículos 5 y 6, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: artículos 12 y 28, Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 87, Constitución: artículos 7 y 28, Ley Orgánica de Libertad Sindical: artículos 2.1.d) y 2.2.d), Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: artículos 17.1, 17.2, 154 y 165.

para ejercer aquellos derechos que aún perteneciendo en privado a cada uno de los afiliados individualmente o a todos a un determinado grupo de los mismos, sean o resulten de necesario ejercicio con trascendencia colectiva en función de la representación que el Sindicato ostenta por sí mismo, sin que deba condicionar necesariamente su actividad en la relación de pretendido apoderamiento, autorización o acuerdo de cualquier elemento u órgano del propio sindicato que discurre en plano diverso de la acción propiamente colectiva, pues no solo la exigencia de tal presupuesto procesal afectante a la legitimación ad procesum o personalidad –conforme a la terminología jurisprudencial- no parece recogida ni expresamente determinada por norma procesal alguna", sino que "además, deviene incoherente con la tramitación urgente y preferente que el artículo 159 de la LJS otorga a este procedimiento" (Sentencia 359/2014 de 10-7-2014 dictada por el Juzgado de lo Social 3 de Sevilla).

En el concreto ámbito del proceso y por la propia naturaleza del marco en el que el sindicato ha de actuar, conviene recordar que el Alto Tribunal ya ha tenido ocasión de subrayar la necesaria existencia de un vínculo acreditado, de una conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada (SSTC 210/1994, 7/2001 y 215/2001). De esta manera se evitan las situaciones donde determinadas interpretaciones interesadas pudieran conducir al absurdo jurídico.

En el concreto ámbito laboral, el Tribunal Constitucional ha precisado que la conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada ha de medirse en función de la implantación en el ámbito del conflicto al ser ésta la justificación de la intervención misma del sindicato (SSTC 70/1982, 37/1983 y 59/1983) y que el concepto de implantación no puede ser confundido con el de representatividad en el sentido en que este último es valorado por el Estatuto de los Trabajadores para atribuir legitimación para la negociación colectiva de eficacia general o para la representación institucional (STC 37/1983 y ATC 66/1985). En este sentido coincide el Tribunal Supremo cuando establece que es distinta la legitimación para formar parte de la Comisión Negociadora de la exigida para impugnar el Convenio (SSTS 14-4-2002 y 15-3-2004). Aquí se establece la diferenciación entre la legitimación negocial y la legitimación procesal.

Debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado (SSTC 7/2001 y 24/2001).

2. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

La legitimación activa de los sindicatos deviene del propio tenor literal de la norma –artículo 165.a) LRJS- que habla de "órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas". Esta redacción es coherente con el derecho a la actividad sindical consagrado por el artículo 2.1.d) y 2.2.d) LOLS. De hecho se enumera que dentro del ejercicio de la libertad sindical de las organizaciones sindicales se comprende el "planteamiento de conflictos individuales y colectivos". La impugnación de los Convenios Colectivos es una de las manifestaciones judiciales de los denominados conflictos colectivos y está regulada en el Capítulo IX del Título II de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Analizaremos detalladamente esta regulación atendiendo a las dos vertientes de la legitimación: "ad processum" y "ad causam".

a) Legitimación "ad processum"

Concurre la legitimación ad processum cuando se ejercita una pretensión colectiva que afecta al interés general y existe correspondencia entre el carácter colectivo de la pretensión y los sujetos intervinientes. Se trata, pues, del mismo requisito exigido en los procesos de conflicto colectivo y que determina, además, si estamos ante un proceso de tal naturaleza. Debemos indicar que el artículo 165.a) nada más establece al respecto y es obvio que no puede interpretarse lo que la ley no dice.

b) Legitimación "ad causam"

A este respecto debemos atender a dos elementos: 1) las exigencias del principio de correspondencia por cuanto respecta al ámbito del conflicto y 2) la capacidad representativa del sujeto que actúa.

Parece que el primero de ambos requisitos es meridianamente claro y fácilmente constatable. Ámbitos personales, funcionales, territoriales, etc. son cuestiones a comprobar y/o valorar. Así mismo, que exista correspondencia parece una exigencia de coherencia interna y lógica atención. Y ello a fin de evitar convertir esta modalidad procesal en un posible escenario judicial donde se ventilen cuestiones que no respondan a criterios materiales de actuación sindical.

Ahora bien, no puede negarse la legitimación activa del Sindicato para defender el cumplimiento del convenio colectivo aun cuando no tenga legitimación para recabar su entrada en la Comisión Negociadora, ya que debe distinguirse entre la legitimación para impugnar o plantear el conflicto y la legitimación para negociarlo. En caso distinto, estaríamos ante una situación absolutamente restrictiva y que limitaría la capacidad de acción a aquellos que bien no ostenten la representativi-

dad suficiente para negociar o bien que rechacen el sistema de elección de representantes. Estas tendencias sindicales se vienen dando históricamente en nuestro sistema de relaciones laborales y no deben desplegar efectos a la hora del acceso a la tutela judicial efectiva. Las consecuencias de tales decisiones deben limitarse al plano representativo-negocial pero en modo alguno deben suponer una discriminación al acceder a la jurisdicción.

Sigue siendo trascendente esclarecer que una cosa es la concreta legitimación procesal para impugnar judicialmente un convenio colectivo, y otra diferente la legitimación de derecho material para intervenir en la negociación del convenio, ex artículos 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores, pues es distinta la legitimación para formar parte de la Comisión Negociadora de la exigida para impugnar el Convenio (STS 20-3-2007). Por ende, no deberían confundirse ambos planos, que responden a instituciones y normas diferentes con propósitos claramente diferenciados.

No es necesario que un Sindicato tenga implantación en todo el ámbito del convenio colectivo; pueden accionar en los procesos en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que tengan implantación suficiente en el ámbito del conflicto, esto es un vínculo acreditado de conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, que ha de medirse en función de la implantación en el ámbito del conflicto al ser ésta la justificación de la intervención misma del sindicato (SSTC 70/1982, 37/1983, 59/1983, 210/1994, 7/2001 y 215/2001).

A este respecto procede traer a colación pronunciamientos del Tribunal Supremo que ponen el acento en la pertenencia del sindicato a órganos unitarios en orden a reconocer implantación suficiente. De hecho se reconoce indiscutida implantación del Sindicato en el ámbito del objeto del proceso, pues no en vano cuenta con presencia en los órganos de representación laboral (STS 30-10-12) y se niega la legitimación activa al sindicato que no pertenece a los órganos unitarios de representación (STS 6-6-2011).

Ahora bien, la falta de representatividad al carecer de representantes electos, no excluye la implantación (STC 218/2009). La implantación suficiente existe cuando posea nivel adecuado de afiliación en el ámbito de afectación del conflicto.

Un sindicato con la necesaria implantación tiene un interés real y directo en que todos los trabajadores que se encuentren en las condiciones legal y convencionalmente previstas puedan acceder a los derechos que le reconozca un convenio colectivo y, por tanto, puede defender el cumplimiento de la normativa pactada en Convenio Colectivo (STS 12-5-2009).

A efectos de reconocer implantación suficiente, se ha considerado como tal la pertenencia del Sindicato a órganos unitarios de representación de los trabajadores (STS 30-10-2012 y SAN 29-7-2013).

La legitimación procesal ha de localizarse en la noción de interés profesional o económico (STC 84/2001), interés que ha de entenderse referido en todo caso a un interés en sentido propio, cualificado o específico (STC 112/2004) y que doctrinal y jurisprudencialmente viene identificado en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada, y que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (STC 101/1996), pues también se considera como tal una decisión estimatoria de la pretensión formulada que, caso de tener éxito, reportaría una ventaja o utilidad con una innegable trascendencia colectiva por su proyección o alcance general y de evidente conexión con la función institucional del Sindicato.

No obstante, hay que reseñar que la doctrina científica entiende unánimemente que del tenor literal de la ley no se deduce la exigencia del requisito de la implantación en el ámbito del conflicto y que en consecuencia el mismo no debe exigirse, máxime si se tiene en cuenta que la elaboración del Tribunal Constitucional de la teoría del sindicato con implantación y su aplicación al supuesto de conflicto colectivo es anterior a la formulación legal, por lo que cabe concluir que la ley concede a todos los sindicatos, sin más requisito que el respeto a la correspondencia del ámbito el derecho a plantear conflictos colectivos (Alfonso, Albiol, Blasco, Baylos, Cruz, Fernández, Iglesias, Montero, Marín, Sampedro, Campos, Rodríguez, Salinas y Valdés) conectando así con algún pronunciamiento de la doctrina judicial que afirmó que a los sindicatos no puede negárseles legitimación para promover conflictos colectivos en cualquier ámbito, por reducido que sea, a condición de que no exceda del de su propia actuación (SAN 26-6-90).

3. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto es uno de los contenidos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva ex artículo 24.1 de la Constitución y si bien este derecho puede quedar también satisfecho si el órgano judicial, por concurrir alguna causa legal apreciada razonablemente, dicta una resolución de inadmisión (SSTC 52/2007, 119/2008 y 218/2009), el principio "pro actione" debe conducir a la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican (STC 88/1997).

De hecho, los órganos judiciales tienen la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilizan en orden a la atribución de legitimación activa (SSTC 42/1987, 195/1992, 85/2008 y 119/2008). Además, en supuestos como el presente el canon de constitucionalidad a aplicar es un canon reforzado puesto que el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental como es el derecho a la libertad sindical (SSTC 84/2001 y 112/2004).

Contando el sindicato con presencia en la representación unitaria de los centros afectados, aunque pudiera ser mínima, la Sala considera que no existe base suficiente para realizar una interpretación restrictiva del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al proceso (SAN 29-7-2013).

Los Convenios Colectivos están obligados a respetar no solo las disposiciones legales de derecho necesario, sino también el mandato de reserva de Ley que impone la Constitución, en la que tiene su fundamento la propia negociación colectiva (STS 9-3-2004). Correlato lógico de esto es que las centrales sindicales puedan accionar con independencia de la posición que de facto ocupen en el proceso negociador de tal Convenio, siempre y cuando tengan implantación en el ámbito del mismo. Ahora bien, esta implantación no puede valorarse con los mismos criterios que serían necesarios para ostentar la legitimación negocial.

En conclusión, la capacidad representativa de los sindicatos a la hora de ser considerados parte activa en los procedimientos de impugnación de Convenios Colectivos es un asunto que ha generado interesantes pronunciamientos jurisprudenciales. Se trata de un requisito de difícil interpretación y de cuyos parámetros se puede hacer depender el acceso y actuación de determinadas centrales sindicales ante la jurisdicción social. Una interpretación restrictiva podría conducir a equiparar legitimación procesal con legitimación negocial y convertir esta modalidad procesal en un mero subproducto de la negociación colectiva. Sin embargo, una interpretación a la luz de la configuración constitucional y legal del derecho de libertad sindical debe conducirnos a abogar porque esta modalidad procesal sirva para ventilar cuestiones entre partes que intervengan en el ámbito del propio Convenio Colectivo, sin exigencias extralegales de implantación –más allá de acreditar el debido interés- y sin la imposición de criterios jurisprudenciales que maticen de manera restrictiva lo que la norma no establece. Cuando el artículo 165.a) habla de las entidades interesadas, debemos interpretar esta expresión con arreglo a los derechos fundamentales en juego y a sabiendas que cualquier restricción al respecto supondría impedir el acceso a la jurisdicción. Esta conclusión no puede ser la deseada en ningún caso por el legislador, que configura dicha modalidad procesal a fin de que se pueda emplear y no para crear un cauce restrictivo y marginal de acceso a la jurisdicción.