

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

DERECHOS DE LIBERTAD SINDICAL
Y PRINCIPIO DE IGUALDAD

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección

Mercedes Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
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.

© Esther Carrizosa Prieto, 2009

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2009

ISBN: 978-84-692-4325-1

Imprime: TECNOGRAPHIC. Artes Gráficas

Depósito Legal: SE-3849/2009

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

**DERECHOS DE LIBERTAD SINDICAL
Y PRINCIPIO DE IGUALDAD**

Esther Carrizosa Prieto

41



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO

Al profesor Rodríguez-Sañudo, mi
maestro, por la confianza que siempre me ha dispensado

A Nacho, para que encuentre su tiempo
perdido en un ordenamiento justo y garantista

“El paradigma del Estado constitucional de derecho no es otra cosa que esa doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial”

(Luigi Ferrajoli, Derechos y garantías. La ley del más débil)

ÍNDICE

ABREVIATURAS	15
PRÓLOGO de Fermín Rodríguez-Sañudo	19
INTRODUCCIÓN	25
PARTE PRIMERA	
CONFIGURACIÓN Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES IMPLICADOS EN LAS DIFERENCIAS POR RAZONES SINDICALES	31
CAPÍTULO PRIMERO	
CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD SINDICAL	33
1. LA DOBLE TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD SINDICAL	37
1.1. La libertad sindical como derecho específico de los trabajadores por cuenta ajena	40
1.2. Los titulares colectivos de los derechos sindicales Una lectura orgánica del derecho de libertad sindical	46
2. CONTENIDOS DE LOS DERECHOS SINDICALES. ¿HACÍA UNA LECTURA FUNCIONAL DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL?	55

2.1. La integración de la acción sindical en la dimensión colectiva de los derechos sindicales.....	56
2.2. La protección del sindicato-asociación y la delimitación de la libertad sindical individual	62
3. EFICACIA DIRECTA DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD SINDICAL Y GARANTÍAS MATERIALES FRENTE A LOS ACTOS DE INJERENCIA	66
3.1. La doctrina sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales	69
3.2. Control de las injerencias en los derechos fundamentales y principio de proporcionalidad	73
3.3. La doctrina sobre el contenido esencial y adicional en los derechos sindicales	77

CAPÍTULO SEGUNDO

CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE IGUALDAD.....	91
1. DIFICULTADES PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA IGUALDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL	93
2. CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD. EL JUICIO DE RAZONABILIDAD	97
2.1. La igualdad en la ley. Limitaciones en la creación de las normas.....	99
2.2. La igualdad ante la ley. Limitaciones en la aplicación judicial de la ley	107
3. EFICACIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES PRIVADAS	115
3.1. La igualdad como límite a la autonomía colectiva.....	117
3.2. La igualdad como límite a la autonomía individual. La fiscalización de los poderes empresariales a través de la razonabilidad	122
4. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN: SU CONFLICTIVA RELACIÓN CON EL DERECHO A LA IGUALDAD	126

CAPÍTULO TERCERO

PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y TUTELA DE LOS DERECHOS SINDICALES EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL..... 133

1. LA NORMATIVA APLICABLE EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	135
1.1. Las normas de la Organización Internacional del Trabajo	136
1.2. Las normas protectoras en el ámbito europeo	144
1.3. Las directrices de la tutela en el ámbito internacional.....	155
2. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN SINDICAL	156
2.1. La prohibición de discriminación sindical en el Estatuto de los Trabajadores.....	156
2.2. La prohibición de discriminación sindical en la Ley Orgánica de Libertad Sindical	163
2.3. La prohibición de discriminación por el ejercicio de actividad representativa.....	167

PARTE SEGUNDA

JUSTIFICACIÓN DE LAS DIFERENCIAS DE TRATO Y CRITERIOS MATERIALES PARA CONTROLAR SU CONSTITUCIONALIDAD..... 181

CAPÍTULO CUARTO

LAS DIFERENCIAS ENTRE ORGANIZACIONES SINDICALES PRACTICADAS POR LOS PODERES PÚBLICOS..... 183

1. FACULTADES Y PRERROGATIVAS ATRIBUIDAS EN VIRTUD DE LA REPRESENTATIVIDAD SINDICAL	187
1.1. La participación institucional	189
1.2. La financiación de las organizaciones sindicales (I). El reparto del patrimonio sindical	197
1.3. La financiación de las organizaciones sindicales (II). La concesión de subvenciones públicas a las organizaciones sindicales	220
1.4. La participación en el sistema electoral	227

1.5. El derecho a negociar convenios colectivos de eficacia general	236
1.6. La participación en sistemas no jurisdiccionales de resolución de conflictos	247
1.7. Representatividad y acción sindical en la empresa.....	259
2. LAS CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE SINDICACIÓN	267
2.1. Aplicación del principio de igualdad y omisión de un control constitucional desde la perspectiva de los derechos sindicales colectivos.....	271
2.2. Contenido esencial del derecho de libertad sindical y marginación de la dimensión funcional de los derechos de libertad sindical.....	282
2.3. La necesidad de articular un razonamiento distinto que garantice una efectiva protección de los derechos de sindicación	288

CAPÍTULO QUINTO

LAS DIFERENCIAS ENTRE ORGANIZACIONES SINDICALES INTRODUCIDAS POR SUJETOS PRIVADOS.....	293
1. LA INCIDENCIA DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA SOBRE LOS DERECHOS SINDICALES	295
1.1. La exclusión de organizaciones sindicales del sistema de negociación colectiva de eficacia general	302
1.2. La regulación convencional de la acción sindical en la empresa	316
2. LAS DIFERENCIAS ESTABLECIDAS EN VIRTUD DE DECISIONES EMPRESARIALES	323
2.1. La protección de la acción sindical en la empresa: relaciones entre aspectos individuales y colectivos.....	326
2.2. La doctrina de la nulidad de los actos lesivos del derecho de libertad sindical	330
2.3 La garantía de indemnidad sindical y su aplicación al ámbito colectivo del derecho de libertad sindical	351

CAPÍTULO SEXTO

LESIÓN DE LOS DERECHOS DE SINDICACIÓN Y CRITERIOS MATERIALES DE CONTROL. UNA REFLEXIÓN FINAL.....	377
1. LA DIFERENCIA ENTRE CONDUCTAS LESIVAS DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL Y CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS POR RAZONES SINDICALES EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL.....	380
2. LOS PARÁMETROS DE LA RAZONABILIDAD COMO CRITERIOS INADECUADOS PARA PROTEGER EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD SINDICAL	389
3. EL CONTROL MATERIAL DE LAS INJERENCIAS EN LOS DERECHOS SINDICALES A TRAVÉS DE LA PONDERACIÓN DE BIENES. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO.....	392

ABREVIATURAS

ABF	Acuerdo Básico Federal (1979)
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADH	Anuario de Derechos Humanos
AES	Acuerdo Económico y Social (1984)
AISS	Administración Institucional de Servicios Socio-profesionales
AL	Actualidad Laboral
AMI	Acuerdo Marco Interconfederal (1980)
ANE	Acuerdo Nacional de Empleo (1981)
APS	Acuerdos sobre Patrimonio Sindical (1981)
art./arts.	artículo/artículos
AS	Aranzadi Social
ASEC	Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CC.OO.	Comisiones Obreras
CCPS	Comisión Consultiva del Patrimonio Sindical
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CDP	Cuadernos de Derecho Público
CDT	Cuadernos de Derecho del Trabajo
CE	Constitución Española de 1978
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CEE	Comunidad Económica Europea
CEFD	Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho
CES	Consejo Económico y Social
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial

CLS	Comité de Libertad Sindical de la OIT
CNT	Confederación Nacional del Trabajo
Coord.	Coordinador
CSE	Carta Social Europea
DA	Disposición Adicional
Dir.	Director
Dir. Lav	Il Diritto del Lavoro. Rivista di Dottrina e Giurisprudenza
DL	Documentación Laboral
DOCE	Diario Oficial de la Comunidades Europeas
DOXA	Cuadernos de Filosofía del Derecho
DT	Disposición Transitoria
EI	Economía Industrial
EM	Exposición de Motivos
ET	Estatuto de los Trabajadores
F. J.	Fundamento Jurídico
FOGASA	Fondo Garantía Salarial
GDLRI	Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali
IEE	Instituto de Estudios Económicos
INEM	Instituto Nacional de Empleo
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
JL	Justicia Laboral. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
LD	Lavoro e Diritto
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social
LIT	Ley de Inspección de Trabajo
LJCA	Ley Jurisdicción Contenciosa-Administrativa
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPL	Ley Procedimiento Laboral
LPSA	Ley sobre Cesión de Bienes del Patrimonio Sindical Acumulado
MAP	Ministerio de Administraciones Públicas
Mass. Giur. Lav	Massimario di Giurisprudenza del Lavoro
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM	Orden Ministerial
ONU	Organización de las Naciones Unidas
op. cit.	Obra citada
OSE	Organización Sindical Española
pág./págs.	página/páginas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PSA	Patrimonio Sindical Acumulado
PSH	Patrimonio Sindical Histórico

RAP	Revista de Administración Pública
RCEC	Revista Centro de Estudios Constitucionales
RD	Real Decreto
RDS	Revista de Derecho Social
RDLRT	Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
RGDTSS	Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
RGL	Rivista Giuridica del Lavoro e Della Previdenza Sociale
RIEE	Revista del Instituto de Estudios Económicos
RIT	Revista Internacional de Trabajo
RL	Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica
RMTAS	Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
RPS	Revista de Política Social
ERTE	Reglamento de Elecciones de Órganos de Representación de los Trabajadores en la Empresa
RTSS	Revista de Trabajo y Seguridad Social
RTDPC	Rivista Trimestrale Diritto Procedura Civile
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SMI	Salario Mínimo Interprofesional
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TL	Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social
TS	Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral
UE	Unión Europea
UGT	Unión General de Trabajadores
VV. AA.	Varios Autores

PRÓLOGO

En la literatura iuslaboralista española desarrollada tras la Constitución no faltan ciertamente estudios sobre el derecho de libertad sindical o sobre el principio de igualdad: es más, puede decirse que unos y otros forman una parte importante del conjunto de la producción doctrinal de este período más reciente del Derecho del Trabajo. Lo es además en correspondencia con su innegable interés teórico y con su amplia aplicación práctica en el marco de las relaciones laborales actuales. La novedad de la obra de la profesora Esther Carrizosa Prieto que ahora se publica - en su origen, la Memoria presentada por su autora para la colación del grado de Doctorado en Derecho en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla - reside en poner en relación aquel derecho con este principio, en cuya conexión se enriquecen sus respectivos contenidos y se abren nuevas perspectivas de análisis de sus elementos y de sus modalidades de aplicación, a través de las nuevas cuestiones que surgen de su consideración conjunta. Si, por una parte, el derecho de libertad sindical muestra una singular complejidad en sus titulares, en su contenido, en sus modalidades de ejercicio y en sus mecanismos de protección jurídica - por no mencionar más que algunos de sus aspectos principales-, por otra, el trazado del significado, del contenido y de los problemas concretos de la exigencia real del principio de igualdad se muestra erizado de dificultades y de numerosas zonas que obligan a una especial atención y a una precisión rigurosa en la valoración de la realidad y también en sus planteamientos puramente jurídicos. Y todo ello en el doble plano de la respectiva regulación constitucional y de su desarrollo en la legislación ordinaria.

La dificultad resultante de la conjunción de todos estos factores se percibió con toda claridad desde el primer momento de delimitación de la materia elegida e iniciales aproximaciones a su construcción sistemática. Ello fue así tanto por parte de la entonces doctoranda como por parte de quien esto escribe, que tuvo la satisfacción de dirigir sus trabajos. El posterior estudio de todo el material neces-

rio y la consiguiente redacción de la investigación permitieron confirmar esta primera impresión, lo cual sirvió de estímulo para llevarla a feliz término.

Desde los iniciales comentarios del texto de la Ley Orgánica de Libertad Sindical en los años inmediatos a 1985 hasta los desarrollos posteriores, de más sistemáticos planteamientos, la doctrina española ha desplegado un ambicioso y denso abanico de estudios que ha cubierto con solvencia y amplitud tanto los aspectos estructurales como de actividad de las organizaciones sindicales; incluyendo en ese campo materias tales como su naturaleza jurídica, la exigencia de su democracia interna, sus particularidades en la función pública, su papel en la negociación colectiva, la medida y los efectos de los distintos grados de representatividad, los problemas prácticos de su responsabilidad jurídica, su conexión con las instituciones de representación de los trabajadores en la empresa, los medios jurídicos de tutela de la libertad sindical y otros muchos cuya mera mención haría la lista en exceso extensa. En algunos de ellos, puede decirse que de manera inevitable, la relación entre libertad sindical y principio de igualdad ha tenido que evocarse y aún comentarse al paso, porque así se ha planteado en muchos de los múltiples conflictos surgidos en el ejercicio de aquella libertad. Nunca con anterioridad, se insiste, se ha elegido como objeto central y único de un trabajo monográfico de esta envergadura. La obra que ahora se publica se incorpora así con plena solvencia a este conjunto doctrinal, ampliando en buena medida su campo de análisis; y lo hace de forma coherente con el rigor que ha presidido el conjunto de estas elaboraciones anteriores.

Aunque la descripción del objeto del análisis jurídico que ahora se presenta puede realizarse con relativa sencillez, no debe hacer pensar que se trata al mismo tiempo y por esa razón de un estudio fácil de realizar, todo lo contrario. Sobre todo si, como se ha hecho con acierto en la obra que se prologa, se supera la tentación puramente descriptiva de cuestiones concretas de la relación entre la libertad sindical y el principio de igualdad, método sin duda legítimo en una investigación como ésta, pero con seguridad menos fructífero que el que se ha seguido en ella. Así, se ha entrado en profundidad en las líneas que atraviesan en una y otra dirección los respectivos campos de acción de la primera y del segundo; con lo que se pueden llegar a identificar y a valorar las verdaderas relaciones que la práctica tensa entre ellos y, a través de esta vía, a conocer su verdadera realidad con todas las complejidades de su ejercicio. Expresado en otros términos, la perspectiva de análisis conjunto de los dos derechos fundamentales permite en principio entrar a fondo en las cuestiones esenciales del ejercicio de uno y otro, pero siempre con la condición –cumplida desde luego en este caso– de hacerlo desde una visión sistemática y esencial más que anecdótica o dispersa en relación con problemas concretos.

Para la construcción de su exposición, la autora parte de un conocimiento exhaustivo y al tiempo sistemático de la jurisprudencia constitucional sobre la materia; tarea previa que le sirve para aproximarse a las líneas de análisis tanto de las cuestiones básicas del derecho de libertad sindical y del principio de igualdad como,

sobre todo, de sus relaciones mutuas. En otras palabras, su estudio se construye sobre los problemas reales que aquel derecho ha planteado y continúa planteando en la práctica de las relaciones laborales en su conexión con el principio de igualdad. No es por lo tanto una mera elucubración teórica sino una atenta aproximación a la realidad, sobre la base, eso sí, de un conocimiento pleno de los fundamentos teóricos que permiten conocerla e interpretarla en plenitud.

Mas el interés de los resultados obtenidos en la obra, por otra parte, no se limita al simple campo de las relaciones laborales, puesto que, como paso previo para su estudio y exposición, ha debido pasar por el plano de las cuestiones más generales de la teoría de los derechos fundamentales, de su ejercicio y de su protección jurídica; perspectiva que permite comprobar que el derecho de libertad sindical, ahora a la luz del principio de igualdad, muestra perfiles particulares, tanto en su ejercicio individual como en su ejercicio colectivo, en su relación con otros derechos de la misma naturaleza. El conocimiento previo de esta visión general de los derechos fundamentales - no siempre explícito en el texto pero que ha permitido redactarlo con pleno fundamento y que lo vertebra desde el interior, como se aprecia en la simple lectura de sus páginas - le ha permitido abordar con mayor seguridad, en consecuencia, los problemas más concretos de este último derecho que, como es lógico, se convierte en el verdadero centro de atención del trabajo.

Sobre la base de este planteamiento, la obra se desarrolla con una estructura equilibrada y de evidente claridad expositiva. Una primera parte centra su atención en la regulación constitucional de los dos derechos fundamentales concernidos; se hace con especial referencia a su contenido y a su eficacia en los diferentes campos en que esta última se despliega, en particular y sobre todo por lo que a la libertad sindical se refiere, frente a los posibles actos de injerencia que surgen de diferentes orígenes. No son iguales ni mucho menos los instrumentos o medios jurídicos a través de los cuales se hace efectivo cada uno de ellos: la exposición realizada al efecto lo pone de relieve y lo expone con particular claridad y convicción.

En esta parte de la obra se integra de manera natural una exposición, no por breve menos completa y precisa, sobre las previsiones en torno a la tutela de los derechos sindicales en el plano internacional y en la legislación ordinaria española. Tal exposición permite identificar aquellas materias que, en la previsión normativa en uno y otro campo, han sido reguladas con especial atención y que posteriormente, en la segunda parte del trabajo, desembocará en su aplicación práctica en el conjunto del sistema de relaciones laborales y en el más reducido marco de la organización empresarial.

La segunda parte entra ya de manera decidida en la doctrina constitucional elaborada hasta el momento sobre las diferencias de trato que, bien desde el poder público, bien desde los sujetos privados, se hayan podido identificar en la práctica de las relaciones laborales. Desde el punto de vista de la actuación de los poderes públicos, la regulación de la participación institucional del sindicato, de su financiación, de su participación en el sistema de elección de los representantes de los

trabajadores en la empresa y del derecho a la negociación colectiva forman otros tantos pilares básicos para llevar a cabo la valoración de aquella doctrina y, al tiempo, otras tantas ocasiones para verificar la correcta aplicación de la prohibición de la injustificada diferencia de trato entre organizaciones sindicales. Por lo que toca a las injerencias privadas en el ámbito colectivo del derecho de libertad sindical, las grandes cuestiones que se desarrollan a partir del diferente origen de tales actuaciones permiten completar el panorama iniciado a través de las posibles actuaciones de origen público: diferencias originadas en la negociación colectiva y en unilaterales decisiones del empleador, estas últimas tanto en el plano individual como el colectivo.

La distinción entre el ámbito de lo público y el ámbito de lo privado en las posibles acciones que afectan al derecho de libertad sindical, sin entrar en el detalle descriptivo exhaustivo de cada una de ellas, es un planteamiento adecuado que le ha permitido diferenciar injerencias de muy distinto signo, muy distinta naturaleza y muy distintos efectos. En cualquier caso, todas ellas ilustrativas de otros tantos conjuntos de cuestiones sobre el ejercicio del derecho fundamental en el plano de la exigencia del principio de igualdad.

Un último capítulo, mucho más breve que cualquiera de los anteriores pero también de mayor densidad, le permite obtener, a través de una sintética reflexión final, una valoración de conjunto de las múltiples y muy variadas conexiones entre los dos derechos fundamentales que, garantizados desde el texto constitucional y desarrollados a través de la jurisprudencia constitucional, han servido de mimbres para la elaboración del conjunto del trabajo. Esta reflexión es destacable en particular porque permite conocer la efectividad real de la aplicación de los criterios materiales de control frente a las posibles lesiones del derecho de libertad sindical: la valoración del principio de proporcionalidad y del juicio de razonabilidad por parte del Tribunal Constitucional sirve a la autora para medir hasta qué punto es posible conseguir el pleno ejercicio de aquel derecho garantizado por la Constitución.

Esta parte del estudio se convierte así en punto de llegada y conclusión final de su recorrido por las relaciones entre el derecho de libertad sindical y el principio de igualdad, al tiempo que observatorio privilegiado para comprobar a través de qué medios los tribunales pueden realizar aportaciones definitivas sobre sus aspectos prácticos y también sobre sus limitaciones, al resolver aquellos litigios en los que algunos aspectos concretos del ejercicio de la libertad sindical hacen aflorar, por la presencia y la actuación de un tercero, problemas de trato desigual que pueden desembocar en una calificación de ilegitimidad. Es evidente, por otra parte, que, una vez más, tal análisis proyecta el interés del trabajo más allá del simple campo de acción de la libertad sindical, para entrar en cuestiones más generales, relacionada éstas con la teoría general de los derechos fundamentales, su ejercicio y los medios de su protección jurídica.

La atención preferente, como no podía ser menos, a las soluciones aportadas por las decisiones del Tribunal Constitucional desde la década de los años ochenta

del pasado siglo hasta los más recientes no ha sido obstáculo, sino todo lo contrario, para -plantear y desarrollar un trabajo plenamente personal; trabajo que, superando posiciones de pretendida “objetividad”, ofrece aportaciones propias sin temor a comprometerse cuando se ha considerado justo y oportuno. Se ha hecho así con frecuencia, de manera fundamentada y razonada, ante las soluciones adoptadas en aquellas sentencias que vienen sin duda a enriquecer la doctrina y el debate en torno al ejercicio del derecho de libertad sindical y a la consideración que este ejercicio merece por parte de la jurisprudencia constitucional.

La autora ha mantenido a lo largo de su investigación pleno dominio sobre la materia estudiada, de por sí compleja; lo ha hecho además con total dedicación y ejemplar continuidad y responsabilidad, sacrificando muchas veces la eventual brillantez de un punto de vista o de un punto concreto de la redacción a la exactitud del juicio, la claridad de su exposición y la precisión de las ideas. Todo ello fue en su día valorado por el Tribunal que juzgó este texto en su primera versión como Memoria para la colación del Grado de Doctor en Derecho al otorgarle la calificación de *sobresaliente cum laude*.

Fermín Rodríguez-Sañudo
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

INTRODUCCIÓN

La promulgación de la Constitución Española de 1978 conlleva una profunda transformación de nuestro ordenamiento jurídico, que pasa de ser un ordenamiento legal a constituirse como ordenamiento constitucional. Todos los preceptos constitucionales, en especial los derechos constitucionales, tienen eficacia jurídica plena, no ilimitada, lo que permite designar como sujetos obligados tanto a sujetos públicos como privados (art. 9.1 CE). Especial relevancia en este sentido tienen los derechos fundamentales laborales específicos, en cuanto su ámbito propio de desarrollo se encuentra en la empresa y, como consecuencia, se ejercitan frente a un núcleo de poder privado como es el poder de dirección empresarial.

Esa eficacia polivalente de los derechos fundamentales laborales debe ser garantizada por los distintos poderes públicos, ejecutivo, legislativo, judicial y, en especial, por el Tribunal Constitucional como máximo garante de los preceptos constitucionales y de los derechos fundamentales. La labor protectora, encomendada fundamentalmente a dicho órgano y al poder judicial, se ha llevado a cabo aplicando distintos criterios materiales que, en función de su efectividad, se han ido desarrollando, concretando y perfeccionando en la ardua tarea de conservar el contenido de los derechos frente a las injerencias que, desde distintas perspectivas, deben afrontar.

En la década de los ochenta, en los inicios de la andadura jurisprudencial del Alto Tribunal, los mecanismos para controlar la limitación de derechos fundamentales se arbitraban, fundamentalmente, frente a los poderes públicos y a través de la exigencia de justificación de la medida restrictiva. Sólo en el ámbito de los derechos fundamentales específicos, es decir, huelga y libertad sindical, la exigencia de justificación se extendía a los supuestos de injerencias empresariales.

No obstante, muy pronto la insuficiencia de la justificación va a poner de manifiesto la necesidad de articular mecanismos más eficientes para realizar este con-

trol. En tales circunstancias se produjo la extrapolación del mecanismo comunitario de la razonabilidad, utilizada por el TEDH para legitimar las diferencias en el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH, y que, en nuestro ordenamiento, se irá integrando por diversos criterios a medida que se avanza en la consolidación del Estado de Derecho.

De ahí que durante un período considerable la jurisprudencia constitucional utilizase el parámetro de la razonabilidad para solucionar problemas muy diversos: por un lado analizar las diferencias legislativas, por otro controlar las injerencias de los poderes públicos en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Siendo así, no es extraño que la constitucionalidad de las diferencias públicas introducidas en el ámbito de los derechos sindicales se haya analizado tradicionalmente desde la perspectiva de la razonabilidad.

Junto a esta línea de evolución converge otra bien distinta, centrada en el tratamiento de los actos discriminatorios por ejercicio individual del derecho de libertad sindical, más sorprendente si cabe, por cuanto en estos primeros años la doctrina constitucional no diferencia entre los derechos de igualdad y no discriminación. Sea como fuere, el caso es que cuando se produce una diferencia lesiva del derecho de libertad sindical del trabajador por parte del poder empresarial, la doctrina constitucional, y más tarde la legislación laboral, considera necesario establecer mecanismos, fundamentalmente procesales, que ayuden al titular del derecho lesionado a defender su posición jurídica.

Así, si bien no se puede decir que en el enjuiciamiento constitucional de las diferencias lesivas de los derechos sindicales exista una diferencia sustancial con respecto al control efectuado (por cuanto en todos los supuestos los criterios materiales que controlan las injerencias sobre el contenido del derecho de libertad sindical se corresponden con los que se integran en el juicio de razonabilidad), en el ámbito de las diferencias empresariales por razones sindicales sí existen algunas variaciones que marcarán para el futuro el tratamiento de las desigualdades en el ámbito individual y colectivo de la libertad sindical.

En este sentido (y a diferencia de lo que sucede respecto de la doctrina sobre la “discriminación sindical” aplicada cuando el sujeto que ejerce los derechos sindicales tiene naturaleza individual, ampliamente desarrollada por la jurisprudencia constitucional en los casos de injerencias empresariales), las diferencias públicas o privadas en el contenido colectivo del derecho no han recibido especial atención por parte de doctrina y jurisprudencia; al menos, eso parece derivarse de la postura imperturbable que mantienen desde el reconocimiento constitucional de la faceta colectiva del derecho. Efectivamente, el análisis de constitucionalidad realizado en estos casos, o bien se omite al realizarse la restricción de los derechos a través de un proceso de delimitación, o bien se reconduce al principio de razonabilidad.

Estructurada la tutela de los derechos sindicales a través de las distintas manifestaciones del principio de igualdad, bien del mandato general o de la prohibición

de discriminación, era necesario un análisis de las distintas relaciones que se pueden establecer entre los derechos implicados. El trabajo de investigación que se presenta tiene por objeto analizar la incidencia de los derechos de igualdad y no discriminación en la faceta colectiva de los derechos sindicales a efectos de comprobar hasta qué punto la aplicación del criterio de razonabilidad en el análisis de las diferencias por razones sindicales ha contribuido a la protección del contenido constitucional de los derechos de sindicación.

En este sentido, la investigación se estructura en dos partes claramente diferenciadas. La primera, que consta de tres Capítulos, realiza un estudio exhaustivo de cada uno de los derechos fundamentales implicados (derecho de libertad sindical y derechos de igualdad), incidiendo en su plasmación constitucional y en la eficacia que despliegan frente a los poderes públicos y privados, todo ello, lógicamente con especial atención a las posiciones doctrinales y jurisprudenciales adoptadas en nuestro ordenamiento jurídico. La finalidad es poner de manifiesto los distintos instrumentos jurídicos con que cuentan cada uno de los derechos afectados (de forma autónoma) para desplegar su eficacia en los distintos ámbitos en los que están llamados a desenvolverse, constatando las diferencias entre unos y otros. El capítulo de cierre (Capítulo Tercero) pretende reflejar las distintas relaciones que se pueden entablar entre los dos derechos en aquellas disposiciones que positivizan la prohibición de discriminación sindical, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito nacional.

En cuanto parte autónoma del trabajo de investigación, esta primera parte intenta ir más allá de un mero estudio introductorio para convertirse en un análisis de las principales construcciones doctrinales que aparecen implicadas en la doctrina sobre las diferencias lesivas de los derechos sindicales. La confluencia de tres derechos fundamentales (derechos de igualdad, prohibición de discriminación y derechos de libertad sindical) requiere el manejo fluido de nociones e instituciones jurídicas de gran complejidad, cuya comprensión y reelaboración implican un trabajo pormenorizado que excede del análisis de concretas disposiciones normativas.

Acudir al examen de las distintas teorías, tanto nacionales como de otros ordenamientos jurídicos, se ha convertido en un ritual de obligado cumplimiento a efectos de explicar, desde distintas perspectivas, las categorías jurídicas que conforman la base del trabajo de investigación. Así sucede, por ejemplo, con la doctrina sobre derechos colectivos, la eficacia de los derechos fundamentales y los mecanismos que aseguran su contenido constitucional (garantía de contenido esencial y principio de proporcionalidad) por lo que respecta a la configuración constitucional de los derechos de sindicación, con la teoría de las reglas y los principios cuando se trata de explicar el carácter relacional que presenta el derecho de igualdad en nuestro ordenamientos jurídico, o con el sentido que presenta la prohibición de discriminación cuando aparece referida al ejercicio de los derechos sindicales.

La segunda parte, estructurada igualmente en tres Capítulos, se dirige a analizar la doctrina constitucional sobre las diferencias en el ámbito colectivo de los

derechos sindicales, distinguiendo en función del poder regulador que establece la diferencia de trato, bien se trate de los poderes públicos (Capítulo Cuarto) o de poderes o núcleos de disposición privados (Capítulo Quinto). Una vez determinados los criterios utilizados por la doctrina constitucional para examinar la constitucionalidad de las diferencias introducidas en el ámbito colectivo de los derechos de sindicación y las consecuencias que producen sobre el contenido constitucional de los derechos sindicales, se realiza una valoración final (Capítulo Sexto), que tiene por objeto identificar otros criterios interpretativos en nuestro ordenamiento jurídico y valorar su efectividad para proteger los derechos de libertad sindical.

La complejidad de esta segunda parte radica precisamente en que se trata de un estudio jurisprudencial y, como tal, presenta una serie de dificultades que en el trabajo de investigación se han traducido en sentidos distintos. El primer aspecto que ha dificultado considerablemente la investigación ha sido, lógicamente, la necesidad de manejar un volumen considerable de pronunciamientos judiciales. El objeto de la investigación justifica que la mayoría correspondan al Tribunal Constitucional; sin embargo, ello no ha relegado un análisis de la jurisdicción social con objeto de comprobar si las directrices constitucionales son acatadas por los órganos judiciales. Y aunque así ha sido como norma general, no podemos dejar de resaltar que en determinadas ocasiones (concepto de participación institucional, participación de organizaciones sindicales en la Comisión de Patrimonio Sindical y protección sindical de la acción representativa) la jurisprudencia suele ignorar y, en ocasiones, incluso contradecir la doctrina constitucional.

La segunda dificultad, que viene determinada por el carácter casuístico que presenta la doctrina constitucional, la hemos encontrado a la hora de estructurar el análisis de las diferencias introducidas por los poderes públicos entre las distintas organizaciones sindicales, ámbito sobre el que recaen la mayoría de los pronunciamientos. Dado que los requisitos para justificar la diferencia de trato son similares, independientemente del origen y naturaleza de la de la regulación normativa (legislativa o administrativa), hemos optado por estructurar la materia de conformidad con la relación establecida en el art. 6.3 de la LOLS. A estos efectos, es necesario advertir que no se realiza un tratamiento exhaustivo de todas las prerrogativas que se atribuyen en virtud de la representatividad, sino sólo de aquellas que resultan más trascendentales a efectos de incidir en los derechos sindicales u otros derechos fundamentales íntimamente relacionados.

Un último aspecto debemos destacar antes de concluir la justificación de la estructura y del método seguido en el desarrollo de la investigación. El presente trabajo versa sobre las diferencias que poderes públicos y privados pueden introducir en la dimensión colectiva de los derechos de libertad sindical, lo que nos obliga a analizar la doctrina de indemnidad sindical en cuanto resulta aplicable al ejercicio de la acción sindical como concepto unitario y colectivo. Ello, entendemos, nos exime de hacer una clasificación expresa de las posibles facultades sindicales ejercitadas por los sujetos individuales y colectivos, más allá de las que se incluyen ge-

néricamente en el concepto de actividad sindical, mientras que, en el ámbito material, nos obligará a comparar y contrastar los mecanismos utilizados por la doctrina constitucional para proteger los contenidos constitucionales de los derechos sindicales en función de la naturaleza del sujeto que ejercite el derecho (individual o colectivo), lo que terminará llevándonos a importantes conclusiones sobre el concepto de discriminación sindical que rige en nuestro ordenamiento jurídico.

PARTE PRIMERA

CONFIGURACIÓN Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES IMPLICADOS EN LAS DIFERENCIAS POR RAZONES SINDICALES

CAPÍTULO PRIMERO

CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD SINDICAL

La libertad sindical se regula en el art. 28.1 de la Constitución. Su ubicación sistemática (Sección Primera del Capítulo II del Título I) bajo la rúbrica “*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*” nos obliga a incluirla dentro de la categoría positiva de los derechos fundamentales, con todas las consecuencias que ello conlleva respecto del conjunto de garantías –materiales y formales– que le reconoce el texto constitucional. A pesar de la claridad de la configuración constitucional en este sentido, desde algunos sectores doctrinales se han destacado ciertas singularidades del derecho de libertad sindical con respecto al resto de derechos que se contemplan en la Sección Primera¹. Desde estas posiciones, y a pesar de reconocerse su configuración como derecho de libertad en cuanto se estructura, prioritariamente, como un derecho negativo que rechaza las injerencias de los poderes públicos y de los núcleos de disposición privados², se suele incidir en su estrecha conexión con los derechos sociales, hasta tal punto que gran parte de la doctrina lo ha considerado como tal³.

¹ Contreras Peláez, F. J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994, pág. 22; Abramovich, V., y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, págs. 25 y ss.

² SSTC 12/1983, de 22 de febrero (F. J. 1º); 73/1984, de 27 de junio (F. J. 1º); 184/1987, de 18 de noviembre (F. J. 4º); 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2º) y, especialmente, 186/1992, de 26 de noviembre (F. J. 3º).

³ Incluso los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos reflejan esa ambigüedad. El derecho de libertad sindical viene reconocido en el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) y en el art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP).

Desde nuestro punto de vista, las razones fundamentales de esta singularidad se encuentran, en primer lugar, en el hecho de que el derecho a la libertad sindical se reconoce constitucional y jurisprudencialmente como un derecho de titularidad individual y colectiva, es decir, contiene facultades que se atribuyen al individuo, el cual las puede ejercitar de forma individual o colectiva, y otras que se atribuyen a un ente colectivo, en principio, el sindicato de trabajadores. Junto a ello, hay que considerar que entre la doctrina científica se ha creado, equivocadamente, cierto paralelismo entre derechos sociales y derechos colectivos, considerando, en algunos casos, ésta última característica determinante del carácter social de los derechos⁴.

La segunda circunstancia que hay que tener en cuenta es que el derecho de libertad sindical constituye un instrumento imprescindible para la consecución de mayores cuotas de dignidad, libertad e igualdad de un colectivo que históricamente ha presentado déficit en esos valores, y esto, más que un rasgo de los derechos humanos, se ha considerado elemento definidor de los derechos sociales⁵. En este sentido, es común asegurar que los derechos sociales tienen como finalidad asegurar las necesidades básicas del individuo⁶. Sin embargo, y sin dejar de ser cierto, consideramos que dicha finalidad no es sólo predicable de los derechos sociales, sino de todos los derechos que se reconocen en un Estado Social y Democrático de Derecho. El modelo de Estado, tal como plasma el texto constitucional, confiere a los derechos constitucionales la función o finalidad de preservar la dignidad humana y, para que ello sea efectivo, es necesario que los derechos satisfagan un nivel mínimo de necesidades básicas⁷.

Partiendo de esta premisa, consideramos que la denominación que se le otorgue al derecho no tiene trascendencia desde el momento en que el sistema de clasificación utilizado por la norma constitucional atiende a criterios formales con

⁴ En sentido contrario, y tratando de aportar una explicación a la confusión, Pérez Luño, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 84; Contreras Peláez, F. J., *Derechos sociales...*, op. cit., pág. 29; Garriga Domínguez, A., “¿Son los derechos sociales derechos colectivos? La titularidad de los derechos sociales”, en VV. AA., *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2002, págs. 195 y ss.

⁵ Hasta tal punto constituye nota de fundamentalidad, que parte de la doctrina científica considera que no puede hablarse de derechos fundamentales colectivos si no constituyen instrumentos para alcanzar las exigencias de dignidad de la persona; Ansuátegui Roig, F., “Reflexiones preliminares sobre un problema moral y jurídico. Los derechos colectivos”, en VV. AA., *Una discusión sobre derechos colectivos...*, op. cit., pág. 13. Inciden en el carácter instrumental como elemento definidor de la sociabilidad de los derechos, Cossío Díaz, R., *Estado Social y derechos de prestación*, Madrid, CEC, 1989, pág. 92 y Contreras Peláez, F. J., *Derechos sociales...*, op. cit., pág. 41.

⁶ Contreras Peláez, F. J., *Derechos sociales...*, op. cit., pág. 41.

⁷ La dignidad humana se configura como fundamento de nuestro ordenamiento jurídico y sustrato del sistema de derechos fundamentales; entre otras, SSTC 138/2005, de 23 de mayo (F. J. 7º); 95/2003, de 22 de mayo (F. J. 5º); 13/2002, de 29 de enero (F. J. 7º).

objeto de esclarecer el distinto sistema de garantías que protege los derechos constitucionales⁸. En un Estado Social y Democrático de Derecho todos los derechos tienen una esfera liberal de no injerencia y una esfera social de prestación aunque, dependiendo de cada derecho, una y otra serán más o menos amplias⁹. De conformidad con esta idea, los derechos constitucionales presentarían un carácter híbrido que les permite mezclar ambas concepciones, y la libertad sindical constituiría uno de los máximos exponentes de esta configuración, pues si bien su estructura parece amoldarse sin ninguna dificultad al esquema que tradicionalmente presentaron los derechos de libertad, el carácter instrumental que adquiere al definir su objeto como la satisfacción de intereses económicos y sociales le dota de una perspectiva social considerable¹⁰.

Desde esta perspectiva, es evidente que la mera abstención estatal respecto de la libertad sindical no es suficiente para asegurar su existencia. Los poderes públicos no sólo han de abstenerse de realizar injerencias en el derecho mencionado y permitir que se desarrolle libremente (obligaciones de abstención o negativas), sino que, además, tienen la obligación de asegurar un contexto normativo adecuado para que los derechos sindicales de los trabajadores y de los grupos en que se integren sean reales y efectivos (obligaciones prestacionales o positivas)¹¹. Esta doble di-

⁸ Montoya Melgar, A., “La protección constitucional de los derechos laborales”, en VV. AA., *De-recho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, CEC, 1980, pág. 275.

⁹ Contreras Peláez, F. J., *Derechos sociales...*, op. cit., pág. 21; Abramovich, V., y Courtis, C., *Los derechos sociales...*, op. cit., págs. 25 y ss; Laporta San Miguel, F. J., “Los derechos sociales y su protección jurídica: Introducción al problema”, VV. AA., *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004, págs. 298 y ss. Algunos autores han destacado que, si bien todos los derechos mezclan dos tipos de obligaciones (abstención–prestación), en los derechos de autonomía la prestación no constituye el objeto fundamental de protección sino que cumple más bien la función de mejorar la posibilidades de ejercicio, y ésa sería la razón de que gocen de un mecanismo adecuado para evitar las injerencias: el recurso de amparo. En este sentido, Cossío Díaz, R., *Estado social...*, op. cit., pág. 88.

¹⁰ Reconoce dicho carácter híbrido, Molina Navarrete, C., “Protección y eficacia de los derechos socio–laborales. Balance y perspectivas del sistema constitucional de garantías”, en VV. AA., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, MTAS, 2003, pág. 1180. En el ámbito de 1 derecho internacional, Pardell Veà, A., *Los derechos sindicales en la Carta Social Europea*, Barcelona, Bosch, 1989, pág. 107; Valticos, N., “Normas internacionales de trabajo y derechos humanos ¿Cómo estamos en vísperas del año 2000?”, *RIT*, vol. 117 (1998), núm. 2 (<http://training.itcilo.it/ILS/foa/library/labour-review/1998-2/spanish/valticos-es.html>, 21 de abril de 2008). Sobre los riesgos que conllevan la instrumentalidad de los derechos fundamentales laborales, Marzal, A., “Los derechos humanos de los trabajadores. Contraponencia”, en Marzal, A., *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*, Barcelona, Bosch, 1999, pág. 90.

¹¹ Montalvo Correa, J., “El derecho de libre sindicación y la mayor representatividad sindical”, en VV. AA., *Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980, pág. 334; Sciarra, S., “La libertad sindical en la Europa Social”, *RL*, núm. 1, 1992, pág. 277; Valdés dal Re, F., “Libertad sindical y libertad de asociación empresarial en los países de la Unión Europea”, *DL*, núm.72, 2004, pág. 17.

mención que venimos analizando nos va a plantear de inmediato el problema de la tutela de los derechos sindicales, que ha de estructurarse de forma efectiva para satisfacer el cúmulo de obligaciones, positivas y negativas, que encierra su reconocimiento constitucional.

En un ámbito general, se considera que todos los derechos fundamentales originan frente al Estado obligaciones de respeto, protección y satisfacción, de forma que las denominadas obligaciones prestacionales pueden consistir en establecer regulaciones que posibiliten el ejercicio del derecho, función que normalmente se cumple limitando o restringiendo otras facultades privadas¹². Sin embargo, no debemos olvidar que el desarrollo de la dimensión positiva de cualquier derecho fundamental —en el caso de la libertad sindical, la promoción del fenómeno sindical— debe realizarse respetando los límites negativos que impone su reconocimiento constitucional. Efectivamente, las facultades individuales y colectivas que integran el contenido constitucional de los derechos de libertad sindical, en cuanto libertades públicas, requieren una tutela de corte liberal, centrada en atajar las intromisiones de los poderes públicos y privados en los derechos sindicales a través de las distintas garantías que aporta el texto constitucional.

Partiendo de este planteamiento, la actividad promocional del legislador y de cualquier otro sujeto que intervenga en el sistema de relaciones laborales ha de examinarse desde los límites negativos que impone el reconocimiento de los derechos de libertad sindical, y precisamente esta circunstancia es la que ha podido resultar ignorada al asegurar la eficacia de los derechos sindicales, sobre todo cuando resultan afectados por diferencias de trato, a través de la prohibición de discriminación y (en cuanto dicha prohibición se concibe únicamente desde perspectivas individualistas) del principio de igualdad, aplicándose esta segunda exigencia cuando el sujeto que ejercita el derecho tiene naturaleza colectiva. Y esta circunstancia, así lo pondremos de manifiesto en el estudio que iniciamos, lejos de no tener relevancia jurídica, implica concebir los derechos sindicales como auténticos derechos sociales que, en cuanto tales, generan un cúmulo de obligaciones positivas cuya tutela, estructurada sobre los principios de igualdad, les termina privando de la eficacia directa e inmediata que les corresponde como derechos de libertad¹³.

¹² Abramovich, V., y Courtis, C., *Los derechos sociales...*, op. cit., págs. 33 y ss.

¹³ Efectivamente, la doctrina especializada ante la falta de técnicas más eficaces para exigir obligaciones positivas (en este sentido, véanse las críticas de Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, págs. 30 y ss., y Abramovich, V., y Courtis, C., *Los derechos sociales...*, op. cit., pág. 46) concibe fórmulas de exigibilidad indirecta, especialmente a través de los derechos de igualdad, para los supuestos en que no es posible la tutela directa de los derechos sociales, bien por no estar contemplados en las Constituciones de corte liberal o bien, en el caso en que sí lo estén, por tenerla condicionada a determinadas circunstancias (Abramovich, V., y Courtis, C., *Los derechos sociales...*, op. cit., págs. 168 y ss.). Obviamente, el ejemplo paradigmático es el ordenamiento jurídico norteamericano, donde la eficacia (mediata) de los derechos fundamentales se ha estructurado sobre los derechos de igualdad. Un estudio detallado en Bilbao Ubillos, J. M., *Los Derechos Fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

Lógicamente, esto va a suponer un notable obstáculo para la efectividad de los derechos sindicales, sobre todo si consideramos que la doctrina constitucional los ha configurado prioritariamente como derechos colectivos. Desde esta perspectiva, obviamente, el sistema de protección implantando no va a ser muy acorde con su plasmación constitucional. El presente capítulo se dirige a poner de manifiesto esas incoherencias, primero examinando la titularidad y contenidos colectivos de los derechos sindicales y, posteriormente, analizando los mecanismos constitucionales para garantizar su eficacia directa; en ambos casos, se señalarán las estrategias utilizadas por la doctrina constitucional para legitimar, primero, y proteger, después, la labor promocional realizada por el legislador.

1. LA DOBLE TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD SINDICAL

La libertad sindical, de forma similar a lo que sucede con el derecho de huelga, se estructura como un derecho de titularidad individual y colectiva en función de las múltiples facultades que lo integran, y así lo ha afirmado reiteradamente la doctrina constitucional¹⁴. En ello radica precisamente la complejidad del derecho objeto de estudio, en la dificultad para encasillarlo en algunas de esas categorías creadas por la doctrina científica alrededor de los derechos colectivos que, dependiendo de cada autor, estarían o no al margen de este concepto¹⁵.

En este sentido, la doctrina ha aportado distintos conceptos: derechos diferenciados en función de la pertenencia a un determinado grupo (derechos específicos de grupo), derechos de titularidad individual y ejercicio colectivo y derechos de titularidad y ejercicio colectivo, si bien en muy pocas ocasiones se pronuncia expresamente sobre las categorías que estarían incluidas o excluidas del concepto de derechos colectivos. Sin embargo, de la lectura de los análisis más relevantes se infiere una acepción amplia que incluiría todas las categorías mencionadas y una acepción estricta que abarcaría sólo los derechos de ejercicio y titularidad colectiva¹⁶.

¹⁴ SSTC 37/1983, de 11 de mayo (F. J. 2º); 64/1988, de 12 de abril (F. J. 1º); ATC 731/1986, de 24 de septiembre (F. J. 4º); Lahera Forteza, J., *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, Madrid, CES, 2000, págs. 81 y ss; Valdés dal Re, F., “Libertad sindical y libertad de asociación empresarial...”, op. cit., pág. 32.

¹⁵ La doctrina más destacada en la materia define los derechos colectivos como “*derechos acordados y ejercidos por las colectividades, donde estos derechos son distintos y quizá conflictivos con los derechos otorgados a los individuos que forman la colectividad*”, Kimlicka, W., *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de la minorías*, Barcelona–Buenos Aires–México, Paidós, 2002, págs. 71 y ss; López Calera, N., *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000, pág. 105.

¹⁶ La acepción amplia deriva de la obra de López Calera, N., *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad...*; op. cit. La postura restringida es la que sostiene Jáuregui, G., “Derechos in-

Como es fácil constatar, el derecho a la libertad sindical se difumina en cada una de estas categorías, por ser un derecho atribuido, fundamentalmente, por la pertenencia al grupo de trabajadores por cuenta ajena, en el que se comparte la titularidad individual y colectiva, y dentro de la titularidad individual existen facultades que son susceptibles de ejercicio individual y otras que sólo podrán realizarse si se ejercitan de forma colectiva; incluso se podría afirmar la existencia de derechos sindicales (la actividad sindical) que serían susceptibles de una titularidad compartida.

Esta pluralidad de facetas convierte al derecho de libertad sindical en uno de los más paradigmáticos de nuestra norma constitucional. Mientras que sobre el derecho de huelga, sentada ya por la doctrina laboral su titularidad individual¹⁷, se discute sobre sí su ejercicio puede ser individual o, en todo caso, colectivo, y el derecho a la negociación colectiva es considerado el derecho colectivo laboral por antonomasia¹⁸, la libertad sindical sigue resistiéndose a la doctrina científica para

dividuales versus derechos colectivos: una realidad inescindible”, en VV. AA, *Una discusión...*, op. cit., pág. 57, al establecer una diferenciación entre derechos individuales, derechos específicos del grupo, derechos de grupo y derechos colectivos; Escudero Alday, R., “Los derechos colectivos frente al disparate y la barbarie”, VV. AA, *Una discusión...*, op. cit., pág. 171; Kymlicka, W., *Ciudadanía multicultural...*, op. cit.

¹⁷ Tanto la doctrina laboral, mayoritariamente, como el TC consideran, siguiendo las tesis imperantes en el derecho italiano y francés, que el derecho de huelga es un “*derecho individual de ejercicio colectivo*”. En este sentido, Alonso Olea, M., *Derecho del Trabajo*, Madrid, Universidad Complutense, 1980, pág. 542; García Blasco, J., *El derecho de huelga en España. Calificación y efectos jurídicos*, Barcelona, Bosh, 1983, págs. 27 y ss.; Durán López, F., “Titularidad y contenido del derecho de huelga”, *RL*, T I, 1993, pág. 342–343; Monereo Pérez, J. L., y Ojeda Avilés, A., “Sobre la huelga de un solo trabajador y otros aspectos individuales de la huelga”, en VV. AA., *Homenaje a Juan García Abellán*, Murcia, Universidad de Murcia, 1994, pág. 261; Casas Baamonde, M. E., “Derecho de huelga y Constitución: Nuevas perspectivas”, *RL*, T. I, 1994, pág. 51; Vida Soria, J., y Gallego Morales, “Derechos sindicales y de huelga”, en VV. AA., *Comentarios a la Constitución Española*, Edersa, 1996, págs. 338–340; González de la Aleja, R., *La titularidad del derecho de huelga*, Granada, Comares, 1999, págs. 118 y ss. Sin embargo, hay que advertir, que existe cierto sector doctrinal, hasta ahora minoritario, que siguiendo los esquemas que marca el derecho de libertad sindical, consideran en el derecho de huelga una doble titularidad: Palomeque López, M. C., “La titularidad del derecho de huelga”, VV. AA., *Derechos de libertad sindical y huelga*, Madrid, CGPJ, 1992, págs. 175 y ss.; Baylos Grau, A., “El derecho de huelga”, en VV. AA., *El modelo social en la Constitución de 1978*, Madrid, MTAS, 2003, pág. 597; Sala Franco, T., “La titularidad del derecho de huelga”, VV. AA., *Ley de Huelga*, Madrid, Instituto Sindical de Estudios, 1993, pág. 26; Matía Prim, J., “Negociación colectiva y derecho de huelga: los pactos de paz”, *RL*, T. II, 1993, pág. 316; Lahera Forteza, J., *La titularidad de los derechos colectivos...*, op. cit., págs. 98 y ss.

¹⁸ SSTC 58/1985, de 30 de abril (F. J. 3º); 105/1992, de 1 de julio (F. J. 6º); 208/1993, de 28 de junio (F. J. 4º). En el ámbito doctrinal, por todos, Monereo Pérez, J. L., “El derecho a la negociación colectiva”, en VV. AA., *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Granada, Comares, 2002, págs. 627 y ss.; Sala Franco, T., “El derecho constitucional a la negociación colectiva”, en VV. AA., *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en Homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Madrid, La Ley, 2006, pág. 323. En sentido diverso, Rivero Lamas, J. y De Val Tena, A. L., “El derecho a la negociación colectiva. Reconocimiento constitucional y garantías legales”, en VV. AA, *El modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, MTAS, 2003, pág. 655, que reconocen una doble titularidad, individual y colectiva.

ser encuadrada en este entramado de categorías, hasta tal punto que los estudios sobre derechos colectivos no encuentran un punto de convergencia en este sentido. Así, mientras unos los consideran un derecho individual a todos sus efectos o niegan directamente su condición de derecho colectivo¹⁹, otros, partiendo de la acepción amplia, lo catalogan directamente como tal²⁰; sólo excepcionalmente se ha diferenciado la titularidad, y por tanto la naturaleza, en virtud de las distintas facultades que lo integran²¹.

La ambigüedad característica de los estudios generales, se reduce considerablemente en el ámbito laboral, donde la mayoría de la doctrina considera que el derecho de libertad sindical presenta dos facetas distintas, una individual y otra colectiva, y que en virtud de esa doble titularidad el ordenamiento ha asignado facultades distintas a los trabajadores y las organizaciones sindicales²². Ello, en principio, debería reducir las posibilidades de confrontación entre los intereses en juego, si bien, como veremos más detenidamente, esa posibilidad ha quedado distorsionada en virtud de la interpretación constitucional sobre el contenido esencial de la libertad sindical, que incluye las manifestaciones más importantes de la acción colectiva (huelga, negociación y conflicto), independientemente de que vengan reconocidas, desde el plano constitucional, a sujetos que no coinciden con los que ostentan la titularidad colectiva de los derechos sindicales, esto es, el sindicato-asociación.

Efectivamente, la integración del ámbito funcional en el art. 28 CE provoca que la titularidad de los derechos sindicales no siempre recaiga sobre facultades distintas en función de la naturaleza del sujeto (individual o colectivo), de forma que, en principio y de acuerdo con la regulación constitucional, los medios que integran la acción sindical (exceptuando la negociación colectiva) presentarían una titularidad compartida que se puede ejercitar por sujetos individuales y colectivos simultáneamente. Sin embargo, y como tendremos ocasión de constatar, la doctrina constitucional realiza una interpretación de los derechos de libertad sindical eminentemente colectiva que, además de restringir los sujetos colectivos de los derechos sindicales al sindicato-asociación (obviando con ello la facultad de libre autoorganización implícita en los derechos de libertad sindical), delimita el

¹⁹ Garriga Domínguez, A., “¿Son los derechos sociales derechos colectivos?”, op. cit., pág. 196; Jáuregui, G., “Derechos individuales versus...”, op. cit., pág. 57.

²⁰ López Calera, N., *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad...*, op. cit., pág. 47.

²¹ Peces-Barba Martínez, G., “Los derechos colectivos”, VV. AA., *Una discusión...*, op. cit., pág. 75; Escudero Alday, R., “Los derechos colectivos frente al disparate...”, op. cit., pág. 169.

²² Por todos, Lahera Forteza, J., *La titularidad de los derechos colectivos...*, op. cit., págs. 81 y ss.; Palomeque López, M. C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid, CEC, 1991, pág. 50; Ojeda Avilés, A., “Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical”, en VV. AA., *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Madrid, Tecnos, 1986, págs. 86 y ss.

ámbito individual de la actividad sindical a la facultad de participar en las actividades promovidas por los distintos sindicatos y, por tanto, quiebra el equilibrio inicial que debería existir entre las facetas individual y colectiva del derecho a la libertad sindical.

Nos ocuparemos a continuación de analizar cada uno de estos supuestos, primero el relativo a la titularidad colectiva de los derechos sindicales y después, en el marco del contenido del derecho, el referido a la restricción de la dimensión individual de los derechos de actividad sindical. Sin embargo, antes de efectuar este análisis es necesario realizar algunas consideraciones sobre la problemática que puede generar la confluencia de derechos individuales y colectivos, con objeto de determinar y valorar el procedimiento utilizado por la doctrina constitucional para llevar a cabo las restricciones mencionadas.

1.1. La libertad sindical como derecho específico de los trabajadores por cuenta ajena

Como venimos analizando en las páginas anteriores, y a pesar de que hemos considerado, siguiendo a la doctrina especializada en la materia, derechos colectivos todos aquellos que se atribuyen y ejercitan de forma colectiva, no hay duda de que, como categoría previa a la que toma como referencia la titularidad y modalidad de ejercicio, está aquella que atribuye los derechos en función de la pertenencia del individuo a un determinado colectivo. Dentro de los derechos atribuidos en función de la pertenencia a un grupo debemos diferenciar dos categorías: los derechos que ostentan y ejercen los distintos individuos que pertenecen al grupo y aquellos otros que se atribuyen al grupo como colectivo o, lo que es más común, a los representantes legítimos del colectivo²³. De esta forma, dentro de este conjunto de derechos podemos encontrar derechos individuales y derechos colectivos, correspondiéndose este esquema a la estructura del derecho de libertad sindical.

Efectivamente, el derecho de libertad sindical, en cuanto derecho atribuido a los trabajadores por cuenta ajena, de titularidad compartida (engloba facultades individuales y colectivas), puede ser lesionado de dos formas distintas. Por un lado, se han de analizar las consecuencias que derivan de atribuir derechos, ya sean individuales o colectivos, a unos grupos o individuos y no a otros. En ambos casos se trata de una diferenciación, bien entre colectivos o bien entre individuos que

²³ Baubök, R., "Justificaciones liberales para los derechos de los grupos étnicos", VV. AA., *Ciudadanía: justicia social, identidad y participación*, Madrid, Siglo veintiuno, 1999, pág. 16; Valdés dal Re, F., Prólogo a la obra de Lahera Forteza, J., *La titularidad de los derechos colectivos...*, op. cit., pág. XIX; Contreras Peláez, F. J., *Derechos sociales...*, op. cit., pág. 31.

pertenecen a distintos colectivos, que requiere de una causa objetiva y razonable para ser realizada. En este sentido, y en lo que hace a las diferenciaciones colectivas, habría que aclarar que no todos los derechos atribuidos a una persona jurídica o a un ente colectivo son derechos colectivos, ya que los entes colectivos, como tales y en virtud de una asimilación a la persona física, deben ser titulares de derechos fundamentales individuales si quieren cumplir los fines para los que han sido creados: derecho a la igualdad, derecho a la no discriminación, derecho a la tutela judicial efectiva, etc.²⁴

Sin embargo, el problema no puede ser el mismo cuando se trata de un grupo o individuo que estaba inicialmente dentro del colectivo favorecido. En estos casos, la exclusión de la titularidad del derecho ya no se puede enfocar como una cuestión de igualdad o no discriminación sino como limitación o restricción de un derecho fundamental que el sujeto debería estar disfrutando. Esto es así simplemente porque ya no existe el término de comparación necesario para aplicar los mecanismos que aportan los derechos de igualdad, puesto que el criterio determinante de la diferenciación se ostenta por todos los afectados; por tanto, no se puede decir que se está diferenciado o discriminado por razones sindicales, sino más bien que se está limitando el derecho de libertad sindical. Como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de nuestro estudio, la doctrina constitucional, como regla general, incurre en ciertas confusiones que la llevan a tratar las limitaciones de los derechos sindicales como un problema de igualdad, sin percatarse de que los resultados de uno u otro enfoque pueden cristalizar (en la mayoría de los casos así sucede) en soluciones completamente distintas.

También en el ámbito de las relaciones intragrupales, es decir, el relativo, a las relaciones entre el sujeto colectivo y los individuos que lo conforman, el problema principal consistirá en que el ejercicio de los derechos colectivos reconocidos a un sujeto de esta naturaleza puede lesionar los derechos del individuo, bien el derecho de libertad sindical si el perjuicio se sufre por ejercitar algunas de las facultades que la integran, o bien cualquier otro derecho fundamental instrumental o complementario a los derechos sindicales, lo que sucederá en la mayoría de los supuestos. En este caso, y a pesar de que los problemas pueden seguir adoptando los parámetros de la discriminación, la mayoría de los conflictos presentarán el perfil de li-

²⁴ La doctrina constitucional ha reconocido a las personas jurídicas la titularidad de los derechos individuales instrumentales para el cumplimiento de sus fines, como la libertad de expresión (STC 52/1995, de 23 de marzo); el derecho a la igualdad (SSTC 99/1983, de 16 de noviembre; 20/1985, de 14 de febrero; 26/1985, de 22 de enero; 39/1986, de 31 de marzo; con carácter general para toda persona jurídica, 137/1985, de 17 de octubre) o la tutela judicial efectiva (SSTC 53/1983, de 20 de junio; 64/1988, de 12 de abril; 4/1982, de 8 de febrero; 19/1983, de 14 de marzo; 91/1995, de 19 de junio); y derechos individuales para la protección de su identidad, como el derecho al honor (SSTC 139/1995, de 26 de noviembre; 183/1995, de 11 de diciembre). Especial atención requieren las SSTC 64/1988, de 12 de marzo (F. J. 1º) y 139/1995, de 26 de noviembre (F. J. 4º), que hacen referencia a sujetos colectivos sin personalidad jurídica.

mitación de derechos fundamentales y deben, por ello, tenerse en cuenta las posibles injerencias sobre los derechos individuales de los miembros del grupo y los mecanismos que se han de utilizar para su protección, trasladándose el análisis desde el plano de la igualdad al de la confrontación de los distintos intereses en conflicto.

Para resolver esta confrontación, hay que tener en cuenta que los derechos colectivos pueden canalizar pretensiones en dos ámbitos distintos: en el ámbito interno, con la finalidad de proteger la integridad del grupo respecto de opiniones o conductas disidentes de sus miembros, o externo, al resguardar al grupo respecto de la sociedad, bien evitando conductas lesivas de sus intereses, bien exigiendo protección o reconocimiento de sus peculiaridades con respecto a otros grupos²⁵. Mientras las primeras pueden vulnerar los derechos individuales de los miembros del grupo, y con ellos los principios básicos del Estado, las segundas, siempre que su objetivo sea conseguir mayores cotas de igualdad, son plenamente compatibles e, incluso, necesarias para desarrollar un Estado Social y Democrático de Derecho. Bajo este prisma, hemos de convenir que el derecho de libertad sindical, en cuanto derecho colectivo, se ha de reconfigurar y ejercitar siempre como un mecanismo de protección externa, jamás como instrumento de restricción interna, circunstancia que sólo se puede determinar tras un análisis de cómo se articulan los derechos colectivos y los mecanismos que controlan las limitaciones en los derechos individuales de los trabajadores.

En un plano general, la doctrina científica ha considerado la existencia de sujetos e intereses colectivos fundamentalmente desde dos puntos de vista. Para una perspectiva individualista, los grupos sólo constituyen una mera suma de individuos que persiguen la obtención de determinados bienes que, de otra forma, les sería difícil conseguir. Así, el grupo no se puede considerar como entidad sustancialmente distinta o superior a sus miembros y sus intereses no son otros que la suma de los intereses de los individuos que los componen²⁶. Ello se traduce, en último término, en la negación de los intereses colectivos y, por tanto, en la afirmación de que todos los derechos son de titularidad individual aunque algunos de ellos pueden ser de ejercicio colectivo. En este contexto, los intereses del individuo, al coincidir con el interés colectivo, siempre quedarán salvaguardados. En cambio, para aquellos que parten de posturas colectivistas, el grupo constituye una realidad distinta, autónoma y superior a la simple agrupación de sus miembros y, por tanto, cuenta con

²⁵ En terminología de Kimlicka, W., “*restricciones internas*” y “*protecciones externas*”, en “Acerca de la identidad”, VV. AA., *Ciudadanía, justicia social identidad y participación*, Madrid, Siglo XXI, 1999, págs. 144 y ss.

²⁶ En el ordenamiento jurídico italiano han sustentado claramente posiciones individualistas Balzarini, R., “Considerazione sulla nozione di rappresentatività dei sindacati”, en *Studi di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1968, pág. 360; Flammia, R., *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto. I. Autotutela degli interessi di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1963, pág. 11.

unos intereses propios (colectivos) que serán distintos a los intereses individuales y, en caso de confrontación, suelen prevalecer sobre éstos²⁷.

El dilema se centra, como es fácil constatar, en la articulación del interés del grupo y el de cada uno de los individuos que lo conforman, y es en este ámbito donde debemos plantear dos problemas fundamentales. En primer lugar se trataría de determinar a través de qué mecanismo se conforma la voluntad del grupo, pues, independientemente del punto de partida, es evidente que el interés del grupo difícilmente coincidirá con el interés unánime de todos su integrantes. Esta unanimidad de intereses es prácticamente imposible, sobre todo en el ámbito laboral, donde con demasiada frecuencia se han de sacrificar los intereses específicos de una minoría para ver satisfechos los comunes, más estandarizados. En segundo lugar, e íntimamente relacionado con el tema anterior, habría que analizar en cada supuesto planteado cuál entre los intereses presentes (individual y colectivo) ha de prevalecer y, en su caso, qué mecanismo se puede utilizar para evitar que, en aras de conseguir el objetivo común, se perjudiquen derechos fundamentales de los miembros del grupo. El primer problema es un problema de representación; el segundo, de preferencia de intereses y limitación de derechos fundamentales.

Con respecto al primero de los asuntos planteados, la articulación de la voluntad colectiva, se trataría de determinar el mecanismo que asegure que lo que dicen y hacen los sujetos colectivos se corresponde con lo que los sujetos que los integran quieren y piensan, y qué ocurre en aquellos casos en que aparecen opiniones de disenso. Esto sólo se puede resolver a través de la institución de la representación y la adopción de decisiones por mayoría, y para que esa representación sea auténtica y legítima es necesario que exista cierto grado organizativo del ente, permanente o temporal, y mecanismos que aseguren que la representación es democrática.

Con respecto a la segunda de las cuestiones, al confluir dos intereses, individual y colectivo, que pueden ser distintos y, en ocasiones, contrapuestos, nos veremos obligados en más de una ocasión a dar prevalencia a uno de ellos en función de las circunstancias concurrentes, situándonos en el mayor y más arduo problema que presenta la teoría de los derechos colectivos: la armonización de éstos con los derechos individuales. Este enfrentamiento entre interés individual y colectivo se solventaría, como ha puesto de manifiesto la doctrina, articulando distintas soluciones. Partiendo de una posición colectivista, se podría sostener tanto la prevalencia del interés colectivo sobre el individual, considerando al primero como independiente, autónomo y superior en todo caso (Colectivismo radical), como una preferencia condicionada a que el interés colectivo tenga la finalidad de salvaguardar el propio interés de los individuos (Colectivismo paternalista). En contra-

²⁷ Un análisis de ambas posturas en García Amado, J. A., "Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas, quimeras", en VV. AA., *Una discusión...*, op. cit., pág. 180.

posición, desde un ámbito individualista se podría abogar bien por la prioridad de los intereses individuales sobre los colectivos, salvo que los distintos intereses individuales sean insuficientes para obtener el bien, en cuyo caso se establecerían los mecanismos necesarios para que el interés colectivo coincida con la suma de intereses individuales (Individualismo pragmático), o bien considerar que el interés colectivo no puede prevalecer, en ningún caso, sobre el interés de los individuos, puesto que lo único que existe y que ha de ser objeto de consideración son los intereses individuales (Individualismo radical)²⁸.

En el ámbito laboral, tanto doctrina como jurisprudencia constitucional parecen haberse inclinado, al menos en un plano general, y siguiendo a un reconocido sector de la doctrina italiana, por la preferencia del interés colectivo sobre el individual, bien de forma absoluta o de forma relativa²⁹. El dato clave, en este sentido, se encuentra en la expresa constitucionalización del sindicato que se hace en el art. 7 CE, que reconoce el papel que dichas organizaciones tienen en la defensa y promoción de las condiciones económicas y sociales de los trabajadores³⁰. Como en multitud de ocasiones ha expresado la jurisprudencia constitucional, el sindicato constituye una organización social con relevancia constitucional, y se erige en organismo básico del sistema político. En consecuencia, parece ser que las nuevas funciones constitucionales reconocidas al sindicato, en principio a todo sindicato, evidencian la insuficiencia de los mecanismos de la representación privada para su efectiva realización. Por ello, tanto doctrina como jurisprudencia consideran al sindicato como una entidad independiente y autónoma de los miembros que lo integran, dotada de voluntad e intereses propios³¹.

Sentada esta premisa, se estructura, primero jurisprudencialmente y después a través de la LOLS, la representación institucional del sindicato, que ya no depende

²⁸ Una exposición detallada de las distintas soluciones y sus consecuencias, en García Amado, J. A., "Sobre derechos colectivos...", op. cit., págs. 185 y ss.

²⁹ La supremacía del interés colectivo sobre el interés individual en el derecho sindical italiano sustenta la denomina "teoría del ordenamiento intersindical", sostenida por Giugni, G., *Diritto sindacale*, Bari, Cacucci, 2004, págs. 103 y ss. Un análisis exhaustivo de la construcción del interés colectivo en el derecho sindical italiano en Caruso, B., *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, Franco Angeli, 1992, págs. 114 y ss. En nuestro ordenamiento jurídico, Cabrera Bazán, J., *La titularidad y el ejercicio del interés colectivo en las relaciones colectivas de trabajo*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1967, págs. 27 y ss.

³⁰ Carmona Contreras, A. M., *La conflictiva relación entre libertad sindical y negociación colectiva*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 35. Para Alonso García, M., "La libertad de sindicación: manifestaciones, contenido y garantías en la Constitución Española", en VV. AA.; *Estudios de Derecho del trabajo en Memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980, págs. 44 y 47, de dicho dato se puede deducir que, ante el dilema que plantea la protección de intereses individuales y colectivos, el constituyente ha optado claramente por la protección del interés colectivo. Según el autor, la misma conclusión hay que extraer de la cláusula que define el Estado como Social y Democrático de Derecho.

³¹ Carmona Contreras, A. M., *La conflictiva relación...*, op. cit., pág. 35.

de los vínculos filiativos sino de la mayoría obtenida en la elección democrática que suponen las elecciones a los órganos de representación en la empresa³². Son los resultados de estas elecciones, realizadas en un ámbito empresarial limitado (puesto que excluye las organizaciones productivas de menos de 6 trabajadores), los que otorgan la representación institucional a aquellas organizaciones sindicales que obtengan, como mínimo, un 10% de los representantes unitarios, una cifra sorprendente si consideramos que a través de ella se produce el enlace entre el interés de la clase trabajadora con los sujetos que la representan. No obstante, dicha representación, al no ser compartida por todos los sujetos sindicales, convive con los clásicos mecanismos de la representación privada y asociativa que sigue siendo válida para estructurar los derechos sindicales de los sujetos no favorecidos por el sistema promocional, lo que, por otro lado, no deja de ser contradictorio.

Desde nuestro punto de vista, la confrontación entre interés individual y colectivo habrá de resolverse atendiendo a la constitucionalización de cada uno de los derechos laborales, y ello teniendo en cuenta que, a pesar de que es deseable una solución independiente (pues no es posible obviar que el texto constitucional los contempla por separado), en la práctica la solución se puede ver tergiversada por las relaciones que se establezcan entre los distintos derechos. Así, en primer lugar hay que considerar, y dejar suficientemente claro, que todos los derechos laborales a los que nos estamos refiriendo tienen una faceta colectiva, al menos parcial: libertad sindical, huelga, negociación colectiva y adopción de medidas de conflicto colectivo. En segundo lugar, habrá que tener en cuenta, dada la relación existente entre los distintos derechos mencionados y que no es factible una solución generalizada, que o bien se opta por separar el resto de derechos laborales del derecho a la libertad sindical, o bien hay que reconocer que, dentro de este derecho, los intereses individuales o colectivos prevalecerán en función de la facultad que se esté analizando.

Siendo éste el marco general, no podemos perder de vista un dato fundamental: que el derecho de libertad sindical se reconoce, más que a un ente colectivo, a una colectividad de individuos, y sólo a raíz de esta premisa se pueden diferenciar dos sujetos distintos, el trabajador individual y la organización de trabajadores. Si, además, consideramos la riqueza que presenta la faceta individual del derecho de libertad sindical, tendremos que concluir que, al menos en apariencia, el derecho de libertad sindical se ha estructurado en nuestro ordenamiento jurídico desde un punto de vista individualista pragmático, plasmándose sustancialmente y desde el punto de vista individual en el derecho a la organización *en el grupo* y no en el derecho a la organización *del grupo*³³.

³² SSTC 4/1983, de 28 de enero (F. J. 4º); Sciarra, S., "La libertad sindical en la Europa...", op. cit., pág. 291.

³³ Balzarini, R., "Considerazioni sulla nozione di autonomia collettiva", en *Studi di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1967, págs. 293 y ss.

No obstante, como se pondrá en evidencia en el apartado siguiente, esto es sólo en apariencia. La extensión jurisprudencial del contenido del derecho, así como la articulación de cada una de las facultades que pasa a engrosar el contenido esencial, diseñan progresivamente un recorrido que va desde el individualismo pragmático hasta el colectivismo más radical. Ello se debe, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, a que uno de los derechos colectivos por antonomasia, la negociación colectiva, se introduce, en virtud de la doctrina constitucional, en el contenido esencial de la libertad sindical, lo que en último término obliga a delimitar los sujetos colectivos titulares de los derechos sindicales (haciéndolos coincidir con el sindicato asociación) y a obviar una de las facultades esenciales del derecho de libertad sindical: la autoorganización de los trabajadores en las estructuras representativas que consideren más convenientes para la defensa de sus intereses económicos y profesionales.

1.2. Los titulares colectivos de los derechos sindicales. Una lectura orgánica del derecho de libertad sindical

Junto al conjunto de facultades individuales, la libertad sindical supone el reconocimiento de derechos colectivos en el sentido estricto del término, es decir, derechos atribuidos y ejercitados por entidades colectivas. El problema en el ámbito colectivo de los derechos sindicales se ha planteado, sobre todo, respecto de los sujetos que tienen atribuido este derecho, puesto que la norma constitucional es poco esclarecedora en este sentido. Se trataría, en definitiva, de determinar si la libertad sindical ha de contemplarse desde un punto de vista orgánico, y por tanto atribuirle sólo a las asociaciones permanentes de naturaleza sindical, o, en cambio, se puede considerar desde un punto de vista funcional, lo que permitiría incluir, del modo en que lo hace la Constitución Italiana, a otras organizaciones de trabajadores distintas de los sindicatos³⁴.

La doctrina laboral considera en su gran mayoría, que el derecho de libertad sindical, en su faceta colectiva, es un derecho atribuido con carácter exclusivo a los sindicatos de trabajadores, entendidos éstos como asociaciones permanentes de trabajadores para la defensa de sus intereses económicos y sociales³⁵. Los que parten

³⁴ En este sentido, la doctrina italiana es prácticamente unánime, Bellochi, P., “Art. 39 Costituzione”, en VV. AA., *Le Fonti del Diritto Italiano. Il Diritto del Lavoro, V. I. Costituzione, Codice Civile e Leggi Speciale*, Milano, Giuffrè, 2004, págs. 222 y ss.; Giugni, G., “Art. 39 Costituzione”, en *Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca, Rapporti Economici, T. I, art. 35–40*, Bologna, Zanichelli, 1979, págs. 264 y ss.; Ballestrero, M. V., *Diritto sindacale. Lezioni*, Torino, Giappichelli, 2004, págs. 95 y ss.

³⁵ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La libertad sindical en la Constitución”, en VV. AA., *Los trabajadores y la Constitución*, Madrid, CDT, 1980, pág. 99; Ojeda Avilés, A., “Delimitación, contenido

de esta posición suelen reconocer que dicha circunstancia dota a las organizaciones sindicales de una posición preferente en nuestro ordenamiento jurídico, que se encuentra justificada por la relación que existe entre los artículos 28.1 y 7 de la Constitución, sin que constituya obstáculo alguno el reconocimiento de la libertad sindical individual o el valor del pluralismo sindical y social³⁶.

En la misma línea se sitúa la doctrina constitucional que, partiendo de que la Constitución reconoce directamente a los sindicatos el papel de representantes de los trabajadores³⁷, concluye que el ámbito colectivo de la libertad sindical se les atribuye con carácter exclusivo, excluyendo de su ámbito de aplicación a cualquier sujeto colectivo distinto aunque ostente legítimamente la representación de los trabajadores y desarrolle acción sindical³⁸.

Sin embargo, y a pesar de ser ésta la línea jurisprudencial consolidada, sobre todo a raíz de la promulgación de la LOLS³⁹, hay que advertir que no siempre ha sido así, pues desde 1980 hasta 1985 la doctrina constitucional se inclinó clara-

y restricciones...”, op. cit., pág. 58; Rivero Lamas, J., “Democracia pluralista y autonomía sindical” en VV. AA., *Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria del Profesor Gaspar Bayón...*, op. cit., págs. 198 y ss.; Fernández López, M. F., “Régimen jurídico sindical (arts. 4º y 5º LOLS)”, en VV. AA., *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical...*, op. cit., págs. 147 y ss.; Alonso García, M., “La libertad de sindicación...”, op. cit., pág. 43; Carmona Contreras, A. M., *La conflictiva relación...*, op. cit. pág. 62.

³⁶ No obstante, se ha señalado por algunos autores que la preferencia constitucional por los sindicatos no ha de llevar a atribuirles las facultades ostentadas por otros sujetos colectivos como contenido esencial de la libertad sindical (Ojeda Avilés, A., “Un contenido esencial algo venial. O los problemas de una dispersión hermenéutica”, *REDT*, núm. 44, 1990, pág. 593) y, por tanto, con carácter excluyente (Segalés Fidalgo, J., “La legitimación del Comité de empresa para interponer recurso de amparo en defensa de la libertad sindical”, *RL*, núm. 22, 1996, pág. 46). En sentido parecido se pronuncia Aparicio Tovar, J., “La contratación colectiva de los funcionarios públicos”, VV. AA., *Jurisprudencia Constitucional y Relaciones Laborales*, Madrid, CEC, 1983, pág. 311.

³⁷ Por todas, STC 70/1982, de 29 de noviembre (F. J. 5º).

³⁸ SSTC 118/1983, de 13 de diciembre (F. J. 4º); 45/1984, de 27 de marzo (F. J. 3º); 104/1987, de 17 de junio (F. J. 1º); 51/1988, de 22 de marzo (F. J. 5º d); 197/1990, de 29 de diciembre (F. J. 3º); 134/1994, de 9 de mayo (F. J. 4º b); 74/1996, de 30 de abril (F. J. 4º). Un comentario a ésta última en Segalés Fidalgo, J., “La legitimación del Comité de empresa...”, op. cit., págs. 41 y ss. Especialmente interesante se presenta la STC 51/1984, de 25 de abril (F. J. 3º), que, partiendo de la existencia de diversos derechos sindicales, al parecer independientes (constitución, afiliación y libre acción sindical), considera que la negociación colectiva realizada entre un grupo profesional y una Administración Institucional no está protegida por el derecho a la libertad sindical. Incluso se ha rechazado cualquier intento de articular mecanismos que permitan a los representantes no sindicales de los trabajadores acceder a la negociación colectiva de eficacia general [STC 12/1983, de 22 de febrero (F. J. 2º y 3º)].

³⁹ La perspectiva orgánica de la libertad sindical es perceptible en todos sus preceptos, tanto en los que regulan contenidos materiales como en aquellos que arbitran la tutela de los derechos sindicales [Del Rey Guanter, S., “La conducta antisindical: principios generales a la luz de la Ley Orgánica de Libertad Sindical”, *RL*, T. I, 1987, pág. 250].

mente por una lectura funcional del derecho de libertad sindical⁴⁰. Si bien en ningún momento reconoció el papel determinante que dentro de la libertad sindical individual tienen las facultades de libre autoorganización, y, por tanto, la libre creación por parte de los trabajadores de organizaciones distintas de los sindicatos–asociación⁴¹, sí logró equiparar las representaciones unitarias y sindicales respecto de la tutela de la libertad sindical, sobre todo con la finalidad, dada la supremacía que ostentaban las representaciones unitarias sobre las sindicales y el conflictivo reparto de competencias entre ellas⁴², de dejar sentado que las representaciones unitarias no tenían la exclusividad en la representación de los trabajadores⁴³.

Quizá fue la finalidad de la interpretación lo que hizo que no se consolidase lo suficientemente como para aplicarla a la inversa, es decir, respecto de otros tipos de representación cuando el predominio lo ostentan las representaciones sindicales. Así, paulatinamente, la doctrina constitucional va dándole la vuelta a la inter-

⁴⁰ SSTC 11/1981, de 8 de abril (F. J. 11°); 38/1981, de 23 de noviembre (F. J. 5° y 6°); 70/1982, de 29 de noviembre (F. J. 1° y 5°); 55/1983 de 22 de Junio (F. J. 5°); 118/1983, de 13 diciembre (F. J. 4°). Algo más confusas resultan las SSTC 78/1982, de 20 de diciembre (F. J. 5°); 83/1982, de 22 de diciembre (F. J. 3°); 40/1985, de 13 de marzo (F. J. 2° y 3°), ya que, aun reconociendo la protección genéricamente a los representantes de los trabajadores, resuelven casos de delegados sindicales, refiriéndose a su naturaleza sindical.

⁴¹ Quizá, el pronunciamiento que ha estado más cerca de la lectura funcional plena haya sido la STC 38/1981, de 23 de noviembre [Véanse, en este sentido, las declaraciones que sobre el pronunciamiento realiza Rodríguez–Piñero y Bravo–Ferrer, M., “Despido discriminatorio antisindical: prueba y alcance”, *DL*, núm. 2, 1981, pág. 156]. Existen otros pronunciamientos en los que se reconoce la acción sindical, entendida en cuanto actividad dirigida a la representación y defensa de los intereses de los trabajadores, puede ser ejercida, *sin entrar en otras posibilidades*, tanto por el Sindicato como por el Comité de Empresa” [STC 118/1983, de 13 de diciembre (F. J. 4°)].

⁴² Casas Baamonde, M. E., y Escudero, R., “Representación sindical en el sistema español de relaciones laborales”, *REDT*, núm. 17, 1984, pág. 82; Baylos Grau, A., “La institucionalización de la actuación sindical como elemento de mediación frente a la crisis”, *REDT*, 1985, núm. 21, págs. 33–34; Tudela Cambroner, G., *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 36.

⁴³ En este sentido, la STC 70/1982, de 29 de noviembre (F. J. 1° y 5°), resuelve el recurso de amparo presentado por UGT ante la negativa de reconocer su capacidad para plantear conflicto colectivo. El pronunciamiento impugnado partía de la base de que los sindicatos ostentan sólo una representación parcial de los trabajadores, que se circunscribe a los trabajadores afiliados, por lo que decide reconocer con carácter exclusivo la legitimación para plantear conflicto colectivo a los representantes unitarios, toda vez que son ellos los órganos que representan a la totalidad de los trabajadores. Un análisis de los pronunciamientos del TCT en este periodo en Rodríguez–Sañudo Gutiérrez, F., “Jurisprudencia sobre relaciones colectivas de trabajo”, *RPS*, núm. 137, 1983, págs. 222 y ss. El TC se pronuncia en contra, al reconocer a los sindicatos con implantación la legitimidad para plantear conflicto colectivo. En términos parecidos se pronuncia la STC 37/1983 de 11 de mayo (F. J. 2°). Análisis de esta jurisprudencia en Ojeda Avilés, A., “Un contenido esencial...”, *op. cit.*, pág. 592; Rodríguez–Piñero y Bravo–Ferrer, M., “Representantes unitarios electivos y tutela del amparo de la libertad sindical”, *RL*, T. II, 1996, págs. 32 y ss.

pretación y extrae de los preceptos constitucionales que regulan la libertad sindical, especialmente del art. 7 CE, la conclusión de que ciertas facultades colectivas, y con ellas la acción sindical, son exclusivas de los sindicatos, aunque la titularidad de los distintos derechos colectivos indiquen otra cosa⁴⁴.

La promulgación de la LOLS y la jurisprudencia por ella generada acabó definitivamente con una incipiente teoría funcional todavía no desarrollada⁴⁵. A partir de ese momento, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia han adoptado una postura orgánica en cuanto a la titularidad colectiva del derecho a la libertad sindical, asignándolo con carácter exclusivo a los sindicatos⁴⁶. No obstante, si además de adoptar esta posición se quiere ser coherente y respetuoso con el texto constitucional, habría que reconocer que, si bien las organizaciones sindicales, como sujetos encargados de la representación de los trabajadores, tienen reconocidas entre sus facultades los derechos de actividad sindical, éstas no pueden ser reconocidas de forma exclusiva, sino compartida con otros posibles sujetos del sistema de relaciones laborales⁴⁷. Hasta ahora, y aunque ello conllevaría aceptar que desde el plano constitucional pueden existir otras formas de representación de los trabajadores⁴⁸, la argumentación puede resultar coherente, pues la diferencia-

⁴⁴ El primer pronunciamiento significativo lo constituye la STC 4/1983, de 28 de enero (F. J. 3º y 4º), que legitima la exclusividad sindical en la negociación de convenios colectivos supraempresariales basándose en el art. 7 CE. Especialmente interesante resulta la STC 12/1983, de 22 de febrero (F. J. 2º), en la que se planteaba un recurso de amparo por parte de representantes unitarios independientes, elegidos democráticamente por y entre los trabajadores, al quedar excluidos de la negociación colectiva de ámbito supraempresarial y en la que se pretendía articular un mecanismo razonable para garantizar su presencia en dicha negociación. El Tribunal resuelve denegando el amparo y afirmando que los arts. 7 y 37 CE permiten fundamentar el sistema legal de negociación, lo que impide considerar atentatorio al texto constitucional la exclusión de los representantes independientes. La doctrina se reitera en las SSTC 118/1983, de 13 de diciembre (F. J. 4º); 45/1984, de 27 de marzo (F. J. 3º); 98/1985, de 29 de julio (F. J. 10º), 51/1988, de 22 de marzo (F. J. 5º).

⁴⁵ Con posterioridad sólo hemos encontrado un pronunciamiento susceptible de apoyar una visión funcional de la libertad sindical, aunque con ambigüedades. Se trata de la STC 191/1996, de 26 de noviembre (F. J. 5º), que, a pesar de considerar lesionado el derecho de libertad sindical (la reclamación procede de un comité de empresa sindicalizado), hace reiteradas referencias a la necesaria protección que la libertad sindical ha de otorgar a los representantes de los trabajadores, basándose para ello en el Convenio 135 OIT, en la Recomendación 143 de la OIT y en una lectura plural e independiente de los derechos que integran la libertad sindical.

⁴⁶ Por todos, Luján Alcaraz, J., *La acción sindical en la empresa. Marco legal y desarrollo convencional*, Madrid, CES, 2003, págs. 96 y ss.

⁴⁷ Ojeda Avilés, A., “La libertad sindical”, *RPS*, núm. 121, 1979, pág. 367.

⁴⁸ Sala Franco, T., “La libertad sindical en el Proyecto Constitucional”, *Argumentos*, núm. 14, 1978, pág. 63, advierte que, aun partiendo de la posición preferente que otorga el texto constitucional al sindicato debido a su estabilidad y publicidad, hay que reconocer que el texto constitucional “no ha querido o no ha sabido eliminar del marco constitucional esas otras formas de expresión del movimiento obrero distintas del sindicato”; Rayón Suárez, E., “El ámbito de aplicación...”, op. cit., pág. 50.

ción establecida entre los distintos sujetos sólo sería el resultado de la preferencia constitucional por los sindicatos⁴⁹.

En cambio, los problemas se presentan con la concepción individual de la libertad sindical, pues habría que interpretarla de forma muy restringida: o se está dentro del sindicato o se está fuera. Si la actividad se realiza por un afiliado, su protección encuentra cobijo dentro de la libertad sindical, pero si se trata de un trabajador no afiliado, sólo estaría protegido si la actividad se promueve por el sindicato y el trabajador ha participado en la actividad sindical.

Ambas interpretaciones, tanto la restrictiva, que sólo considera actividad sindical la realizada por los afiliados, como la menos restrictiva, que considera actividad sindical la participación en actividades promovidas por el sindicato, son contrarias a un texto constitucional que, aun positivando por separado importantes facultades de la actividad sindical, reconoce su titularidad al conjunto de los trabajadores asalariados y las distribuye en forma de derechos individuales (así ocurre parcialmente con el derecho de huelga) o colectivos (es el caso de la negociación colectiva). Lo que bajo ningún concepto se puede sostener es que un sujeto no sindicado está ejerciendo su derecho a la actividad sindical al organizar unas elecciones a representantes unitarios y que la actividad de esos órganos, una vez constituidos, no es actividad sindical si no se encuentran afiliados a una o varias organizaciones sindicales.

Estas contradicciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han llevado a que parte de la doctrina se incline por hacer una lectura funcional del art. 28 CE⁵⁰, si bien habría que mencionar diversas posibilidades. La primera partiría de aceptar un concepto de organización sindical más amplio, considerando que el ámbito de la libertad sindical se extiende a cualquier organización de trabajadores que, dentro del respeto a la Constitución, tenga como finalidad o función la defensa de los intereses de éstos⁵¹. La nueva perspectiva permitiría conservar la ac-

⁴⁹ STC 134/1994, de 9 de mayo (F. J. 4º b).

⁵⁰ Durán López, F., “Despido y sanción de los representantes sindicales”, *REDT*, núm. 1, 1980, págs. 52 (con especial rotundidad notas 2 y 3); Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “La negociación colectiva en la Constitución de 1978”, en VV. AA., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, CEC, 1980, pág. 356; Alonso Olea, M., *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T I., Madrid, Civitas, 1985, pág. 225; Casas Baamonde, M. E., “La interpretación de la Constitución, el alcance subjetivo del derecho de libertad sindical y otras cuestiones”, *REDT*, núm. 23, 1985, págs. 314 –315; Menéndez Sebastián, P., *La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, MacGraw– Hill, 1998, pág. 45. Voto particular a la STC 95/1996, de 29 de mayo, formulado por el Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhiere el Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra.

⁵¹ En el ámbito internacional se inclina por dicha concepción, Swepston, L., “Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical mediante el control de la OIT”, *RIT*, V. 117, (1998), núm. 2, pág. 214.

tual concepción de la libertad sindical individual pero no la relativa a la libertad sindical colectiva, pues en este ámbito significaría que cualquier organización, permanente o temporal, siempre que tenga la finalidad mencionada, es titular del derecho a la libertad sindical. Dicha interpretación acabaría con las distinciones en la tutela en función del sujeto colectivo que ejerza el derecho, pues si todos ellos son englobables en la libertad sindical, todos tienen la misma protección, tanto en el caso en que la libertad sindical comprenda los derechos de actividad colectiva como en el caso en que se opte por una concepción restrictiva que los excluya.

Pero lo más importante, desde nuestro de vista, es que dicha opción, que partiría del concepto más amplio de organización sindical, sería más conforme con la categoría de los derechos diferenciados en función de la pertenencia a un grupo. Ello permitiría que la titularidad de los derechos colectivos que integran la libertad sindical se asigne en función del resultado de las facultades autoorganizativas del grupo de trabajadores, sin acudir a la restricción que supone otorgarlos obligatoriamente al sindicato–asociación.

En este sentido, no deja de resultar sorprendente que nuestro ordenamiento jurídico, y más concretamente, la jurisprudencia constitucional y la doctrina laboral, no haya acogido, ni siquiera analizado, una de las facultades más importantes de la libertad sindical que reconocen los instrumentos internacionales sobre la materia: el derecho sindical de los trabajadores a organizarse colectivamente en la forma que más les convenga⁵². Partiendo de dicha facultad, lo mínimo que habría que plantearse es si la exigencia de que la organización colectiva de los trabajadores se lleve a cabo a través de asociaciones sindicales no vulneraría el derecho de libertad sindical, reconocido constitucionalmente.

No obstante y a pesar de lo dicho, no es fácil hacer una lectura funcional como la que acabamos de describir a partir de la redacción constitucional, sobre todo porque la Constitución parece otorgar realmente a los sindicatos un destacado papel en la vida pública. Así se infiere de la mención expresa que se hace en el art. 7 CE de los sindicatos de trabajadores, que, junto con las organizaciones empresariales, contribuyen a la defensa de las condiciones económicas y sociales propias, entendemos que no de los sindicatos y asociaciones empresariales, sino de los colecti-

⁵² Art. 10 Convenio núm. 87 OIT (1948). Es necesario resaltar que la mayoría de los instrumentos internacionales no mencionan, al reconocer la libertad sindical, la figura del sindicato–asociación, es más el art. 2 del Convenio núm. 87 OIT, establece que el término organización alude a toda organización de trabajadores que tengan por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores. Destaca esta circunstancia Rodríguez–Sañudo Gutiérrez, F., “La negociación colectiva en la Constitución...”, op. cit., pág. 356. En esta línea se encuadran la mayoría de los Convenios de la OIT: Convenio núm. 87 OIT (1948); Convenio núm. 98 OIT (1949); Convenio núm. 135 OIT (1971); Convenio núm. 141 OIT; Convenio núm. 151 OIT (1978). En el mismo sentido, art. 8 del PIDESC y Parte II, art. 5 de la Carta Social Europea.

vos a los que representan⁵³. También el art. 28.1 CE parece dejar poco espacio para organizaciones no sindicales, al mencionar expresamente las facultades de constitución, afiliación, etc⁵⁴.

Sin embargo, también existen indicios de lo contrario. En este sentido se podría considerar que los “*sindicatos de trabajadores contribuyen*”, junto con otras organizaciones o estructuras, a la defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores (art. 7 CE); que dentro de la libertad sindical se integra el derecho a no afiliarse a una organización sindical, lo que podría significar que el trabajador opta por otro tipo de estructuras o plataformas de defensa colectiva⁵⁵; que el núcleo duro del derecho a la libertad sindical lo constituye, según la jurisprudencia constitucional, la actividad sindical que se puede desarrollar fuera de las organizaciones sindicales; que los propios derechos que deriven de la acción colectiva no se reconozcan directamente a las organizaciones sindicales, sino a los trabajadores y a sus representantes que pueden ser distintos de los sindicatos⁵⁶.

Quizá, debido a que los argumentos en contra de la lectura funcional parecen tener más peso que los argumentos a favor, las opiniones doctrinales favorables a la funcionalidad se centran en el concepto de actividad sindical. Desde estas perspectivas, el *quid* de la cuestión estaría en una consideración autónoma e independiente de los distintos derechos sindicales que se integran en el art. 28 CE (constitución, afiliación, actividad sindical), de forma que cada una de estas facul-

⁵³ Sobre la elaboración del precepto, Montoya Melgar, A., “Sindicatos, convenios y conflictos colectivos: El debate constitucional”, VV. AA., *Los trabajadores y la Constitución*, op. cit., págs. 181 y ss.

⁵⁴ Ojeda Avilés, A., “Libertad sindical”, op. cit., pág. 367; García Murcia, J., “La tutela del sindicato como agente de la negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *RL*, T. I, 1985, pág. 482; Del Rey Guanter, S., “La conducta antisindical: principios generales...”, op. cit., pág. 247. No obstante, desde la aprobación de la Constitución, algunos autores han sostenido que no existe una falta de coincidencia entre los arts. 7, 28 y 37 CE, puesto que a pesar de que el art. 28.1 se refiere exclusivamente al sindicato asociación, ello no cierra la vía a la creación y actividad de otras organizaciones (Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “La negociación colectiva en la Constitución...”, op. cit., pág. 356).

⁵⁵ Dicha circunstancia ha sido destacada por García Murcia, J., “La tutela del sindicato...”, op. cit., pág. 482.

⁵⁶ Así podrían encuadrarse en este enfoque todos aquellos pronunciamientos que entienden contenidos en el art. 28 CE distintos derechos sindicales, susceptibles de ser ejercitados de forma autónoma e independiente, tanto en el ámbito individual como en el colectivo [STC 51/1984, de 25 de abril (F. J. 4º)], o aquellos otros que adoptan un concepto de acción sindical, integrada en la libertad sindical, cuyo ejercicio se comparte por los modelos de representación existentes en el momento, representación sindical y unitaria [STC 37/1983, de 11 de mayo (F. J. 2º)]. Incluso en los casos en que se niega la protección a sujetos distintos de los sindicatos, el Tribunal encuentra dificultad en calificar la acción realizada por dichos sujetos. Así, en la STC 134/1994, de 9 de mayo (F. J. 4º b), afirma textualmente que “*la libertad sindical no ampara la actuación de otros sujetos sindicales a quienes la práctica o la legalidad vigente atribuyen funciones sindicales*”, aludiendo al comité de empresa.

tades se podría ejercitar sin que se afectasen o sin necesidad de ejercitar las demás⁵⁷. Ello permitiría incluir, dentro de la protección que dispensa el derecho, la actividad sindical realizada por distintos sujetos, ya sean individuos aislados, estructuras representativas u organizaciones no asociativas, sustentándose la protección sobre lo que haya de considerarse actividad sindical. A pesar de que con dicha interpretación se salvarían las prescripciones de índole asociativa que, con respecto a la organización, contiene el precepto constitucional, consideramos que la solución no dejaría de ser contradictoria, pues protege como actividad lo que no puede proteger como estructura u organización. En otras palabras, no se puede proteger la actividad sindical desarrollada por distintos entes o estructuras sin reconocer el derecho de los trabajadores a crearlos.

Realmente, la posición examinada tiene la utilidad de otorgar protección a la actividad sindical desarrollada por los órganos de representación unitaria, dado que presentan las características necesarias para acogerse a dicha construcción, esto es, su naturaleza legal y el desarrollo de actividad sindical. La creación legislativa de la representación unitaria y sus características impide considerar su naturaleza sindical, entre otras razones porque posiblemente constituirían un atentado a la autonomía sindical; sin embargo, su función de representación y defensa de los intereses de todos los trabajadores de la empresa la sitúan plenamente en el ámbito de la actividad sindical. Por ello, el esquema que se propone como adecuado para la representación unitaria es inadecuado para otros tipos de representación decidida libremente por los trabajadores, pues, desde nuestro punto de vista, estas posibles estructuras, en cuanto manifestación de las facultades de autoorganización, deben quedar protegidas por el derecho a la libertad sindical, y concretamente por las facultades de libre constitución.

Todos estos problemas interpretativos que nos venimos plateando nacen, desde nuestro punto de vista, de una concatenación de las circunstancias históricas que nos ha tocado vivir y que han influido enormemente en la concepción que los sectores especializados tienen del sindicalismo. En nuestro país, debido a los distintos avatares políticos, la tradición sindical ha sido muy escasa y limitada. La primera constitucionalización de la libertad sindical se realiza en 1931, con un marcado carácter asociativo que tenía por objeto preservar el débil régimen político que acababa de ver la luz. Ese régimen protector que emanaba en cada una de las instituciones constitucionales no consiguió, o quizás impidió, que el régimen de libertades instauradas con el nuevo Estado se consolidara en el ordenamiento jurídico. Hubo que esperar hasta 1977 para que una nueva ley regulara, o, más bien, legitimara el derecho a la libertad sindical que se estaba desarrollando en la clan-

⁵⁷ Realizan una lectura independiente de los distintos derechos las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre (F. J. 5º); 114/1989, de 22 de junio (F. J. 4º y 7º).

destinidad, transformando los sujetos colectivos en asociaciones sindicales⁵⁸. De forma paralela, la regulación preconstitucional, ante la incertidumbre sobre los titulares de los derechos laborales, potencia las representaciones unitarias, que van asumiendo con carácter exclusivo funciones sindicales, al impulso de la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo⁵⁹.

En estas circunstancias, no es de extrañar que sólo un año después, el texto constitucional mencione, también a modo de legitimación, a los sindicatos de trabajadores como órganos que contribuyen a la defensa de los intereses que le son propios, y que sólo siete años después la LOLS dé por sentados ciertos aspectos organizativos de la libertad sindical (mantiene la concepción de sindicato-asociación) y se centre en la regulación promocional del fenómeno sindical⁶⁰. En ese periodo, caracterizado por una profusa actividad legislativa, se olvida un aspecto trascendental: que el derecho de libertad sindical es un derecho fundamental, inicialmente atribuido al grupo de los trabajadores, y que, dentro de esa libertad, de conformidad con los instrumentos internacionales y con la propia lógica del derecho, ocupa un lugar destacado el derecho a la libertad de autoorganización.

Todo ello nos lleva a considerar que la concepción del sindicato como asociación no refleja la diversidad de matices con que se reconocen los derechos laborales en la Constitución, que, a pesar de ser la forma más cómoda y práctica de organizar el sindicalismo, origina importantes problemas para la dogmática de los derechos fundamentales, concretamente en los derechos laborales directamente implicados. Por todo ello, abogamos por una interpretación amplia del concepto de sindicato que permita integrar en la libertad sindical las distintas organizaciones y estructuras en que lícitamente decidan agruparse los trabajadores y que nos permita definir la libertad sindical como el derecho fundamental de los trabajadores a organizarse colectivamente para la promoción y defensa de sus intereses comunes económicos y sociales, sin incurrir en la contradicción que supone delimitar el derecho por la concepción restrictiva que nos imponen la memoria histórica y una escasa cultura en el disfrute y en la interpretación de los derechos fundamentales⁶¹.

⁵⁸ Fernández López, M. F., “Régimen jurídico...”, op. cit., pág. 147.

⁵⁹ Prados de Reyes, F. J., “Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas”, *RL*, T. I, 1991, pág. 87; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Negociación colectiva sobre representación y acción sindical en la empresa”, en VV. AA., *Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria...*, op. cit., págs. 409 y ss.

⁶⁰ Fernández López, M. F., “Régimen jurídico...”, op. cit., pág. 148.

⁶¹ Dicha definición de la libertad sindical en Ojeda Avilés, A., “Delimitación, contenido y restricciones...”, op. cit., pág. 23.

2. CONTENIDOS DE LOS DERECHOS SINDICALES ¿HACIA UNA LECTURA FUNCIONAL DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL?

A pesar de que la libertad sindical constituye uno de los derechos que con más extensión se plasma en la norma fundamental, la regulación no realiza una enumeración exhaustiva de las facultades que integran cada uno de los ámbitos, individual y colectivo, que hemos de considerar, de conformidad con el sistema de doble titularidad con que se articula el derecho en la Constitución⁶².

Esta concepción, catalogada de restrictiva, se ha visto superada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha incorporado al art. 28 CE el ámbito funcional del derecho atendiendo fundamentalmente a dos criterios. Por un lado, y tal como prescribe el art. 10.2. CE, interpretando su contenido de acuerdo con los Instrumentos Internacionales ratificados en la materia, esencialmente los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sin dejar al margen otras Declaraciones de Derechos aplicables en nuestro país⁶³. Por otro, a través de la inclusión en el contenido esencial de la libertad sindical (art. 28.1 CE) de todos aquellos derechos que se puedan considerar manifestación de la “*actividad sindical*”, a pesar de que estén constitucionalizados por separado, esto es, derecho de huelga, negociación colectiva y adopción de medidas de conflicto⁶⁴.

⁶² SSTC 70/1982, de 29 de noviembre (F. J. 3°); 23/1983, de 25 de marzo (F. J. 2°); 39/1986, de 31 de marzo, (F. J. 3°); 61/1989, de 3 de abril (F. J. 2°); 94/1995, de 19 de julio (F. J. 2°); 168/1991, de 29 de octubre (F. J. 3°); 17/1996, de 7 de febrero (F. J. 4°).

⁶³ Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.4), Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 11.1), Carta Social Europea (art. 5, Parte II), Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (art. 8) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22). No obstante, las normas internacionales con más influencia en la doctrina constitucional han sido los convenios de la OIT, especialmente Convenio 87 OIT (1948) y Convenio 98 OIT (1949). Sobre el valor de dichos convenios, STC 84/1989, de 10 de mayo (F. J. 5°), que claramente les otorga una función interpretativa de los derechos fundamentales, pero sin que puedan por sí mismos fundamentar un recurso de amparo frente a la regulación legislativa de las instituciones laborales. El valor interpretativo de la normativa de la OIT se extiende a las Recomendaciones [SSTC 38/1981, de 23 de noviembre (F. J. 3° y 4°)] e incluso, aunque no son vinculantes, a las Resoluciones de la OIT [STC 37/1983, de 11 de mayo (F. J. 2°)]. Un estudio sobre los convenios de la OIT y sus efectos en el ordenamiento jurídico español en Acosta Estévez, J. B., *El sistema jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho Español*, Barcelona, CEDECS, 1997.

⁶⁴ Durán López, F., *Jurisprudencia Constitucional y Derecho del Trabajo*, Madrid, MTSS, 1992, págs. 128 y ss. La jurisprudencia constitucional por la que se contemplan los medios de acción colectiva, esto es, huelga, conflicto y negociación colectiva como parte del contenido esencial de la libertad sindical, es muy numerosa [SSTC 70/1982, de 29 de noviembre (F. J. 5°); 37/1983, de 11 de mayo (F. J. 2°); 118/1983, de 13 de diciembre (F. J. 4°)] y en ningún caso extraña a las posturas adoptadas en los países de nuestro entorno jurídico. La misma línea se ha seguido en el ordenamiento jurídico italiano respecto del art. 39 de la Constitución Italiana (Sentencia Corte Constitucional Italiana 29/60; Giugni, G., “Negociación colectiva en el ordenamiento constitucional”; *CDT*, núm. 4, 1978, pág. 69).

Será la integración de las diversas medidas de la acción colectiva en el derecho de libertad sindical las que generen una mayor problemática en cuanto terminan incidiendo en la configuración constitucional de los derechos sindicales desde distintas perspectivas. No obstante, antes de analizar las consecuencias más importantes, hemos de advertir que la mencionada integración parece haber alcanzado un amplio grado de solidez y aceptación en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país, a pesar de las reticencias manifestadas por algunos autores⁶⁵.

2.1. La integración de la acción sindical en la dimensión colectiva de los derechos sindicales

El plano colectivo de la libertad sindical hace referencia a las facultades que se otorgan a las organizaciones sindicales de los trabajadores. Siguiendo la misma línea utilizada para definir las manifestaciones individuales del derecho, la Constitución centra el conjunto de facultades colectivas en el plano organizativo⁶⁶. Así reconoce lo que se denomina libertad de organización sindical, que estaría integrada por los derechos de las organizaciones sindicales a formar confederaciones, fundar organizaciones sindicales internacionales y afiliarse a ellas⁶⁷. De la misma forma que en el ámbito individual, y como manifestación de la libertad sindical negativa, las organizaciones sindicales tiene el derecho a no afiliarse a estas organizaciones, a separarse en el momento que crean conveniente, a no ser expulsadas por causas arbitrarias e injustificadas (art. 2.2b LOLS), así como a no ser suspendidas ni disueltas por la Administración salvo mediante resolución judicial firme basada en un incumplimiento grave de las leyes (art. 2.2c LOLS)⁶⁸.

⁶⁵ Durán López, F., *Jurisprudencia Constitucional...*, op. cit., págs. 128 y ss., destaca la desproporcionada tarea que realiza el Tribunal para obtener un objetivo que ya se había conseguido con la plasmación constitucional de los derechos indispensables de la acción sindical. Pero eso no es todo, señala acertadamente, que a través de esa interpretación se ha ampliado desorbitadamente el contenido constitucional del derecho, alterando los distintos bloques de protección diseñados en la Constitución. En el mismo sentido, Fernández López, M. F., "El contenido esencial de la libertad sindical y la negociación colectiva: Una aproximación clásica a un antiguo problema", *REDT*, núm. 54, 1992, pág. 600; Ojeda Avilés, A., "Un contenido esencial...", pág. 591; Carmona Contreras, A. M., *La conflictiva relación...*, op. cit., págs. 48, 88 y ss.

⁶⁶ Ojeda Avilés, A., "Delimitación, contenido y restricciones...", op. cit., pág. 30; Durán López, F., y Sáez Lara, C., "Libertad sindical y acción sindical en la empresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *REDT*, núm. 52, 1992, pág. 165; Palomeque López, M. C., "La libertad sindical colectiva y los derechos de los sindicatos", en VV. AA., *Homenaje a Juan García Abellán*, op. cit., pág. 271.

⁶⁷ De conformidad con el art. 5 del Convenio 87 OIT.

⁶⁸ Art. 4 Convenio 87 OIT. Por supuesto, ello no implica la imposibilidad absoluta de imponer sanciones por parte de la Administración. En este sentido la doctrina ha aclarado, además de que las sanciones han de ser colectivas, que la Administración sólo tiene vedada la disolución del sindicato, lo que

No obstante, a pesar de la parquedad del texto constitucional, dentro de la libertad sindical hay que incluir la libertad interna de autoorganización y funcionamiento sindical, también en el ámbito empresarial, que estaría conformada, según la LOLS, por los derechos a redactar los Estatutos y reglamentos sindicales, a organizar sus actividades y su administración interna y a definir su programa de acción (art. 2.2 a LOLS)⁶⁹. Es precisamente esta alusión a un programa de acción sindical y la conexión entre el art. 7 y 28.1 CE, lo que ha permitido a la jurisprudencia constitucional introducir dentro de la libertad sindical los derechos propios de la acción colectiva, en cuanto instrumentos imprescindibles de la acción sindical⁷⁰. Así reconoce la LOLS que el derecho a la actividad sindical colectiva, realizable tanto fuera como dentro de la empresa, estaría conformado, en todo caso, por el derecho de huelga, el derecho a la negociación colectiva, el derecho a promover conflictos colectivos e individuales y el derecho a presentar candidaturas en las elecciones sindicales (art.2.2d LOLS)⁷¹.

Una vez esbozado el contenido del derecho, la primera cuestión que se plantea es la relativa a la inclusión dentro del precepto constitucional de la denominada “acción sindical”. Ciertamente, parece bastante claro que el texto constitucional

no excluye la posibilidad de imponer sanciones de otra naturaleza cuando las circunstancias lo requieran, como sanciones pecuniarias, cierre de locales, etc. En este sentido Fernández López, M. F., *El sindicato. Naturaleza jurídica y estructura*, Cívitas, Madrid, 1982, págs. 136 y ss.

⁶⁹ Art. 3 Convenio 87 OIT; SSTC 186/1992, de 16 de noviembre (F. J. 2º); 217/1991, de 14 de noviembre (F. J. 3º). El reconocimiento de dichas facultades no es más que el reflejo de la protección que se dispensa en el ámbito colectivo frente a actos discriminatorios e injerencias que desde distintos ámbitos se pueden producir en el derecho, sobre todo las que provienen de la Administración o de otros órganos del Estado.

⁷⁰ Alonso García, M., “La libertad de sindicación...”, op. cit., pág. 47; Ojeda Avilés, A., “Un contenido esencial...”, op. cit., pág. 583; Durán López, F., y Sáez Lara, C., “Libertad sindical y acción sindical...”, op. cit., pág. 166; Carmona Contreras, A. M., *La conflictiva relación...*, op. cit., págs. 42 y ss; SSTC 23/1983, de 25 de marzo (F. J. 2º); 37/1983, de 11 de mayo (F. J. 2º); 70/1982, de 29 de noviembre (F. J. 3º); 118/1983, de 13 de diciembre (F. J. 4º). En este sentido, tanto doctrina como jurisprudencia han acogido la concepción de la OIT sobre las medidas de acción colectiva al considerarlas manifestaciones necesarias del derecho de libertad sindical [Comisión de Expertos de la OIT, Informe III (Parte 4B) a la Conferencia Internacional de Trabajo sobre “Libertad sindical y Negociación colectiva” 81º Reunión, Ginebra, 1994, OIT, págs. 65 a 83]. De conformidad con esta idea se regula el derecho de negociación colectiva [Convenio 154 OIT], y surgen los principios que el Comité de Libertad sindical ha establecido respecto del derecho de huelga que, por sorprende que parezca, resulta olvidada por los instrumentos normativos de la Organización [CLS, Segundo Informe (1952), Caso núm. 2 (Jamaica) en Sexto Informe de la OIT a las Naciones Unidas, Ginebra, Apéndice 5, pág. 221, pr. 68 y OIT, La libertad sindical. Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical, 2º Ed., Ginebra, 1976].

⁷¹ SSTC 70/1982, de 29 de noviembre (F. J. 3º); 118/1983 de 13 de diciembre (F. J. 4º); 40/1985, de 13 de marzo (F. J. 2º); 39/1986, de 31 de marzo (F. J. 3º); 9/1988, de 25 de enero (F. J. 2º); 51/1988, de 22 de marzo (F. J. 5ºd); 127/1989, de 13 de julio (F. J. 3º); 94/1995, de 19 de Junio (F. J. 2º). En sentido contrario, 51/1984, de 25 de abril (F. J. 3º).

no ha plasmado expresamente dentro de la libertad sindical las distintas facultades que conforman la acción colectiva, sino que han sido distribuidas intencionadamente en preceptos independientes, esto es, constitucionalizadas por separado⁷². No se trataría, por tanto, como ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico, de una falta de reconocimiento constitucional de los derechos mencionados, lo que ha provocado como solución más plausible la derivación indirecta de la libertad sindical⁷³. A pesar de no ser éstas las circunstancias en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia constitucional, sobre todo a través de de la libertad de funcionamiento sindical y del programa de acción propio de todo sindicato, ha ubicado determinadas manifestaciones de la acción colectiva dentro del derecho a la libertad sindical⁷⁴.

Si bien tenemos muy claro las razones de esa inclusión: evitar que el derecho a la libertad sindical quede vacío de contenido y, por tanto, atribuir a los trabajadores y a sus organizaciones sindicales las medidas necesarias para la efectividad

⁷² Vida Soria, J., “Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978”, en VV. AA., *Estudios de Derecho del Trabajo en Homenaje al Profesor Gaspar Bayón Chacón*, op. cit., pág. 250; Durán López, F., y Sáez Lara, C., “Libertad sindical y acción sindical...”, op. cit., pág. 167; Fernández López, M. F., “El contenido esencial de la libertad sindical...”, op. cit., pág. 600. Así ocurre también en la mayoría de los textos internacionales sobre la materia: Convenio 98 OIT, Carta Social Europea (Parte II, art. 6.4).

⁷³ Es el caso del ordenamiento jurídico alemán. La constitución de 1949 sólo reconoce en su art. 9.3 la libertad sindical, obviando el resto de los derechos laborales de los trabajadores como la huelga o la negociación colectiva. Esa falta de reconocimiento ha provocado un gran esfuerzo jurisprudencial dirigido a derivar del derecho de libertad sindical el resto de derechos laborales, con la consiguiente sindicación de cada uno de ellos. Una visión general de la doctrina constitucional sobre los derechos sindicales en el ordenamiento jurídico alemán, Ramm, T., “Tribunal Constitucional Federal y Derecho Sindical”, *TL*, núm. 19–20, 1990, págs. 101 y ss. Para un estudio más detallado, Däubler, W., *Derecho del Trabajo*, Madrid, MTSS, 1994, especialmente págs. 236 y ss. Circunstancias similares se dan en el ámbito de la OIT con respecto al derecho de huelga. En este sentido, Swepston, L., “Desarrollo de las normas sobre derechos...”, op. cit., págs. 207 y ss.

⁷⁴ Con carácter general, SSTC 39/1986, de 31 de marzo (F. J. 3º); 134/1994, de 9 de mayo (F. J. 4º). Referidas al derecho de negociación colectiva, SSTC 73/1984, de 27 de junio (F. J. 1º y 4º); 118/1983, de 13 de diciembre (F. J. 4º); 108/1989, de 8 de junio (F. J. 2º); 105/1992, de 1 de julio (F. J. 5º); 208/1993, de 28 de Junio (F. J. 2º). Con respecto al derecho de huelga, SSTC 11/1981, de 8 de abril (F. J. 11º); 90/1997, de 6 de mayo (F. J. 3º); 37/1998, de 17 de febrero (F. J. 2º); y en cuanto al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, SSTC 217/1991, de 14 de noviembre (F. J. 3º). Un análisis de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico alemán en Carmona Contreras, A. M., *La conflictiva relación...*, op. cit, págs. 101 y ss. La mayoría de la doctrina laboral apoya, o ha apoyado a lo largo del tiempo, esta visión integradora: García Becedas, G., “Apuntes para un análisis de la de la libertad sindical en la Constitución Española”, *RPS*, núm. 124, 1979, págs. 40 y ss.; Ojeda Avilés, A., “La libertad sindical”, op. cit., pág. 91; García Murcia, F., “Derechos fundamentales y negociación colectiva: una aproximación desde la jurisprudencia constitucional”; *REDT*, núm. 26, 1989, pág. 190; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional”, *RL*, T. I, 1992, págs. 47 y ss.

de su función, esto es, la defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores⁷⁵, no ocurre lo mismo con las consecuencias que se han derivado de la mencionada interpretación⁷⁶.

En este sentido, se ha señalado por la doctrina científica que la integración altera el sistema de protección de los derechos constitucionales y obstaculiza sensiblemente la diferenciación del contenido de cada uno de los derechos implicados⁷⁷. No obstante, a pesar de la importancia de las observaciones realizadas, consideramos de vital importancia las consecuencias globales que tal interpretación provoca en el sistema de relaciones laborales esbozado por la Constitución. A este respecto se ha señalado, muy acertadamente a nuestro juicio, cómo esa doctrina ha potenciado la protección de un determinado sistema de relaciones laborales en el que se constitucionalizan (y, por tanto, se les otorga preferencia) determinados mecanismos de acción colectiva de mera naturaleza legal y sobre los que se reconoce titularidad exclusiva a un número muy reducido de organizaciones sindicales⁷⁸. Se ha llegado a afirmar, incluso, que la conexión entre el art. 28.1 CE y 37.1 CE se ha transformado, en el ámbito jurisprudencial, en la consagración constitucional de la posición preferente que, sobre todo en el ámbito de la negociación colectiva, se atribuye a los sindicatos más representativos⁷⁹.

Sin embargo, aun compartiendo todas estas posturas, consideramos que la referida interpretación va mucho más allá del fenómeno sindical colectivo, al perjudicar la libertad sindical de los propios trabajadores. Para empezar, la integración de ambos preceptos quiebra el equilibrio constitucional entre el interés individual y colectivo, al introducir, en un derecho de doble titularidad, un derecho de exclusiva titularidad colectiva, lo que, en último término, puede llevar a entender la pre-

⁷⁵ ATC 731/1986, de 24 de septiembre (F. J. 4º); SSTC 70/1982, de 29 de noviembre (F. J. 3º); 118/1983, de 13 de diciembre (F. J. 4º); 23/1984, de 20 de febrero (F. J. 4º); 98/1985, de 29 de julio (F. J. 2º); 9/1988, de 25 de enero (F. J. 2º); 51/1988, de 22 de marzo (F. J. 5º); 127/1989, de 13 de julio (F. J. 3º); 197/1990, de 29 de diciembre (F. J. 3º) y 184/1991, de 30 de septiembre (F. J. 2º).

⁷⁶ Un estudio de dichas consecuencias en Fernández López, M. F., “El contenido esencial de la libertad sindical...”, op. cit., págs. 593 y ss.

⁷⁷ Durán López, F., y Sáez Lara, C., “Libertad sindical y acción sindical...”, op. cit., pág. 168; González Ortega, S., “La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en VV. AA., *Constitución y Derecho del Trabajo (1981–1991). Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1992, págs. 393 y ss.; Valdeolivas García, Y., *Las conductas lesivas de la libertad sindical*, Madrid, CES, 1994, pág. 45.

⁷⁸ Fernández López, M. F., “El contenido esencial de la libertad sindical...”, op. cit., pág. 600.

⁷⁹ Fernández López, M. F., “El contenido esencial de la libertad sindical...”, op. cit., pág. 610; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Los límites constitucionales a la contratación colectiva”; *RL*, T. I, 1992, pág. 60.

ferencia del interés colectivo sobre el individual de forma generalizada y en ámbitos donde no se puede considerar dicha opción⁸⁰.

En segundo lugar, desde nuestro punto de vista, la inclusión ha permitido desdibujar considerablemente la titularidad de los distintos derechos que conforman la acción colectiva. Incluir los derechos de huelga, negociación y conflicto dentro de la libertad sindical ha conferido a los sindicatos una preferencia en la titularidad que quizá no esté justificada desde el punto de vista de la regulación constitucional, sobre todo si se tiene en cuenta que el monopolio interpretativo a que están sometidas las medidas de acción colectiva desde su inclusión en el contenido de la libertad sindical⁸¹ parte de una lectura orgánica del art. 28 CE y de la omisión de otras formas de organización de los trabajadores que vayan más allá de los mecanismos de representación establecidos en la legislación ordinaria. Todo ello repercute en la opción sindical de los trabajadores, que, además de ser sindical en el sentido estricto de la palabra, resulta canalizada hacia los sindicatos más representativos.

En este sentido, no deja de resultar significativo que el derecho de huelga y el derecho a adoptar medidas de conflicto se atribuya directamente a los trabajadores en vez de a las organizaciones sindicales, y que el derecho a la negociación colectiva se reconozca a los representantes de los trabajadores y empresarios, sin incidir en su naturaleza sindical⁸². Todo ello evidencia que desde el texto constitucional la representación de los trabajadores pueden ostentarla tanto los sindicatos, en cuanto asociaciones permanentes de trabajadores cuyo fin es la defensa de los intereses de los trabajadores, como otro tipo de organizaciones o estructuras, permanentes o temporales, que tengan la misma finalidad. No obstante, la amplitud constitucional en el reconocimiento de los titulares de los derechos laborales no impide que esos derechos pasen a engrosar el contenido del derecho de libertad sindical, pero, desde nuestro punto de vista, sí rechaza un monopolio sindical al estilo alemán e incluso preferencias desproporcionadas en la titularidad de los mismos⁸³. Y este precisamente es el límite que ha de respetar la interpretación integrativa que venimos analizando.

⁸⁰ Así ocurre en la STC 208/1993, de 28 de junio (F. J. 5º), cuando alude a nuestro sistema de relaciones laborales como herramienta capaz de “*compatibilizar, la libertad sindical, con el consiguiente predominio de lo colectivo sobre lo individual, y la libertad de empresa, que es un espacio abierto a la autonomía individual*”.

⁸¹ Destaca la importancia que tiene para el Tribunal controlar la interpretación de las medidas que integran la libertad sindical: Ojeda Avilés, A., “Un contenido esencial...”, op. cit., pág. 592.

⁸² Respecto de la negociación colectiva, la STC 208/1993, de 28 de junio (F. J. 5º), reconoce expresamente que los titulares del derecho son los sindicatos y otras representaciones colectivas de los trabajadores. En cuanto al derecho de adoptar medidas de conflicto colectivo, STC 74/1983, de 30 de julio (F. J. 4º).

⁸³ Martín Valverde, A., “El derecho de huelga en la Constitución de 1978”, *RPS*, núm. 121, 1979, págs. 228 y ss; Alonso Olea, M., *Las fuentes del derecho. En especial el Derecho del Trabajo según la*

Como por todos es sabido, la libertad sindical, en virtud de su ubicación sistemática, queda protegida por el recurso de amparo, circunstancia que también es predicable del derecho de huelga. En cambio, no ocurre lo mismo con el derecho de negociación colectiva y el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo. Considerando que los titulares del derecho colectivo de libertad sindical (sindicatos) no coinciden plenamente con los titulares de la negociación colectiva (representantes de los trabajadores) ni con los titulares del derecho al conflicto colectivo (trabajadores y empresarios), habría que preguntarse, al menos, si está justificado que la protección del mismo derecho sea distinta dependiendo del sujeto que lo ejercite, sobre todo si consideramos que dicha circunstancia no distorsiona su finalidad⁸⁴.

Este cúmulo de interrogantes nace de una cierta contradicción en la jurisprudencia constitucional que afecta a la concepción del derecho de libertad sindical. Así, mientras el ámbito individual se concibe desde un punto de vista funcional, desde el cual la libertad sindical protege todo aquel comportamiento de los trabajadores que contribuya a la defensa de los intereses laborales, salvo que el sujeto que ejercite el derecho sea representante unitario y de naturaleza no sindical⁸⁵; el

Constitución, Madrid, Tecnos, 1982, págs. 25, 27 y 117; Vida Soria, J., “Génesis de las normas laborales...”, op. cit., pág. 250; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Notas sobre la regulación actual de la capacidad convencional”, *REDT*, núm. 4, 1980, pág. 449. Con respecto al derecho de huelga, Serrano Martínez, J. E., “Titularidad y ejercicio del derecho de huelga: el papel del sindicato”, en VV. AA., *Jurisprudencia Constitucional y Relaciones Laborales*, Madrid, CEC, 1983, pág. 178; González Ortega, S., “Los sindicatos y la (nueva) cuestión social en la Constitución”, en VV. AA., *La Constitución a Examen. Un estudio académico 25 años después*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pág. 725. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional: SSTC 118/1983, de 13 de diciembre (F. J. 4°); 18/1984, de 13 de febrero (F. J. 3°); 134/1994, de 9 de mayo (F. J. 4° b); 95/1996, de 29 de mayo (F. J. 3°). Se muestran partidarios de un monopolio sindical en el ejercicio de los derechos que integran la acción colectiva Falguera Baro, M., y Senra Biedma, R., “Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias. Análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas”, *RL*, núm. 15, 1996, págs. 35 y ss.

⁸⁴ Son muchos los pronunciamientos que establecen distinciones en la protección de los distintos derechos laborales en función del sujeto que los ejercite. En este sentido se encuentra profundamente consolidada la doctrina constitucional que excluye de la protección que otorga la libertad sindical a los órganos de representación unitaria: SSTC 12/1983, de 22 de febrero (F. J. 2° y 3°); 118/1983, de 13 de diciembre (F. J. 4°); 104/1987, de 17 de junio (F. J. 1°); 51/1988, de 22 de marzo (F. J. 5°); 197/1990, de 29 de diciembre (F. J. 3°); 95/1996, de 29 de mayo (F. J. 3°); 76/1996, de 30 de abril (F. J. 4°). Sobre este aspecto, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Protección en amparo de sujetos no sindicales en el ámbito de la representación de los trabajadores”, *RL*, núm. 11, 1986.

⁸⁵ Esta contradicción se pone de manifiesto en numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional: SSTC 95/1996, de 29 de mayo (F. J. 4° y 5°), y, especialmente, en la STC 134/1994, de 9 de mayo, donde se resuelve un recurso de amparo interpuesto por un miembro del comité de empresa ante la sanción impuesta por no advertir a los trabajadores de la oposición empresarial al paro de cinco minutos convocado por los sindicatos. Aunque el Tribunal niega que la “actividad sindical” llevada a cabo por el representante quede protegida por la libertad sindical y advierte de que la actividad sindical lle-

ámbito colectivo sólo protege a los sindicatos, de tal forma que todas las actividades llevadas a cabo por sujetos colectivos distintos, salvo la huelga, quedan fuera del amparo constitucional⁸⁶. Ello provoca una diferenciación, no ya en el ejercicio de la actividad sindical (exclusiva de los sindicatos), sino en otros derechos constitucionales que contaban desde el inicio con sistemas de protección indiferenciada en función del sujeto que los ejercitase, poniendo de manifiesto que la interpretación constitucional no pretende preservar la finalidad buscada con el reconocimiento del derecho, sino más bien la protección de un sujeto colectivo determinado: el sindicato como asociación permanente de trabajadores⁸⁷.

2.2. La protección del sindicato–asociación y la delimitación de la libertad sindical individual

En el ámbito individual, la libertad sindical se reconoce tanto a los trabajadores asalariados como a los funcionarios públicos, con algunas excepciones. A pesar de la amplitud inicial que presenta la redacción del precepto: “*Todos tienen derecho a sindicarse libremente*”, las posteriores alusiones a posibles excepciones, limitaciones y peculiaridades, hacen que el reconocimiento del derecho gire en torno al concepto de trabajador por cuenta ajena, ya sea éste asalariado o funcionario público. De conformidad con esta regulación, y como no podía ser de otra forma, la LOLS contiene una definición de trabajador que engloba a ambos colectivos (art. 1.2).

No obstante, y como por todos es conocido, el ámbito subjetivo de los derechos de libertad sindical se ha extendido a otros sujetos que no prestan servicios en régimen de ajenidad, como el colectivo de trabajadores autónomos cuando no tienen trabajadores a su servicio⁸⁸ y aquellos trabajadores que han cesado en su actividad

vada a cabo por un trabajador no afiliado sólo es protegida si está promovida por los sindicatos o tiene especial interés para los mismos, termina otorgando el amparo por vulneración de la facultad sindical consistente en la difusión e invitación a la participación en actividades sindicales pacíficas.

⁸⁶ Carmona Contreras, A. M., *La conflictiva relación...*, op. cit., pág. 64.

⁸⁷ Alonso García, M., “La libertad de sindicación...”, op. cit., pág. 47.

⁸⁸ Tradicionalmente, la defensa de los intereses del colectivo de trabajadores autónomos se ha articulado a través del reconocimiento del más genérico derecho de asociación (art. 22 CE), del derecho a constituir organizaciones profesionales (art. 52 CE) o colegios profesionales (art. 36 CE). Por todos, Alonso Olea, M., *Las fuentes del derecho...*, op. cit., pág. 22. Ésta ha sido, con carácter general, la opción acogida por la LOLS y declarada constitucional por la STC 98/1985, de 29 de julio (F. J. 2º). No obstante, al amparo de la regulación internacional (la normativa de la OIT reconoce el derecho de libertad sindical a los trabajadores autónomos que siendo rurales no tengan personal a su servicio [arts. 2.2 y 3.1 del Convenio núm. 141 OIT (1975) sobre Organizaciones de Trabajadores Rurales], la LOLS generalizará el reconocimiento del derecho de afiliación a sindicatos ya constituidos a todos los trabajadores autónomos sin personal a su servicio. La misma solución se ha adoptado en la Ley 20/2007, de

laboral (desempleados, jubilados e incapacitados laborales). En ambos casos, la LOLS reconoce el derecho a permanecer afiliados o a afiliarse al sindicato al que pertenecieran antes de dejar de prestar sus servicios o a un sindicato ya constituido, si bien no podrán constituir organizaciones sindicales (sí asociaciones comunes) que tengan por objeto la defensa de sus intereses específicos⁸⁹.

Con respecto al contenido individual de la libertad sindical, desde la propia Constitución se reconocen un conjunto de facultades que como derechos subjetivos se atribuyen única y exclusivamente al trabajador⁹⁰. En este grupo se menciona el derecho a constituir sindicatos, lo que obviamente hace referencia a la libertad de creación de organizaciones sindicales sin necesidad de autorización administrativa previa, tal como especifica la LOLS (art. 2.1 a), lo que no impide que dicha facultad se encuentre limitada en algunos supuestos, que afectan fundamentalmente al colectivo de funcionarios públicos.

En la misma categoría se incluye el derecho que tiene todo trabajador a afiliarse al sindicato de su elección, esto es, a un sindicato ya constituido. Se trata de garantizar un ejercicio libre y consciente de la autonomía de la voluntad del trabajador que excluye cualquier acto, independientemente del sujeto del que provenga, de coacción o inducción a la no sindicación. No obstante, la incidencia sobre la libertad de elección del trabajador también obliga a excluir los supuestos en que se fuerza o se canaliza la opción sindical del trabajador hacía una determinada organización sindical. Ésta facultad, denominada libertad sindical positiva, tiene su reverso en el reconocimiento constitucional del derecho a no afiliarse a sindicato alguno, facultad que, de nuevo, protege al trabajador de las posibles presiones provenientes de distintos sujetos, ya sea el poder público, las propias organizaciones sindicales, el empresario o los trabajadores, para que se produzca la afiliación del trabajador a cualquier organización sindical, o para que la afiliación se produzca en determinadas organizaciones sindicales⁹¹.

12 Julio, que regula el Estatuto del Trabajo Autónomo (art. 19.1 a), al remitir el ejercicio de la facultad de afiliación a organizaciones sindicales a la regulación contenida en la LOLS.

⁸⁹ La regulación se encuentra en el art. 3.1 de la LOLS, y es consecuencia de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo [SSTS de 11 de abril de 1979, RJ. 1979/1397, 1979/1399 y 1979/1398; de 15 de diciembre de 1979, 1979/1015 y de 21 de marzo de 1981, RJ 1981/1015, que declaran la ilegalidad de varios sindicatos de pensionistas, jubilados y desempleados; todos los pronunciamientos consideran presupuesto indeclinable para el reconocimiento de los derechos sindicales el efectivo ejercicio de actividad laboral]. El trato igualitario otorgado a dos colectivos distintos ha suscitado críticas doctrinales. En este sentido, Ojeda Avilés, A., "Delimitación, contenido y restricciones...", op. cit., pág. 63, ha destacado que, mientras la regulación supone una restricción para los trabajadores asalariados cesantes, implica una extensión de la libertad sindical para determinados trabajadores por cuenta propia.

⁹⁰ STC 197/1990, de 29 de noviembre (F. J. 3°).

⁹¹ SSTC 68/1982, de 22 de noviembre (F. J. 3°); 4/1983, de 28 de enero (F. J. 4°); 20/1985, de 14 febrero (F. J. 2° y 3°); 142/1993, de 22 abril (F. J. 5°).

Como derivaciones naturales de ambas facultades, la LOLS enumera otras que, si bien pueden ser enfocadas hacia sujetos externos al ejercicio del derecho, cobran pleno sentido como mecanismo de protección del derecho individual de libertad sindical en el ámbito interno del sindicato. En este sentido, se reconoce el derecho del trabajador sindicado (libertad sindical positiva) a no ser separado del sindicato por causas arbitrarias e injustificadas (art. 2.1b LOLS); y, como manifestación del derecho de libertad sindical negativa, el derecho a separarse del sindicato cuando lo crea conveniente (art. 2.1b LOLS).

Con ello se pretende, prioritariamente, proteger al trabajador en el seno de las organizaciones sindicales con objeto de garantizar no sólo el ejercicio de la libertad sindical individual sino el resto de derechos fundamentales que se pueden ver coartados por la integración en una organización sindical. Este conjunto de facultades conlleva, inevitablemente, un espacio de autonomía del afiliado dentro del sindicato que giraría en torno a tres tipos de derechos: los derechos de participación en la organización sindical, el derecho a disfrutar de los servicios que otorgan las organizaciones sindicales y el derecho a conservar la libertad sindical individual⁹².

Por último, y a pesar de que el precepto constitucional no menciona la actividad sindical, quedándose, al parecer, en el marco organizativo individual, la jurisprudencia constitucional ha reconocido como contenido indispensable del derecho la acción sindical (art. 2.1 d LOLS). Sorprendentemente, dicha actividad sindical quedaría protegida, tanto si se desarrolla por un trabajador sindicado (libertad sindical positiva) como si el trabajador no se encuentra sindicado (libertad sindical negativa)⁹³. Es más, la jurisprudencia ha considerado que forman parte del derecho de actividad sindical la participación en actividades organizadas por el sindicato y, aunque sólo durante algún tiempo, las actividades individuales de los trabajadores que, no siendo organizadas por los sindicatos, tuvieran como finalidad la defensa de los intereses de los trabajadores⁹⁴.

⁹² Ojeda Avilés, A., “Delimitación, contenido y restricciones...”, op. cit., pág. 57

⁹³ Son numerosos los pronunciamientos que se mantiene en esta línea, si bien en los últimos años se han ido reduciendo. La STC 38/1981, de 23 de noviembre (F. J. 6º), extiende la protección por discriminación sindical que dispensa el art. 28.1 CE a todos los trabajadores, sin mencionar el carácter de afiliados o no afiliados. En términos algo más vagos, la STC 114/1989, de 22 de junio (F. J. 4º-7º), resuelve el recurso de amparo presentado por un trabajador, al parecer sindicado, que es despedido por realizar actividades sindicales en la empresa. La argumentación del Tribunal gira en torno a las actividades sindicales desempeñadas por el trabajador más que sobre la condición de trabajador afiliado o de su condición de candidato a los órganos de representación unitaria. No obstante, el contraste se encuentra en dos sentencias que versan sobre la promoción de elecciones sindicales, en el primer caso realizada por una trabajadora sindicada [STC 104/1987, de 17 de junio (F. J. 1º)] y en el segundo por una trabajadora no sindicada [STC 197/1990, de 29 de noviembre (F. J. 3º)]. En ambos casos se reconoció la vulneración del derecho de actividad sindical.

⁹⁴ Resulta trascendental, en este sentido, la STC 118/1983, de 13 de diciembre (F. J. 4º), que reconoce como acción sindical toda actividad dirigida a la representación y defensa de los intereses de los

Ello implicaría que ni la pertenencia a un sindicato, ni la promoción sindical de la actividad constituyen, según la jurisprudencia, criterios determinantes para catalogar ciertos comportamientos como sindicales y, por tanto, demandar el sistema de protección que corresponde a dicho derecho. Sin embargo, hay que considerar que la atención dispensada al elemento teleológico de la libertad sindical, dándole preferencia sobre el subjetivo, ha sido abandonada parcialmente por la doctrina constitucional, pues la mayoría de los supuestos planteados, sobre todo tras la promulgación de la LOLS, se han resuelto considerando que la actividad desempeñada por el trabajador tenía especial trascendencia para los sindicatos, dando a entender que, en última instancia, la protección del trabajador se produce como efecto reflejo de la protección al poder sindical⁹⁵.

Esta conclusión llevaría a considerar que desde el punto de vista individual, más que un derecho a la actividad sindical, autónomo e independiente de las facultades de constitución y afiliación, lo que la libertad sindical protege, en virtud de la conexión entre los artículos 7, 9.2 y 28.1 CE, es el derecho a la participación en las actividades sindicales que, obviamente, estarían promovidas exclusivamente por los sindicatos⁹⁶. Y ello implica, lógicamente que el derecho de actividad sin-

trabajadores, pudiendo ser desarrollada, entre otras posibilidades, por los sindicatos y los representantes unitarios (paradójicamente, ello no impide que se excluya del derecho de libertad sindical la acción sindical desempeñada por los comités de empresa). A pesar de la contradicciones, al conjugar una lectura funcional y orgánica de la libertad sindical, el pronunciamiento admite la posibilidad de una acción sindical no desarrollada por el sindicato y, en consecuencia, la existencia de sujetos colectivos no sindicales que realizan actividades sindicales [Durán López, F., y Sáez Lara, C., “Libertad sindical y acción sindical...”, op. cit., pág. 175]. En la misma línea, aunque realizando ciertas matizaciones, la STC 197/1990, de 29 de noviembre (F. J. 3º), analiza el caso de una trabajadora no afiliada que resulta despedida por convocar una reunión para elegir los órganos de representación en la empresa. El TC se pronunció en favor de la libertad sindical de la trabajadora al considerar que permitir que una trabajadora sea despedida por convocar una reunión dirigida a elegir los hasta entonces inexistentes órganos de representación, conlleva dificultar irrazonablemente la efectiva elección de estos órganos, si bien, en último término, considera determinante que dicha conducta no frustre la función que los sindicatos tienen atribuida en la elección.

⁹⁵ Por todas, STC 95/1996, de 29 de mayo (F. J. 4º).

⁹⁶ Esta parece ser la orientación que se ha dado en el ordenamiento jurídico alemán. En este sentido, Ramm, T., “Tribunal Constitucional Federal...”, op. cit., pág. 107. En nuestro ordenamiento, Del Rey Guanter, S., “La conducta antisindical: principios generales...”, op. cit., pág. 248; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Representantes unitarios electivos...”, op. cit., pág. 63. No es extraño, por tanto, encontrar estudios de la doctrina española en los que el derecho a la actividad sindical del trabajador se reconduzca al derecho a participar en actividades promovidas por los sindicatos. En este sentido, Ojeda Avilés, A., *Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, 2003, pág. 157 (postura que ya mantenía con la promulgación de la Constitución, “La Libertad sindical”, *RPS*, núm. 121, 1979, pág. 351), o aquellos autores que consideran que el derecho a realizar actividad sindical sólo es predicable de sujetos colectivos y sólo como derivación del trabajador individual, Palomeque López, M. C., *Los derechos laborales...*, op. cit., pág. 50; Suárez González, F., “El contenido adicional de la libertad sindical”, en *VV. AA., El trabajo y la Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Alonso Olea*, Madrid, MTAS,

dical se configura como un derecho de titularidad colectiva atribuido a los representantes de los trabajadores, si bien, en determinadas ocasiones, se permite que lo ejerciten sujetos individuales.

Las consecuencias que conlleva optar por una u otra interpretación afectan de lleno al sistema de relaciones laborales que plasma el texto constitucional. Desde nuestro punto de vista, restringir el derecho a la actividad sindical individual a la facultad de participar en las actividades sindicales eliminaría de un plumazo la interpretación funcional de la libertad sindical al hacer plenamente compatible la jurisprudencia constitucional sobre el plano individual y el colectivo. Aspecto distinto, y mucho más arduo de solventar, sería determinar hasta qué punto esa interpretación constitucional es acorde con un sistema de relaciones laborales que, desde la propia Constitución, atribuye los derechos de huelga y negociación colectiva al colectivo de los trabajadores y a sus representantes respectivamente, sobre todo si consideramos que esta condición se ha atribuido a los sindicatos–asociación.

Adicionalmente, habría que tener en cuenta que, como facultad esencial del derecho de libertad sindical, se reconoce el derecho de los trabajadores a no integrarse en organización sindical alguna, lo que justificaría, en último término, que dentro del plano individual de la libertad sindical, las facultades otorgadas a los trabajadores se entiendan en un sentido amplio, extendiendo la protección del derecho a todas aquellas actividades desarrolladas en beneficio del colectivo de los trabajadores sin tener en cuenta la condición de afiliado, a pesar de que esta concepción individual de la libertad sindical, como hemos tenido ocasión de mencionar, no es totalmente compatible con la concepción colectiva del derecho.

3. EFICACIA DIRECTA DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD SINDICAL Y GARANTÍAS MATERIALES FRENTE A LOS ACTOS DE INJERENCIA

Un último aspecto nos queda tratar para tener una visión panorámica de las consecuencias que genera la plasmación positiva de la libertad sindical como derecho fundamental: la cuestión de su eficacia. En este sentido, se viene reconociendo tradicionalmente que los derechos fundamentales ostentan una eficacia directa e inmediata frente a los poderes públicos, esencialmente frente al legislador, quien, pese a tener encomendado su desarrollo, está vinculado y, por tanto,

2003, pág. 560. En la jurisprudencia constitucional encontramos declaraciones expresas en ese sentido, aunque realizando ciertas matizaciones: SSTC 197/1990, de 29 de noviembre (F. J. 1º); 134/1994, de 9 de mayo (F. J. 4º. a); 94/1995, de 19 de junio (F. J. 5º); 95/1996, de 29 de mayo (F. J. 4º); 168/1996, de 29 de octubre (F. J. 6º).

debe respetar la regulación constitucional del derecho y muy especialmente su contenido esencial. En contraposición, la denominada eficacia horizontal, es decir, la que despliegan los derechos fundamentales en las relaciones privadas, se ha concebido en términos generales como una eficacia indirecta o mediata que requiere necesariamente de la intervención de los poderes públicos para adaptar los derechos al ámbito jurídico-privado⁹⁷.

Desde determinadas posiciones se ha señalado, muy acertadamente, que en cuanto a los efectos prácticos todas las teorías llegan al mismo resultado: la ponderación de derechos. En este sentido, es posible elaborar un sistema de eficacia de los derechos fundamentales estructurado en tres niveles que permite incorporar los aspectos que aportan cada una de las doctrinas señaladas. En un primer nivel se situaría la doctrina de la eficacia mediata, que explicaría la eficacia de los derechos con respecto a los deberes que tiene el Estado. Como tal exigencia, el Estado, al ejecutar su función legislativa y, sobre todo, judicial, ha de tener en cuenta el valor objetivo que estos derechos constituyen, interpretando las cláusulas privadas de conformidad con ellos. En el segundo nivel, centrándonos en las obligaciones específicas que imponen a los poderes públicos la existencia de los derechos fundamentales, su eficacia directa se despliega a través de su reconocimiento constitucional. En el tercer nivel, las relaciones entre particulares, los derechos fundamentales se configuran como derechos directamente aplicables que requieren de un proceso de ponderación que debe ser realizado por los tribunales ordinarios⁹⁸.

⁹⁷ Un análisis reciente de la cuestión en el ámbito laboral, Rivero Lamas, J., “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, VV. AA., *El trabajo y la Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Alonso Olea*, Madrid, MTAS, 2003, págs. 491 y ss. En nuestro país, al igual que ha ocurrido en otros de nuestro entorno, la eficacia inmediata de los derechos fundamentales ha constituido un tema muy controvertido en la doctrina científica, sobre todo cuando se trata de extenderla al ámbito privado y, como parte integrante, a la relación de trabajo. Aunque la mayoría de la doctrina se inclina a favor de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, la cuestión debatida es si esa eficacia es mediata o inmediata. A favor de una eficacia mediata o indirecta se pronuncian Embid Irujo, A., “El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado”, *REDA*, núm. 25, 1980, págs. 204 y ss.; Peces-Barba Martínez, G., *La Constitución Española de 1978. Un estudio de derecho y política*, Valencia, Fernando Torres, 1981, pág. 37. En cambio, abogan por la teoría de la eficacia inmediata, Quadra-Salcedo T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1981, págs. 65 y ss.; García Torres, J., y Jiménez Blanco, A., *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Cuadernos de Civitas, 1986, pág. 49; Pérez Luño, A. E., *Derechos Humanos...*, op. cit., págs. 22 y 23; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Fernández López, M. F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, págs. 268 y ss.; Palomeque López, C., “El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo”, *DL*, núm. 8, 1983, pág. 17; Molina Navarrete, C., “Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales”, *RTSS*, núm. 3, 1991, pág. 68; Martín Valverde, A., “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *RPS*, núm. 137, 1983, págs. 128 y ss.; Valdés del Re, F., “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, *RL*, núm. 22, 2003, pág. 3.

Desde esta perspectiva, todos los derechos fundamentales, en cuanto se encuentran constitucionalizados, son polivalentes, esto es, despliegan su eficacia directa tanto frente a los poderes públicos como privados; lo que ocurre es que la eficacia directa o inmediata no se puede considerar absoluta o indiscriminada, simple y llanamente porque existe un texto constitucional plagado de derechos, principios y valores que requieren, en cada caso, de una ponderación lo suficientemente razonada como para aportar soluciones que se sitúen dentro de la más estricta constitucionalidad.

Por tanto, para asegurar la vigencia de unos y otros sin que se produzca menoscabo alguno de la norma constitucional se hace imprescindible un proceso de ponderación de las distintas categorías enfrentadas que trate de establecer el alcance, la extensión y los límites de los derechos fundamentales “*cuando inciden en relaciones ordenadas en torno a principios institucionales de distinta naturaleza*”⁹⁹. Esta tarea ha de desarrollarla el juez, cuidando de que los límites impuestos no vulneren el contenido esencial del derecho y teniendo en cuenta (sobre todo cuando los derechos despliegan su eficacia en el ámbito privado) dos circunstancias fundamentales: por un lado, la naturaleza asimétrica de la relación entre los particulares, de forma que la posición de supremacía en la que se encuentra una de las partes ha de determinar una mayor incidencia del derecho fundamental en la relación privada¹⁰⁰; por otro, que en último término el límite infranqueable para las distintas injerencias y su incidencia en los derechos fundamentales se encuentra en el respeto a la dignidad humana¹⁰¹.

Lógicamente, la primera consecuencia de la eficacia directa de los derechos fundamentales es la obligación de respetarlos, lo que se traduce en la imposibilidad de limitarlos arbitrariamente y la necesidad de justificar todas aquellas decisiones públicas o privadas susceptibles de lesionarlos. Sin embargo, no se puede perder de vista

⁹⁸ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 2001, págs. 515 y ss.

⁹⁹ Quadra-Salcedo, T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 74.

¹⁰⁰ Quadra-Salcedo, T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales...*, op. cit., pág., 61. La generalidad de los autores coincide en señalar el desarrollo, en los últimos tiempos, de núcleos importantes de poder privado como factor determinante para la defensa de la tesis de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, Bilbao Ubillos, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPD, 1997, págs. 241 y ss.; Pérez Luño, A. E., *Derechos Humanos...*, op. cit., pág. 314.

¹⁰¹ Son precisamente estas dos circunstancias las que requieren una eficacia horizontal de la generalidad de los derechos fundamentales y de los derechos sindicales en particular. De hecho, como hemos sostenido en otros trabajos de investigación, constituyen el fundamento constitucional expreso de la eficacia directa de los derechos fundamentales de los trabajadores frente a los poderes empresariales, con mucha más consistencia cuando el derecho implicado, la libertad sindical, tiene su ámbito específico de actuación en las relaciones laborales (Carrizosa Prieto, E., “El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, *REDT*, núm. 123, 2004, págs. 476 y ss.).

que tanto la libertad de configuración legislativa como la capacidad de actuación de los distintos poderes privados constituyen a su vez manifestación de otros derechos, principios o valores constitucionalizados, por lo que no se puede considerar que toda injerencia derivada del ejercicio de las distintas potestades conlleve la nulidad. Al tratarse de un conflicto entre normas constitucionales, en principio con idéntico valor, la controversia debe resolverse a través de la técnica de la ponderación de bienes.

Esta concepción del sistema de derechos fundamentales deriva del carácter normativo de la Constitución y, como veremos enseguida, fundamenta el conjunto de garantías materiales que desde el propio texto constitucional se establecen para proteger el contenido de los derechos fundamentales y, como consecuencia, para asegurar su eficacia directa: la garantía del contenido esencial y el principio de proporcionalidad¹⁰².

3.1 La doctrina sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales

La doctrina del contenido esencial, de elaboración alemana, es acogida en nuestro texto constitucional en el art. 53.2 CE como uno de los mecanismos fundamentales para controlar las injerencias de los poderes públicos en los derechos constitucionales reconocidos en la Sección II del Capítulo III, especialmente frente al poder legislativo¹⁰³. Que la libertad sindical necesita de desarrollo legislativo

¹⁰² La doctrina especializada atribuye al principio de proporcionalidad naturaleza constitucional, con todas las consecuencias que ello conlleva respecto a su eficacia, si bien su plasmación es implícita, pues se produce a través de varios preceptos y alusiones constitucionales. En este sentido, se ha alegado, sobre todo, el art. 1.1 CE, incidiendo en la expresión “Estado de Derecho” o en el valor superior de justicia (Barnés Vázquez, J., “El Principio de Proporcionalidad. Estudio preliminar”, *CDP*, núm. 5, INAP, 1998, pág. 47; Medina Guerrero, M., “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *CDP*, op. cit., pág. 121; Rivero Lamas, J., “Jurisprudencia Constitucional y garantías de los derechos fundamentales”, VV. AA., *Las transformaciones del Derecho del Trabajo...*, op. cit., págs. 1049 y 1055). Con carácter general, respecto de todos los principios, García de Enterría, E., *Reflexiones Sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Madrid, Cuadernos de Cívitas, 1984, pág. 107. En el mismo sentido, SSTC 66/1985, de 23 de mayo (F. J. 1º); 65/1986, de 22 de mayo (F. J. 2º); 160/1987, de 27 de octubre (F. J. 6º); 111/1993, de 25 de marzo (F. J. 9º); 50/1995, de 23 de febrero (F. J. 7º); 173/1995, de 21 de noviembre (F. J. 2º); 55/1996, de 28 de marzo (F. J. 8º)]. No obstante, y aun sin descartar la importancia de dicho precepto, consideramos imprescindible para la configuración del principio, sobre todo en los que respecta a los sujetos obligados, la prohibición de arbitrariedad contenida en el art. 9.3 dirigida a todos los poderes públicos y la configuración indirecta del ámbito de eficacia de los derechos fundamentales que se contiene en el art. 10.1 CE, siendo éste el precepto que fundamenta la aplicación del principio en el ámbito de las relaciones laborales [en este sentido, SSTC 65/1986, de 22 de mayo (F. J. 2º) y 85/1992, de 8 de junio (F. J. 8º)].

¹⁰³ Molina Navarrete, C., “Protección y eficacia...”, pág. 1183. En el mismo sentido, SSTC 61/1989, de 3 de abril (F. J. 2º); 84/1989, de 10 de Mayo (F. J. 4º); 127/1989, de 13 de julio (F. J. 3º). Se muestra contrario a dicha función Martínez Pujalte, L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1997, págs. 41 y ss.

para que tengan plena efectividad es algo incuestionable; las controversias surgen a la hora de determinar las facultades del legislador en la regulación. Ésta es, precisamente, la función que la Constitución encomienda al contenido esencial de los derechos constitucionales: deslindar las esferas del derecho con objeto de precisar, en cada una de ellas, el ámbito vedado o permitido a las actuaciones del poder legislativo. Por ello, es necesario aclarar que la función de la garantía constitucional es doble: si bien, por un lado, se dirige a preservar un contenido mínimo del derecho al sustraer su regulación al legislador (autoconservación), por otro, implica una configuración previa de los derechos fundamentales desde el ámbito constitucional que les asegure su inmediata aplicabilidad (autoidentificación)¹⁰⁴.

Centrándose en esa faceta negativa que necesariamente conlleva el desarrollo legal de cualquier institución jurídica, y tomando como referencia el grado de resistencia frente a las intromisiones que pueda ocasionar dicho desarrollo, la doctrina científica se ha dividido en varias posiciones a la hora de evaluar las posibilidades de limitación del derecho fundamental. Una primera posición, partiendo de la división de dos zonas en los derechos fundamentales, el contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido, considera que la garantía del contenido esencial preserva un núcleo irreductible de facultades que, en ningún caso, pueden ser objeto de restricción, ni siquiera cuando se trate de proteger otros bienes o derechos constitucionales. Salvando este punto en común, las posiciones se dividen a la hora de considerar las posibilidades de restringir aquella parte del contenido del derecho que, aun teniendo naturaleza constitucional, no forma parte del contenido esencial, originando dos posturas distintas.

La denominada *teoría espacial absoluta del contenido esencial* considera que el contenido esencial de los derechos fundamentales está completamente vedado al legislador y el resto de poderes públicos sin que exista ningún criterio, ni aun en el texto constitucional, que legitime restricciones en este ámbito; el resto de facultades, desde el momento que no ostentan esa naturaleza, constituyen una esfera de libre disposición para el legislador¹⁰⁵. En contraposición, la *teoría mixta del contenido esencial* sostiene que las posibles limitaciones sólo se podrían producir en aquella parte del contenido constitucionalmente protegido que no constituye contenido esencial¹⁰⁶. Desde esta posición, por tanto, en el contenido constitucional de

¹⁰⁴ Cossio Díaz, R., *Estado Social y derechos...*, op. cit., págs. 69 y ss.

¹⁰⁵ Un amplio análisis de la teoría en Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003, págs. 403 y ss.

¹⁰⁶ En este sentido se pronuncia Medina Guerrero, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pág. 150; Parejo Alfonso, L., "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *REDC*, núm. 3, 1981, págs. 169 y ss; Carmona Contreras, A. M., *La conflictiva relación...*, op. cit., pág. 93; Rivero Lamas, J., "Jurisprudencia Constitucional y garantías...", op. cit., pág. 1054.

los derechos fundamentales es posible diferenciar un núcleo mínimo e indisponible y una parte accesorio o adicional que sería susceptible de limitación, siempre que, y ésta es la diferencia con la teoría espacial absoluta, se cumplan una serie de requisitos (existencia de justificación constitucional, observancia del principio de proporcionalidad y respeto del contenido esencial), de forma que las garantías para la limitación de los derechos serían cumulativas: por un lado, el contenido esencial, intocable; por otro, los requisitos establecidos para la limitación del contenido no esencial.

El problema de dicha doctrina surge cuando la propia lectura de la Constitución evidencia la existencia de derechos que se niegan, limitan y anulan, lesionando por tanto su contenido esencial, con objeto de salvaguardar otros bienes o derechos constitucionales. Para explicar dicha circunstancia, los partidarios de esta concepción argumentan que, en realidad, lo que protege la garantía del contenido esencial es el derecho fundamental en sentido objetivo, es decir, el derecho fundamental como institución¹⁰⁷. Sin intención de menoscabar la importancia de la teoría institucional de los derechos, consideramos que la postura descrita resulta un tanto artificiosa desde el momento en que admite que individuos aislados puedan ver vulnerados el contenido esencial de sus derechos fundamentales, posibilidad que, al considerarse imposible, carece de mecanismos materiales de protección.

No es de extrañar, por tanto, y dadas las contradicciones, que surja una segunda posición, *la teoría relativa del contenido esencial*, que concibe la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales como garantía subjetiva y ámbito vedado, aunque sólo relativamente, para el legislador y el resto de poderes públicos. Desde esta perspectiva se admiten las injerencias públicas en el contenido esencial de los derechos fundamentales siempre que sean necesarias para la protección de un derecho, valor o bien constitucionalizado y se respeten las exigencias del principio de proporcionalidad concebido en sentido amplio, esto es, integrado por los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Medina Guerrero, M., *La vinculación negativa...*, op. cit., págs. 157 y ss; Cossío Díaz, R., *Estado social...*, op. cit., págs. 70 y ss; Carmona Contreras, A. M., *La conflictiva relación...*, op. cit., pág. 91. No es esta la postura adoptada por la doctrina constitucional que, de forma muy temprana, optaba por una posición subjetiva para explicar el objeto de protección de la garantía del contenido esencial; esto es, considera que se dirige principalmente a proteger los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos y no sólo como valores objetivos [STC 11/1981, de 8 abril (F. J. 8º)].

¹⁰⁸ La doctrina ha sido acogida en múltiples pronunciamientos, si bien al inicio los requisitos que ha de cumplir la limitación no se reconocen de forma expresa y se aplican de forma parcial. Respecto del derecho de reunión sindical [STC 91/1983, de 7 de noviembre (F. J. 2º)], del derecho a la libertad de expresión en el ámbito laboral y a la publicidad que conlleva el ejercicio del derecho de huelga [STC 120/1983, de 15 de diciembre (F. J. 2º)], del derecho a la transmisión de información sindical [94/1995, de 19 de junio (F. J. 4º)] o del derecho a la igualdad entre los sujetos sindicales [STC 183/1992, de 16 de noviembre (F. J. 7º)], así como respecto de la limitación de determinadas facultades que integran la libertad sindical, como es el caso de la negociación colectiva [235/1988, de 5 de diciembre (F. J. 2º)].

Ello significaría que las injerencias en el contenido esencial de los derechos fundamentales sólo serán legítimas en aquellos casos en que estén justificadas por la protección de otros derechos o bienes constitucionales y respeten el principio de proporcionalidad; en caso contrario, la injerencia en el derecho es ilegítima por lesionar injustificadamente su contenido esencial¹⁰⁹.

Desde nuestro punto de vista, y partiendo de que la garantía constituye un límite a la intervención de los distintos poderes en los derechos constitucionales, nos inclinamos por considerar que la institución se contempla en nuestro texto constitucional como una garantía que impide las intervenciones en el núcleo del derecho, pero sólo relativamente. En este sentido, y atendiendo a la constitucionalización de los derechos sindicales, no podemos obviar que desde sus propios preceptos se están legitimando intervenciones en el contenido esencial del derecho fundamental; no otra cosa significa la habilitación al legislador para limitar o exceptuar el derecho de libertad sindical a los miembros de los distintos cuerpos de seguridad de naturaleza militar, o cuando se le insta a regular las peculiaridades en el derecho de los funcionarios públicos. Estas circunstancias demuestran que los derechos sindicales se pueden limitar, incluso en su contenido esencial, con objeto de proteger otros bienes o derechos constitucionalizados, lo que, como ha advertido la doctrina, no supone más que aceptar la aplicación unitaria y sistemática del texto constitucional¹¹⁰.

Precisamente por ello, el control que supone la garantía del contenido esencial no es completo y adecuado si no se acompaña de un instrumento eficaz que permita a los jueces y tribunales preservarlo en cada supuesto concreto. Ese instrumento auxiliar es el principio de proporcionalidad, que, en virtud de su conexión con el art. 53.1 CE, se configura como un mecanismo primordial para evitar intromisiones

¹⁰⁹ Así, no se vulnera el contenido esencial de un derecho cuando la limitación deriva de “*la interpretación y aplicación de la Constitución, concebida como una totalidad normativa garantizadora de un orden de convivencia integrado por un conjunto de derechos y valores, que el legislador tiene el deber de armonizar mediante fórmulas que permitan la adecuada protección de cada uno de ellos a través de limitaciones coordinadas y razonables, evitando el desequilibrio del orden constitucional que ocasiona la prevalencia absoluta e ilimitada de uno sobre los demás, los cuales resultarían así desconocidos y sacrificados con grave quebranto de los mandatos constitucionales que imponen a todos los poderes públicos el deber de protegerlos y hacerlos efectivos en coexistencia con todos aquellos otros con los que concurrían*” [STC 196/ 1987, de 11 de diciembre (F. J. 7º)].

¹¹⁰ A esta concepción hace alusión el TC cuando afirma que el contenido esencial de un derecho fundamental “*puede extraerse en parte de la propia Constitución, interpretada de forma sistemática, dado que la misma es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación con los demás*” [STC 67/1984, de 7 de junio (F. J. 2º)]. La contraposición metodológica que supone mantener un contenido absoluto del contenido esencial, junto con la idea de un contenido relacional que se obtiene en la interrelación con otros derechos puede verse ampliamente desarrollada en Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad...*, op. cit., pág. 426.

arbitrarias de los poderes públicos y privados en los derechos fundamentales de los ciudadanos¹¹¹.

3.2. Control de las injerencias en los derechos fundamentales y principio de proporcionalidad

La técnica de la ponderación de bienes no sólo impone una concepción de la garantía del contenido esencial que la configura en términos relativos, sino que aporta además el instrumento imprescindible para valorar si la injerencia producida es lícita desde el punto de vista constitucional.

De conformidad con la doctrina más solvente en la materia, la ponderación de bienes constituye la principal técnica interpretativa/aplicativa cuando lo que se enfrentan son derechos, bienes o valores constitucionales, teniendo por finalidad establecer una interpretación de los intereses en juego que permita una vigencia unitaria del texto constitucional sin que se vean sacrificados unos derechos o valores sobre otros, y el instrumento fundamental para desarrollar correctamente esta técnica interpretativa es el principio de proporcionalidad, concebido en sentido amplio¹¹². Efectivamente, el principio de proporcionalidad, aplicado a través de la ponderación de los intereses constitucionales en conflicto, constituye un instrumento imprescindible cuando lo que se enfrentan son estándares jurídicos de la misma categoría, en cuanto tienen el mismo valor por su ubicación jerárquica¹¹³, sin que ello excluya que haya de aplicarse respecto del derecho que ha sufrido la limitación, sobre todo cuando existe una relación de subordinación como la que hemos mencionado¹¹⁴.

El contenido del principio se centra en analizar la forma en que se realiza la limitación del derecho afectado en relación con el bien, valor o interés que se pretende proteger. Para que la medida restrictiva del derecho sea constitucionalmente

¹¹¹ Prieto Sanchís, L., *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992, pág. 23; Medina Guerrero, M., “El principio de proporcionalidad...”, op. cit., pág. 120. En el ámbito laboral, García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J. R., “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio”, VV. AA., *El modelo social...*, op. cit., pág. 257.

¹¹² Barnés Vázquez, J., “El principio de proporcionalidad...”, op. cit., pág. 67; Prieto Sanchís, L., *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, págs. 199 y ss.

¹¹³ Prieto Sanchís, L., *Sobre principios...*, op. cit., págs. 45 y ss.

¹¹⁴ Prieto Sanchís, L., *Sobre principios...*, op. cit., págs. 45 y ss.; Barnés Vázquez, J., “El principio de proporcionalidad...”, op. cit., pág. 67. Ambos autores consideran integrado el principio de proporcionalidad en sentido amplio dentro de la ponderación de bienes constitucionales (Prieto Sanchís, L., *Justicia Constitucional...*, op. cit., págs. 199 y ss.).

legítima ha de respetar cuatro exigencias, a saber: que esté justificada por la protección de un derecho o bien constitucionalmente garantizado (principio de equivalencia de los bienes y derechos en conflicto); que sea apta o adecuada para conseguir la protección del otro bien o derecho constitucional parte en el conflicto (principio de idoneidad); que se trate de una medida imprescindible en el sentido de que, siendo una alternativa eficaz para conseguir la finalidad, sea, entre las posibles, la menos lesiva para el derecho fundamental (principio de necesidad); y, por último, que exista un cierto equilibrio entre los beneficios que obtienen los bienes y derechos que justificaron la restricción y el perjuicio sufrido por el derecho que ha sido objeto de limitación (principio de proporcionalidad en sentido estricto)¹¹⁵.

La aplicación del principio de proporcionalidad requiere que la limitación de los derechos fundamentales responda a la satisfacción de otros derechos o bienes constitucionales¹¹⁶. No se quiere decir con ello que la propia limitación del derecho deba estar expresamente contemplada en la Constitución, sino que se practique con la finalidad de proteger otro derecho, valor o interés, constitucionalmente tutelado, directa o indirectamente; aunque han existido propuestas, incluso pronunciamientos jurisprudenciales, dirigidos a flexibilizar tal exigencia¹¹⁷.

De hecho, en el ámbito de las relaciones laborales ha sido tradicional, hasta mediados de la década de los noventa, que los derechos fundamentales de los trabajadores resultaran limitados por categorías contractuales más que constitucionales, como la exigencia de buena fe contractual y el abuso de derecho¹¹⁸. Dichas pretensiones deben ser objeto de revisión puesto que, en último término, permiten que las disposiciones constitucionales, como es el caso, puedan ser modificadas y limitadas por otras instituciones que no encuentran respaldo constitucional.

¹¹⁵ Para un estudio exhaustivo del principio, además de los mencionados, López González, J. I., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1988; González Beilfus, M., *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 2003.

¹¹⁶ La doctrina más cualificada ha considerado que el “*principio de equivalencia de los bienes y derechos en conflicto*”, más que un criterio integrado en el principio de proporcionalidad en sentido amplio, sería una condición previa para su aplicación [Medina Guerrero, M., *La vinculación negativa...*, op. cit., pág. 128; Prieto Sanchís, L., *Justicia Constitucional...*, op. cit., pág. 189 y ss.; García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J. R., “Conflicto y ponderación...”, op. cit., pág. 258; SSTC 55/1996, de 28 de marzo (F. J. 7º), 37/1998, de 17 de febrero (F. J. 5º) y 161/1997, de 2 de octubre (F. J. 10º). En cuanto al resto de criterios que engloba el principio y la forma de aplicación, por todas, SSTC 66/1995, de 8 de mayo (F. J. 5º) y 42/2000, de 14 de febrero (F. J. 2º).

¹¹⁷ La STC 3/1983, de 25 de enero (F. J. 4º) alude a “*finalidades adecuadas al espíritu constitucional*”, y la STC 66/1991, de 22 de marzo (F. J. 2º), al invocar el principio de proporcionalidad se refiere a un “*fin constitucionalmente legítimo*”.

¹¹⁸ Con respecto al papel que desempeña el abuso de derecho en la delimitación del derecho de huelga, Carrizosa Prieto, E., “El principio de proporcionalidad como mecanismo de control de las injerencias en el derecho de huelga”, *TL*, núm. 74, 2004.

La segunda previsión del principio de proporcionalidad exige que la medida restrictiva sea apta o adecuada para la protección del derecho, valor o interés constitucional que justifica la limitación, asegurándose con ello de que el medio utilizado sea apropiado para conseguir la finalidad (criterio de adecuación o idoneidad)¹¹⁹.

Íntimamente relacionado se encuentra el criterio de necesidad, que requiere la indispensabilidad de la medida restrictiva para la consecución del fin propuesto, esto es, que la medida restrictiva sea la única vía posible para conseguir la satisfacción del otro interés tutelado¹²⁰. En definitiva, que al tomar la decisión de limitar el derecho hay que escoger la alternativa menos gravosa, siempre que sea igual, en eficacia, que el resto de medidas apropiadas¹²¹.

Ello va a requerir un intervencionismo judicial difícil de aceptar en nuestro ordenamiento jurídico, pues conlleva el análisis de las distintas opciones posibles con objeto de descartar la existencia de otras medidas que, siendo igual de eficaces, resulten menos gravosas para el derecho fundamental. Precisamente el activismo judicial que conlleva la aplicación del principio de proporcionalidad ha provocado diversas críticas por parte de la doctrina científica. A estos efectos, se

¹¹⁹ A partir de la STC 66/1991, de 22 de marzo (F. J. 2º), la adecuación, junto con la necesidad o indispensabilidad (F. J. 3º), se vincula al principio de proporcionalidad cuando se trata de limitar derechos fundamentales. El planteamiento se consolida en las SSTC 66/1995, de 8 de mayo (F. J. 5º), y 55/1996, de 28 de marzo (F. J. 6º). En este sentido Medina Guerrero, M., *La vinculación negativa...*, op. cit., pág. 128. En el ámbito laboral, y tratándose de derechos colectivos, esta conexión se realiza con anterioridad [STC 51/1986, de 24 de abril (F. J. 5º), que examina la limitación del derecho de huelga que supone la fijación de los servicios mínimos por parte de la autoridad gubernativa].

¹²⁰ SSTC 21/1981, de 15 de junio (F. J. 15º); 144/1987, de 23 de septiembre (F. J. 3º); 137/1990, de 19 de julio (F. J. 6º); 66/1991, de 22 de marzo (F. J. 2º y 4º).

¹²¹ En el ámbito laboral, el primer pronunciamiento que reconoce dicho criterio es la STC 99/1994, de 11 de abril (F. J. 7º). Como por todos es conocido, la sentencia analiza el despido de un trabajador por incumplimiento contractual al negarse a ser filmado mientras realizaba la tarea de deshuesar un jamón. El Tribunal, tras considerar que la filmación de dicha labor no deriva del objeto pactado en el contrato de trabajo, establece que *“es preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador [...] sea, verdaderamente, la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial”*. La doctrina laboral [Pardo Falcón, J., “El juicio de indispensabilidad: Un avance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral”, *TL*, núm. 39, 1996, págs. 57 y ss.; Del Rey Guanter, S., “Notas sobre los derechos fundamentales inespecíficos y el contrato de trabajo en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, *RARL (Trabajo)*, núm. 4, 1998, págs. 9 y ss.] considera dicho pronunciamiento un hito en la doctrina sobre derechos fundamentales en la relación laboral, al exigir por primera vez, de forma clara y manifiesta, el principio de necesidad (indispensabilidad) como límite a las decisiones empresariales susceptibles de vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores. Una interpretación distinta en Montoya Melgar, A., “Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen”, *REDT*, núm. 75, 1996, págs. 162 y ss. La misma línea jurisprudencial, aunque centrándose en el derecho a la intimidad, SSTC 98/2000, de 10 de abril (F. J. 6º, 7º y 9º); 186/2000, de 10 de julio (F. J. 6º y 7º); 202/1999, de 8 de noviembre (F. J. 5º)].

señala que la ponderación de bienes realizada por los órganos judiciales carece de criterios fiables de contraste y es muy subjetiva, pues, en última instancia, no se puede saber de dónde sale la ordenación y medida de los valores, si del texto constitucional o de los aplicadores del derecho¹²². Más rotundas son aquellas críticas que se dirigen a señalar el distinto nivel de legitimidad democrática que tienen las normas implicadas en la ponderación, dando prevalencia, en este sentido, a la ley sobre la Constitución¹²³.

La última de las exigencias del principio de proporcionalidad es el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que exige que haya un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen por la protección del derecho, valor o fin que motiva la limitación del derecho fundamental y los perjuicios que derivan para el derecho que se ha visto limitado, es decir, que la adopción de esa determinada medida aporte “*más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto*”¹²⁴.

No obstante, hay que tener en cuenta que esta concepción no es unánime en la doctrina científica. Existen autores que, con objeto de restringir el ámbito de aplicación del principio a las relaciones entre ciudadano y poder público, identifican la ponderación de bienes con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto¹²⁵. De conformidad con esta posición, las relaciones entre privados y, por tanto, las controversias que puedan surgir entre trabajadores y empresarios, han de resolverse aplicando el juicio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, rechazando la aplicación del resto de criterios que integran el principio de proporcionalidad, es decir, necesidad y adecuación¹²⁶.

¹²² Rivero Lamas, J., “Jurisprudencia Constitucional y garantías...”, op. cit., pág. 1056.

¹²³ Laporta, F. J., “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la Ley”, *DOXA*, núm. 22, 1999, págs. 327 y ss. Salva jurídicamente dichos temores Prieto Sanchís, L., “Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos”, VV. AA., *Los derechos entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 46. En el ámbito laboral, González Ortega, S., “La aplicación judicial difusa de la Constitución en el orden jurisdiccional social” *CDP*, núm. 7, 1999, págs. 107 y ss.

¹²⁴ Inciden sobre la adecuación y proporcionalidad que debe existir entre la protección de la comunidad (al establecer los servicios mínimos) y la limitación que estos suponen para el ejercicio del derecho de huelga, SSTC 26/1981, de 17 de julio (F. J. 15^o); 62/1982, de 15 de octubre (F. J. 5^o); 51/1986, de 24 de abril (F. J. 5^o); 53/1986, de 5 de marzo (F. J. 3^o).

¹²⁵ Rodríguez de Santiago, J. M. *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000, págs. 26, 105 y ss., y ello aun reconociendo la eficacia horizontal (directa) de los derechos fundamentales (nota 18); Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad...*, op. cit., pág. 157. Aunque sin descartarla, muestra algunas reticencias Medina Guerrero, M., *El principio de proporcionalidad...*, op. cit., págs. 119 y ss.

¹²⁶ Rodríguez de Santiago, J. M., *La ponderación de bienes...*, op. cit., pág. 110; García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J. R., “Conflicto y ponderación...”, op. cit., págs. 264 y ss.

Desde nuestro punto de vista, propugnar la aplicación del principio de proporcionalidad como límite a las injerencias sobre los derechos fundamentales implica asumir su eficacia inmediata en el ámbito en que estén llamados a desenvolverse, independientemente de que las vulneraciones provengan de los poderes públicos o privados¹²⁷. Con más razón cuando se trata de un derecho fundamental como la libertad sindical, que necesariamente ha de desplegar su eficacia frente al elenco variado de sujetos que inciden en el sistema de relaciones laborales. Ciertamente, se podría considerar que exigir la justificación material de las decisiones empresariales lesivas conlleva ubicar los derechos de libertad sindical por encima del derecho a la libertad de empresa, y así sería si la conducta empresarial se calificara directamente con la nulidad, circunstancia que ha de ser rechazada (no olvidemos a estos efectos que, en principio, la conducta empresarial ha de justificarse por producir una lesión material en los derechos de sindicación).

3.3. La doctrina sobre el contenido esencial y adicional en los derechos sindicales

Como tendremos ocasión de comprobar, no ha sido ésta la línea seguida en el ámbito de las diferencias o discriminaciones por razones sindicales¹²⁸. En los capítulos siguientes comprobaremos cómo las relaciones entre los derechos sindicales y las distintas manifestaciones de los derechos de igualdad han impedido el desarrollo y aplicación de este conjunto de garantías dirigidas a proteger los con-

¹²⁷ Valdés dal Re, F., “Contrato de trabajo, derechos fundamentales...”, op. cit., pág. 3; García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J. R., “Conflicto y ponderación...”, op. cit., pág. 258; Quadra-Salcedo, T., *El recurso de amparo...*, op. cit., pág. 74.

¹²⁸ De hecho la aplicación íntegra de esta doctrina se produce en el ámbito de los derechos laborales inespecíficos. El primer pronunciamiento que hace una declaración clara, expresa y completa de las exigencias del principio de proporcionalidad se encuentra en la STC 66/1995, de 8 de mayo (F. J. 5º), que resuelve un recurso de amparo por lesión del derecho de reunión (art. 21 CE) presentado por UGT ante la denegación de autorización para realizar una concentración de dos horas y media en pleno centro de Madrid. El TC estima que la solución pasa por realizar una ponderación entre el derecho fundamental y el límite que desde el propio texto constitucional se impone: alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes. En este sentido, considera que corresponde a la autoridad gubernativa realizar una motivación fundada en la que se expliquen las razones que le han llevado a la conclusión de que se altera gravemente el orden público, además de justificar la imposibilidad de adoptar otras medidas que eviten ese peligro y permitan la efectividad del derecho (F. J. 3º). A pesar de la exigencia, cuando se realiza la ponderación, haciendo mención expresa de cada uno de los criterios (F. J. 5º), no se exige con la rotundidad que se esperaba el criterio de necesidad. Un comentario a dicha sentencia en Palomeque López, M. C., “El derecho de reunión estática en lugares de tránsito público y sus límites constitucionales”, *REDT*, núm. 80, 1996, págs. 1041 y ss. En el mismo sentido, STC 42/2000, de 14 de febrero (F. J. 2º). Con carácter previo, la STC 59/1990, de 29 de marzo (F. J. 3º y 7º), había exigido la necesidad de la medida limitadora y la proporcionalidad en sentido estricto.

tenidos sindicales constitucionalmente garantizados. Ello se debe a que, al menos en lo que se refiere a los derechos de sindicación, los mecanismos para afianzar su eficacia en los distintos ámbitos en los que han de desenvolverse no responden al modelo expuesto, que viene a coincidir esencialmente con el modelo articulado en el ordenamiento alemán.

Por muy sorprendente que parezca, dado que la eficacia polivalente de los derechos sindicales siempre ha estado admitida por la generalidad de los sectores doctrinales¹²⁹, lo cierto es que dicha eficacia se ha articulado en nuestro ordenamiento jurídico, de forma similar a lo que ocurre con el ordenamiento norteamericano, mediante la aplicación de los derechos de igualdad y, como consecuencia, a través del juicio de razonabilidad, independientemente de la naturaleza pública o privada del sujeto que practica la injerencia. Lógicamente, el último responsable de esta situación es el Tribunal Constitucional, que ha posibilitado, a través de la doctrina sobre el contenido esencial y adicional de los derechos sindicales, evadir los requisitos que para su limitación exige la doctrina sobre las injerencias en los derechos fundamentales, lo que terminará diferenciado la tutela de los derechos sindicales de la recibida por el resto de derechos garantizados en el texto constitucional.

Efectivamente, además de uno de los derechos paradigmáticos en cuanto a la división de facultades en función de la titularidad, el derecho de libertad sindical se ha mostrado en el ámbito de la jurisprudencia constitucional de lo más prolífico en la distinción entre contenido esencial y adicional, si bien con las particularidades que se señalarán en el apartado siguiente y que pondrán en evidencia las contradicciones que provoca dicha construcción respecto de la más genérica doctrina sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales.

3.3.1. Concepción absoluta del contenido esencial y marginación del principio de proporcionalidad

A diferencia de lo acontecido con el derecho de huelga, el contenido esencial de la libertad sindical no ha sido objeto de concreción específica por parte de la jurisprudencia constitucional. De hecho, la doctrina sobre este aspecto se puede considerar una de las labores más desafortunadas realizadas por el máximo intérprete de la Constitución, puesto que ha permitido poner en evidencia los problemas que surgen de un entendimiento equivocado de dicha institución, y ello por varias razones.

¹²⁹ Quadra-Salcedo, T., *El recurso de amparo...*, op. cit., págs. 55 y ss.; García Torres, J., y Jiménez Blanco, A., *Derechos fundamentales...*, op. cit., págs. 55 y ss.; Bilbao Ubillos, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales...*, op. cit., págs. 356 y ss.

En primer lugar, porque la doctrina constitucional sobre libertad sindical ha entendido la garantía del contenido esencial, más que como un límite a la actividad del legislador, como una habilitación para regular libremente todas aquellas facultades que no ostentan dicha naturaleza. Ello explica, como tendremos ocasión de comprobar de forma pormenorizada en los Capítulos IV y V, que en la mayoría de los pronunciamientos predomine (sobre todo cuando se analizan las injerencias del legislador sobre la dimensión colectiva de los derechos sindicales) la denominada “*teoría espacial absoluta del contenido esencial*”, con las consecuencias que conlleva a efectos de justificación material de las injerencias¹³⁰. En segundo lugar, porque dicha concepción ha permitido, a través de una tergiversación de lo que ha de constituir contenido adicional de los derechos sindicales, adicionar al contenido constitucional del derecho la mayoría de las facultades sindicales que han sido objeto de creación legislativa¹³¹.

Dejando al margen este segundo aspecto, que será tratado en el apartado siguiente, es necesario recordar que la garantía del contenido esencial concebida en términos absolutos (como hemos anunciado anteriormente, la que parece predominar en la interpretación de los derechos sindicales) resulta incompatible con la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio y, desde nuestro punto de vista, es la circunstancia responsable de que las injerencias en los derechos sindicales se hayan examinado y se sigan examinando en la actualidad a través del criterio de razonabilidad.

No es este el momento adecuado de realizar un análisis sobre las consecuencias que genera, para la tutela de los derechos sindicales, la aplicación del juicio de razonabilidad (aspectos que serán ampliamente tratados a lo largo de este estudio), pero sí queremos destacar las diferencias que este enfoque produce entre los derechos sindicales y el resto de derechos fundamentales cuando se ejercitan en el ámbito de las relaciones laborales.

Efectivamente, y aunque esta línea doctrinal (la exigencia de una justificación material a través del criterio de razonabilidad) se podría considerar característica de la doctrina constitucional sobre la eficacia horizontal de la generalidad de los derechos fundamentales en la relación laboral durante un periodo prolongado de tiempo, concretamente, hasta mediados de la década de los noventa, lo cierto es que, dependiendo del derecho afectado, la evolución jurisprudencial en los últimos años ha seguido cauces distintos, pudiéndose establecer una clara distinción entre los derechos específicamente laborales y los derechos laborales inespecíficos¹³².

¹³⁰ SSTC 127/1989, de 13 de julio (F. J. 3º); 173/1992, de 29 de octubre (F. J. 3º) y 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2º), que reconocen una absoluta libertad de configuración legislativa fuera del contenido esencial de los derechos de libertad sindical.

¹³¹ Por todas, STC 173/1992, de 29 de octubre (F. J. 2º).

¹³² Acogemos la clasificación establecida por Palomeque López, M.C., *Los derechos laborales...*, op. cit., pág. 31.

En líneas generales, se podría afirmar que, tratándose de derechos específicamente laborales, las injerencias de los distintos sujetos se han analizado aplicando los criterios integrantes del juicio de igualdad, es decir, objetividad, adecuación y principio de proporcionalidad en sentido estricto (razonabilidad), más que desde el punto de vista del principio de proporcionalidad en sentido amplio. No obstante, se detectan algunas diferencias dependiendo de los derechos lesionados. En el caso del derecho de libertad sindical el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se inserta en el más genérico juicio de igualdad, mientras que si el afectado es el derecho de huelga, el mismo principio se acoge en un juicio de ponderación propiamente dicho¹³³, sobre todo cuando la medida restrictiva proviene de la Administración¹³⁴.

En cambio, en los derechos laborales inespecíficos, cuando la injerencia proviene del empresario, la cuestión se ha enfocado tradicionalmente desde la denominada “*contractualización de los derechos fundamentales*”¹³⁵, lo que significa,

¹³³ La STC 90/1997, de 6 de mayo (F. J. 5º y 6º), plantea recurso de amparo por vulneración del derecho a la no discriminación por ejercicio legítimo del derecho de huelga. Se trata de una trabajadora, cajera de un hipermercado, con contrato a tiempo parcial, que, de conformidad con la regulación del Convenio Colectivo aplicable, solicita, el 2 de abril de 1992, la transformación de su contrato a tiempo completo. El día 30 de mayo la trabajadora tiene conocimiento de la negativa de la empresa, escrito fechado el 28 de mayo (fecha que coincide con la participación de la recurrente en una huelga convocada por los sindicatos), donde se argumenta que la aplicación de la regulación convencional requiere aumentos de plantilla, circunstancia que no se ha producido. Con carácter posterior, la dirección convierte a tiempo completo los contratos de varias trabajadoras y contrata cuatro nuevas trabajadoras, sin especificar las razones que han llevado a la exclusión de la recurrente. La cuestión se plantea en términos de ponderación entre el derecho de huelga y el poder de dirección empresarial, derivado del art. 38 CE (F. J. 3º), pese a que, la resolución del supuesto, al constituir un supuesto de represalias por el ejercicio de un derecho, se arbitra a través de la doctrina del despido nulo, que obliga al empresario a acreditar la necesidad empresarial que justifica su decisión (objetividad, razonabilidad y proporcionalidad). En el mismo sentido, STC 66/2002, de 21 de marzo (F. J. 3º).

¹³⁴ Hasta tal punto es así que el principio sólo se exige expresa y completamente en la STC 37/1998, de 17 de diciembre (F. J. 5º-8º), supuesto en que se produce una vulneración de los derechos de huelga y libertad sindical, al proceder a la grabación de las actividades realizadas por un piquete informativo por parte de la policía autonómica vasca, incidiendo con ello, indirectamente, en la efectividad de la huelga general convocada. Un comentario a dicha sentencia, Rivero Lamas, J., “Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales”, *REDT*, núm. 98, 1999, págs. 925 y ss. La importancia del pronunciamiento radica en que aplica estricta y expresamente cada uno de los criterios que integran el principio de proporcionalidad.

¹³⁵ Valdés dal Re, F., “Contrato de trabajo, derechos fundamentales...”, op. cit., pág. 2; Martínez Randulfe, F., “Derecho a la intimidad y relaciones laborales: Aproximaciones”, en VV. AA., *Derechos Fundamentales y Contrato...*, op. cit., págs. 53 y ss.; González Ortega, S., “La aplicación judicial difusa...”, op. cit., pág. 218. Los primeros supuestos que analiza la doctrina constitucional se resuelven acudiendo al principio de neutralidad (no obligatoriedad) que en materia de derechos fundamentales ha de regir las decisiones empresariales [STC 19/1985, de 13 de febrero (F. J. 2º y 3º), respecto de la libertad religiosa; STC 170/1987, de 30 de octubre (F. J. 4º), relativa al derecho a la propia imagen y STC 129/1989, de 17 de julio (F. J. 3º), que establece la eficacia del derecho a la educación del trabajador en la relación laboral].

como ya advertíamos con anterioridad, que los derechos fundamentales quedan modulados por la relación laboral, de tal forma que su contenido se delimita por parámetros característicos de la relación contractual, destacando, a estos efectos, la utilización de la buena fe contractual¹³⁶.

El punto de inflexión en esta doctrina se produce cuando se percibe que en los casos de limitación de los derechos fundamentales del trabajador por ejercicio del poder de dirección empresarial es necesario diferenciar dos situaciones distintas: los supuestos en que las restricciones derivan del objeto del contrato de trabajo (supuestos en que el trabajador no puede alegar vulneración del derecho fundamental para quedar eximido de sus obligaciones laborales y el empresario no puede establecer restricciones del derecho que lesionen la dignidad del trabajador) y aquellos casos en que las restricciones no se fundan en el objeto del contrato, en los que el empresario está obligado a demostrar que la limitación del derecho fundamental es una medida idónea y necesaria para la consecución del legítimo interés empresarial¹³⁷.

El desarrollo de esta doctrina en pronunciamientos posteriores (en el sentido de consagrar el principio de proporcionalidad como instrumento para controlar las injerencias en los derechos fundamentales)¹³⁸ implicará, al menos en el ámbito de los derechos fundamentales inespecíficos, aceptar la concepción de que los derechos fundamentales rigen en el ámbito de las relaciones laborales en términos relativos, es decir, que han de concordar su vigencia con la existencia de otros derechos o bienes constitucionales, lo que significa que podrán ceder en aquellos

¹³⁶ La exigencia de la buena fe contractual desempeña un papel fundamental en la delimitación, que no limitación, del derecho a la libertad de expresión de los trabajadores. En este sentido, las SSTC 20/2002, de 28 de enero (F. J. 3º y 4º) y 57/1999, de 12 de abril (F. J. 3º), reiteran la doctrina anterior, al sostener que la libertad de expresión queda limitada por el deber de buena fe y por la relación de lealtad y especial confianza que existe entre las partes de la relación laboral, mezclando los instrumentos de limitación con los propios de la delimitación [SSTC 120/1983, de 15 de diciembre (F. J. 2º); 6/1988, de 21 de enero (F. J. 8º); 106/1996, de 12 de junio (F. J. 5º)]. Sobre la buena fe como instrumento delimitador de los derechos fundamentales, Valdés dal Re, F., “Buena fe y ejercicio de poderes empresariales”, *RL*, núm. 17, 2003, págs. 1 y ss.; Moreno García, A., “Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *REDC*, núm. 38, 1993, págs. 263 y ss. Una noción distinta en Casas Baamonde, M. E., “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe”, *RL*, núm. 12, 2004, págs. 1 y ss. Resulta obligado destacar que recientes pronunciamientos constitucionales parecen propugnar un nuevo enfoque de la relación existente entre la cláusula de buena fe y las disposiciones constitucionales, considerando que es la primera la que ha de adaptarse a los segundos [STC 213/2002, de 11 de noviembre (F. J. 5º y 11º) y especialmente, STC 192/2003, de 27 de octubre (F. J. 4º)].

¹³⁷ STC 99/1994, de 11 de abril (F. J. 7º).

¹³⁸ Dicha consagración se produce con la STC 66/1995, de 8 de mayo (F. J. 5º). En este sentido, Medina Guerrero, M., *La vinculación negativa...*, pág. 122; González Beilfus, M., *El principio de Proporcionalidad...*, pág. 54.

supuestos en que se enfrenten o colisionen con “*intereses constitucionalmente relevantes*”, siempre que la medida restrictiva observe los parámetros que la dotan de legitimidad constitucional: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Mientras tanto, la concepción absoluta que pervive en la tutela de los derechos sindicales ha permitido considerar que sólo el contenido adicional de los derechos sindicales puede ser objeto de regulación legislativa, propiciando un control constitucional de las injerencias legislativas desde el juicio de razonabilidad. Dejando al margen el análisis y determinación de las relaciones que se pueden establecer entre el juicio de igualdad y el contenido de los derechos sindicales con objeto de comprobar hasta qué punto la aplicación del juicio de razonabilidad protege el contenido constitucional de estos derechos, lo cierto es que los obstáculos en la aplicación de las mencionadas garantías materiales se producen por un entendimiento erróneo del contenido constitucional de la libertad sindical, que en la doctrina constitucional se plasma, sobre todo, en la concepción del contenido adicional.

3.3.2. *Contenido adicional y protección constitucional de la promoción sindical*

Como ya advertíamos en el apartado anterior, la jurisprudencia constitucional ha considerado los derechos de negociación colectiva, huelga y conflicto, además de otras facultades que veremos enseguida, contenidos integrados en el derecho de libertad sindical y, más concretamente, facultades propias del contenido esencial del derecho¹³⁹.

El problema fundamental con que va a encontrarse el Tribunal a la hora de reconocer el cúmulo de facultades que integran la acción colectiva como manifestaciones de la libertad sindical es precisamente la forma jurídica que adopta el sindicato en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, su carácter asociativo pri-

¹³⁹ SSTC 98/1985, de 29 de julio (F. J. 3º); 39/1986 de 31 de marzo (F. J. 3º b); 217/1991, 14 de noviembre (F. J. 3º); 105/1992, de 1 de julio (F. J. 5º); 90/1997, de 6 de mayo (F. J. 3º); 145/1999, de 22 de julio (F. J. 3º). También formarían parte del contenido esencial el derecho de reunión de los afiliados a un sindicato [SSTC 91/1983, de 7 de noviembre (F. J. 2º); 168/1996, de 29 de octubre (F. J. 5º)]; la transmisión de noticias de interés sindical y el flujo de información entre los trabajadores [SSTC 94/1995, de 19 de julio (F. J. 3º); 168/1996, de 29 de octubre (F. J. 6º); 201/1999, de 8 de noviembre (F. J. 4º)]; y, en ocasiones las garantías de los representantes de los trabajadores: así ha ocurrido con la prioridad de permanencia en la empresa [SSTC 83/1982, de 22 de diciembre (F. J. 3º), aunque más claramente 191/1996, de 26 de noviembre (F. J. 5º)]. Curiosamente la doctrina constitucional se aparta de esta posición cuando los sujetos afectados por la restricción son funcionarios públicos [SSTC 57/1982, de 27 de julio (F. J. 9º); 51/1984, de 25 de abril (F. J. 3º); STC 102/1988, de 8 de junio (F. J. 4º); 80/2000, de 27 de marzo (F. J. 6º); 85/2001, de 25 de marzo (F. J. 5º)]. En sentido contrario, Baylos Grau, A., “El derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos”, *La Ley*, 21. XII-1982, págs. 2 y ss., y Aparicio Tovar, J., “La contratación colectiva...”, op. cit., pág. 307.

vado¹⁴⁰. Esta forma jurídica determina que, tanto las relaciones entre el ente asociativo y sus asociados como las que se mantienen entre el ente asociativo y terceros, se articulen necesariamente a través de la representación, aunque, como por todos es sabido, ésta extiende sus efectos al ámbito restringido de los socios, tanto en el ámbito externo como interno, y requiere para obligar a terceros ajenos su consentimiento expreso¹⁴¹.

Ante esta circunstancia el Tribunal Constitucional hubo de idear una fórmula que le permitiese considerar a los sindicatos no sólo representantes de los trabajadores afiliados, sino de la totalidad de la clase trabajadora. Para ello toma como referencia la mención constitucional expresa que de los sindicatos realiza en el art. 7 CE, entendiendo que es el propio texto constitucional el que encomienda a los sindicatos la representación genérica de los trabajadores¹⁴². Y ante la insuficiencia que presenta la institución de la representación en el derecho privado, articula un modelo distinto: la representación institucional¹⁴³. Esta forma de representación, más compleja que la representación privada y de conformidad con doctrina constitucional, confiere a los sindicatos la legitimación para ejercitar colectivamente aquellos derechos que el texto constitucional atribuye a los trabajadores, desde el momento en que es la Constitución y no la voluntad de los trabajadores la que determina que los sindicatos sean los legítimos representantes de sus intereses¹⁴⁴.

Una vez reconocida a los sindicatos la capacidad genérica para representar a la clase trabajadora independientemente de los índices de afiliación, no presenta problemas el hecho de otorgarles todas aquellas facultades que pueden englobar la acción colectiva. De esta forma, se considera que la función principal que se asigna desde el plano constitucional a los sindicatos, la defensa de los intereses

¹⁴⁰ Especial gravedad presentará el asunto para la vigencia y explicación de la negociación colectiva de eficacia general. En este sentido, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Notas sobre la regulación actual...”, op. cit., pág. 447.

¹⁴¹ Borrajo Dacruz, E., “La obligatoriedad general de los convenios colectivos de trabajo en el nuevo derecho español”, *RPS*, núm. 126, 1980, pág. 15.

¹⁴² SSTC 70/1982, de 29 de noviembre (F. J. 5º); 37/1983, de 11 de mayo (F. J. 2º); 39/1986, de 31 de marzo (F. J. 3º). Palomeque López, M. C., “El sindicato como sujeto político”, en VV. AA., *Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria...*, op. cit., pág. 564.

¹⁴³ En este sentido, además de la representación voluntaria y legal, “*existe la representación institucional explícita, cuando la representación institucional se produce de modo voluntario, de manera que la adhesión a una institución comporta una aceptación de su sistema jurídico y, por tanto, de su sistema representativo, y una representación implícita cuando el ordenamiento jurídico confiere a un ente la defensa y gestión de los derechos e intereses de categorías o grupos de personas*” [STC 70/1982, de 29 de noviembre (F. J. 2º)].

¹⁴⁴ STC 70/1982, de 29 de noviembre (F. J. 3º).

económicos y sociales de los trabajadores, determina que, en aras de su efectividad, se les deba reconocer todos los medios necesarios para cumplir sus objetivos, por lo que dichos medios van a conformar el contenido esencial de la libertad sindical¹⁴⁵.

La integración, planteada en estos términos, no deja de resultar sorprendente, sobre todo si se tiene en cuenta que en los pronunciamientos emitidos no se ha producido una matización dirigida a excluir definitivamente aquellas facultades que, como desarrollo de los derechos sindicales, tienen naturaleza puramente legal. Como veremos en seguida, ha sido precisamente éste el papel que ha desempeñado la jurisprudencia constitucional, pues no sólo ha consentido que el legislador fomentara determinados mecanismos de representación de los trabajadores, sino que algunos de sus aspectos, que no pasaban de ser una mera posibilidad legal, se han integrado en el contenido esencial de la libertad sindical, lo que ha permitido, en base a esa protección, evitar el desarrollo de otras opciones distintas, quizá más legítimas y más coherentes con el ordenamiento constitucional.

Así las cosas, no es de extrañar que existan pronunciamientos donde se especifica que determinadas regulaciones legales de cada uno de los derechos mencionados en particular, o de todos en general, integran el contenido de la libertad sindical, incluso otros que consideran incluidos dentro del contenido esencial de la libertad sindical todos aquellos medios lícitos disponibles en el ordenamiento jurídico¹⁴⁶. En este sentido, hay que destacar que en los primeros años de interpretación constitucional, el Tribunal sostenía la posibilidad, más allá del contenido esencial como núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical, de que el legislador otorgase a los sindicatos facultades adicionales que pasarían directamente a engrosar dicho contenido¹⁴⁷. Sólo a partir de 1986 empezará a introducir matizaciones parciales, al dejar al margen el derecho de negociación colectiva, por la vía de una reelaboración de la doctrina del contenido adicional en el derecho de libertad sindical.

Efectivamente, ante la incoherencia que supone considerar incluido el contenido legal en el núcleo esencial de un derecho fundamental, la doctrina posterior intentará rectificar e integrar el contenido adicional dentro del más amplio contenido constitucional de la libertad sindical, de forma que facultades como la repre-

¹⁴⁵ STC 70/1982, de 29 de noviembre (F. J. 3º); 173/1992, de 29 de octubre (F. J. 3º).

¹⁴⁶ SSTC 37/1983 de 11 de mayo (F. J. 3º); 39/1986, de 31 de marzo (F. J. 3º); 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2º); 94/1995, de 19 de julio (F. J. 2º); 168/1996, de 29 de diciembre (F. J. 3º).

¹⁴⁷ Prueba de ello son la mayoría de los pronunciamientos recaídos sobre negociación colectiva, aunque se manifestó en el mismo sentido respecto de la participación institucional [STC 39/1986, de 31 de marzo (F. J. 3º)], y determinadas facilidades y garantías que el ordenamiento jurídico atribuye a los representantes de los trabajadores [STC 40/1985, de 13 de marzo (F. J. 2º)].

sentación institucional o las diversas manifestaciones de la acción sindical en la empresa, especialmente la promoción y participación en elecciones sindicales, aún naciendo de la ley quedarán amparadas por el precepto constitucional¹⁴⁸.

Desde esta perspectiva, el contenido adicional estaría conformado por todas aquellas facultades reconocidas a las organizaciones sindicales y a sus miembros en las leyes o disposiciones inferiores, y aunque no exista alusión directa o indirecta a ellas en la norma constitucional, esto no impide que pasen a engrosar el contenido constitucional del derecho de libertad sindical¹⁴⁹. Ahora bien, al formar parte del contenido constitucional estarían protegidas por el recurso de amparo, de tal forma que cualquier vulneración de este contenido adicional constituye lesión del derecho de libertad sindical¹⁵⁰.

Por tanto, habría que concluir que la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical se produciría tanto si se vulnera su contenido esencial como el más amplio contenido adicional que vendría conformado por la regulación legal del derecho, provocando una alteración de los niveles de protección que afectan a los distintos derechos fundamentales, de forma que serían tutelables en amparo facultades reconocidas por el legislador, por ejemplo, en la LOLS y que no derivan del

¹⁴⁸ Quedarían englobadas en el contenido adicional la participación institucional [SSTC 184/1987, de 18 de noviembre (F. J. 4º)]; la promoción y participación en elecciones sindicales tanto en el ámbito individual como colectivo [SSTC 104/1987, de 17 de junio (F. J. 1º); 9/1988, de 25 de enero (F. J. 2º); 51/1988, de 22 de marzo (F. J. 5º c); 164/1993, de 18 de mayo (F. J. 3º); 272/1993, de 20 de septiembre (F. J. 2º); 1/1994, de 17 de enero (F. J. 4º); 95/1996, de 29 de mayo (F. J. 3º); 18/2001, de 29 de enero (F. J. 2º)] y las diversas modalidades de actividad sindical desarrollada en la empresa [SSTC 61/1989, de 3 de abril (F. J. 3º); 84/1989, de 10 de mayo (F. J. 4º); 114/1989, de 22 de junio (F. J. 7º)]; la cesión en uso de bienes inmuebles públicos [STC 75/1992, de 19 de mayo (F. J. 2º a)], así como las facilidades y garantías de los delegados sindicales como el crédito horario [STC 95/1996, de 29 de mayo (F. J. 4º), rectificando la doctrina establecida en la STC 40/1985, de 13 de marzo (F. J. 2º)]; la designación de delegados sindicales dentro del marco de la LOLS (Art. 10.3) [SSTC 263/1994, de 3 de octubre (F. J. 4º); 145/1999, de 22 de julio (F. J. 3º)].

¹⁴⁹ Por todas, SSTC 101/1991, de 13 de mayo (F. J. 2º); 164/1993, de 18 de mayo (F. J. 2º). Para la jurisprudencia constitucional no parece existir contradicción en el hecho de que sean facultades de libre disposición por parte del legislador, que podría otorgarlas de forma diferenciada a distintos sindicatos, y al mismo tiempo integren el contenido de un derecho fundamental, pues, como no son parte del contenido esencial del derecho, pueden ser objeto de limitaciones o restricciones justificadas [SSTC 39/1986, de 31 de marzo (F. J. 3º); 30/1992, de 18 de marzo (F. J. 3º), 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2º a); 173/1992, de 29 de octubre (F. J. 3º); 201/1999, de 8 de noviembre (F. J. 4º)].

¹⁵⁰ SSTC 40/1985, de 13 de marzo (F. J. 2º); 9/1988, de 25 de enero (F. J. 2º); 61/1989, de 3 de abril (F. J. 2º). No obstante, y pesar de estas declaraciones, la jurisprudencia posterior ha introducido matizaciones, más o menos acertadas, para acotar el ámbito del recurso cuando están en juego meras cuestiones de legalidad [SSTC 30/1992, de 18 de marzo (F. J. 3º), 164/1993, de 18 de mayo (F. J. 3º); 67/1995, de 9 de mayo (F. J. 5º); 7/1996, de 7 de febrero (F. J. 5º); 145/1999, de 22 de julio (F. J. 3º); 70/2000, de 13 de marzo (F. J. 4º); 76/2001, de 26 de marzo (F. J. 4º); 18/2003, de 30 de enero (F. J. 3º)].

texto constitucional, mientras que el contenido esencial de otros derechos, constitucionalizados fuera de la Sección I, no podría ser invocado ante dicho órgano¹⁵¹.

La amplitud en la interpretación del contenido de la libertad sindical ha recibido numerosas críticas por parte de la doctrina, que ha denunciado el equívoco que supone considerar como finalidad de la garantía preservar el contenido, adicional o esencial del derecho, frente a operadores distintos del legislador¹⁵². Con ello se quiere poner de manifiesto que el enfoque dado por la jurisprudencia a los distintos niveles de contenido del derecho a la libertad sindical no se proyecta únicamente sobre la tutela del amparo constitucional, sino sobre el papel que puede desempeñar el legislador en el desarrollo de los derechos fundamentales¹⁵³. Así, mientras que para el legislador el desarrollo de facultades adicionales no encuentra límite al no formar parte del contenido esencial del derecho, para el resto de sujetos el contenido adicional de la libertad sindical es contenido constitucional y, por tanto, invulnerable, lo que no supone más que proteger de reclamaciones indeseables la actividad desarrollada libremente por el legislativo.

Por ello, consideramos que el efecto más perverso de dicha interpretación va más allá de la simple alteración en el sistema de protección de determinados derechos fundamentales para provocar una confusión respecto de los sujetos frente a los que el ordenamiento constitucional reclama la protección. La integración del contenido adicional transforma la garantía del contenido constitucional, que pasa de ser un límite de la actividad legislativa a excluirla de su ámbito de aplicación y a través de su interiorización, convertirse en el mejor baluarte para su protección.

En consecuencia, la exclusión de estas facultades del contenido esencial no ha solucionado los problemas que afectan al derecho de libertad sindical, y aunque supone un avance en cuanto se reconoce su creación *ex lege* y, como consecuencia, la posibilidad de modificación y supresión por el poder legislativo, la rectificación no pasa de remediar contradicciones formales puestas en evidencia por el mantenimiento de un concepción absoluta del contenido esencial¹⁵⁴. El verdadero

¹⁵¹ Fernández López, M. F., “El contenido esencial de la libertad sindical...”, op. cit., pág. 600; Vida Soria, J., y Gallego Morales, A., “Art. 28.1. La libertad sindical”, en *Comentarios a la Constitución Española*, T. III, Madrid, EDESA, 1996, pág. 300–301; García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J. R., “El contenido adicional del derecho de libertad sindical: ¿Un territorio para la divergencia entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo?”, *JL*, núm. 29, 2007, pág. 6.

¹⁵² Medina Guerrero, M., *La vinculación negativa...*, op. cit., pág. 160; Carmona Contreras, A. M., *La conflictiva relación...*, op. cit., pág. 76; García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J. R., “El contenido adicional...”, op. cit., págs. 6 y ss.

¹⁵³ Manifestación clara de dicha pretensión en las SSTC 61/1989, de 3 de abril (F. J. 2º); 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2º a), y 173/1992, de 29 de octubre (F. J. 3º).

¹⁵⁴ No es extraño, por tanto, en una materia tan escurridiza, que algunos autores pretendan encontrar la solución en deslindar escrupulosamente contenido esencial y adicional, englobando la promoción sindical en el segundo nivel (Carmona Contreras, A. M., *La conflictiva relación...*, op. cit., págs. 95 y ss; Ojeda Avilés, A., “Un contenido esencial...”, op. cit., pág. 602).

problema no está en las posibles diferenciaciones realizadas por el legislador, sino en la integración en el ámbito constitucional de distintas facultades de naturaleza legal que, por su reconocimiento diferenciado, afectan los derechos sindicales de las organizaciones excluidas¹⁵⁵.

Además de todo lo anterior hay que considerar que la doctrina primigenia del contenido adicional, es decir, aquella que consideraba que dichos contenidos se integraban en el contenido esencial del derecho, ha tenido un desarrollo paralelo e independiente a la que sustenta la matización. Así, de conformidad con sus postulados, y aun reconociendo que el contenido esencial del derecho ha de ser reconocido a todos los sindicatos, en el contenido adicional el legislador puede establecer diferenciaciones siempre que sean objetivas y razonables. Sin embargo, una vez reconocidas legislativamente tales facultades, aun atribuyéndose sólo a algunos sindicatos, se integran en el contenido esencial del derecho del sindicato favorecido, sin que quepa ya la posibilidad de libre disposición por parte del legislador¹⁵⁶.

Así ocurre, por ejemplo, con la negociación colectiva de eficacia general y, como consecuencia, con la institución de la representatividad sindical¹⁵⁷. Para el Tribunal Constitucional, que desde fechas muy tempranas se tuvo que enfrentar al problema que suponía el sistema legal de negociación colectiva para la integración del derecho en el contenido esencial de la libertad sindical, la solución, contrariamente a lo que cabía suponer, no vino instrumentada a través de la exclusión de las medidas dirigidas a promocionar al sindicato, sino todo lo contrario¹⁵⁸. De esta forma, una opción

¹⁵⁵ Durán López, F., y Sáez Lara, C., “Libertad sindical y acción sindical...”, op. cit., pág. 173.

¹⁵⁶ De esta forma la libertad sindical tendría contenidos esenciales distintos dependiendo del sujeto titular. Por un lado, estaría la simple libertad sindical que pertenecería a todo sindicato y estaría constituida por las facultades organizativas y los principales medios de acción colectiva (huelga, negociación, conflicto), y por otro, la libertad sindical “*más plena*” que correspondería a los sindicatos representativos y que, junto a los destacados, se habrían de adicionar todas aquellas facultades otorgadas por el legislador en virtud de la representatividad [STC 39/1986, de 31 de marzo (F. J. 3º)].

¹⁵⁷ Alonso Olea, M., “El modelo constitucional de relaciones de trabajo y las decisiones del Tribunal Constitucional”, en VV. AA., *Jurisprudencia Constitucional y Relaciones Laborales*, Madrid, CEC, 1983, pág. 12; SSTC 187/1987, de 24 noviembre (F. J. 4º); 151/1991, de 23 de marzo (F. J. 2º).

¹⁵⁸ Así, por ejemplo, la legitimación para negociar convenios colectivos de eficacia general (art. 87.2 y 88.1 del ET), caracterizada por la exclusividad sindical en el ámbito supraempresarial y la no exclusividad en el ámbito empresarial, no podía ser contraria a la Constitución, al encontrar su fundamento en el art. 7 CE y, como consecuencia, pasar a integrar el contenido esencial de la libertad sindical [SSTC 4/1983, de 28 de enero (F. J. 3º y 4º); 73/1984, de 27 de junio (F. J. 4º); 184/1991, de 30 septiembre (F. J. 2º); 213/1991, de 11 de noviembre (F. J. 1º)] Sin embargo, si al inicio de esta doctrina dicha facultad planteaba la posibilidad de ser contraria a la Constitución y a la libertad sindical individual por canalizar la opción sindical, pronto los pronunciamientos darán un giro al planteamiento del asunto y, además de considerar que no vulnera la libertad sindical (y, con ello, la Constitución), encontrarán el

legislativa entre otras posibles asciende al plano constitucional y, amparándose en el contenido esencial de la libertad sindical, se convierte en el modelo preferente, si no el único, para negociar las condiciones de trabajo en el mundo de las relaciones laborales¹⁵⁹, lo que no parece muy conforme con un texto constitucional que reconoce la titularidad del derecho, en toda su extensión, empresarial y supraempresarial, a los representantes de los trabajadores, sindicales o no sindicales¹⁶⁰.

Todo lo dicho hasta ahora nos advierte de la necesidad de una reelaboración de la doctrina del contenido de la libertad sindical que la convierta en más razonable o, al menos, salve las contradicciones más evidentes en las que incurre la actual. Y para ello quizá habría que tener en cuenta que lo realmente importante, a efectos de controlar las injerencias legislativas en los derechos sindicales, no es el contenido esencial como núcleo mínimo e irreductible, que puede estar vedado o no, en función de las circunstancias, al legislador, sino el contenido constitucional de los derechos sindicales, que bien puede venir designado por la propia Constitución o por la interpretación que de la misma, y de su conexión con otros instrumentos internacionales, realice la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁶¹. Es en la contraposición entre contenido esencial y adicional donde nace la idea de que ambos se encuentra constitucionalmente protegidos; por ello, estimamos más acertado considerar que el contenido adicional de un derecho debe ser la parte constitucionalizada del derecho que no constituye contenido esencial y que las facultades nacidas de la ley deben considerarse contenido legal a todos los efectos.

Desde esta perspectiva lo que debe quedar protegido frente a las intromisiones de los poderes públicos es el contenido constitucionalmente asegurado y no sólo el contenido esencial, porque los mandatos constitucionales son indivisibles, no se estructuran en distintas partes que se puedan observar con más o menos rigor, sino que deben respetarse en toda su extensión. Así, el desarrollo legal de los derechos sindicales, más que integrarse en el contenido constitucional del derecho, debe con-

apoyo suficiente en los arts. 7 y 37. 1 CE, para sostener que el derecho a la negociación colectiva en el ámbito supraempresarial excluye la legitimación de sujetos distintos que no sean los que se designan en la norma legal [SSTC 12/1983, de 24 de febrero (F. J. 2º y 3)].

¹⁵⁹ Dicha posibilidad ya era advertida por Lyon Caen, G., "Constitucionalización del Derecho del Trabajo", VV. AA., *Los trabajadores y la Constitución*, op. cit., pág. 34, respecto de la introducción en el art. 37 CE de la expresión "eficacia vinculante" y sus posibles consecuencias respecto de las cláusulas de paz laboral.

¹⁶⁰ Muy acertadamente, algunos autores han destacado, aludiendo a un antiguo Proyecto de Ley sobre negociación colectiva, que sería más acorde con la flexibilidad y amplitud de la norma constitucional reconocer la capacidad convencional a los sindicatos y a otras representaciones colectivas de naturaleza no estrictamente asociativa: Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., "Notas sobre la regulación actual...", op. cit., pág. 451.

¹⁶¹ SSTC 77/1982, de 27 de diciembre (F. J. 2º).

formarse a él, de tal forma que no distorsione ni obstaculice el contenido que viene reconocido en la norma constitucional. Éste es el análisis que hay que hacer de la normativa legal, comprobar si sus mandatos se adecúan a la regulación constitucional del derecho de libertad sindical; y ello a pesar de la libertad de configuración del legislador, que, aunque permite optar entre distintas posibilidades, no debe llevar a excluir opciones legítimas desde el plano constitucional cuando están en juego los derechos fundamentales.

En definitiva, consideramos necesario una reelaboración doctrinal que tenga en cuenta la regulación constitucional de los derechos sindicales, de forma que haga resurgir la pluralidad de sujetos colectivos que, amparados por la Constitución, decidan los trabajadores, verdaderos titulares de los derechos laborales¹⁶². El Tribunal Constitucional debe depurar los derechos constitucionales laborales y extraer de su contenido constitucional todas aquellas facultades legales incluidas artificiosamente a lo largo de los años¹⁶³. En este sentido es primordial la exclusión de la legislación promocional realizada por el Estado, así como establecer una diferenciación expresa, en cada uno de los mecanismos de acción colectiva, de los instrumentos comunes y promocionales, cuya omisión ha provocado importantes limitaciones y restricciones al fenómeno sindical, orientadas a seleccionar a los sindicatos más adecuados, y constreñido en exceso la libertad que pretendían desarrollar¹⁶⁴.

Ello implicaría volver, desde el punto de vista constitucional, a los esquemas de apoderamiento y representación del derecho privado, cuya insuficiencia, pregonada por el Tribunal Constitucional, no ha sido aceptada por la mayoría de la doctrina¹⁶⁵, y con ello sentar las bases necesarias para un sindicalismo libre y plural que haya de medir sus fuerzas con otros órganos o estructuras representativas de los trabajadores, lo que sin duda terminará incidiendo en sus índices de filiación y, como no, en su estructura y funcionamiento democrático desde las bases.

¹⁶² Algunos autores se han decantado por una visión restrictiva del derecho de libertad sindical, considerando que sólo debería englobar en su contenido esencial las facetas organizativas tanto individuales como colectivas, sobre todo dado que los mecanismos de acción sindical vienen constitucionalizados por separado y, por tanto, no carentes de protección: Ojeda Avilés, A., "Un contenido esencial...", op. cit., pág. 602. La misma posición puede verse en *Derecho Sindical*, op. cit., pág. 152; Durán López, F., y Sáez Lara, C., "Libertad sindical y acción sindical...", op. cit., pág. 166. A esa faceta organizativa habría que unir la capacidad de obrar general reconocida a cualquier persona jurídica, lo que implicaría el reconocimiento de la negociación colectiva de eficacia limitada, la convocatoria de huelgas y la capacidad de representar a los afiliados frente a las instituciones, quedando el resto de facultades englobadas en el contenido adicional de la libertad sindical: Ojeda Avilés, A., "Delimitación, contenido y restricciones...", op. cit., pág. 24 (n. 24).

¹⁶³ Suárez González, F., "El contenido adicional...", op. cit., págs. 585.

¹⁶⁴ Borrajo Dacruz, E., "La obligatoriedad general de los convenios colectivos...", op. cit., pág. 35; Ojeda Avilés, A., "Un contenido esencial...", op. cit., pág. 595.

¹⁶⁵ Ojeda Avilés, A., "Un contenido esencial...", op. cit., pág. 594. Aparicio Tovar, J., "La contratación colectiva...", op. cit., págs. 308 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE IGUALDAD

La igualdad se caracteriza principalmente por su complejidad y polivalencia, sobre todo si atendemos a su plasmación constitucional. La doctrina científica se ha referido con distintos términos a esta caracterización constitucional, pero, sin duda, el término más acertado para describirla ha sido el de *pluralidad de manifestaciones normativas*¹. Ciertamente, en la regulación constitucional, al igual que ocurre en las Declaraciones Internacionales sobre derechos fundamentales², podemos encontrar distintos preceptos que se refieren a ella; sin embargo, estas distintas manifestaciones se pueden reconducir a alguna de las tres facetas que el concepto presenta en la norma fundamental. La primera aparece en el art. 1.1 CE, donde se configura, junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político, como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. La segunda de ellas, contenida en el art. 9.2 CE, constituye un mandato a los poderes públicos para hacer efectiva la igualdad; es lo que se denomina por la doctrina la igualdad material o sustancial. En su tercera faceta, art. 14 CE, la igualdad se configura como derecho fundamental. Partiendo de estas manifestaciones podemos concluir que la igualdad se presenta como un valor superior, que es perfectamente ubicable, uno o varios principios fundamentales del Derecho Constitucional, que debido a ello no lo son,

¹ Pabón de Acuña, J. M., “Problemática del principio constitucional de igualdad”, *El Principio de Igualdad en la Constitución Española*, V. I., Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 25. En el ámbito laboral, Mercader Uguina, J. R., “El marco teórico del principio de igualdad”, en VV. AA., *Los principios del Derecho del Trabajo*, Madrid, CEF, 2003, pág. 222.

² Atendiendo sólo a la Declaración Universal de Derechos de Hombre, de 10 de diciembre de 1948, encontramos dieciséis alusiones a la igualdad y prohibición de discriminación.

y un derecho fundamental a la igualdad, que, dependiendo de la tesis sobre su estructura, estaría conformado o no por los últimos preceptos mencionados, es decir, arts. 9.2 y 14 CE³.

No obstante, esta configuración de la igualdad ha generado numerosos problemas. Entre las controversias que se han suscitado destaca aquella que se centra en determinar si se ha de catalogar sólo como principio fundamental del ordenamiento constitucional o si, además de ello, se puede considerar un derecho fundamental. En este sentido y aunque en el ámbito jurisprudencial la cuestión parece haberse solucionado afirmativamente, no se puede decir que el Tribunal Constitucional haya mantenido una doctrina continua en la materia⁴. Tampoco la doctrina científica parece haber alcanzado una solución definitiva. Así, un somero recorrido nos obliga a considerar a aquellos autores que no dudan en afirmar la mencionada naturaleza⁵, pasando por otros que, sin negarla, ponen en evidencia la dificultad de realizar tal configuración, resaltando su importancia en cuanto técnica de control sobre las distinciones que pueda establecer el legislador o los aplicadores del derecho⁶. Existen otras posiciones que, aun aceptando ese carácter, se pronuncian en favor de catalogarla, atendiendo, fundamentalmente, a su técnica aplicativa, dentro de otras categorías distintas⁷. Y por último, hay que destacar la existencia de au-

³ Puy Muñoz, F., "El derecho a la igualdad en la Constitución Española", *El principio de igualdad en la Constitución...*, op. cit. págs. 135 y ss.; Pérez Luño, A. E., *Derechos Humanos...*, op. cit., págs. 286 y ss.; Bilbao Ubillos, J. M., y Rey Martínez, F., "Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad", en *La Constitución y la Práctica del derecho*, T. I, SOPEC, 1998, págs. 245 y ss., divergen de los autores anteriores al considerar que la igualdad como derecho fundamental se plasmaría en el art. 14.II CE como derecho a la no discriminación, mientras que la igualdad como principio se correspondería con el 14. I y 9.2 CE; Martínez Rocamora, L. G., *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Barcelona, CEDECS, 1998, pág. 85.

⁴ Así encontramos pronunciamientos donde niega el carácter de derecho fundamental, STC 18/1981, de 8 de junio (F. J. 4º), y otros donde lo afirma, STC 114/1987, de 6 de julio (F. J. 3º).

⁵ Puy Muñoz, F., "El derecho a la igualdad...", op. cit., págs. 135 y 148 y ss.; Cano Mata, A., *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, EDERSA, 1983, pág. 8; Pérez Luño, A. E., "Sobre la igualdad en la Constitución Española", *AFD*, núm. 4, Madrid, 1987, págs. 150 y ss.; Galiana Moreno, J. M., y Cámara Botia, A., "Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: Las decisiones discriminatorias del empresario", en VV. AA., *El modelo social...*, op. cit., pág. 332. La doctrina constitucional adopta esta posición en las SSTC 49/1982, de 14 de julio (F. J. 2º); 166/1985, de 9 de diciembre (F. J. 5º); 125/1986, de 22 de octubre (F. J. 1º); 114/1987, de 6 de julio (F. J. 3º); 19/1989, de 31 de enero (F. J. 4º).

⁶ Fernández López, M. F., "La discriminación en la jurisprudencia constitucional", *RL*, núms. 3 y 4, 1992, pág. 153; González Ortega, S., "La tutela antidiscriminatoria nel diritto e nella pratica giudiziaria spagnola", *GDLRI*, núm. 3-4, 2003, págs. 479-480. En el mismo sentido, resaltando esa función como propia de los principios constitucionales, Prieto Sanchís, L., *Sobre principios...*, op. cit., pág. 23.

⁷ Pabón de Acuña, J. M., "Problemática del principio constitucional...", op. cit., págs. 26, 31 y ss., en base a la diferenciación entre las categorías de derecho subjetivo, que contiene un mandato y un ámbito normativo propio, y cláusula general, donde el único elemento es el mandato, opta por incluir la igualdad en esta segunda categoría.

tores que, de forma tajante, rechazan su configuración como derecho fundamental incidiendo especialmente en dos circunstancias: la exclusión de la Sección I y el alto grado de abstracción que presenta, necesitando para su protección que entre en juego otro precepto constitucional⁸.

1. DIFICULTADES PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA IGUALDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La concreción de la igualdad como derecho subjetivo presenta cierta complejidad desde el momento en que no cuenta con los rasgos típicos de los demás derechos fundamentales. Esa atipicidad se manifiesta fundamentalmente, como se ha resaltado por algunos autores, en la capacidad para adicionarse al resto de derechos fundamentales⁹. De conformidad con este planteamiento, la igualdad se adhiere a cada derecho fundamental, y dependiendo del que se trate actuará de forma distinta, bien a través de un procedimiento de fusión, con lo que el contenido de ambos derechos termina identificándose¹⁰, bien de separación, quedando cada uno de los derechos con su contenido propio¹¹. Las diversas formas de interacción de la igualdad con el resto de derechos, nos lleva a considerar los distintos mecanismos que rigen su aplicación, pues, como acertadamente se ha destacado, en el primer caso la igualdad no actuaría como un derecho fundamental, sino más bien como principio o cláusula general y, en el segundo, al separar su contenido del correspondiente al precepto con el que converge, su actuación sí sería la propia de un derecho fundamental¹².

⁸ Entre ellos podemos citar a Basile, S., “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas” en *La Constitución Española de 1978. Estudio Sistemático*, dirigido por los profesores Pedriero, A., y García de Enterría, Madrid, Cívitas, 1988, págs. 283 y ss.; Lorca Navarrete, J., “Derechos fundamentales y jurisprudencia”, en *Introducción al Derecho II*, Madrid, Pirámide, 1987, págs. 171 y ss. En el ámbito jurisprudencial, STC 76/1983, de 5 de agosto (F. J. 2º).

⁹ Es lo que evidencia Pabón de Acuña, J. M., “Problemática del principio constitucional...”, op. cit., pág. 28, cuando define la igualdad como derecho de interceptación. Sobre la necesaria conexión entre el derecho de igualdad y el resto de los derechos fundamentales, Arozamena Sierra, J., “Principio de igualdad y derechos fundamentales”, en *El Principio de Igualdad en la Constitución...*, op. cit. págs. 427 y ss.

¹⁰ Ello ocurriría con el derecho de libertad sindical [SSTC 23/1983, de 25 de marzo (F. J. 2º); 99/1983, de 16 de noviembre (F. J. 2º); 217/1988, de 21 de noviembre (F. J. 2º)], y en ocasiones con el derecho a la tutela judicial efectiva [STC 30/1981, de 24 de julio (F. J. 2º)].

¹¹ Ejemplo de ello lo constituye, en la mayoría de las ocasiones, el derecho a la tutela judicial efectiva [SSTC 191/1987, de 1 de diciembre (F. J. 1º y 2º); 61/1982, de 13 de octubre (F. J. 2º y 3º)] y el derecho a la libertad religiosa [24/1982, de 13 de mayo (F. J. 2º); 19/1985, de 13 de febrero (F. J. 2º)].

¹² Pabón de Acuña, J. M., “Problemática del principio constitucional...”, op. cit., pág. 29.

Desde nuestro punto de vista, la mayoría de los autores que niegan el carácter fundamental de la igualdad se basan en que la técnica aplicativa utilizada por la igualdad es similar a la predicable de los principios jurídicos¹³. A esta confusión entre técnica aplicativa y naturaleza jurídica hay que añadir otra circunstancia que viene a complicar el entendimiento de la igualdad como derecho: el contenido que las distintas posiciones incluyen en el derecho a la igualdad, pues no es lo mismo considerarlo aisladamente que integrado por el derecho a la no discriminación¹⁴.

En el fondo de la controversia sobre la naturaleza jurídica, emerge una de las grandes cuestiones que, cada cierto tiempo, se suscita entre la doctrina científica y que actualmente todavía no ha sido objeto de una solución pacífica. Se trata de la diferencia entre principios y reglas jurídicas, del carácter exclusivo o no de estas categorías normativas, en definitiva, de si es o no posible diferenciar, en virtud de algún criterio, estas dos modalidades de normas jurídicas. No es el momento ni el lugar adecuado para entrar en la polémica. Baste decir que el motivo de los enfrentamientos doctrinales ha oscilado considerablemente a lo largo de la historia; en los últimos años, más que en la eficacia de las distintas categorías de normas (cambio bastante lógico si consideramos los términos y características del texto constitucional), la cuestión se ha centrado en el criterio que permite diferenciar ambos tipos de normas. Los criterios ofrecidos son básicamente dos.

De un lado, se atiende a un criterio estructural, en el sentido de afirmar que existen diferencias estructurales que permiten una identificación *a priori* entre reglas y principios¹⁵. En este sentido, se señalan como criterios predicables en exclusiva de los principios su carácter fundamental para el entendimiento e interpretación de las instituciones jurídicas, la configuración como normas secundarias, la generalidad y ambigüedad que caracteriza los enunciados¹⁶.

De otro lado, y atendiendo a un criterio funcional, se destaca la imposibilidad de establecer una diferencia determinante en el plano abstracto y, aún reconociendo

¹³ Ello ocurre, por ejemplo, con Pabón de Acuña, J. M., "Problemática del principio constitucional...", op. cit., pág. 44.

¹⁴ Ambas circunstancias han sido destacadas por García Murcia, J., "Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales", VV. AA., *Las transformaciones del Derecho del Trabajo...*, op. cit., págs. 385 y ss.

¹⁵ Son defensores de esta posición Beladiez Rojo, M., *Los principios jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1994, págs. 95 y ss.; Martín Valverde, A., "Principios y reglas en el Derecho del Trabajo: planteamiento teórico y algunos ejemplos", *REDT*, núm. 114, 2002, págs. 818 y 820; Gordillo Cañas, A., *Ley, Principios Generales y Constitución. Apuntes para una relectura desde la Constitución de la teoría de las fuentes del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pág. 87. Una amplia exposición y crítica de los criterios alegados, en cuanto se muestran insuficientes para establecer una diferenciación estricta entre reglas y principios, en Prieto Sanchís, L., *Sobre principios...*, op. cit., págs. 56 y ss.

¹⁶ Bobbio, N., *Teoría General del Derecho*, Madrid, Debate, 1996, págs. 43 y ss.

que existen ciertas características que son más propias de los principios que de las reglas, esta corriente se inclina por considerar que la diferencia sólo puede realizarse en el momento de la interpretación y aplicación, y ello porque la diferencia entre reglas y principios no hace alusión a diversas modalidades de enunciados normativos sino a distintos tipos de estrategias interpretativas¹⁷. Esta última postura resulta de interés en cuanto reconoce la posibilidad de que una misma norma jurídica, dependiendo de los términos de confrontación y por tanto de su aplicación, pueda actuar como regla o principio¹⁸. En este sentido, la aplicación de una u otra categoría normativa en caso de confrontación sería diversa; las reglas se aplicarían a modo de disyuntiva, es decir, en caso de enfrentamiento necesariamente se habría de optar por alguna de ellas, pues la aplicación de una excluye la de la otra. En cambio, la aplicación de una norma como principio no excluiría la aplicación de otro que pudiera resultar contradictorio, sino que ambos perviven en el Ordenamiento y tendrán distinto peso en la resolución de cada supuesto nuevo de confrontación que se plantee.

De conformidad con los postulados de esta doctrina, que el derecho a la igualdad funcione a efectos aplicativos igual que los principios, no ha de implicar su exclusión de la categoría de los derechos fundamentales. Ciertamente, debido a su configuración y naturaleza constitucional, el principio de igualdad entendido como exigencia constitucional que implica tratar igual lo que es igual y de forma desigual lo que es distinto, ha de ser objeto de ponderación por los órganos aplicadores del derecho con el fin de determinar la legitimidad de la diferencia introducida¹⁹, y ello porque la regla de igualdad no permite un conocimiento a priori de los supuestos de aplicación, al ser un derecho relacional necesitamos un término de comparación, y ello requiere fundamentación racional de la conexión realizada entre la situación fáctica y la consecuencia jurídica²⁰.

Sin embargo, hemos de recordar que, aun siendo la ponderación la forma usual de aplicación de los principios, no se puede predicar con carácter exclusivo de los

¹⁷ Prieto Sanchís, L., *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, pág. 52.

¹⁸ Dworkin, D., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 79 y ss.; Gianformaggio, L., "L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi", en *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1986, págs. 104 y ss.; y con las matizaciones que hemos mencionado, Pérez Luño, A. E., *Derechos Humanos...*, op. cit., págs. 286 y ss.; Prieto Sanchís, L., *Sobre principios...*, op. cit., págs. 50 y ss.; Feixes Sanjuan, T. y Remotti Carbonel, J. C., "Los valores y principios en la interpretación constitucional", *REDC*, núm. 35, 1992, pág. 107; Ollero Tassara, A., *Discriminación por razón de sexo: valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, CEC, 1989, págs. 36 y ss.

¹⁹ Prieto Sanchís, L., *Justicia Constitucional...*, op. cit., págs. 180 y ss.

²⁰ Prieto Sanchís, L., *Justicia Constitucional...*, op. cit., págs. 52 y ss.

mismos, pudiendo adoptarse también por las reglas jurídicas²¹. En este sentido, hay que destacar que la ponderación es una técnica propia de los preceptos constitucionales, especialmente de los derechos fundamentales. La razón principal es que todos los derechos que se reconocen en el texto constitucional, en el momento en que se enfrentan con otros derechos o bienes constitucionalizados, lo hacen con la técnica propia de los principios, y no de normas jurídicas *strictu sensu*²².

La mecánica aplicativa, en estos casos, no es más que consecuencia de la eficacia directa y unitaria del texto constitucional, que ha de considerar que todas las normas que se contienen en su seno presentan el mismo valor. No hay, en abstracto, unas normas que prevalezcan sobre otras, sino que la pretendida “prevalencia” habrá que determinarla en cada caso concreto, sopesando todos los intereses en conflicto. Son tan importantes los bienes jurídicos protegidos que la técnica utilizada ha de pretender la máxima satisfacción de cada uno de ellos, intentando que ninguna de las normas sufra tal grado de restricción que resulte incompatible con el texto constitucional; en caso contrario, se estaría admitiendo la existencia de una jerarquía de normas en el propio texto constitucional que es dudosamente admisible.

Por tanto, y a modo de conclusión, la igualdad se configura en una de sus manifestaciones constitucionales como derecho fundamental (art. 14 CE), independientemente de que las técnicas aplicativas, es decir, los juicios argumentativos que se utilizan para su aplicación, requieran de una actuación a modo de principio. Ello no le resta fundamentalidad ni juridicidad, porque la norma, aunque actúe como principio, tiene eficacia jurídica²³. La igualdad, como el resto de derechos o disposiciones constitucionales, es una norma jurídica y, como tal, puede actuar como regla o principio, y esta circunstancia sólo va a depender de los términos de confrontación. Ciertamente, el considerar la igualdad como un derecho distinto a la no discriminación va a determinar que su aplicación se traduzca mayoritariamente en término de principio y no de regla jurídica, pero la argumentación que requiere el juicio de igualdad, que, como veremos seguidamente, se traduce en juicios consecuencialistas y de universalidad, requiere necesariamente su consideración como mandato abierto, sin que excluya *a priori* las diversas opciones de razonabilidad y, por tanto, de desigualdad que permite, legitima e impone el texto constitucional.

²¹ Prieto Sanchís, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *RCEC*, núm. 22, pág. 30.

²² Prieto Sanchís, L., “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación”, *CDP*, núm. 11, 2000, págs. 15 y ss.

²³ Crisafulli, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, pág. 39.

2. CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD. EL JUICIO DE RAZONABILIDAD

Concretado el derecho a la igualdad, por el propio Tribunal Constitucional, en el art. 14 CE, se convierte en el primer escalón de los derechos fundamentales regulados en el Capítulo II del Título I, excluido, por tanto, de la Sección I y del sistema de garantías que conlleva, aunque sólo respecto de algunos aspectos, concretamente en lo referido al desarrollo mediante Ley Orgánica²⁴. Consciente de esta discordancia, que a nuestro modo de ver, no lo es tanto, la doctrina constitucional ha construido la categoría de derecho relacional.

La igualdad como derecho subjetivo relacional supone que, como tal, no tiene autonomía propia y que su construcción depende de una determinada posición jurídica dada²⁵. Esto significa que para poder analizar la igualdad es necesario determinar dos aspectos: en primer lugar, los supuestos respecto de los que se predica la igualdad; en segundo lugar, el rasgo determinante que se toma en consideración y que fundamenta la petición²⁶. Por ello, ha de existir, como afirma reiteradamente el Tribunal, un “*tertium comparationis*”, es decir, que exista diferencia de trato respecto de una “*situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos, sin que tal requisito pueda entenderse cumplido mediante la referencia inconcreta a vagos conjuntos normativos, ni menos todavía a la interpretación que se cree que debe darse a las normas jurídicas*”²⁷.

²⁴ STC 76/1983, de 5 de Agosto (F. J. 2º A); Fernández López, M. F., “La discriminación en la jurisprudencia...”, op. cit., pág. 183.

²⁵ STC 73/1983, de 5 de agosto (F. J. 2º). Para Bobbio, N., *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 2000, págs. 54 y ss., la igualdad es pura y simplemente una relación formal, lo que realmente la dota de valor es su relación con la justicia. En el mismo sentido, Martínez Rocamora, L. G., *Decisiones empresariales...*, op. cit., págs. 75 y 118; sin embargo, el autor advierte que la consideración de la igualdad como derecho relacional no le priva de un contenido mínimo independiente del derecho con el que se relaciona: la prohibición de tratar desigualmente sin justificación. Para Fernández López, M. F., “La discriminación en la jurisprudencia...”, op. cit., págs. 153 y ss., el derecho de igualdad implanta una técnica de control basada en la constatación de la razonabilidad de las diferencias establecidas por el legislador o por los órganos encargados de la aplicación de las normas.

²⁶ Bobbio, N., *Igualdad y libertad...*, op. cit., pág. 53.

²⁷ SSTC 76/1986, de 9 de Junio (F. J. 3º); 106/1994, de 11 de abril (F. J. 3º); 181/2000, de 29 de junio (F. J. 2º). Algunos autores han denunciado cierta confusión al utilizar la expresión “*tertium comparationis*”. Desde estas perspectivas, se destaca que la expresión se refiere no al término de comparación respecto del que se denuncia la igualdad sino a la determinación del punto de vista desde el que se ha de exigir la igualdad; Rubio Llorente, F., “La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: introducción”, *El Principio de Igualdad en la Constitución Española*, V. I., Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 640.

Esta concepción, que define la igualdad como un “*derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas*”²⁸, se funda en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la cláusula antidiscriminatoria que establece el art. 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH)²⁹. Es necesario señalar, a estos efectos, que el TEDH, al interpretar dicho artículo, no diferencia entre igualdad y no discriminación como mandatos distintos, sino que los considera términos sinónimos al hacer una interpretación del concepto no discriminación más orientado a suplir la carencia de un derecho a la igualdad que a estructurar la propia tutela antidiscriminatoria³⁰. Así, si bien en el caso de ésta la labor del Tribunal resulta criticable, no ocurre lo mismo con la primera, pues, como veremos a continuación, ha sido bastante útil en la configuración del concepto de igualdad en nuestro ordenamiento jurídico.

El dato más importante que hemos de destacar de la definición otorgada por la jurisprudencia es que la igualdad, en cuanto derecho subjetivo, se configura como un límite ante los poderes públicos, tanto ante los encargados de la aplicación del derecho (Jueces, Tribunales y Administración Pública) como frente a aquellos otros que tienen encomendada su creación (esencialmente el Legislador)³¹. En este sentido, son muchos los pronunciamientos jurisprudenciales que señalan que la protección que dispensa el derecho de igualdad protege no sólo frente a la aplicación del derecho sino también respecto a la creación de la norma³². Cuando se dirige a proteger al individuo en el momento en que se crea la norma (igualdad en la ley),

²⁸ SSTC 2/1983, de 24 de enero (F. J. 4º); 75/1983, de 3 de agosto (F. J. 2º); 114/1987, de 6 de julio (F. J. 3º).

²⁹ Dicho artículo establece: “*El disfrute de los derechos y libertades reconocidos en este Convenio debe ser asegurado sin distinción alguna (discriminación en la versión inglesa), especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento u otra situación*”.

³⁰ Rodríguez–Piñero y Bravo–Ferrer, M., y Fernández López, M. F., *Igualdad y discriminación...*, op. cit., págs. 115 y 120.

³¹ A pesar de ello, las cosas no siempre han sido así. Inicialmente, la igualdad se exigía únicamente respecto de la aplicación de la ley. Después de la II Guerra Mundial, a la vez que la igualdad se diferencia de la legalidad, empieza a considerarse como un límite al poder legislativo. Es lo que comúnmente se suele denominar por la doctrina “*el cambio de significado de la igualdad*”, introducido en nuestro ordenamiento jurídico a raíz de la publicación del libro de Lloréns, E. L., *La igualdad ante la ley*, Murcia, Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Murcia, 1934.

³² SSTC 22/1981, de 2 de julio (F. J. 3º); 49/1982, de 14 de julio (F. J. 2º); 63/1984, de 21 de mayo (F. J. 4º); 49/1985, de 28 de marzo (F. J. 2º); 144/1988, de 12 de julio (F. J. 1º).

el límite se está imponiendo al Legislador. En cambio, cuando se trata de aplicar la norma (igualdad ante la ley), la igualdad se erige en límite del Poder Judicial y de la Administración Pública. En uno u otro caso, las exigencias que para dichos órganos implica la igualdad serán distintas, como veremos a continuación.

2.1. La igualdad en la ley. Limitaciones en la creación de las normas

El derecho fundamental de igualdad que la Constitución plasma en el art. 14 parte de una regla general de tratamiento igualitario entre los ciudadanos al crear el derecho, de forma que cuando el legislador, en virtud de las circunstancias que concurran en un determinado supuesto, considere adecuado un tratamiento desigual, deba justificar su decisión. Dicha justificación no se puede realizar en cualquier forma, sino a través de los parámetros impuestos por la jurisprudencia, pues, en caso contrario, los ciudadanos afectados por la diferenciación podrán, a través del recurso de amparo, exigir el cumplimiento del precepto constitucional³³. De conformidad con este planteamiento, la doctrina constitucional ha sostenido, siguiendo las directrices del TEDH, que el art. 14 CE no prohíbe toda diferencia de trato, sino las que carezcan de una justificación objetiva y razonable, de tal forma que el legislador podrá establecer diferenciaciones siempre que se establezcan de acuerdo con los siguientes parámetros³⁴.

La primera exigencia para que una medida diferenciadora tenga cabida en el texto constitucional requiere la persecución de fines constitucionalmente legítimos, bien en el sentido de que estén expresamente constitucionalizados, o bien que no se opongan al texto constitucional³⁵. En principio, no debería existir ningún in-

³³ STC 19/1989, de 31 de enero (F. J. 4º). Especialmente clarificadora respecto del contenido del derecho de igualdad, STC 75/1983, de 3 de agosto (F. J. 2º).

³⁴ Los requisitos se establecen de forma reiterada en la doctrina del TEDH. Entre otras, SSTEDH de 23 de julio de 1968 (F. J. I.B.10); de 13 de junio de 1979 (F. J. 43º y 48º); de 21 de febrero de 1986 (F. J. 2º). Existen comentarios a esta jurisprudencia que ponen en evidencia las deficiencias de la doctrina del TEDH en la configuración efectiva de la tutela discriminatoria. Entre otras, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "Un importante paso en la tutela discriminatoria"; *RL*, T. II, 1985, págs. 3 y ss. La doctrina del TEDH es acogida por la jurisprudencia constitucional: SSTC 22/1981, de 2 de julio (F. J. 3º); 123/1987, de 15 de julio (F. J. 4º); 263/1994, de 3 de octubre (F. J. 3º); 103/2002, de 6 de mayo (F. J. 4º); 27/2004, de 4 de marzo (F. J. 2º). No obstante, en algunos casos, se acoge de forma parcial, obviando el criterio de proporcionalidad en sentido estricto: SSTC 19/1982, de 5 de mayo (F. J. 3º); 114/1987, de 6 de julio (F. J. 3º); 52/1992, de 8 de abril (F. J. 4º).

³⁵ Ponen de manifiesto esta circunstancia, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Prólogo al libro de Ollero Tassara, A., *Discriminación por razón de sexo...*, op. cit., pág. 14, al denunciar que el Tribunal Constitucional no exige que el objetivo sea la tutela de bienes constitucionales jurídicamente protegidos superiores a los sacrificados. En el mismo sentido, Bilbao Ubillos, J. M., y Rey Martínez, F., "Veinte años de jurisprudencia...", op. cit., pág. 262; Ruiz Miguel, J. A., "La igualdad en la Jurispru-

conveniente en considerar que los fines que justifiquen la diferencia de trato estén expresa o implícitamente plasmados en el texto constitucional, pues, en definitiva, estamos ante un derecho fundamental que, de conformidad con la doctrina sobre la limitación de los derechos fundamentales, no acoge otros que los expresamente constitucionalizados o los que sean necesarios para la preservación de otros bienes o intereses constitucionalizados. Desde este punto de vista, la igualdad jurídica plasmada en el texto constitucional sólo podrá quebrarse cuando sea necesario para conseguir un interés tutelado por la Constitución. En este sentido, y con las matizaciones que ya hemos realizado, el fin constitucional más utilizado ha sido el principio de igualdad material, que para ser efectivo requiere de medidas especiales que transgreden, al menos formalmente, el principio de igualdad ante la ley³⁶.

Sin embargo esta posición podría parecer demasiado restrictiva, sobre todo si consideramos dos circunstancias: la primera, que entre los principios constitucionales implicados en el juicio de igualdad, adquiere particular relevancia la libertad de configuración legislativa; la segunda, que junto a la manifestación formal de la igualdad hemos de contemplar la igualdad real y efectiva que faculta a los poderes públicos para establecer diferenciaciones en virtud de las más variadas circunstancias. Ambas consideraciones, sobre todo la primera, han llevado a la doctrina a sostener la legitimidad de la finalidad aportada por el legislador siempre que no sea contraria al sistema de valores que la Constitución proclama³⁷. No obstante, no parecen haber sido éstas las pautas seguidas en todos los supuestos por la doctrina constitucional, que ha aceptado no sólo fines no opuestos a la norma constitucional sino también otros que, con algo más que un dudoso anclaje constitucional, podrían verse como contrarios o, al menos, no demasiados acordes con algunas de las disposiciones que recoge nuestra norma fundamental³⁸.

dencia del Tribunal Constitucional”, en VV. AA., *El principio de Igualdad*, Madrid, Dykinson, 2002, págs. 165–166; Mercader Uguina, J. R., “El marco teórico del principio...”, op. cit., pág. 244. En efecto, ésta ha sido la posición del Tribunal en la mayoría de los pronunciamientos. Véanse las SSTC 51/1984, de 25 de abril (F. J. 4º) y 164/1993, de 18 de mayo (F. J. 3º), que aluden a “*intereses constitucionales dignos de tutela*”; STC 158/1993, de 6 de mayo (F. J. 2º), donde exige un “*fin constitucionalmente válido*”; 14/1996, de 29 de enero (F. J. 2º), que alude a “*fin constitucionalmente lícito*”.

³⁶ Entre otros pronunciamientos, hemos de destacar STC 27/1981, de 20 de julio (F. J. 4º y 10º). Sin que se puedan descartar otros fines, íntimamente conectados, como la función social de la propiedad, STC 8/1982, de 4 de marzo (F. J. 5º), o alguno de los denominados principios rectores de la política económica y social, STC 19/1982, de 5 de mayo (F. J. 6º).

³⁷ Martínez Tapia, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, 2000, pág. 122.

³⁸ En algunas sentencias, la finalidad al establecer la diferencia de trato no se encuentra directamente en la Constitución sino que deriva de algunos de sus preceptos; esto ocurre en aquellas ocasiones en que se establecen diferencias de trato entre los distintos sindicatos en virtud del criterio de la representatividad. En este sentido, STC 217/1988, de 21 de noviembre (F. J. 3º), donde se hace alusión a la finalidad de “*evitar una posible atomización sindical*”; en la STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2º),

El segundo requisito para la legitimidad de la diferenciación exige una adecuada relación entre la causa justificante, la finalidad y efectos de la medida. El problema fundamental que presenta esta relación de adecuación radica en los propios términos en que se efectúa. En principio, dicha relación se podría entender en dos sentidos distintos. Se podría considerar que se trata de una relación de adecuación entre causa justificante, es decir, fin que legitima la restricción, finalidad de la norma y efectos de la misma. Esa relación de adecuación puede ser puramente formal: si se introduce la diferencia por una determinada causa objetiva y razonable, la pretendida finalidad de la norma ha de ser adecuada a esa causa; de la misma forma, los efectos han de ser adecuados con respecto a la finalidad y a la causa que motivó la diferencia de trato. La relación de adecuación, siempre que los efectos a los que hace referencia la doctrina constitucional se entiendan como efectos previstos por la propia disposición, no va más allá de ser una exigencia de coherencia lógica de la norma diferenciadora, que no permitiría entrar en un análisis estricto del contenido material³⁹.

La alternativa es considerar que los términos de los que se exige la adecuación lo sean respecto de la medida diferenciadora y la finalidad que se pretende alcanzar, de forma que se estaría exigiendo que la medida sea adecuada para la consecución de la finalidad propuesta⁴⁰. Esta, que ha sido la posición acogida por el Tribunal, implica un análisis de adecuación de los medios con los fines, mecanismo integrado en el juicio de proporcionalidad en sentido amplio aplicable en los casos de restricciones sobre los derechos fundamentales.

Otro aspecto que resulta problemático, una vez que hemos convenido que existe dentro del juicio de igualdad el criterio de la adecuación, consiste en determinar el momento en que se ha de medir esa adecuación, si en el que corresponde a la creación de la diferencia por el legislador o al del enjuiciamiento constitucional. En virtud de las funciones y mecanismos que se asignan al alto tribunal, nos parece más apropiado que el examen sobre la adecuación de la diferencia con respecto al fin se haga con referencia al momento en que enjuicia la constitucionalidad de la medida diferenciadora, y ello por varias razones. En primer lugar, porque al introducir diferenciaciones se pone en juego no sólo el derecho a la igualdad, también el derecho a la no discriminación. El establecimiento de medidas diferenciadoras siempre puede ocasionar el riesgo de que se produzcan efectos discriminatorios, y el Tribunal Constitucional, como supremo garante de los derechos

se afirma que *“la promoción de un cierto modelo sindical, en que se potencien los sindicatos fuertes, puede ser una finalidad legítima desde el punto de vista del art. 14 y 7 CE, por garantizar una más incisiva acción de los sindicatos para el cumplimiento de sus fines”*.

³⁹ Bilbao Ubillos, J., y Rey Martínez, F., *“Veinte años de jurisprudencia...”*, op. cit., pág. 245; Rubio Llorente, F., *“La igualdad en la Jurisprudencia...”*, op. cit., pág. 647.

⁴⁰ STC 177/1993, de 31 de mayo (F. J. 2º).

fundamentales, no puede desconocer aquellas medidas que por su falta de adecuación puedan lesionar dicho derecho. En segundo lugar, porque el Tribunal se ha de asegurar de que el legislador hace efectivos aquellos preceptos constitucionales cuyo desarrollo se le encomienda. De lo contrario, una labor legislativa inadecuada en la concreción de los distintos preceptos constitucionales podría encubrir omisiones de vital importancia para la efectividad de las distintas manifestaciones de la igualdad o de otros preceptos, como los principios rectores de la política económica y social.

Como tercer y último requisito se exige que exista una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Es decir, que exista proporcionalidad entre las diferenciaciones realizadas (medios) y la finalidad que se persigue. Ello implica que ha de existir un equilibrio entre la diferencia realizada o el trato desigual y la finalidad perseguida, lo que equivale a un juicio de proporcionalidad en sentido estricto que tiene por objeto asegurar un cierto equilibrio entre la medida diferenciadora y los efectos que produce, evitando efectos desproporcionados no acordes con la finalidad⁴¹.

No obstante, y a pesar de lo dicho, el control material sobre las diferenciaciones establecidas por las normas se va a realizar a través del criterio de razonabilidad⁴². La razonabilidad puede entenderse en sentido absoluto, es decir, únicamente en relación con la medida diferenciadora, al exigir que no sea completamente irrazonable, y por tanto, sin conectarla con los fines que pretende conseguir⁴³, o en sentido relativo, convirtiéndola en un juicio relacional, de tal forma que la medida sea razonable o no en relación con los fines y efectos que persigue⁴⁴. Desde esta

⁴¹ SSTC 209/1988, de 10 de noviembre (F. J. 3º); 50/1991, de 4 de julio (F. J. 4º); 177/1993, de 31 de mayo (F. J. 2º).

⁴² Prieto Sanchís, L., "Los derechos sociales...", op. cit., pág. 26; Barnés Vázquez, J., "El principio de proporcionalidad...", op. cit., pág. 48; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "Principio de igualdad y Derecho del Trabajo", VV. AA., *El principio de igualdad en la Constitución Española*, Vol. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.

⁴³ Barnés Vázquez, J., "El principio de proporcionalidad...", op. cit., pág. 69; Mercader Uguina, J. R., "El marco teórico del principio...", op. cit., pág. 246.

⁴⁴ Esta parece ser la opinión de Alonso García, E., "El Principio de Igualdad del art. 14 de la Constitución Española", *RAP*, núms. 100-102, 1983, págs. 37 y ss., donde examina el juicio de razonabilidad en un sentido amplio integrado por el juicio de racionalidad, como adecuación entre los medios y los fines, y la razonabilidad en sentido estricto, como justificación acorde con los valores constitucionales (razón), concluyendo que, en definitiva, toda razón (razonabilidad) o finalidad (racionalidad) tendente a hacer efectivo una valor constitucional tiene suficiente peso específico para hacer razonable la desigualdad de trato que se haya introducido. Tanto en uno como en otro test puede entrar a jugar la proporcionalidad en sentido estricto. Con respecto a la racionalidad, al tratarse de un estudio respecto de los medios y fines, claramente se podría analizar la proporcionalidad de la medida diferenciadora. Con respecto al juicio de razonabilidad, se podría considerar que la razón es suficiente o insuficiente por ser

concepción de la razonabilidad, el poder público debe demostrar que la desigualdad normativa que propone es racional para obtener el fin propuesto⁴⁵. Ello, en definitiva, nos lleva al examen de la medida diferenciadora. De ésta se exige que sea objetiva y razonable, y dentro de esta razonabilidad hay que ver tanto si es acorde con el texto constitucional⁴⁶, por no perseguir una finalidad contraria al mismo, como si existe razonable adecuación entre la medida y los fines que se pretenden conseguir⁴⁷.

De conformidad con la exposición, el juicio de igualdad es menos exhaustivo y exigente que el juicio de proporcionalidad en sentido amplio –adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto–, dando cabida a un amplio espectro de conductas, que serían excluidas, muchas de ellas, por la aplicación del principio de proporcionalidad. Es evidente que los parámetros de la razonabilidad incluirían los principios de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto (una medida puede ser irrazonable por resultar inadecuada o desproporcionada con respecto a sus fines)⁴⁸, excluyendo, como norma general, el criterio de necesidad o indispensabilidad⁴⁹.

desproporcionada. En realidad, lo que el mencionado autor hace es contemplar la razonabilidad desde un punto de vista amplio que engloba el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (racionalidad), coincidiendo en señalar que en la razonabilidad en sentido estricto también cabe ese juicio, al poder considerar que una medida es irrazonable por desproporcionada. En el mismo sentido, Martínez Rocamora, L. G., *Decisiones empresariales...*, op. cit., pág. 161; Barnés Vázquez, J., “El principio de proporcionalidad...”, op. cit., págs. 38 y ss.

⁴⁵ Prieto Sanchís, L., “Los derechos sociales...”, op. cit., págs. 26 y ss.

⁴⁶ STC 161/1989, de 16 de octubre (F. J. 4º).

⁴⁷ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Fernández López, M. F., *Igualdad y discriminación...*, op. cit., pág. 52. Para Ruiz Miguel, J. A., “La igualdad en la Jurisprudencia...”, op. cit., págs. 165 y ss., el examen de la razonabilidad se descompone en dos patrones diferentes: constitucionalidad de la finalidad pretendida y adecuación suficiente entre la distinción establecida y la finalidad de la norma, es decir, adecuación suficiente entre medios y fines, sin que pueda reducirse a un juicio de racionalidad instrumental. Esta es la postura que acoge la doctrina constitucional al exigir que la justificación sea razonable en relación con la finalidad de la medida diferenciadora. Ello implica adecuación de la medida con respecto a la finalidad y proporcionalidad en sus efectos, [SSTC 75/1983, de 3 de agosto (F. J. 2º); 6/1984, de 24 de enero (F. J. 2º) 23/1984, de 24 de enero (F. J. 4º A); 114/1987, de 6 de julio (F. J. 3º y 4º); 123/1987, de 15 de julio (F. J. 4º); 222/1992, de 11 de diciembre (F. J. 6º); 16/1994, de 20 de enero (F. J. 5º); 128/1994, de 5 de mayo (F. J. 4º)]. En el mismo sentido se había pronunciado la jurisprudencia del TEDH [SSTEDH de 23 de Julio de 1968 (F. J. I.B.10) y de 13 de Junio de 1979 (F. J. 43º y 48º)].

⁴⁸ SSTC 16/1994, de 20 de enero (F. J. 5º); 103/2002, de 6 de mayo (F. J. 4º). Sobre el carácter limitado que presenta el principio de proporcionalidad inserto en el juicio de igualdad, Mercader Uguina, J. R., “El marco teórico del principio...”, op. cit., pág. 248.

⁴⁹ García Amado, J. A., “Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad”, *AFD*, T. IV, INEJ, Ministerio de Justicia, 1987, pág. 131; Giménez Gluck, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, págs. 34 y 36; SSTC 53/1982, de 22 de julio (F. J. 3º); 189/1987, de 24 de noviembre (F. J. 10º). No obstante, existen pronunciamientos que mencionan el criterio de necesidad como

Y llegados a este punto, es necesario pronunciarse sobre algunas cuestiones que laten en todo el discurso que venimos realizando. Siendo la igualdad un derecho fundamental constitucionalizado, ¿por qué su obligada observancia se salva con un juicio distinto al que corresponde al resto de derechos fundamentales? Siendo además un derecho que se adiciona a otros de la más variada naturaleza, ¿por qué se acude a un juicio que, desde nuestro punto de vista, presenta menos garantías que el relativo a la limitación del resto de derechos constitucionalizados?

La razón principal de la diversidad de juicios se encuentra en que, a diferencia de la mayoría de los derechos fundamentales que se reconocen en el texto constitucional, la igualdad se configura constitucionalmente sin atender a los supuestos de aplicación; ha de ser el poder político el que, en atención a la evolución de las relaciones sociales, establezca las situaciones en que ha de primar la igualdad o desigualdad jurídica. La configuración constitucional y jurisprudencial de la igualdad ha dejado un amplio margen de configuración al legislador, que es, en último término, el responsable de decidir, libre aunque no arbitrariamente, las situaciones de desigualdad que han de tener relevancia jurídica siempre que éstas no produzcan discriminación ni lesionen el resto de preceptos constitucionales⁵⁰.

Desde determinadas posiciones, el examen de las diferencias normativas planteado en los términos de limitación de derechos, incluso si nos centramos únicamente en el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que, recordemos, se encuentra incluido, sin lugar a dudas, en el juicio de razonabilidad, supone una invasión de las competencias del legislador por parte de la jurisdicción constitucional, razón suficiente para justificar las reticencias a realizar el juicio con todas sus consecuencias⁵¹. Son estas reticencias las que justifican que, en la mayoría de las ocasiones, el análisis de las diferencias normativas se reduzca a la comprobación de una causa objetiva y razonable, y que sólo se amplíe al principio de proporcionalidad en sentido estricto en los casos en que resulta imposible ahondar en la razonabilidad de la medida diferenciadora⁵², o cuando junto a la igualdad concurre

integrante del juicio de igualdad, ATC 862/1986, de 29 de octubre (F. J. 1º): “*El principio de igualdad impone al legislador la obligación de no establecer en las leyes diferencias que no aparezcan como razonables, esto es, necesarias o muy convenientes para la obtención del fin que la ley persigue*”.

⁵⁰ El hecho de no haber contemplado dentro de la igualdad jurídica el derecho a la diferencia complica considerablemente el asunto, pues mientras más garantías se impongan a la limitación del derecho a la igualdad jurídica, más se acrecientan las dificultades para hacer real y efectiva la igualdad material.

⁵¹ El debate sobre las consecuencias que implica la aplicación del principio de igualdad es generalizado en todos los países de nuestro entorno jurídico. En el ordenamiento jurídico italiano se muestran partidarios de aplicar, dentro del juicio de igualdad, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, Cerri, A., *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1976, pág. 32; Sandulli, R., “Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionali”, *Diritto e Società*, 1975, pág. 561.

⁵² Carrasco Pereira, A., “El juicio de razonabilidad en la justicia Constitucional”, *REDC*, núm. 11, 1984, pág. 58.

otro derecho fundamental⁵³. Dicha restricción jurisdiccional, que se ciñe al control de razonabilidad en sentido absoluto, se funda precisamente en el papel de legislador negativo que se atribuye a la doctrina constitucional, y ello porque aplicar el juicio de adecuación o proporcionalidad en sentido estricto, como aconseja el TEDH (no digamos por tanto el juicio de necesidad), implica evaluar las opciones de política legislativa, función que no parece muy acorde con el papel negativo que ha de asumir el Tribunal Constitucional. Esta aplicación parcial ha generado críticas en diversos sectores doctrinales, que ponen en evidencia las deficiencias del juicio cuando se reduce a la objetividad y razonabilidad de la medida diferenciadora⁵⁴.

Sin embargo, el enjuiciamiento de la igualdad es difícilmente ejercitable desde ese punto de vista, porque requiere valoración de las medidas diferenciadoras, sobre todo en lo que respecta a la adecuación de la medida a los fines y en la valoración de los efectos que produce en el ordenamiento y en la realidad social⁵⁵. De otro lado, también es necesario recordar las dificultades que genera el restablecimiento

⁵³ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Fernández López, M. F., *Igualdad y discriminación...*, op. cit., pág. 61. El caso típico es la libertad sindical: SSTC 39/1986, de 31 de marzo (F. J. 6°); 263/1994, de 3 de octubre (F. J. 3°). Un examen de la razonabilidad en el sentido que hemos acogido en las páginas anteriores (razonabilidad relativa) llevaría al TC a considerar, tras un examen de la naturaleza y funciones atribuidas a las Comisiones Provinciales de Elecciones Sindicales y de la función principal que les compete (examinar y valorar las actas y demás documentos en materia electoral), que no se considera razonable, ni objetivo, ni proporcionado a la finalidad y funciones de dichos órganos electorales que únicamente formen parte de ellas los sindicatos más representativos en el ámbito estatal y de la Comunidad Autónoma. Y ello porque, aunque la utilización del criterio de mayor representatividad o de mayor implantación sea considerado constitucionalmente válido, no significa que cualquier regulación apoyada en ellos sea legítima, pues no lo será cuando el criterio utilizado no sea adecuado para la consecución de la finalidad que se pretende conseguir [SSTC 7/1990, de 18 de enero (F. J. 3° c y 4°); 32/1990, de 26 de febrero (F. J. 3°); 183/1992, de 16 de noviembre (F. J. 7°) y 147/2001, de 27 de junio (F. J. 3°)].

⁵⁴ Así, para Santamaría Ibeas, J., *Los valores superiores...*, op. cit., pág. 377, un control de esas características se ciñe a controlar la prohibición de arbitrariedad que afecta al legislador al exigir fundamentación razonable y teleológica de las decisiones; pues, en último término, lo único que ha de aportar es una razón suficiente para legitimar la diferenciación cuando lo que realmente el juicio requiere es llegar algo más lejos al exigir la adecuación y proporcionalidad.

⁵⁵ En este sentido, se han elevado determinadas voces doctrinales advirtiendo de la necesidad de aplicar el juicio de igualdad con toda su extensión, Santamaría Ibeas, J. J., *Los valores superiores...*, op. cit., pág. 311; en el ámbito del derecho a la no discriminación, Fernández López, M. F., “La igualdad y discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en VVAA, *Constitución y Derecho del Trabajo*, Mergablum, 1992 pág. 235, manifiesta la necesidad de que se produzca cierta invasión de competencias por parte del Tribunal Constitucional para obtener una efectiva tutela discriminatoria, con objeto de destruir discriminaciones actuales y posturas abstencionistas de los poderes públicos. Ejemplo de las variaciones que se pueden producir en la doctrina constitucional, dependiendo del juicio extensivo o restrictivo que se adopte, lo constituyen las SSTC 222/1992, de 11 de diciembre (F. J. 6° y 7°) y 66/1994 de 28 de febrero (F. J. 3°) para las medidas diferenciadoras en función de la existencia o no de un vínculo matrimonial.

de la igualdad con carácter general, y muy especialmente en los casos en que la propia norma omite la regulación de supuestos que, en virtud de sus similitudes, deberían haber sido objeto de consideración⁵⁶. Por ello consideramos que el Tribunal, en virtud del papel de garante de los derechos fundamentales que se le otorga, estaría no sólo legitimado, sino obligado a realizar el juicio en toda su extensión, aun siendo necesario para ello salvar el escollo que supone la LOTC y admitir, como han hecho algunos autores, las insuficiencias del modelo de justicia constitucional para restablecer el derecho de igualdad⁵⁷.

No obstante, no es éste el único problema originado por la recepción jurisprudencia de la doctrina elaborada por el TEDH. Además de esta recepción parcial, hay que insistir en que la doctrina constitucional acoge para la igualdad lo que el TEDH entendía por discriminación, aspecto que, como ya hemos tenido ocasión de mencionar, no ha causado distorsiones en nuestro ordenamiento jurídico por cuanto una vez que nuestro alto Tribunal asimila la diferenciación existente entre ambos conceptos, traslada en bloque su entendimiento hacia el derecho de igualdad.

De distinta forma ha afectado, sin embargo, otra circunstancia. La recepción de la doctrina se produce respecto de preceptos que no tienen la misma estructura. La jurisprudencia del TEDH se basa en el art. 14 del CEDH, que no plasma el derecho a la no discriminación sino lo que la doctrina ha considerado una cláusula antidiscriminatoria⁵⁸. La primera consecuencia de esta consideración es el ámbito restringido del precepto, la discriminación, o igualdad en nuestros términos, sólo estaría vedada cuando se establezcan distinciones en el disfrute de los derechos que se reconocen en el propio CEDH⁵⁹.

Eso significa que a la igualdad se le priva de todo contenido autónomo, no tiene ningún contenido propio, sino que se adhiere a todos y cada uno de los dere-

⁵⁶ Sobre las omisiones legislativas contrarias a la igualdad y la legitimidad de las sentencias aditivas, Vecina Cifuentes, J., “El control por el Tribunal Constitucional de las omisiones legislativas lesivas del principio de igualdad”, *Derechos y Libertades*, núm. 2, 1993–1994.

⁵⁷ González Beilfus, M., “Delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario en el restablecimiento de la igualdad ante la ley”, *REDC*, núm. 45, 1994 pág. 130; Rubio Llorente, F., “La igualdad en la Jurisprudencia...”, op. cit., págs. 637 y ss.; Martínez Tapia, R., *Igualdad y razonabilidad...*, op. cit., pág. 136. Desde otras posiciones, se destaca la amplitud de competencias que la Constitución ha encomendado al Tribunal Constitucional, sobrepasando claramente su labor de legislador negativo, Requejo Pagés, J. L., “Juridicidad, precedente y jurisprudencia”, *VV. AA., Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1993, pág. 239.

⁵⁸ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Un importante paso en la tutela...”, op. cit., pág. 6 y ss.

⁵⁹ No obstante, hay que tener en cuenta los intentos de enmendar esta situación que ha realizado el Consejo de Europa al elaborar el Protocolo 12 al CEDH, donde se establece una prohibición general de discriminación que actúa de forma independiente de los derechos reconocidos en el CEDH (<http://www.conventions.coe.com>).

chos mencionados en el Convenio, pasando a formar parte del contenido de cada uno de ellos, con lo que corre el riesgo de identificarse con la titularidad universal de esos derechos⁶⁰. Y ello nos conduce a la misma cuestión: más que con el sentido propio de un derecho fundamental, la igualdad aparece como una cláusula general que se acopla a los demás derechos fundamentales en virtud de un juicio de universalidad⁶¹, con lo cual le estamos de nuevo endosando la etiqueta de principio y no de derecho fundamental, que es precisamente el carácter con el que se reconoce en el art. 14 CE.

Además, la vinculación de la igualdad con un determinado catálogo de derechos, sea el contenido en el CEDH o en nuestra Constitución, restringe enormemente su ámbito de actuación. No sólo se predica la igualdad de los derechos constitucionalizados, sino de cualquier situación en la que se requiera un tratamiento similar, responda ésta directamente a una exigencia constitucional por derivar de un derecho fundamental o de cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, puesto que la igualdad es una exigencia constitucional que afecta a la dignidad humana y como tal se debe proyectar sobre la totalidad del ordenamiento jurídico⁶².

2.2. La igualdad ante la Ley. Limitaciones en la aplicación judicial de la ley

La aplicación por los poderes públicos de una determinada norma jurídica también está sujeta a las exigencias del principio de igualdad, de manera que no pueden darse soluciones diferenciadas a supuestos sustancialmente iguales sin que exista una causa objetiva y razonable. Esta derivación de la igualdad que, en principio, puede parecer lógica y adecuada con respecto a los parámetros que hemos vistos, encierra más complejidad que la igualdad ante la ley, sobre todo cuando se erige como límite a la actividad de jueces y magistrados⁶³. La razón de esta com-

⁶⁰ Para Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “No discriminación en las relaciones laborales”, VV. AA., *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. IV, Madrid, EDERSA, 1983, pág. 332, la mencionada forma de aplicación no puede predicarse del art. 14 CE, que contempla la igualdad como un derecho autónomo, aunque sí del art. 139.1 CE.

⁶¹ Sobre la relación de los principios con la universalidad, Prieto Sanchís, L., *Sobre principios...*, op. cit., págs. 164 y ss.

⁶² Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., prólogo a la obra de Ollero Tassara, A., *Discriminación por razón de sexo...*, op. cit., pág. 15.

⁶³ No es este el caso de la protección que dispensa el principio frente a la aplicación administrativa del derecho. Con respecto a la actividad administrativa, como regla general, la cuestión de la observancia del principio de igualdad se ha simplificado notablemente al reconducirse a una pura cuestión de legalidad, Rubio Llorente, F., “La igualdad en la aplicación de la ley”, en VVAA, *El principio de igualdad*, Madrid, Dykinson, 2000, págs. 49 y ss.; SSTC 209/1987, de 22 de diciembre (F. J. 3º *in fine*); 47/1990, de 20 de marzo (F. J. 7º); 78/1990, de 26 de abril (F. J. 2º A y B); 4/1991, de 14 de enero (F.

plejidad se debe a que, aunque en principio, el derecho a la igual aplicación de la ley tiene el mismo contenido que la igualdad ante la ley, las exigencias jurídicas que derivan del mandato serán diversas dependiendo del poder público al que pretenda limitar⁶⁴.

En el ámbito de la aplicación del derecho, la igualdad jurídica protege frente a diferencias no razonables realizadas por jueces, tribunales y órganos administrativos; sin embargo, y de forma similar a como ocurría en el caso de la igualdad en la ley con el principio de configuración legislativa, en el caso de la igualdad en la aplicación judicial del derecho, la igualdad fricciona con otra serie de valores y principios referidos a dicha actividad que también resultan amparados por la norma constitucional, especialmente los principios de independencia judicial, legalidad y seguridad jurídica que han de regir la actividad judicial y el ordenamiento en su conjunto⁶⁵. La aparición de nuevos principios en el escenario de la igualdad requiere de un proceso de ponderación para descartar la arbitrariedad de las actuaciones y decisiones públicas⁶⁶. Ello va a ocasionar, como veremos seguidamente, que las exigencias jurisprudenciales necesarias para que se conculque el derecho sean de lo más estrictas, siendo muy difícil, en último término, constatar la vulneración del derecho fundamental⁶⁷.

Los términos en que ha de realizarse el procedimiento de ponderación jurisprudencial, necesario en la aplicación judicial del derecho, han convertido la razonabilidad de la medida diferenciadora en una simple exigencia de justificación de

J. 3º y 4º); 69/1992, de 11 de mayo (F. J. 3º). Sin embargo, excepcionalmente, el Tribunal resuelve algunos supuestos a través del procedimiento específico indicado para la igualdad, STC 8/1986, de 21 de enero (F. J. 7º).

⁶⁴ Ruiz Miguel, J. A., “La igualdad en la Jurisprudencia...”, op. cit., pág. 182; SSTC 78/1984, de 9 de julio (F. J. 2º); 30/1987, de 11 de marzo (F. J. 2º).

⁶⁵ SSTC 63/1984, de 21 de mayo (F. J. 4º); 64/1984, de 21 de mayo (F. J. 2º). Sobre el distinto peso que tienen estos principio en la doctrina constitucional, Mercader Uguina, J. R., “El imposible derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley en la doctrina constitucional”, VV. AA., *El proceso laboral. Estudios en Homenaje al Profesor Luís Enrique de la Villa Gil*, Valladolid, Lex Nova, 2001, págs. 595 y 596.

⁶⁶ STC 63/1984, de 21 de mayo (F. J. 4º). La exposición de ese procedimiento en SSTC 49/1985, de marzo (F. J. 2º) y 120/1987, de 10 de julio (F. J. 2º y 5º).

⁶⁷ Bilbao Ubillos, J. M., y Rey Martínez, F., “Veinte años de jurisprudencia...”, op. cit., pág. 256 y ss. Para la doctrina constitucional, el principio de independencia judicial impide el análisis de la fundamentación que puedan aportar jueces y magistrados, y ello porque el control que realiza el Tribunal sobre la igualdad en la ley es un control material, mientras que el que realiza sobre la actividad de los jueces es formal. Su papel, por tanto, se ha de limitar no a comprobar la suficiencia o insuficiencia del fundamento de la diferencia de trato, sino simplemente a si existe o no dicho fundamento. En este sentido, SSTC 49/1985, de 28 marzo (F. J. 2º); 58/1986, de 14 de mayo (F. J. 2º); 120/1987, de 10 de julio (F. J. 1º y 2º); 30/1987, de 11 de marzo (F. J. 2º); 185/1988, de 14 de octubre (F. J. 5º); 200/1989, de 30 de noviembre (F. J. 5º).

las resoluciones judiciales que paulatinamente ha sufrido un considerable relajamiento en sus requisitos. De conformidad con este planteamiento, la igualdad en la aplicación del derecho exige “*que el mismo órgano judicial no modifique arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales; de manera que si bien puede válidamente apartarse de sus precedentes y alterar la orientación de su propia jurisprudencia, es preciso que para ello aporte la correspondiente justificación, ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable o, que en ausencia de tal motivación expresa, resulte patente que la diferencia de trato tiene su base en un efectivo cambio de criterio interpretativo por desprenderse así de la propia resolución judicial o por existir otros elementos externos que así lo indiquen*”⁶⁸.

Tal como se deduce de la definición que acabamos de aportar, la igualdad jurídica no impide que los distintos órganos judiciales cambien sus criterios interpretativos, ni siquiera que exista uniformidad; simplemente se trataría de evitar que se produzcan de forma arbitraria⁶⁹. Considerar lo contrario desencadenaría una vinculación a los precedentes, contraria a nuestro ordenamiento jurídico y a la naturaleza de la actividad judicial; sin embargo, ello no es incompatible con la exigencia de que el cambio de criterio esté justificado de tal forma que la diferencia de trato cumpla con los requisitos necesarios para respetar el principio de igualdad: objetividad y razonabilidad⁷⁰.

Con objeto de evitar la posible arbitrariedad, la doctrina constitucional ha ido perfilando progresivamente las circunstancias que han de concurrir para que la interpretación del derecho conculque el principio de igualdad.

En primer lugar, para que se produzca vulneración del principio es necesario que exista identidad del órgano emisor de las distintas resoluciones, es decir, que las resoluciones diversas se hayan emitido por el mismo órgano judicial⁷¹. Ello no

⁶⁸ SSTC 63/1984, de 21 de mayo (F. J. 5º); 64/1984, de 21 de mayo (F. J. 2º); 103/1984, de 12 de noviembre (F. J. 2º); 162/1985, de 6 marzo (F. J. 2º); 181/1987, de 13 de noviembre (F. J. 1º); 185/1988, de 14 de octubre (F. J. 5º); 269/1993, de 20 de septiembre (F. J. 2º); 141/1994, de 9 de mayo (F. J. 2º).

⁶⁹ El cambio de criterio, en sí mismo considerado como “*solución genérica conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía manteniendo y no como respuesta individualizada al concreto supuesto planteado*”, legitimaría la diferencia de trato en dos supuestos sustancialmente iguales, pues en este caso el principio de independencia judicial excluye la obligación de igualdad de trato [SSTC 63/1984, de 21 de mayo (F. J. 4º); 49/1985, de 28 marzo (F. J. 2º)].

⁷⁰ SSTC 49/1985, de 28 de marzo (F. J. 2º); 125/1986, de 22 de octubre (F. J. 1º); 48/1987, de 22 de abril (F. J. 2º); 12/1988, de 3 de febrero (F. J. 4º); 100/1988, de 7 de junio (F. J. 3º); 103/1990, de 9 de marzo (F. J. 2º).

⁷¹ STC 183/1985, de 20 de diciembre (F. J. 2º); ATC 162/1985, de 6 marzo (F. J. 4º); SSTC 73/1988, de 21 de abril (F. J. 3º); 24/1990, de 15 de febrero (F. J. 3º); 42/1993, de 8 de febrero (F. J. 3º); 160/1993, de 17 de mayo (F. J. 2º); 154/1994, de 23 de mayo (F. J. 1º); 245/1994, de 15 de septiembre (F. J. 3º); 32/1999, de 22 de abril (F. J. 4º); 122/2001, de 4 de junio (F. J. 5º); 102/2002, de 10 de abril (F. J. 2º); 163/2003, de 29 de septiembre (F. J. 3º).

significa que cuando se trate de órganos jurisdiccionales distintos deje de regir el mencionado derecho. La igualdad sigue subsistiendo; sin embargo, el principio de independencia judicial, que ha de regir la actividad jurisdiccional, justifica y legitima la diversidad de pronunciamientos, de forma que se ha de entender que, en estos casos, el principio de igualdad no exigiría un tratamiento uniforme o unificado por los distintos órganos judiciales⁷².

La exigencia de que se trate del mismo órgano judicial no afecta a las resoluciones contradictorias que se puedan emitir por las distintas salas o secciones de un mismo órgano, pues en este caso, al contar éstas con autonomía orgánica y funcional, se consideran órganos distintos, especialmente si entre ellas existe reparto de materias⁷³. Contrariamente a lo que podría deducirse, es necesario destacar que cuando se trata del mismo órgano judicial, la variabilidad en su composición no afectará a la mismicidad del órgano. Por tanto, la jurisprudencia no exige que los órganos judiciales estén compuestos por las mismas personas; lo realmente relevante a efectos jurisprudenciales no es la composición sino la “*denominación orgánica*”⁷⁴.

En segundo lugar, y con respecto a los supuestos enjuiciados, la jurisprudencia exige que se dé una identidad sustancial entre el que se analiza y el que se alega para establecer el término de comparación. No se trata de que entre los supuestos exista una absoluta y plena identidad, como parece derivarse de algunos pronunciamientos, sino de una igualdad sustancial, es decir, que existan suficientes elementos comunes para catalogar ambos supuestos como iguales y que dichos

⁷² González Rivas, J. J., “La igualdad en la aplicación de la ley y su tratamiento en la jurisprudencia”, en VV. AA., *El principio de igualdad en la Constitución...*, op. cit., pág. 322; SSTC 49/1982, de 14 de julio (F. J. 2º); 52/1982, de 22 de julio (F. J. 5º); 78/1984, de 9 de julio (F. J. 2º); 183/1985, de 20 de diciembre (F. J. 2º); 125/1986, de 22 de octubre (F. J. 1º); 183/1991, de 10 de septiembre (F. J. 3º). Ello no significa que no existan otros principios constitucionales, la seguridad jurídica, o la propia configuración del Estado como Estado de Derecho, que impongan la homogeneidad en la interpretación por los órganos judiciales, pero no como exigencia del principio de igualdad y como garantía a restituir por el Tribunal Constitucional, sino a través de los diversos recursos y ante lo órganos encargados de evitarlas, SSTC 144/1988, de 12 de julio (F. J. 3º); 24/1990, de 15 de febrero (F. J. 3º *in fine*); 201/1991, de 28 de octubre (F. J. 3º).

⁷³ SSTC 200/1990, de 10 de diciembre (F. J. 2º); 134 /1991, de 17 de junio (F. J. 2º); 183/1991, de 30 de septiembre (F. J. 4º); 86/1992, de 8 de junio (F. J. 1º); 46/1996, de 25 de marzo (F. J. 5º).

⁷⁴ ATC 862/1986, de 29 de octubre (F. J. 2º); SSTC 161/1989, de 16 de octubre (F. J. 2º); 177/1993, de 31 de mayo (F. J. 1º); 269/1993, de 20 de septiembre (F. J. 2º). Sin embargo, la compatibilidad de esta exigencia con la admisión de las distintas salas como órganos distintos no ha sido objeto de una clarificación precisa. En este sentido existen pronunciamientos bastante confusos al entrar a analizar la justificación de la desigualdad entre salas distintas [STC 200/1990, de 10 de diciembre (F. J. 2º)], o bien al asimilar los supuestos de cambios de titularidad con la conformación de distintas salas [134/1991, de 17 de junio (F. J. 2º)].

elementos resulten determinantes para la resolución del supuesto⁷⁵. Sin embargo, los pronunciamientos jurisprudenciales no son claros en la utilización de la terminología; en algunos de ellos se exige que se trate de supuestos idénticos, excluyendo los supuestos de mera apariencia, similitud o aplicación analógica⁷⁶, mientras que en otros, y como norma general, la exigencia requiere que los supuestos sean sustancialmente iguales, destacando notoriamente la igualdad⁷⁷.

En cuanto al término de comparación necesario para examinar la igualdad, el recurrente ha de ofrecer, en virtud de las exigencias jurisprudenciales, un término de referencia adecuado, es decir, alegar la existencia de una doctrina consolidada en la aplicación de las normas jurídicas afectadas en función de la cual el órgano judicial debería haber resuelto el supuesto planteado⁷⁸. La doctrina jurisprudencial ha de desarrollar una línea doctrinal cierta que no haya sido superada y que tenga proyección de futuro⁷⁹. No es viable, por tanto, alegar pronunciamientos que inicien una nueva línea jurisprudencial, porque en estos casos las variaciones jurisprudenciales son consecuencia de un “razonable ajuste interpretativo”⁸⁰, ni, por supuesto, adoptar como término de comparación supuestos posteriores en el tiempo, pues ello sería contrario al principio de seguridad jurídica⁸¹, o alegar como base de la infracción de la igualdad el hecho de que el juez haya aplicado o dejado de aplicar una norma ilegalmente⁸².

Por último, la jurisprudencia constitucional requiere la ausencia de motivación suficiente que justifique el cambio de criterio judicial, es decir, que el órgano ju-

⁷⁵ SSTC 5/1987, de 26 de febrero (F. J. 2°); 48/1987, de 22 de abril (F. J. 2°); 200/1989, de 30 de noviembre (F. J. 5°); 266/1994, de 3 de octubre (F. J. 3°); 4/1995, de 6 de febrero (F. J. 1°); 55/1999, de 12 de abril (F. J. 2°); 132/2001, de 7 de junio (F. J. 2°); 117/2004, de 12 de julio (F. J. 2°); 129/2004, de 19 de junio (F. J. 3°).

⁷⁶ SSTC 8/1981, de 30 de marzo (F. J. 6°); 23/1981, de 10 de julio (F. J. 4°); 14/1982, de 21 de abril (F. J. 7°); ATC 475/1984, de 26 de julio (F. J. 2°); SSTC 25/1987, de 26 de febrero (F. J. 2° *in fine*); 2/1991, de 14 de enero (F. J. 3°). Existen casos en que parece aceptarse la simple similitud entre los supuestos planteados, STC 183/1985, de 20 de diciembre (F. J. 2°).

⁷⁷ SSTC 63/1984, de 21 de mayo (F. J. 5°); 64/1984, de 21 de mayo (F. J. 2°); 74/1984 de 9 de julio (F. J. 3°); 185/1988, 14 de octubre (F. J. 10°).

⁷⁸ SSTC 19/1987, de 17 de febrero (F. J. 5°); 103/1990, de 9 de marzo (F. J. 2°); 154/1994, de 23 de mayo (F. J. 1°).

⁷⁹ La STC 142/1985, de 23 de octubre (F. J. 1°), exige generalidad, continuidad y firmeza. En el mismo sentido, SSTC 148/1987, de 20 de abril (F. J. 2°); 120/1987, de 10 de julio (F. J. 3°); 73/1988, de 21 de marzo (F. J. 3°); 201/1991, de 28 de octubre (F. J. 2°); 90/1993, de 15 de marzo (F. J. 3° y 4°).

⁸⁰ STC 63/1984, de 21 de mayo (F. J. 4°).

⁸¹ SSTC 100/1988, de 7 de junio (F. J. 4°); 24/1990, de 15 de febrero (F. J. 3°); 152/1994 de 23 de mayo (F. J. 3°); ATC 233/1985, de 10 de abril (F. J. 3°); ATC 1104/ 1987, de 13 de octubre (F. J. 2°).

⁸² STC 21/1992, de 14 de febrero (F. J. 4°); ATC 327/1995, de 11 de diciembre (F. J. 3°).

dicial no haya explicado suficientemente las razones por las que el supuesto posterior en el tiempo se resuelve acudiendo a criterios distintos a los utilizados en supuestos anteriores⁸³. La necesidad de que exista dicha justificación constituye una exigencia de los principios de interdicción de arbitrariedad y de seguridad jurídica; de conformidad con ellos, la motivación habría de contener una mención expresa del precedente mismo, evidenciar las razones que han justificado el cambio de criterio y, por último, la articulación de la nueva solución al supuesto planteado⁸⁴. No obstante, dentro del cambio de criterio no se pueden incluir la simple adecuación de la interpretación al caso concreto, la corrección de errores interpretativos, la adaptación de la norma a la realidad social o, incluso, la propia evolución en el entendimiento de la norma aplicable por el órgano judicial⁸⁵. Además, el nuevo criterio utilizado ha de tener la consistencia necesaria como para proyectarse en el futuro, lo que implica que ha de aparecer como solución genérica, susceptible de resolver los diversos supuestos que se planteen⁸⁶.

Aunque pueda parecer sorprendente, dichas exigencias, de conformidad con la doctrina constitucional, no son incompatibles con la legitimidad constitucional de las motivaciones implícitas, pues si bien es cierto que la motivación en la forma descrita sería el medio idóneo para asegurar la efectividad de los principios mencionados, no es el único compatible con el texto constitucional⁸⁷. De conformidad con este planteamiento, las garantías que otorga la motivación suficiente no se verán mermadas por la motivación implícita, siempre que resulte patente que la di-

⁸³ En este aspecto la terminología constitucional es algo más que confusa. En ocasiones se refiere a la exigencia de motivación suficiente o manifiesta [STC 200/1990, de 10 de diciembre (F. J. 2º)]; en otras a fundamentación suficiente [SSTC 183/1985, de 20 de diciembre (F. J. 2º), 25/1987, de 26 de febrero (F. J. 1º)]; incluso, hace referencia a una fundamentación suficiente y razonable [SSTC 49/1982 de 14 de julio (F. J. 2º); 52/1982 de 26 de julio (F. J. 5º); 81/1987, de 13 de noviembre (F. J. 1º); 55/1988, de 24 de marzo (F. J. 1º)], justificación racional y admisible [STC 78/1984, de 9 de julio (F. J. 2º)] o fundamentación adecuada o justificadora [SSTC 120/1987, de 10 de julio (F. J. 3º); 90/1993, de 15 de marzo (F. J. 3º)]. Otros pronunciamientos, SSTC 122/2001, de 4 de junio (F. J. 2º); 193/2001, de 1 de octubre (F. J. 3º); 152/2002, de 15 de julio (F. J. 2º); 210/2002, de 11 de noviembre (F. J. 3º).

⁸⁴ SSTC 63/1984, de 21 de mayo (F. J. 4º); 49/1985, de marzo (F. J. 2º). Sin embargo, hay que advertir que las exigencias de esta justificación (motivación) se someten a un proceso de relajación considerable que conlleva en última instancia una nueva concepción de la seguridad jurídica para los ciudadanos. La noción de seguridad jurídica que tal concepción impone consiste en garantizar la “*posible previsibilidad de la resolución judicial*” y, en caso de no ser así, la garantía de un pronunciamiento justificado [STC 30/1987, de 11 de marzo (F. J. 2º *in fine*); ATC 1104/1987, de 13 de octubre (F. J. 2º)].

⁸⁵ SSTC 14/1982, de 21 de abril (F. J. 7º); 30/1987, de 11 de marzo (F. J. 2º).

⁸⁶ SSTC 101/1987, de 15 de junio (F. J. 6º); 200/1990, de 10 de diciembre (F. J. 3º); 201/1991, de 28 de octubre (F. J. 2º).

⁸⁷ STC 64/1984, de 21 de mayo (F. J. 2º).

ferencia de trato deriva de un cambio de criterio por deducirse bien del propio pronunciamiento, bien de pronunciamientos posteriores⁸⁸.

No obstante, hay que advertir que en los primeros pronunciamientos que perfilan los requisitos de esa motivación implícita, el punto de partida para su admisión se centra en su excepcionalidad, de forma que sólo será admisible en aquellos supuestos en que “*pueda inferirse con relativa seguridad que el cambio de criterio, objetivamente perceptible, es consciente, excluyendo la arbitrariedad y la inadvertencia del juzgador*”⁸⁹. Sin embargo, la evolución posterior no ha permitido consolidar el carácter excepcional, sino al contrario, la cristalización de la motivación implícita como regla general⁹⁰. Por tanto, la exigencia jurisprudencial, lejos de centrarse en la objetividad y razonabilidad de la diferencia establecida, se limita a comprobar que dicho cambio se haya producido reflexivamente, es decir, que la decisión judicial se adopte teniendo en cuenta la existencia de precedentes distintos, siendo consciente de que se está modificando el criterio interpretativo y de que no se trata de una ruptura inadvertida u ocasional en la trayectoria jurisprudencial⁹¹.

En definitiva, y como conclusión, la doctrina constitucional sobre la igualdad en la aplicación de la ley ha sido objeto de un endurecimiento paulatino en los distintos requisitos que la conforman hasta llegar a una exigencia mínima o prácticamente nula del principio frente a jueces y tribunales⁹². Además de la permisión de una justificación implícita que si bien en los inicios se exigía con carácter excepcional, se ha generalizado con el paso del tiempo, el mayor atentado sufrido en esta

⁸⁸ SSTC 63/1984, de 21 de mayo (F. J. 4º); 64/1984, de 21 de mayo (F. J. 2º); 49/1985, de 28 de marzo (F. J. 2º); 166/1985, de 9 de diciembre (F. J. 5º); 52/1986, de 30 de abril (F. J. 2º); 120/1987, de 10 de julio (F. J. 6º); 2/1991, de 14 de enero (F. J. 3º); 269/1993 de 20 de septiembre (F. J. 2º y 4º); 42/1993, de 8 de febrero (F. J. 2º).

⁸⁹ SSTC 49/1985, de 28 marzo (F. J. 2º); 166/1985, de 9 de diciembre (F. J. 5º); 52/1986, de 30 de abril (F. J. 2º). Incluso existen pronunciamientos que pueden parecer disconformes con la motivación implícita, SSTC 58/1986, de 14 de mayo (F. J. 2º); 101/1987, de 15 de junio (F. J. 9º); 55/1988, de 24 de marzo (F. J. 3º); 185/1988, de 14 de octubre (F. J. 5º *in fine*).

⁹⁰ STC 101/1987, de 15 de junio (F. J. 6º). La doctrina no ha variado a lo largo del tiempo. Una síntesis en pronunciamientos más recientes, SSTC 70/2003, de 9 de abril (F. J. 2º); 89/2003, de 19 de mayo (F. J. 3º); 140/2003, de 14 de julio (F. J. 4º); 229/2003, de 18 de diciembre (F. J. 6º); 28/2004, de 4 de marzo (F. J. 5º).

⁹¹ SSTC 30/1987, de 11 de marzo (F. J. 2º); 48/1987, de 22 de abril (F. J. 2º); 181/1987, de 13 de noviembre (F. J. 3º); 161/1989, de 16 de octubre (F. J. 3º); 207/1992, de 30 de noviembre (F. J. 2º); 266/1994, de 3 de octubre (F. J. 3º); 47/1995, de 14 de febrero (F. J. 3º); 25/1999, de 8 de marzo (F. J. 5º); 75/2000, de 27 de marzo (F. J. 2º); 193/2001, de 14 de febrero (F. J. 3º).

⁹² En el mismo sentido, Rubio Llorente, F., “La igualdad en la aplicación...”, *op. cit.*, págs. 56 y ss.; Durán López, F., “El principio de igualdad en las relaciones laborales. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”, VV. AA., *Problemas actuales de la justicia: Homenaje al Prof. Gutiérrez-Alvz y Armario*, 1988, págs. 17 y ss.

dirección lo ha constituido la inhibición del Tribunal al resolver los supuestos. Ate-
morizado por el peligro que supone para el principio de independencia judicial la
valoración de las desigualdades, se ha limitado a comprobar la existencia de un
cambio de criterio reflexivo, eludiendo el análisis de la justificación y su adecua-
ción, tal como requiere el juicio de igualdad y la prohibición de arbitrariedad⁹³.

Muchos autores han manifestado su desacuerdo con la transformación de la ra-
zonabilidad en reflexibilidad, incidiendo especialmente en que la exigencia de un
cambio de criterio, por muy reflexivo que éste sea, no impide la arbitrariedad, y ad-
virtiendo que, en definitiva, el Tribunal elude entrar en el fondo del asunto⁹⁴. La
identificación artificiosa entre justificación objetiva y razonable y motivación de la
resolución, han provocado, como ya ha denunciado la doctrina, el vaciado frente a
jueces y tribunales del art. 14 CE⁹⁵. En estas circunstancias, la observancia del prin-
cipio de igualdad se traduce, en último término, en el deber de motivar las resolu-
ciones judiciales, exigencia que, por sí, ya viene impuesta por el art. 24 de la CE⁹⁶.

Teniendo en cuenta esta perspectiva, no podemos sino abogar por la exigencia
más estricta del principio de igualdad ante la ley, que siguiendo la línea establecida

⁹³ A estos efectos son significativos los argumentos utilizados en las SSTC 63/1984, de 21 de abril (F. J. 4º); 30/1987, de 11 de marzo (F. J. 2º); 42/1993, de 8 de febrero (F. J. 2º). No obstante, existen pronunciamientos en los que sí se ha entrado a analizar la suficiencia de la justificación: SSTC 162/1985, de 29 de noviembre (F. J. 2º); 12/1988, de 3 febrero (F. J. 4º); 161/1989, de 16 de octubre (F. J. 3º), 103/1990, de 15 de marzo (F. J. 3º y 4º).

⁹⁴ Suay Rincón, J., “La igualdad en la aplicación de la ley ante el mismo órgano judicial”, en VV. AA., *El principio de igualdad en la Constitución...*, op. cit., pág. 375; Ruiz Miguel, J. A., “La igualdad en la Jurisprudencia...”, op. cit., pág. 186.

⁹⁵ Ollero Tassara, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, CEC, Madrid, 1989, págs. 50 y ss.; Hernández Fernández, A., “Algunas reflexiones en torno a los cambios de criterio jurisprudencial”, en VV. AA., *La Constitución y la práctica del Derecho*, T II, Pamplona, Aranzadi, 1998, págs. 1509 y ss.

⁹⁶ REQUEJO PAGÉS, J. L., “Juridicidad, precedente y jurisprudencia...”, op. cit., pág. 249; Martínez Rocamora, L. G., *Decisiones empresariales...*, op. cit., pág. 90; Martínez Tapia, R., *Igualdad y razonabilidad...*, op. cit., pág. 149; Mercader Uguina, J. R., “El imposible derecho a la igualdad...”, op. cit., págs. 633–634. En este sentido, hay que destacar algunos pronunciamientos que evidencian el contenido del art. 24 CE. La exigencia constitucional de motivación de las sentencias judiciales (art. 120.3 CE) se fundamenta en los principios que derivan del Estado de Derecho y como tal forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva [SSTC 24/1990, de 15 de febrero (F. J. 5º); 131/1990 de 16 de julio (F. J. 1º); 22/1994, de 27 de enero (F. J. 2º)]. La función principal que cumple dicha exigencia, de conformidad con la seguridad jurídica, es facilitar el conocimiento de los criterios jurídicos que han fundamentado la decisión, y por tanto la exclusión de la arbitrariedad, bien con carácter expreso o implícito [SSTC 109/1992, de 14 de septiembre (F. J. 3º); 126/1992, de 14 de septiembre (F. J. 3º); 22/1994, de 27 de enero (F. J. 2º), 325/1994, de 12 de diciembre (F. J. 3º)]. Las similitudes entre las exigencias que frente a los órganos aplicadores del derecho imponen ambos preceptos constitucionales son patentes, hasta el punto, que no faltan pronunciamientos en los que se identifican [SSTC 12/1988, de 3 de febrero (F. J. 3º), 141/1994, de 9 de mayo (F. J. 1º) y 28/1994, de 4 de marzo (F. J. 5º)].

por los primeros pronunciamientos, garantice con más rotundidad los principios de interdicción de la arbitrariedad y la seguridad jurídica⁹⁷. Ello conlleva la necesidad de una justificación razonable y expresa de las diferencias establecidas, que no sólo no es incompatible con el principio de independencia judicial, sino que garantizaría la supremacía de los preceptos constitucionales, entre ellos, el derecho fundamental de igualdad⁹⁸.

3. EFICACIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES PRIVADAS

Hasta el momento, en el estudio realizado hemos podido constatar la eficacia del principio de igualdad frente a las acciones de los poderes públicos. Resta, por tanto, hacer una consideración sobre la vigencia y consecuente eficacia en las relaciones entre privados. En este sentido, antes de entrar en la exposición, hay que tener en cuenta que el discurso dentro de la doctrina científica pueden desdibujarse un poco, pues para un correcto planteamiento del asunto es necesario considerar la concepción de la igualdad de la que se parte. Si consideramos que el derecho de igualdad se integra por la prohibición de discriminación, lógicamente, habría de regir en el ámbito privado en cuanto los términos constitucionales en los que se reconoce el derecho no dejan lugar a dudas⁹⁹. Sin embargo, la cuestión no es tan sen-

⁹⁷ La doctrina se manifiesta en el sentido de configurar, de acuerdo con esa jurisprudencia inicial, la igualdad en la aplicación de la ley de acuerdo con tres criterios: la prohibición de arbitrariedad, la seguridad jurídica y la necesaria justificación en el cambio de criterio, González Rivas, J. J., "La igualdad en la aplicación de la ley...", op. cit., pág. 318.

⁹⁸ Cuando el derecho afectado es la prohibición de discriminación el análisis se torna mucho más riguroso [SSTC 144/1988, de 12 de julio (F. J. 3°); 119/1989, de 3 de julio (F. J. 4°)], llegando incluso a poner de manifiesto, en este último pronunciamiento, que el mandato de igualdad sólo vincula cuando su infracción produce discriminación. Destaca la importancia del primer pronunciamiento, Mercader Uguina, J. R., "El imposible derecho a la igualdad...", op. cit., pág. 594.

⁹⁹ En el ámbito laboral son muchos los autores que parten de esta posición: Palomeque López, M. C., "El derecho constitucional de igualdad...", op. cit., págs. 16-18; Bueno Mangano, O., "La igualdad y no discriminación en las relaciones de trabajo", en VV. AA., *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Madrid, MTSS, 1985, pág. 826; García Blasco, J., "Discriminación laboral por razón de sexo o estado civil en normas sectoriales preconstitucionales y acción de defensa de la igualdad", en VV. AA., *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas...*, op. cit., pág. 719; García Murcia, J., "La preferencia en el empleo en los convenios colectivos y el principio de no discriminación", en VV. AA., *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas...*, op. cit., págs. 770 y ss.; Durán López, F., "El principio de igualdad en las relaciones laborales...", págs. 21 y ss. En el ordenamiento jurídico italiano, Comito, F., "Teorie sul principio d'eguaglianza nel diritto privato e nel diritto del lavoro", *Dir. Lav.*, 1972, T. I., págs. 247 y ss. No obstante, en otros ámbitos se contempla la posibilidad de una vigencia mediata no

cilla si partimos del mandato de igualdad como diferenciado del relativo a la discriminación. Partiendo de esta base ¿es posible exigir a un ente privado que justifique las diferencias de trato que establece frente a determinados individuos si éstas no son discriminatorias?

Según la doctrina científica y la jurisprudencia constitucional, la igualdad, a diferencia del derecho a la no discriminación, no es exigible en el ámbito privado a no ser que exista principio jurídico que expresamente lo establezca¹⁰⁰. Dicho principio jurídico puede estar contemplado en la propia Constitución o en disposiciones inferiores, tales como leyes, costumbres o principios generales del derecho. De conformidad con este planteamiento, existen sectores doctrinales que defienden una eficacia mediata a través de las cláusulas del orden público constitucional (1255 y 6.2 del CC), fundamentalmente en aquellos casos en que en las distintas relaciones jurídicas se pueda detectar una parte dominante, o una determinada conexión, por pequeña que sea, con los poderes públicos.

No obstante, a pesar de ser esta la línea mayoritaria, hay que destacar que, desde fechas muy tempranas, han existido posturas divergentes en distintos sectores del ordenamiento jurídico, siendo el ámbito laboral donde con más consistencia se han fundamentado las teorías de la eficacia inmediata de la igualdad en las relaciones entre privados¹⁰¹. Precisamente ha sido este sector del ordenamiento el

ya del derecho a la igualdad sino de la prohibición de discriminación: Bercovitz Rodríguez-Cano, R., "Principio de igualdad y Derecho Privado", *ADC*, núm. 2, 1990, págs. 424-425. Alfaro Águila-Real, J., "Autonomía privada y derechos fundamentales", *ADC*, núm. 1, 1993, págs. 107 y ss.

¹⁰⁰ La línea predominante en la jurisprudencia constitucional se ha inclinado por reconocer eficacia inmediata al derecho a la no discriminación, y eficacia mediata al derecho de igualdad. En este sentido, SSTC 59/1982, de 28 de julio (F. J. 3º); 34/1984, de 9 de marzo (F. J. 2º); 63/1984, de 21 de mayo (F. J. 4º); 161/1991, de 18 de julio (F. J. 1º); 145/1992 de 13 de octubre (F. J. 3º); 22/1994, de 27 de febrero (F. J. 4º); 54/1995, de 24 de febrero (F. J. 4º). Existen pronunciamientos en que se niega dicha eficacia al principio de igualdad [por todas, STC 108/1989, de 8 de junio (F. J. 1º)], o simplemente reconoce su eficacia frente a los poderes públicos sin hacer ninguna referencia a los poderes privados [entre otras, SSTC 22/1981, de 2 de julio (F. J. 3º); 34/1981, de 10 de noviembre (F. J. 3º); 7/1982, de 26 de febrero (F. J. 2º); 49/1982, de 14 de julio (F. J. 2º)]. Excepcionalmente, la doctrina de la igualdad se ha aplicado a casos de discriminación indirecta [STC 22/1994, de 27 de enero (F. J. 4º)].

¹⁰¹ Bilbao Ubillos, J. M., y Rey Martínez, F., "Veinte años de jurisprudencia...", op. cit., pág. 274, admiten, con carácter excepcional, la vigencia directa del principio de igualdad en aquellos supuestos en que la relación entre las partes no sea asimétrica, como por ejemplo en el ámbito de las relaciones laborales. Diferenciando claramente entre los derechos a la igualdad y a la no discriminación, abogan por reconocer eficacia entre privados al derecho de igualdad, García Murcia, J., *La revisión de los convenios colectivos a través de recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1992, pág. 148; Fernández López, M. F., "Revisión en amparo de la constitucionalidad de convenios colectivos", *REDT*, núm. 38, 1989, pág. 321; Quesada Segura, R., "La igualdad sustancial y el trabajo de la mujer", *VV. AA., II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas...*, op. cit., pág. 850. Otros autores, en cambio, desechan dicha posibilidad cuando la igualdad se enfrenta a la autonomía individual, Cámara Botia, A., "Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo", *RMTAS*, núm. 33, 2001, págs. 86 y ss.; u otros que la

que ha propiciado la evolución de la jurisprudencia constitucional en este sentido, comenzando por simples declaraciones retóricas que, más que asegurar, no excluyan la vigencia del principio en las relaciones privadas, hasta alcanzar una cierta consolidación al extenderla a las decisiones de la autonomía colectiva, independientemente del grado de discrecionalidad que las afecte¹⁰².

Llegados a este punto hay que hacer, de nuevo, una importante matización: dentro de las relaciones privadas que estamos considerando debemos diferenciar las establecidas en virtud de la autonomía colectiva e individual. Aunque ambas constituyen manifestaciones de poder privado, la doctrina laboral suele establecer una diferencia clara a la hora de analizar la eficacia del principio de igualdad en cada uno de estos ámbitos. Como veremos, eso va provocar una multiplicidad de posturas doctrinales que en algunos casos pueden parecer contradictorias. A pesar de ello, y advirtiendo que las posturas de la doctrina científica no están lo suficientemente asentadas como para realizar afirmaciones categóricas, sí podemos afirmar que mayoritariamente se parte de una vinculación directa del principio frente a la autonomía colectiva, mientras que se considera indirecta frente a la autonomía de la voluntad y los poderes empresariales.

3.1. La igualdad como límite a la autonomía colectiva

Los avances más significativos de la evolución jurisprudencial en la exigencia del principio de igualdad en las relaciones entre privados se han producido con ocasión del análisis de la autonomía colectiva y del ejercicio del derecho a la negociación por parte de los agentes sociales, inclinándose por la eficacia inmediata

aceptan, de forma mediata, a través de su inclusión en las cláusulas contractuales como la buena fe contractual o el abuso de derecho, abogando, por tanto, por una contractualización del derecho constitucional, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "Principio de igualdad, autonomía contractual y poderes empresariales", *RL*, T. I, 1991, págs. 31 y ss; Fernández López, M. F., *El poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 310 y ss.

¹⁰² Con respecto a la eficacia inmediata del texto constitucional y de los derechos fundamentales que acoge, SSTC 81/1982, de 21 de diciembre (F. J. 2º); 18/1984, de 7 de febrero (F. J. 6º); 88/1985, de 19 de julio (F. J. 2º); 126/1990, de 5 de julio (F. J. 4º); 14/1993, de 18 de enero (F. J. 2º); 292/1993, de 13 de febrero (F. J. 4º y 6º). Dichas declaraciones se transforman a finales de la década de los noventa, en una afianzada doctrina que preconiza la plena eficacia de los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones entre privados; ejemplos de ello lo constituyen SSTC 99/1994, de 11 de abril (F. J. 7º), referida al derecho a la propia imagen del trabajador; 98/2000, de 10 de abril (F. J. 7º y 9º); 186/2000, de 10 de julio (F. J. 6º y 7º) y 202/1999, de 8 de noviembre (F. J. 5º), relativas al derecho de intimidad; 101/2000, de 10 de abril (F. J. 4º) y 80/2001, de 26 de marzo (F. J. 3º y 4º), respecto del derecho a la libertad de expresión. Referidas al principio de igualdad, SSTC 34/1984 de 9 de marzo (F. J. 2º); 52/1987, de 7 de mayo (F. J. 2º); 177/1988, de 10 de octubre (F. J. 4º); 241/1988, de 19 de diciembre (F. J. 3º); 128/1987, de 16 de julio (F. J. 3º), 145/1991, de 1 de julio (F. J. 6º); 28/1992, de 9 de marzo (F. J. 2º); 189/1993, de 14 de julio (F. J. 7º); 67/1995, de 9 de mayo (F. J. 6º), 95/1996 de 29 de mayo (F. J. 6º).

del principio, de forma que un convenio colectivo no podrá regular diferencialmente las condiciones de trabajo a no ser que exista una justificación objetiva y razonable¹⁰³. La razón principal de la afectación directa del convenio colectivo a los derechos fundamentales y, en concreto, al principio de igualdad, se encuentra, de conformidad con la doctrina constitucional, en su especial naturaleza: la peculiaridad que presenta el convenio colectivo de eficacia general en nuestro sistema de relaciones laborales lo acerca notablemente a una norma legal; así, al contener una regulación general y abstracta de las condiciones de trabajo en su específico ámbito de aplicación, encajaría en una definición amplia del concepto de ley que aparece en el art. 14 CE y, por tanto, también estaría sujeto al mencionado principio¹⁰⁴.

Sin embargo, dicha consideración podría resultar un tanto peligrosa, pues considerar la generalidad y abstracción como dato determinante de la eficacia del principio de igualdad en el sistema de relaciones laborales conlleva implícitamente excluirla respecto de otros instrumentos que, procediendo también de la autonomía colectiva, no gozan de las características indicadas, por ejemplo, los convenios colectivos de eficacia limitada¹⁰⁵. Además, ello conllevaría negarla respecto de otras instituciones laborales, potencialmente lesivas de los derechos de los trabajadores: el poder de dirección empresarial¹⁰⁶.

Por ello, y por mucho que el Tribunal pretenda extender el principio de igualdad basándose en la especial naturaleza del convenio, asimilándolo a un acto público, lo realmente importante es que se trata de un acto privado con especial trascendencia social y, por tanto, que los actos privados, en determinadas circuns-

¹⁰³ Centradas en el derecho a la igualdad como exigencia de motivación objetiva y razonable para introducir una diferencia de trato, SSTC 136/1987 de 22 de julio (F. J. 5º y 6º); 177/1988, de 10 de octubre (F. J. 4º); 171/1989, de 19 de octubre (F. J. 2º); 177/1993 de 31 de mayo (F. J. 2º); 189/1993, de 14 de julio (F. J. 7º). En la misma línea, pero exigiendo además la proporcionalidad de la medida diferenciadora, SSTC 119/2002, de 20 de mayo (F. J. 5º); 27/2004, de 4 de marzo (F. J. 4º).

¹⁰⁴ García Murcia, J., *La revisión de los convenios colectivos...*, op. cit., págs. 148 y ss.; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Los límites constitucionales...”, op. cit., págs. 55 y ss. SSTC 136/1987, de 22 de julio (F. J. 5º); 177/1988, de 10 de octubre (F. J. 4º); 171/1989, de 19 de octubre (F. J. 2º B); 28/1992, de 9 de marzo (F. J. 2º); 177/1993, de 31 de mayo (F. J. 2º); 119/2002, de 20 de mayo (F. J. 5º); 27/2004, de 4 de marzo (F. J. 4º); 280/2006, de 9 de octubre (F. J. 5º).

¹⁰⁵ Una postura más razonable ha mantenido el Tribunal Supremo que siempre ha reconocido la vinculación de los convenios colectivos extra-estatutarios [STS de 22 de octubre de 1993, RJ 1993/7856 (F. J. 5º)].

¹⁰⁶ SSTC 145/1992, de 13 de octubre (F. J. 3º); 177/1988, de 10 de octubre (F. J. 4º). Un comentario de esta última en Fernández López, M. F., “Revisión en amparo de la constitucionalidad...”, op. cit., pág. 320. Para la autora, la justificación ofrecida, es decir, la publicación del convenio colectivo, no hace sino bordear la verdadera cuestión que se suscita: la naturaleza privada de las partes.

tancias, están obligados a respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre ellos el derecho de igualdad¹⁰⁷. Ciertamente, en el ámbito privado la vigencia de estos derechos ha de compatibilizarse con otros bienes y valores constitucionalmente protegidos, distintos a los que rigen en el ámbito público¹⁰⁸. Ello justifica la “vigencia matizada” que se menciona en multitud de pronunciamientos, y que para nosotros más que matización es ponderación y, en consecuencia, eficacia inmediata, aunque no absoluta, en el ámbito privado del derecho de igualdad¹⁰⁹.

La necesaria matización del derecho de igualdad no implica eficacia jurídica mediata a través de la intervención legislativa o jurisdiccional, como parece desprenderse de algunos estudios, sino necesidad de compatibilizar sus exigencias con otros intereses o bienes protegidos. Desde la perspectiva contraria, el reconocimiento en el ámbito privado de otros principios, constitucionalmente garantizados, sólo atempera, no excluye, la eficacia del derecho de igualdad. De esta forma, su aplicación inmediata en las relaciones laborales conlleva la consideración de distintos principios constitucionales, dependiendo del sujeto que introduce la diferencia de trato.

Tratándose del convenio colectivo, el principio fundamental a considerar sería la autonomía colectiva que, a diferencia de la autonomía individual, presenta la particularidad de erigirse como un poder disperso, conjunto y transaccional. Dichos caracteres, sin duda alguna, aumentarán las dificultades para la aplicación del principio de igualdad: la dispersión y transaccionalidad necesariamente se ha de traducir en la exigencia del principio respecto de cada convenio individualizado, excluyendo las comparaciones entre varios convenios de distinto ámbito de negociación o sucesivos en el tiempo¹¹⁰. Y ello debe ser así porque la propia estructura de la autonomía colectiva se concibe como una limitación del principio de

¹⁰⁷ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Principio de igualdad y Derecho...”, op. cit., pág. 1082; Fernández López, M. F., “La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos”, *RL*, T. I, 1988, págs. 395 y ss.

¹⁰⁸ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Principio de igualdad, autonomía contractual...”, op. cit., pág. 29. STC 177/1988, de 10 de octubre (F. J. 4º).

¹⁰⁹ SSTC 241/1988, de 19 de diciembre (F. J. 3º); 177/1988, de 10 de octubre (F. J. 4º); 171/1989, de 19 de octubre (F. J. 2º b); 2/1998, de 12 de enero (F. J. 2º); 27/2004, de 4 de marzo (F. J. 4º). En el ordenamiento jurídico italiano, la Corte Constitucional Italiana ha abogado claramente por la aplicación del principio en el ámbito privado en la Sentencia núm. 103, de 9 de marzo de 1989. En este sentido, D’Antona, M., “Uguaglianze difficili”, *LD*, núm. 4, 1992, pág. 603; Grandi, M y Pera, G., *Commentario breve alle leggi sul lavoro. Costituzione della Repubblica Italiana. Principi fondamentali, art. 3 CI*, Padova, Cedam, 2001, pág. 13. Una visión generalizada de las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales en Barbera, M., “El desafío de la igualdad”, *TL*, núm. 59, 2001, págs. 243 y ss.

¹¹⁰ García Murcia, J., *La revisión de los convenios colectivos...*, op. cit., pág. 151; Borrajo Dacruz, E., “Negociación colectiva y libertad de empresa” en VV. AA., *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid, IEE, 2005, pág. 352.

igualdad entendido en sentido absoluto: la necesaria dispersión de la negociación colectiva engendra el establecimiento de regulaciones diferenciadas en función del ámbito de negociación legítimamente elegido que no pueden ser evitadas a través del principio de igualdad. Pero ello sólo excluye la aplicación del principio de forma absoluta, lo que no implica que las diferencias hayan de realizarse al margen de la razonabilidad¹¹¹.

El problema más acuciante con el que se ha encontrado la jurisprudencia constitucional ha sido el relativo al ámbito personal de aplicación del convenio colectivo y, concretamente, el de las diferenciaciones establecidas en función de la modalidad de adscripción a la empresa, es decir, dependiendo de la existencia de un contrato indefinido o temporal. En este sentido, se pueden plantear dos problemas fundamentalmente: por un lado, la exclusión del colectivo de trabajadores temporales del ámbito de aplicación del convenio colectivo; por otro, la regulación diferenciada de condiciones de trabajo atendiendo a la naturaleza temporal o no del vínculo contractual.

En el primer caso, el problema se centraría en analizar si la facultad de seleccionar las unidades de negociación, en principio una decisión libre de las partes, se ha de amoldar a los valores y principios constitucionales, especialmente al principio de igualdad que exige la razonabilidad de la diferenciación¹¹². De conformidad con la jurisprudencia constitucional, la selección de las unidades de negociación, a pesar de ser una elección libre de las partes, ha de respetar las exigencias que derivan del derecho a la igualdad y no discriminación¹¹³. Sin embargo, algunos autores han puesto en evidencia el error en el que se incurre al tratar dicho asunto como un problema de igualdad. Desde esta perspectiva, se considera que el principio de igualdad no entrañaría un juicio negativo de razonabilidad, sino que iría más allá al extenderse a un examen de idoneidad contrario a la autonomía colectiva como poder de decisión conjunta sobre las condiciones de trabajo y el sistema de relaciones laborales¹¹⁴.

En el segundo caso, y con respecto al contenido del convenio colectivo, la jurisprudencia admite ciertas diferenciaciones siempre que no se deban en exclusiva al carácter temporal del vínculo laboral, sino que tengan en consideración otro tipo

¹¹¹ García Murcia, J., *La revisión de los convenios colectivos...*, op. cit., págs. 146, 152; Fernández López, M. F., "Revisión en amparo de la constitucionalidad...", op. cit., pág. 317; STC 177/1988, de 10 de octubre (F. J. 4°).

¹¹² Fernández López, M. F., "La exclusión de los trabajadores temporales...", op. cit., pág. 392.

¹¹³ SSTC 52/1987 de 7 de mayo (F. J. 4°); 136/1987, de 22 de julio (F. J. 5°); 177/1988, de 10 de octubre (F. J. 4° y 5°); ATC 867/1986, de 29 de octubre (F. J. 2°).

¹¹⁴ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "Principio de Igualdad y Derecho...", op. cit., pág. 1084; Fernández López, M. F., "La exclusión de los trabajadores temporales...", op. cit., págs. 399 y ss.

de diferencias, como las funcionales o el distinto peso o importancia de las tareas desempeñadas; en caso contrario, la diferenciación constituye una discriminación al minusvalorar el trabajo desempeñado por el grupo más débil y desprotegido¹¹⁵. Desde este punto de vista se han considerado legítimas, de conformidad con la naturaleza y función constitucional de la negociación colectiva y con la regulación internacional en la materia¹¹⁶, las diferencias establecidas en función del trabajo efectivamente prestado, tomando como referencia las distintas funciones, o bien la concurrencia de circunstancias objetivas conectadas con la actividad, siempre que sean completamente ajenas a todo criterio discriminatorio¹¹⁷. El límite, por tanto, que impone el derecho de igualdad frente a la autonomía colectiva se encuentra no ya en la existencia de trabajos idénticos sino en la existencia de trabajos de igual valor, ecuación que en caso de romperse constituye un atentado contra el precepto constitucional¹¹⁸.

De esta forma, podemos concluir que el proceso de evolución en la exigencia a la autonomía colectiva del principio de igualdad se desarrolla de forma paralela al más amplio y general de vinculación del resto de derechos fundamentales, y si bien dicho proceso parece estar alcanzado cierta consolidación, todavía en algunos pronunciamientos no queda excesivamente claro que se refiera a la igualdad como derecho distinto a la no discriminación, sobre todo si consideramos que los supuestos más numerosos que se han planteado versan sobre la exclusión o regulación diferenciada de condiciones de trabajo para colectivos determinados¹¹⁹.

¹¹⁵ SSTC 52/1987, de 7 de mayo (F. J. 2º); 136/1987, de 22 de julio (F. J. 5º); 177/1993, de 31 de mayo (F. J. 3º).

¹¹⁶ Arts. 3.3 del Convenio núm. 100 OIT (1951) y 3.5 de la Recomendación núm. 90 OIT (1951), sobre igualdad de remuneración para trabajos de igual valor.

¹¹⁷ ATC 22/1986, de 15 de enero (F. J. 4º); SSTC 170/1988, de 29 de septiembre (F. J. 2º); 177/1988, de 10 de octubre (F. J. 5º); 145/1991, de 1 de julio (F. J. 3º); 119/2002, de 20 de mayo (F. J. 5º); 27/2004, de 4 de marzo (F. J. 4º).

¹¹⁸ SSTC 31/1984, de 7 de marzo (F. J. 10); 136/1987, de 22 de julio (F. J. 6º); 177/1993, de 31 de mayo (F. J. 4º). La noción de trabajo de igual valor se extrae del ordenamiento internacional. En este sentido, art. 2.1 del Convenio 100 OIT, de 29 de junio de 1954 (ratificado el 26 de octubre de 1967); art. 7 a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ratificado 30 de abril de 1977) y art. 4.3 de la Carta Social Europea (ratificada el 11 de agosto de 1980). En el ámbito comunitario, art. 119 del Tratado de Roma, aplicado de forma extensiva por la jurisprudencia y ampliado en el art. 1 de la Directiva 75/117 [STJCE de 1 de julio de 1988 (Asunto Dummerl-Dato Druck)].

¹¹⁹ Es el caso de los trabajadores temporales, colectivo que en la doctrina constitucional aparece caracterizado, cuando es objeto de una diferencia de trato que minusvalora las funciones desempeñadas, como un grupo segregado y peor tratado, notoriamente más débil y desprotegido en el momento de la contratación, ya que carecen de poder de negociación por sí solos y se encuentran en una situación desfavorable *a priori* respecto del personal de plantilla [STC 177/1993, de 31 de mayo (F. J. 2º y 3º)]. Con ello, la desigualdad parece convertirse en discriminación, sin más soporte que una minusvaloración. Así, las diferencias no razonables se enfocan a través de una concepción estricta del juicio de

3.2. La igualdad como límite a la autonomía individual. La fiscalización de los poderes empresariales a través de la razonabilidad

De forma completamente diversa se enfoca la exigencia de igualdad frente a los poderes empresariales. Si en el ámbito de la negociación colectiva podemos afirmar que la evolución en la eficacia del derecho a la igualdad se produce inmersa en un proceso genérico de consolidación de los derechos fundamentales frente a la autonomía colectiva, esa evolución no se produce cuando se trata de controlar el poder empresarial. Cuando la fiscalización recae sobre los poderes empresariales, el principio de igualdad se debilita, y aunque no faltan declaraciones genéricas que incitan a considerar una postura más matizada, los pronunciamientos constitucionales se centran en el derecho a la no discriminación, bien por alguna de las causas específicas que prohíbe la Constitución, bien por establecer diferencias de trato lesivas de otros derechos fundamentales del trabajador.

Es en este último ámbito, el de las medidas empresariales lesivas de los derechos laborales específicos de los trabajadores, donde se han exigido con más rotundidad, a través de la doctrina de los despidos discriminatorios o lesivos de los derechos fundamentales, los parámetros que conforman el juicio de igualdad: razonabilidad, adecuación y proporcionalidad de la medida empresarial sufrida por el trabajador, tanto si deriva de decisiones empresariales regladas como si es resultado de facultades discrecionales¹²⁰.

La intromisión de un derecho fundamental sustantivo perturba sutilmente el enfoque de la cuestión, pues más que una diferencia de trato lesiva del derecho a la igualdad, la cuestión se puede plantear como discriminación por ejercicio de un derecho fundamental. No obstante, se debe tener muy claro que no sólo debe quedar protegido el ejercicio de los derechos fundamentales, ámbito restringido por cuestión del sujeto que conoce del asunto, también es necesario proteger el resto de derechos e intereses que tanto la Constitución como la normativa laboral reconoce al conjunto de los trabajadores. Desde esta perspectiva más amplia, es difícil imaginar una diferencia de trato que no repercuta, en último término, sobre un interés jurídicamente protegido¹²¹.

A pesar de lo dicho, hay que advertir que de los pronunciamientos constitucionales no puede extraerse la conclusión de que el empresario no esté vinculado

igualdad, extendiendo el fenómeno discriminatorio. Se considera el tipo de contrato como una causa de discriminación, no indirecta, como deriva de la jurisprudencia comunitaria, sino directa. El tratamiento es muy distinto al de las diferencias que se practican entre funcionarios e interinos en la función pública [STC 203/2000 de 24 de julio (F. J. 3º)].

¹²⁰ SSTC 90/1997, de 6 de mayo (F. J. 6º); 190/2001, de 27 de junio (F. J. 5º); 66/2002, de 21 de marzo (F. J. 3º).

¹²¹ Martínez Rocamora, L. G., *Decisiones empresariales...*, op. cit., pág. 87.

por el principio de igualdad de trato. En todos ellos, o bien se reitera la idea de que en el ámbito de la relación laboral no rige un principio de igualdad de carácter absoluto¹²², o bien se requiere para su vigencia la existencia de un principio que la imponga¹²³. Estas afirmaciones no significan exclusión. Al igual que ocurre con los actos procedentes de los órganos públicos, la igualdad ha de aplicarse junto a otros principios genéricos o específicos. Esa contraposición impone una concepción relativa de todos los intereses en juego dirigida a garantizar, respecto de cada uno de ellos, el grado de eficacia suficiente para asegurar la compatibilidad con el resto.

La igualdad en la relación laboral se enfrenta con la protección de la autonomía de la voluntad y sus diversas especificaciones en el ámbito empresarial, concretamente con las diversas facultades que integran el poder de dirección empresarial. Ello aconseja un análisis pormenorizado de cada una de las facultades empresariales y de las circunstancias del caso concreto para determinar los intereses atendibles. Sólo partiendo de esta base se puede determinar la mayor o menor vigencia del principio examinado¹²⁴. Abogamos, por tanto, por una ponderación directa entre el derecho fundamental de igualdad y la libertad empresarial, frente a aquellas posturas que defienden una contractualización del derecho fundamental, obligando con ello a que la igualdad opere desde dentro y no desde fuera como corresponde a su naturaleza constitucional¹²⁵.

El problema sería precisamente establecer ese grado de eficacia. En principio, y partiendo de que todas las facultades empresariales tienen naturaleza privada, no podríamos considerar las distintas connotaciones que presentan las distintas facultades. Si atendiéramos a ese requisito, deberíamos concluir que existen algunas facultades más proclives que otras a la aplicación del principio, como el poder de policía o el poder disciplinario, en cuanto constituyen ejercicio de potestades cuasi-públicas. Otras facultades empresariales, en cambio, estarían más alejadas de las exigencias igualitarias, como la selección de trabajadores o la capacidad empresarial para introducir mejoras individuales en las relaciones laborales¹²⁶. Sin em-

¹²² SSTC 39/2003, de 27 de febrero (F. J. 4º); 34/2004, de 8 de marzo (F. J. 3º).

¹²³ STC 54/1995 de 24 de febrero (F. J. 4º).

¹²⁴ Un examen pormenorizado de las distintas facultades empresariales y el principio de igualdad en Martínez Rocamora, L. G., *Decisiones empresariales...*, op. cit., págs. 193 y ss.

¹²⁵ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "Principio de igualdad, autonomía contractual...", op. cit., pág. 33.

¹²⁶ En materia de retribución, la jurisprudencia constitucional reconoce un amplio margen de actuación a la decisión unilateral del empresario. Éste podrá establecer diferencias retributivas entre los trabajadores obviando el principio de igual salario para trabajo igual, siempre que respete los mínimos legales y convencionales y la diferencia no constituya un supuesto de discriminación. Así se deduce de la doctrina constitucional [STC 34/1984, de 9 de marzo (F. J. 2º); 2/1998, de 12 de enero (F. J. 2º); 74/1998, de 31 de marzo (F. J. 2º); 119/2002, de 20 de mayo (F. J. 6º); 39/2003, de 27 de febrero (F. J.

bargo, adoptar esta postura constituiría un grave error al bordear de nuevo la cuestión y acudir al recurso fácil de asimilar determinadas facultades privadas a potestades públicas. El principio de igualdad, como exigencia de motivar las diferencias de trato, no debe variar su eficacia en función de la naturaleza del sujeto obligado, aunque así se desprenda de la jurisprudencia constitucional¹²⁷. La eficacia, más que de la naturaleza del sujeto, habrá de depender de la existencia o no de un núcleo de poder, público o privado, al que están sometidos un número determinado de personas.

Es necesario abogar por la eficacia del principio de igualdad frente a los distintos poderes empresariales, sobre todo considerando la extensión que en los últimos años están experimentando en las relaciones privadas. La mencionada extensión, junto con las características actuales de los sistemas de relaciones laborales, impone la necesidad de fiscalizar los núcleos de poder privado y evitar el uso arbitrario e irracional frente a los trabajadores¹²⁸. Se trataría de vincular las decisiones empresariales al juicio de razonabilidad, tanto las regladas como las discrecionales, y todo ello en virtud de que dicho poder privado tiene una especial trascendencia social y que se ejercita no en una relación entre sujetos que se encuentran en situaciones iguales, sino que parten de una situación de desigualdad que el ordenamiento jurídico ha de compensar¹²⁹. Es precisamente esa función compensadora del ordenamiento laboral la que legitima tal grado de intervención en la autonomía de la voluntad¹³⁰.

4º); 34/2004, de 8 de marzo (F. J. 3º)]. Sin embargo, a pesar de rechazar la vinculación en el ámbito de las declaraciones generales, existen supuestos en que el Tribunal parece rechazar la lesión del derecho a la igualdad por estar justificada, sin que sea obstáculo para conocer del asunto el hecho de que el trabajador no haya aportado los indicios de discriminación necesarios para el examen de la cuestión [STC 39/2003, de 27 de febrero (F. J. 4º *in fine*)].

¹²⁷ Cuando se trata de un empleador de naturaleza pública el principio de autonomía de la voluntad sufre una importante restricción debido al sometimiento de dichos organismos al principio de interdicción de la arbitrariedad. Ello implica la plena vigencia del principio de igualdad [SSTC 161/1991, de 18 de julio (F. J. 2º y 3º); 2/1998, de 12 de enero (F. J. 2º); 95/1996, de 29 de mayo (F. J. 6º); 34/2004, de 8 de marzo (F. J. 3º); 110/2004, de 30 de junio (F. J. 3º)].

¹²⁸ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Principio de igualdad, autonomía contractual...”, op. cit., pág. 33.

¹²⁹ García Murcia, J., *La revisión de los convenios colectivos...*, op. cit., pág. 149; Bilbao Ubillos, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales...*, op. cit., págs. 436 y ss.

¹³⁰ Román de la Torre, M. D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid, Grapheus D.L., 1992, pág. 30; Del Rey Guanter, S., “La aplicación de los valores superiores en el Derecho del Trabajo.”, *RL*, T. I, 1987, pág. 15–17; Montoya Melgar, A., *El poder de dirección del empresario*, Madrid, IEP, 1965, págs. 45 y ss; Rescigno, P., *Persona e comunità*, Padova, Cedam, 1999, pág. 339; Durán López, F., “Mejoras retributivas, principio de igualdad y discriminación entre los trabajadores”, *RPS*, 1977, núm. 116, pág. 89; Molina Navarrete, “Bases jurídicas y presupuestos políticos...”, op. cit., pág. 104.

Desde esta perspectiva, es importante detenerse y recordar, una vez más, que el principio de igualdad no requiere un trato igualitario en todos los supuestos, sino la justificación objetiva y razonable de las diferenciaciones que se quieran introducir. Sobre esta concepción, la igualdad es un derecho fundamental autónomo, plasmado en nuestra norma constitucional, como instrumento valiosísimo para controlar la arbitrariedad de los distintos centros de poder que actúan en una sociedad y preservar el respeto a los derechos de las personas que se encuentran en su ámbito de influencia¹³¹, y todo ello mediante una fórmula equilibrada que permite compatibilizar el disfrute de los derechos amenazados y la propia existencia de poderes sociales: la razonabilidad en el ejercicio¹³².

Ciertamente el derecho fundamental de igualdad, tal como se reconoce en el art. 14 de la Constitución, se refiere a las normas jurídicas, pero no debemos olvidar que dicha manifestación sólo constituye una visión parcial que, sobre todo en el ámbito laboral, ha de completarse con el mandato de igualdad material (art. 9.2 CE). De conformidad con ello, podemos afirmar que la igualdad no sólo contempla la discriminación, también la existencia de desigualdades sociales y, como consecuencia, la existencia de relaciones jurídicas que se sustentan sobre una desigualdad real de las partes involucradas¹³³. En este sentido, hay que destacar que precisamente dicho precepto tiene por objeto garantizar la igualdad efectiva de los individuos dentro de los distintos grupos a los que se incorporan. El mencionado precepto constitucional, como se ha puesto de manifiesto respecto de su homólogo italiano, alude a las organizaciones colectivas como centros de poder privado, entre las que han de ocupar un lugar destacado las organizaciones productivas¹³⁴ y, en este sentido, el mandato constitucional es claro: los poderes públicos (legislativo, ejecutivo, judicial y Tribunal Constitucional) han de asegurar la pervivencia efectiva en dichas estructuras de las manifestaciones de la libertad y de la igualdad. Ello constituye, sin lugar a dudas, el mandato de igualdad necesario para aquellos sectores doctrinales y jurisprudenciales que todavía dudan de la eficacia directa del art. 14 CE.

¹³¹ González Ortega, S., “La tutela antidiscriminatoria nel diritto...”, op. cit., pág. 480.

¹³² Esta concepción de los poderes empresariales en Montoya Melgar, A., “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, *RMTAS*, núm. 23, 2000, pág. 21.

¹³³ García Murcia, J., *La revisión de los convenios colectivos...*, op. cit., pág. 147.

¹³⁴ Lombardi, G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1970, págs. 111 y ss.

4. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN: SU CONFLICTIVA RELACIÓN CON EL DERECHO A LA IGUALDAD

La relación entre el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación, ambos reconocidos en el art. 14 CE, ha constituido una cuestión muy conflictiva en nuestro ordenamiento jurídico. La polémica ha girado fundamentalmente sobre la relación existente entre este último concepto y el más genérico de igualdad. Partiendo de la base de que ambos están íntimamente relacionados en cuanto comparten unos mínimos rasgos comunes, la discusión se ha centrado en su posible identificación o diferenciación, es decir, si han de considerarse derechos independientes y autónomos o un mismo derecho.

La doctrina laboral, en su gran mayoría, considera que se trata de derechos autónomos, con un significado distinto. Por un lado, estaría el principio de igualdad, que exige que toda diferencia de trato tenga causa justificada y razonable, y, por otro, el derecho a la no discriminación, que además de prohibir diferenciaciones basadas en determinados criterios, exige, en virtud de la conexión con el 9.2 CE, la adopción de medidas encaminadas a eliminar aquellas discriminaciones que a lo largo de la historia, se hubieren establecido en base a ellos¹³⁵.

De conformidad con la doctrina más consolidada en la materia, la prohibición de discriminación proscribire, no aquellas diferencias que no sean objetivas y razonables, sino las desigualdades de trato basadas en determinadas circunstancias, cuya utilización constituye un desprecio a la idea de igualdad entre los seres humanos¹³⁶. Este aspecto de la discriminación, que hasta ahora podría considerarse como una presunción de inconstitucionalidad sobre determinadas diferenciaciones, es decir, como declaración constitucional de que determinados criterios no son válidos para establecer diferencias de trato, se convierte en algo distinto cuando se percibe como mecanismo que garantiza la tutela antidiscriminatoria. Desde esta perspectiva, el mandato de no discriminación exige de los poderes públicos medidas dirigidas a evitar la discriminación, pero también a salvar las discriminaciones existentes hasta el momento, poniéndose así en conexión con el mandato de igualdad real y efectiva que establece el art. 9.2 de la CE¹³⁷.

¹³⁵ Por todos, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Fernández López, M. F., *Igualdad y discriminación...*, op. cit., pág., 82; García Murcia, J., "Igualdad y no discriminación...", op. cit., págs. 391 y ss; González Ortega, S., "La tutela antidiscriminatoria nel diritto...", op. cit., pág. 482. En otros sectores del ordenamiento jurídico, Bilbao Ubillos, J. M., y Rey Martínez, F., "Veinte años de jurisprudencia...", op. cit., pág. 253; Ruiz Miguel, J. A., "La igualdad en la Jurisprudencia...", op. cit., págs. 168 y ss.

¹³⁶ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "No discriminación...", op. cit., pág. 330.

¹³⁷ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "No discriminación...", op. cit., pág. 332.

Los mecanismos de aplicación de la igualdad, entendida como juicio que impone las desigualdades objetivas y razonables, se concretan en una serie de criterios que integran el juicio de razonabilidad y tienen por objetivo evitar la arbitrariedad de los poderes públicos y privados, respetando la discrecionalidad al permitir todas las actuaciones posibles excepto la irrazonable. En cambio, la prohibición de discriminación, cuyo fin es evitar los resultados discriminatorios a través de la exigencia de paridad, ha de evitar la discrecionalidad¹³⁸. En este sentido, la tutela antidiscriminatoria se estructura básicamente para evitar la *discriminación entre*, a la que se responde a través de la parificación, y la *discriminación contra*, a la que se responde con medidas de acción positiva. Así, y a diferencia de la igualdad, la discriminación supone el establecimiento de reglas prohibitivas y la adopción de reglas positivas que impongan determinadas conductas¹³⁹.

En cambio, en contraposición a los anteriores, existen otros autores que consideran que se trata del mismo derecho o principio¹⁴⁰, de forma que la prohibición de discriminación constitucional impone una presunción de que las diferenciaciones realizadas conforme a los criterios vedados son arbitrarias e irrazonables¹⁴¹.

¹³⁸ SSTC 17/2003, de 30 de enero (F. J. 3º); 309/2003, de 29 de septiembre (F. J. 3º). Para Rubio Llorente, F., "Igualdad", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1985, pág. 3369, la paridad puede entenderse en dos sentidos distintos. En un sentido absoluto, en cuanto implica la imposibilidad de establecer diferenciaciones en base a los criterios que se mencionan en el precepto (éste sería el sentido del mandato de no discriminación por razón de raza o de nacimiento), y en un sentido relativo, en cuanto requiere la adopción de medidas positivas para su consecución, como en el caso de la prohibición de discriminación por razón de sexo a raíz de la interpretación que la jurisprudencia le otorga a partir de la STC 128/1987, de 16 de julio.

¹³⁹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "Principio de igualdad y Derecho...", op. cit., págs. 1099 y ss. SSTC 17/2003, de 30 de enero (F. J. 3º); 27/2004, de 4 de marzo (F. J. 2º). No obstante, existen autores que no consideran adecuado introducir en el concepto de discriminación la denominada "*discriminación entre*", pues no constituye más que una simple diferenciación o distinción, por lo que se terminan tratando como discriminación diferencias de trato que no son injustas sino que se dirigen a eliminar desigualdades estructurales. Desde esta perspectiva se aboga por un concepto de discriminación peyorativo que pierda su sentido neutro [Barrere Unzueta, M. A., "Igualdad y discriminación positiva. Un esbozo de análisis teórico-conceptual", *CEFD*, núm. 9, 2003, pág. 12 (<http://www.uv.es/CEFD>, 30/08/2008)].

¹⁴⁰ Galiana Moreno, J. M., "Derecho a la no discriminación", *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. II, Madrid, Civitas, pág. 2158. En el mismo sentido, aunque con ciertas matizaciones, Rubio Llorente, F., "La igualdad en la Jurisprudencia...", op. cit., pág. 703; Palomeque López, M. C., "El derecho constitucional de igualdad...", op. cit., págs. 11 y ss.; del mismo autor, *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Madrid, Civitas, 1983, pág. 25; Montoya Melgar, A., "El derecho a la no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores", *DL*, núm. 7, 1983, pág. 9; Pabón de Acuña, J. M., "Problemática del principio constitucional...", op. cit., pág. 43.

¹⁴¹ Esta concepción ha sido sustentada durante mucho tiempo por la doctrina constitucional que, como mucho, llegaba a admitir que la discriminación requería un tratamiento más riguroso que la simple igualdad, STC 81/1982, de 21 de diciembre (F. J. 2º); dicha postura conlleva, como puede verse en el pronunciamiento, una concepción de la discriminación bilateral, pudiendo afectar a cualquiera de los sexos independientemente de la situación en la que se encuentren.

Desde estas perspectivas, las diferenciaciones que toman como referencia los criterios enumerados estarían absolutamente prohibidas. Ello provoca una gran merma en la eficacia de la tutela antidiscriminatoria, pues al partir de una concepción de la discriminación bilateral, se veda al legislador y al resto de los poderes públicos la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para erradicar los fenómenos discriminatorios. En última instancia, y forzando mucho la interpretación, la adopción de una medida positiva podría considerarse causa objetiva y razonable para realizar la diferenciación, dejando en manos del poder público la facultad discrecional de adoptarlas. Ambas consecuencias, tanto la prohibición absoluta de diferenciar en base a esos criterios como el reconocimiento de una facultad discrecional para hacerlo, chocan con la tajante declaración constitucional “*sin que pueda prevalecer discriminación alguna*”, contenida en el art. 14 CE.

Sin embargo y a pesar de la polémica existente sobre el contenido y la relación entre los distintos conceptos contenidos en el art. 14 CE, hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones las posiciones doctrinales presentan un carácter intermedio y que existe cierto consenso en considerar la prohibición de discriminación como un mandato, aunque no autónomo, sí distinto o especial con respecto a la igualdad¹⁴². En este sentido, se incide en el distinto nivel de imposición que ocasiona cada uno de los preceptos, lo que se traduce en un mayor rigor en el análisis de la justificación de la medida discriminatoria¹⁴³.

A pesar del talante conciliador de estas posiciones, no se han considerado suficientes por aquel sector doctrinal que aboga por una separación tajante entre los dos mandatos, fundamentalmente porque aumentar el rigor en el examen de la di-

¹⁴² Por ejemplo, para Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, págs. 58 y 59: “No se trata de dos principios contrapuestos, sino de un mismo principio, el de igualdad, que opera de diferente modo en función de cuál sea el factor de diferenciación. Cuando estamos en presencia del criterio de la raza, de la opinión, del sexo, etc., la igualdad se transforma en prohibición de discriminación. Cuando es otro criterio distinto de los enumerados en el artículo 14 de la Constitución, la igualdad exige tan sólo razonabilidad de la diferencia de trato”. Como consecuencia de ello, el autor considera que, tanto la doctrina constitucional en la primera fase de su doctrina como los autores mencionados, incurrir en una confusión al identificar el concepto de igualdad con la concepción liberal del derecho. En el mismo sentido, Bilbao Ubillos, J. M., y Rey Martínez, F., “Veinte años de jurisprudencia...”, op. cit., pág. 25; García Murcia, J., “Igualdad y no discriminación...”, op. cit., págs. 393–394. También Fernández López, M. F., “La discriminación en la jurisprudencia...”, op. cit., pág. 152. señala que dentro del enunciado que hace el art. 14 CE, “*es posible diferenciar dos niveles de imposición: principio de igualdad, y prohibición de discriminación*”.

¹⁴³ Prieto Sanchís, L., “Los derechos sociales...”, op. cit., pág. 28. Los que detentan esta posición se basan en los distintos controles realizados por la jurisprudencia norteamericana sobre las diferencias de trato establecidas por el legislador. De hecho, no es infrecuente encontrar supuestos en la jurisprudencia constitucional, sobre todo de los primeros años, en que se pregonaban distintos niveles de control en función de que la diferencia fuese o no discriminatoria [SSTC 81/1982, de 21 de diciembre (F. J. 2º); 75/1983, de 3 de agosto (F. J. 5º); 142/1990, de 20 de septiembre (F. J. 3º)].

ferenciación no implica reconocer la necesidad de adoptar medidas de acción positiva para obtener la igualdad real y efectiva del colectivo discriminado, lo que, en definitiva, supone negar la propia exigencia de paridad que establece el precepto constitucional¹⁴⁴.

También la doctrina constitucional se ha visto afectada por las diversas posiciones doctrinales. En este sentido es común asegurar que, en sus inicios, la jurisprudencia constitucional, centrada fundamentalmente en el ámbito de la discriminación por razón de sexo, se decantó por considerar que el art. 14 CE contemplaba un único derecho, el derecho a la no discriminación, que resultaba vulnerado cuando una medida diferenciadora carecía de fundamento objetivo y razonable. Hay que tener en cuenta que, en estos primeros momentos, la doctrina constitucional está fuertemente influida por la jurisprudencia del TEDH, que considera el derecho a la no discriminación no como una manifestación más intensa del derecho a la igualdad, sino como si se tratase del mismo derecho, de tal manera que en su enjuiciamiento se limita a constatar la existencia de una causa objetiva y razonable que justifique la distinción o a considerar la existencia de una prohibición absoluta de las diferencias en base a los criterios prohibidos¹⁴⁵.

Sólo a finales de la década de los ochenta, la jurisprudencia constitucional parece tomar conciencia del verdadero significado de la discriminación, al separar ambos derechos y considerar la discriminación como la “*interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado [...] a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona*”¹⁴⁶. El pronunciamiento más importante en el ámbito de la discriminación sexual es la STC 128/1987, de 16 de julio. Su importancia se debe a que, por primera vez, se considera que pueden existir diferencias de trato basadas en los criterios prohibidos, sin que ello suponga vulne-

¹⁴⁴ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., prólogo a Ollero Tassara, A., *Discriminación por razón de sexo...*, op. cit., pág. 16.

¹⁴⁵ Identifica desigualdad con discriminación en SSTC 103/1983, de 29 de noviembre (F. J. 2º); 52/1987, de 17 de febrero (F. J. 3). Se considera la discriminación como un concepto bilateral en SSTC 81/1982, de 21 de diciembre (F. J. 2º); 207/1987, de 22 de diciembre (F. J. 2º); 142/1990, de 20 de septiembre (F. J. 3º).

¹⁴⁶ SSTC 128/1987, de 16 de julio (F. J. 5º); 166/1988, de 26 de septiembre (F. J. 2º); 19/1989, de 31 de enero (F. J. 4º); 145/1991, de 1 de julio (F. J. 2º); 70/1993, de 1 de marzo (F. J. 3º); 153/1994, de 23 de mayo (F. J. 6º y 7º); 173/1994 de 7 de junio (F. J. 3º); 16/1995, de 24 de enero (F. J. 3º); 309/2003, de 29 de septiembre (F. J. 3º). A pesar de los pronunciamientos mencionados, no se puede afirmar que la línea iniciada sea continua, pues existen pronunciamientos donde todavía se incurre en cierta confusión. En este sentido, Ruiz Miguel, J. A., “La igualdad en la Jurisprudencia...”, op. cit., pág. 171; Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado...*, op. cit., pág. 9–10; Fernández López, M. F., “La discriminación en la jurisprudencia...”, op. cit., pág. 162; SSTC 5/1994, de 17 de enero (F. J. 3º); 165/1988, de 26 de septiembre (F. J. 1º).

ración del principio de igualdad. El pronunciamiento impone el predominio del elemento teleológico en la interpretación de la discriminación y ello va a propiciar una tendencia restrictiva en el análisis de ciertas medidas protectoras, que finalmente va a desembocar en su ilegitimidad¹⁴⁷ y la instauración de una auténtica tutela antidiscriminatoria al asumir la legitimidad de las acciones positivas en favor de los colectivos discriminados¹⁴⁸.

Será en la década de los noventa cuando finalmente el TC defina la no discriminación como un derecho distinto del de igualdad, puesto que la conducta discriminatoria “*se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano*”. Igualmente, reconoce el Tribunal que “*el mandato de que no prevalezca discriminación alguna es un mandato reforzado que impone a los poderes públicos la obligación específica de adoptar las medidas precisas para garantizar la efectividad de la igualdad rota (art.53.2 CE)*”¹⁴⁹.

Ciertamente, y como han manifestado doctrina y jurisprudencia, la prohibición de discriminación se inserta como consecuencia de principio de igualdad; sin embargo, han de considerarse como dos derechos autónomos en virtud de la importancia y prioridad que se otorga al primero. Prueba de ello es el mandato tajante que realiza el constituyente y que implica la exigencia de una mayor reprobabilidad de las conductas discriminatorias en base a los criterios de diferenciación citados en el precepto constitucional¹⁵⁰.

¹⁴⁷ SSTC 229/1992, de 14 de diciembre (F. J. 2º y 3º); 216/1991, de 14 de noviembre (F. J. 5º).

¹⁴⁸ En este sentido, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Igualdad entre sexos y discriminación de la mujer”, *RL*, núm. 1, 1992, págs. 13 y ss.; Ballester Pastor, M. A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*; Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, págs. 42 y ss.; Ollero Tassara, A., *Discriminación por razón de sexo...*, op. cit., pág. 116. Otros autores, a pesar de reconocer el paso trascendental que supone el pronunciamiento, denuncian la falta de continuidad en los posteriores, REY MARTINEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado...*, op. cit., pág. 12.; Bilbao Ubillos, J. M., y Rey Martínez, F., “Veinte años de jurisprudencia...”, op. cit., pág. 319. En contra, Conde Martín de Hijas, V., “Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa”, *AL*, núm. 4, 1996, pág. 105.

¹⁴⁹ SSTC 173/1994, de 7 de Junio (F. J. 3º y 4º); 315/1994, de 28 de Noviembre (F. J. 3º).

¹⁵⁰ Cuando aludimos al carácter tajante del mandato de no discriminación queremos hacer referencia a la especial contundencia y la doble vertiente que impone el inciso constitucional “*sin que pueda prevalecer*”. Por un lado, obliga a los poderes públicos a no realizar actuaciones discriminatorias (por tanto, se impone una obligación de no hacer); por otro, les ordena una actuación positiva: evitar las situaciones discriminatorias que hasta entonces existían e impedir que se produzcan en el futuro. Con ello el precepto integra en la definición constitucional de la igualdad las denominadas medidas de acción positiva o de “discriminación inversa”. Dichas medidas presentan inevitablemente un doble aspecto, positivo para las personas a las que se dirigen y negativo para las que excluye, pero de ninguna forma se pueden considerar discriminatorias o como excepciones al principio de igualdad [Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación en los resultados”, *RL*, núm. 13, 1996, págs. 1 y ss.].

Aclarada esta cuestión, resta hacer una leve consideración sobre la eficacia del derecho a la no discriminación. De conformidad con la doctrina más consolidada en la materia, una diferencia más habría que añadir a las que venimos mencionando entre el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación. La contundencia del mandato antidiscriminatorio implicaría una eficacia multidireccional, tanto hacia los poderes públicos como a los particulares, sin que sea necesaria una intervención pública para exigirlo en la esfera privada¹⁵¹. Ello significaría que la prohibición de discriminación tiene un ámbito más extenso e intenso que la prohibición de desigualdad y, por tanto, que los destinatarios de ambos derechos son distintos¹⁵². Frente al derecho de igualdad estarían obligados sólo los poderes públicos, mientras que frente a la prohibición de discriminación se encontrarían vinculados tanto los poderes públicos como los particulares¹⁵³.

Marginando el grado de aceptación hacía las consideraciones realizadas sobre el principio de igualdad, hemos de reconocer que el derecho a la no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales no necesita norma que la establezca, al ser un mandato suficientemente claro en la Constitución y que, en principio, ha de gozar de eficacia directa en las relaciones entre privados¹⁵⁴. Algunos autores han destacado que el derecho a la no discriminación no es absoluto y ha de compaginarse con otros intereses y bienes constitucionalizados (en el ámbito laboral, la libertad de empresa) de forma que aquel sólo primará sobre ésta cuando se den una serie de circunstancias: repercusión social de la discriminación, la existencia de una postura dominante y la afectación de la dignidad de la persona¹⁵⁵.

¹⁵¹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “No discriminación...”, op. cit., págs. 336-337.

¹⁵² Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Principio de igualdad y Derecho...”, op. cit., pág. 1092; Martínez Rocamora, L. G., *Decisiones empresariales...*, op. cit., pág. 117. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, SSTC 34/1984, de 9 de marzo (F. J. 2º); 128/1987, de 16 de julio (F. J. 3º).

¹⁵³ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Fernández López, M. F., *Igualdad y discriminación...*, op. cit., pág. 96. Para Bilbao Ubillos, J. M., y Rey Martínez, F., “Veinte años de jurisprudencia...”, op. cit., pág. 252, el distinto ámbito se justifica en que el derecho a la no discriminación se constitucionaliza como un derecho, mientras que el derecho a la igualdad aparece configurado como un principio. La diversidad de ámbitos de aplicación también ha sido reconocida, reiteradamente, por la doctrina constitucional, siendo ilustrativa la STC 31/1984, de 13 de febrero (F. J. 9º, con respecto al convenio colectivo, y F. J. 11º, con respecto a la autonomía individual). La misma consideración puede encontrarse en las SSTC 145/1991, de 1 de julio (F. J. 2º); 22/1994, de 27 de enero (F. J. 4º); 145/1992, de 13 de octubre (F. J. 3º); 28/1992, de 9 de marzo (F. J. 2º).

¹⁵⁴ Aunque la mayoría de la doctrina pregona su eficacia inmediata, todavía existen autores que estiman que sólo jugaría como límite a la autonomía de la voluntad a través de la cláusula de orden público del 1255 del CC. En este sentido, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Principio de Igualdad y Derecho Privado...”, op. cit., págs. 424 y ss.; Larenz, F., *Derecho Justo. Fundamentos de la ética jurídica*, Madrid, Civitas, 1995, pág. 39.

¹⁵⁵ Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado...*, pág. 66; Bilbao Ubillos, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 203.

Realmente dichos criterios han de considerarse como características que definen la discriminación y no como exigencias para que rija en el ámbito privado. La Constitución tiene fuerza vinculante e incondicionada en este sentido¹⁵⁶, además el mandato taxativo debería llevar a aceptar, sobre todo a aquellos sectores doctrinales que siguen obviando la eficacia vinculante del texto constitucional, su vigencia en el ámbito público y privado, la obligación de los poderes públicos de acabar con las discriminaciones existentes a través de las medidas de acción positiva y la prohibición de todo fenómeno discriminatorio, tanto directo como indirecto.

La prohibición de discriminación tiene eficacia directa e inmediata y no presenta un contenido diverso dependiendo del ámbito en que esté llamada a desenvolverse, simplemente los términos de la ponderación que han de realizar los órganos aplicadores del derecho son distintos porque también lo son los bienes y derechos presentes en cada conflicto jurídico. Todo ello deriva de forma directa de la plasmación constitucional del derecho y de la rotundidad con la que se expresa, y resulta apoyado complementariamente por varias disposiciones de nuestro texto constitucional¹⁵⁷. A pesar de ello, las dificultades para extender la eficacia del derecho a la no discriminación en las relaciones privadas, en especial al ámbito laboral, no son insoslayables, pues, además del precepto constitucional, existen una serie de disposiciones de menor rango que recogen la prohibición en el campo específico que hemos de tratar, como veremos en el Capítulo Tercero.

¹⁵⁶ Galiana Moreno, J. M. "Derecho a la no discriminación", op. cit., págs. 2158 y ss. El reconocimiento de la eficacia inmediata del derecho a la no discriminación en el ámbito privado constituye doctrina consolidada en la jurisprudencia constitucional: SSTC 81/1982, de 21 de diciembre (F. J. 2º); 15/1983, de 4 de marzo (F. J. Único); 216/1991, de 14 de noviembre (F. J. 5º).

¹⁵⁷ En este sentido, hemos de destacar la promulgación de la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE); la cláusula del Estado Social (art. 1.1 CE) que vuelve a incidir en el principio de igualdad *de facto* como unos de los fines primordiales del ordenamiento jurídico; el principio de igualdad sustancial, expresamente constitucionalizado (art. 9.2 CE), y la eficacia directa del texto Constitucional (art.9.1 CE).

CAPÍTULO TERCERO

PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y TUTELA DE LOS DERECHOS SINDICALES EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL

La configuración constitucional del derecho de igualdad, así como las formas jurídicas que puede adoptar, propicia un cúmulo de problemas aplicativos que, si cabe, se complica aún más cuando se encuentra afectado otro derecho fundamental. Desde el inicio de este trabajo hemos sostenido que los derechos implicados en las diferencias por razones sindicales, es decir, igualdad, no discriminación y libertad sindical, son derechos fundamentales autónomos que tienen un ámbito específico propio. No obstante, a pesar de la obviedad de dicha declaración, todavía en la actualidad se encuentran enormes dificultades para determinar los instrumentos de protección que corresponden a cada uno de ellos. Y con esto no queremos hacer referencia a los distintos criterios formales que, de conformidad con la normativa constitucional, corresponderían a cada uno de los derechos mencionados, sino más bien a los instrumentos materiales que se dirigen a evitar o controlar las injerencias que por distintos sujetos se pueden producir en su contenido.

Advertíamos en el momento de examinar los problemas para la configuración de la igualdad como derecho subjetivo que su atipicidad se manifiesta especialmente en la capacidad para adicionarse al resto de derechos fundamentales, de forma que, dependiendo del derecho con que se relacione, su ámbito de aplicación ora quedará diferenciado del relativo al derecho con el que converge, ora se fusionará con la consiguiente integración de sus respectivos contenidos. En aquel momento citábamos ejemplos de uno y otro caso, encuadrando los supuestos de libertad sindical en los procesos de fusión.

Como regla general, cuando en un determinado supuesto confluyen los derechos de igualdad, no discriminación y libertad sindical, las exigencias que impo-

nen los primeros se integran en el contenido del art. 28 CE. Así, se puede considerar que el art. 28 CE contiene un genérico mandato de igualdad y no discriminación por razones sindicales, generándose una serie de cuestiones que no podemos obviar, como son primero, las razones que han llevado a dicha integración; después, el procedimiento a través de cuál se produce ésta; seguidamente, si este proceso ha afectado tanto al ámbito individual como colectivo de la libertad sindical; y, por último, las consecuencias que ello genera en la protección de los derechos de sindicación.

La razón fundamental (así lo hemos señalado en el Capítulo II) de que el principio de igualdad se inserte en el contenido del derecho a la libertad sindical se encuentra en la noción del principio que deriva del ordenamiento internacional. Especial relevancia adquiere la Jurisprudencia del TEDH, que, desde sus inicios, y debido a la especial configuración que presenta la igualdad en el CEDH (art. 14), requiere de su integración en el derecho de libertad sindical para que la desigualdad practicada adquiera relevancia jurídica (art. 11). En estas circunstancias, el juicio para analizar la vulneración del derecho de libertad sindical, en virtud de la diferenciación realizada, se basa en la razonabilidad de la diferencia de trato, esto es, la existencia de una causa objetiva, razonable y proporcionada¹.

A pesar de que esta concepción no es trasladable a nuestro ordenamiento jurídico (pues el texto constitucional reconoce ambos derechos, la igualdad y la no discriminación, como derechos diferenciados y autónomos respecto de sí mismos y de los derechos de libertad sindical)², es necesario realizar un análisis de la normativa internacional con objeto de comprender la noción de discriminación sindical que acogen las disposiciones nacionales, así como para clarificar los criterios adoptados por la doctrina constitucional para estructurar la tutela de los derechos sindicales. Y a estos efectos tendremos ocasión de comprobar cómo el papel predominante que tiene la igualdad en la tutela de los derechos sindicales cuando resultan afectados por diferencias de trato (posición mantenida por la doctrina del TEDH) contrasta con los sistemas de protección que desde los textos normativos se intentan dispensar a los derechos de libertad sindical, siendo determinantes, a los efectos que estamos considerando, los Convenios de la OIT.

¹ En este sentido son comunes los pronunciamientos del TEDH que afirman que “el art. 14 carece de entidad independiente, puede jugar un importante papel de complementación con respecto a otras prescripciones normativas del Convenio y los Protocolos; de este modo en el ámbito de los derechos y libertades que aquellos consagran, el art. 14 protege a los individuos de discriminaciones de cualquier tipo” [entre otras, SSTEDH de 13 de Junio de 1979 (Caso “Marckx”); 28 de mayo de 1985 (Caso “Abdulaziz”)].

² Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “No discriminación...”, op. cit., pág. 332.

1. LA NORMATIVA APLICABLE EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El punto de partida en el análisis de la discriminación por razones sindicales en el ámbito internacional debe estar, prioritariamente, en los instrumentos de la OIT, que son las normas que por primera vez intentan evitar de forma efectiva la discriminación por este motivo. La importancia de este conjunto normativo derivaría no sólo del hecho de que constituye la normativa más completa que existe sobre libertad sindical, sino de la relevancia que en los últimos años han alcanzado algunas de sus disposiciones y los mecanismos de aplicación.

La importancia de esta normativa se ha consagrado con la adopción, en 1998, de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento, que introdujo en la Constitución de la OIT la regulación contenida en los Convenios sobre libertad de asociación, libertad sindical, negociación colectiva y eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación³. Dicho instrumento permite exigir la aplicación del contenido de los Convenios a todos los Estados miembros independientemente de que hayan sido ratificados, lo que no implica, como se ha advertido en los estudios realizados sobre esta materia, la imposición de nuevas obligaciones, sino, más bien, un recordatorio o concreción de las existentes⁴.

No obstante, desde nuestro punto de vista la novedad más significativa que aporta dicha Declaración se encuentra en el papel asumido por la Organización y, como consecuencia inmediata, sus instrumentos fundamentales y los mecanismos

³ Art. 2a) y d) de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en la 86ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 1998 (197º Informe del Comité de Libertad Sindical, Caso núm. 823), en OIT, *Boletín Oficial* (Ginebra), V. LZII 1979, serie B, núm. 3, págs. 88-177.

⁴ Kellerson, H., "La Declaración de la OIT de 1998 sobre los Principios y Derechos Fundamentales: Un reto para el futuro", *RIT*, V. 117 (1998), núm. 2, pág. 2; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "OIT, derechos humanos y libertad sindical", *RL*, núm. 1, 1999, pág. 8. El control sobre Estados que no han ratificado los Convenios tampoco constituye una novedad, ya que la OIT, a través de sus órganos de control, venía utilizando dicho mecanismo desde su integración en la ONU (1946), primero a través de la Comisión de Investigación y Conciliación en materia de libertad sindical (OIT, Actas de de las Sesiones, Conferencia Internacional de Trabajo, 33ª reunión, 1950, Ginebra, Apéndice XII), si había consentimiento del Estado infractor que no hubiese ratificado el Convenio, y, posteriormente, a través del Comité de Libertad Sindical cuando no existiese dicho consentimiento. Tampoco se puede olvidar que el respeto al principio de libertad sindical ya se contenía en la redacción primigenia de la Constitución de la Organización, y que con la Declaración de Filadelfia (1944) pasó de ser una cuestión de importancia "particular y urgente", a ser uno de los "principios fundamentales de la Organización" y elemento "esencial para el progreso constante", por lo que todos los miembros de la Organización debían respetarlo. En este sentido, Swebston, L., "Desarrollo de las normas sobre derechos humanos...", op. cit. págs. 190-195 y ss.; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "La libertad sindical y el Convenio 87 OIT", *RL*, T. 1, 1999, págs. 122 y ss.

de aplicación, en un contexto de economía globalizada como el actual. En este sentido, la Declaración afirma que el objetivo, nada más y nada menos que mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, debe alcanzarse garantizando los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Y para asegurarse de ello, se designa a la OIT como órgano competente, al ser el que cuenta con apoyo y reconocimiento universal en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, para establecer normas internacionales sobre la materia y ocuparse de ellas (Preámbulo de la Declaración).

Dicha manifestación de principios e intenciones no es más que el reflejo del apoyo recibido por la OIT en la década de los noventa por distintas estructuras sociales y políticas⁵, sobre todo como consecuencia del decaimiento de los sistemas de compulsión jurídica en el ámbito internacional, y el resurgimiento de mecanismos de aplicación voluntaria que empiezan a adquirir un nuevo papel, no por voluntario inefectivo, en el que tiene, sin lugar a dudas, una amplia experiencia la Organización⁶. Todo ello justifica que cualquier estudio sobre libertad sindical, y concretamente sobre discriminación sindical, haya de tomar como referencia nuclear dicha normativa, aunque con objeto de precisar el sentido que adquiere la prohibición de discriminación sindical en el Ordenamiento Jurídico Español también debamos hacer algunas referencias a otros sistemas normativos.

1.1. Las normas de la Organización Internacional del Trabajo

Descendiendo a los instrumentos concretos, lo primero que hemos de destacar es que, de forma similar a como se había estructurado la tutela en los antecedentes normativos más inmediatos⁷, los convenios de la OIT enfocarán la discriminación

⁵ En la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 1995), los Jefes de Estado y Gobierno de los distintos países se comprometieron a proteger y fomentar el respeto a los derechos básicos de los trabajadores con objeto de lograr un crecimiento económico sostenido y un desarrollo sostenible [*Informe sobre la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de la Organización*, Copenhague, 6–12 de marzo, 1995, A./CONF.166/9, 19 de abril de 1997, Nueva York (Párrafo 54, ap. b del Programa de Acción, págs. 69–70)]. Sólo un año más tarde, la Organización Mundial del Comercio (OMC, Singapur, 1996) se pronunciará en el mismo sentido en su Declaración Final [Organización Mundial del Comercio, 1996, *Singapore Ministerial Declaration*, adoptada el 13 de Diciembre de 1996, WT/MIN(96)/DEC, 18 dec. 1996, Ginebra, párr. 4].

⁶ Sobre la incidencia de los nuevos mecanismos de regulación sobre el Derecho del Trabajo, Valdés dal Ré, F., “*Soft law*, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado”, *RL*, núm. 1, 2005, págs. 37–54.

⁷ Antes de de la elaboración de estos convenios existieron medidas protectoras del derecho de libertad sindical en diversos ámbitos nacionales, donde ya aparecían los rasgos fundamentales que definirán la estructura de la discriminación sindical. Así, uno de los antecedentes más importantes en Europa es el art. 159 de la Constitución de Weimar (1919), que establecía la nulidad de los pactos y medidas que tuviesen por objeto restringir o impedir la libertad sindical.

por motivos sindicales como un mecanismo de protección del derecho de libertad sindical más que como una diferencia contraria al principio de igualdad, aplicando para ello a la protección del derecho los que más tarde se considerarán instrumentos propios de la tutela antidiscriminatoria⁸.

En este sentido, las normas fundamentales son el Convenio 87 OIT (1948) y el Convenio 98 OIT (1949), dirigidos a proteger el derecho de libertad sindical de los trabajadores y de sus organizaciones frente a las injerencias públicas y privadas que se puedan producir en los distintos sistemas de relaciones laborales. El Convenio 87 OIT (1948), además de las disposiciones que reconocen el contenido de la libertad sindical, contiene numerosas previsiones específicas que prohíben las intromisiones de los poderes públicos. A esto efectos, la regulación recoge la prohibición a las autoridades públicas para realizar intervenciones que limiten el derecho o entorpezcan su ejercicio legal (art. 3.1); impide establecer requisitos para la adquisición de personalidad jurídica de las organizaciones de trabajadores que limiten el contenido del derecho reconocido en el convenio (art. 7); sanciona la promulgación y aplicación de legislación nacional que menoscabe las garantías establecidas para la libertad sindical (art. 8.2) y, finalmente, obliga a los Estados a adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para garantizar el libre ejercicio del derecho de sindicación (art. 11)⁹.

Es en el ámbito de las relaciones privadas y frente a los poderes empresariales donde las lesiones previsibles del derecho se enfocan desde la noción de discriminación sindical. Así, el Convenio 98 OIT (1949) insta a los distintos Estados a proteger a los trabajadores contra todo acto discriminatorio que menoscabe la libertad sindical en relación con el empleo, especialmente frente a aquellos que lo condicionen a la no afiliación a un sindicato o a la condición de dejar de ser miembro de un sindicato (acceso al empleo)¹⁰, y a dispensar especial protección frente a los despidos lesivos del derecho de libertad sindical o cualquier otra medida que perjudique a los trabajadores por razón de su afiliación sindical o participación en actividades sindicales (desarrollo y extinción de la relación laboral)¹¹.

⁸ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "Principio de Igualdad y Derecho...", op. cit., pág. 1090.

⁹ Un estudio detallado sobre el procedimiento de elaboración en Dunning, H., "Orígenes del Convenio núm. 87 sobre libertad sindical y derecho de sindicación", *RIT*, Vol. 117, núm. 2, 1998. Sobre el contenido, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "La libertad sindical...", op. cit., págs. 122 y ss.

¹⁰ Analiza su contenido, Gernigon, B., "El Convenio núm. 98 OIT: Un instrumento que sigue siendo de actualidad cincuenta años después de su adopción", en OIT, *La negociación colectiva: un principio fundamental, un derecho, un convenio*, Educación Obrera, 1999/1-2, núms.114/115, págs. 19 y ss.

¹¹ Art. 1 Convenio 98 OIT (1949). Previsiones muy similares contiene el Convenio 135 OIT (1971), si bien su regulación se dirige a la protección de los representantes de los trabajadores, ya sean de naturaleza sindical o no sindical.

En el ámbito colectivo de la libertad sindical, es decir, en lo relativo a las organizaciones sindicales de trabajadores y empresarios, además de las garantías frente a los poderes públicos ya mencionadas, el Convenio 98 OIT obliga a la protección ante las injerencias que, en la constitución, funcionamiento y administración, puedan realizar unas organizaciones sobre otras, vedando, especialmente, aquellos actos que supongan la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por el empleador o sus organizaciones, así como cualquier otro mecanismo que tenga por objeto controlar las organizaciones de los trabajadores¹².

Antes de analizar los mecanismos específicos articulados para proteger la libertad sindical hemos de hacer una pequeña consideración sobre las diversas injerencias privadas que contemplan los Convenios. Tratándose de injerencias empresariales sobre los derechos sindicales, las conductas podrían consistir en un rechazo hacia las organizaciones sindicales, que normalmente se reflejará en represalias contra sus miembros, colaboradores, etc., y que, por ello, pueden ser fácilmente evitadas o sancionadas. Sin embargo, existen otro tipo de conductas en las que el empresario no actúa sobre los trabajadores sino directamente sobre las propias organizaciones de trabajadores y es aquí donde pueden surgir comportamientos lesivos más sutiles que no consistan en el rechazo, sino más bien en apoyos de diversa naturaleza, condicionados o dirigidos a obtener cierto control de la organización, dándose, incluso, casos de predilección o trato privilegiado a unas organizaciones sobre otras¹³.

En este contexto, las normas de la OIT tienen por objeto impedir todas aquellas conductas que se dirijan a manipular o controlar las organizaciones de trabajadores, sobre todo cuando se trate de proporcionarles vías de financiación. Sin

¹² Art. 2 Convenio 98 OIT (1949). Las alusiones al sindicato amarillo, la existencia de corporaciones de naturaleza pública donde se integren trabajadores y empresarios, o la constitución de asociaciones de solidaridad financiadas por lo empleadores, son los ejemplos más claros de injerencias empresariales en la libertad de constitución y organización sindical. En este sentido, Gernigon, B., "El Convenio núm. 98 OIT...", op. cit., pág. 21.

¹³ Los supuestos más típicos examinados por el CLS se han centrado, fundamentalmente, en dos cuestiones íntimamente relacionadas: conductas empresariales dirigidas a controlar la organización sindical y el establecimiento de diferencias entre las organizaciones en función del grado de colaboración con el empresario. Especial consideración han recibido las denominadas asociaciones solidaristas. Se trata de asociaciones de trabajadores constituidas a iniciativa del empleador para la consecución de fines económicos y sociales tales como el desarrollo de programas de ahorro, inversión, vivienda, educación, etc. Se sustentan de forma compartida entre empresario y trabajadores y, aunque el empresario no forma parte de ellas, sí ejerce cierto control sobre todas sus acciones. El problema se presenta cuando dichas organizaciones comienzan a participar en el ámbito de las relaciones laborales, auspiciadas por el propio empresario que les otorga tratos de favor en detrimento de las organizaciones sindicales. El CLS, en las diversas ocasiones que ha tenido que pronunciarse sobre este fenómeno, a instado a los Estados a adoptar las medidas necesarias para evitar que dichas asociaciones asuman funciones sindicales y que se les otorguen tratos privilegiados [CLS, 272 Informe, Caso núm. 1483 (Costa Rica), párr. 444; 259 Informe, Caso núm. 149 (Guatemala), párr. 305].

embargo, y a pesar de la regulación, no se han articulado mecanismos específicos para prevenir o, al menos, controlar este tipo de comportamientos. Por ello no es extraño que en el último Estudio General sobre libertad sindical la Organización haya constatado la escasez de disposiciones que los distintos ordenamientos contienen en este sentido, quizá porque el establecimiento de mecanismos generales, sobre todo preventivos, se presenta de difícil articulación en cuanto podrían lesionar el derecho de autonomía sindical¹⁴.

Por tanto, la parquedad en la protección respecto de injerencias directas sobre las organizaciones de trabajadores es una característica que deriva de la regulación internacional, donde, al igual que ocurrirá en las distintas legislaciones nacionales, se puede observar un notable déficit en la articulación de mecanismos específicos de tutela, sobre todo si tenemos en cuenta que la mayoría de las recomendaciones del órgano internacional se dirigen a evitar y sancionar aquellas conductas anti-sindicales que repercuten directamente sobre los trabajadores¹⁵.

Efectivamente, con respecto a la designación de mecanismos específicos para la protección del derecho, en principio comunes para la esfera individual y colectiva, la única previsión que contienen ambos convenios –no podía ser de otra forma si consideramos el sistema normativo de la OIT– consiste en un mandato general dirigido a los distintos Estados con objeto de que articulen los instrumentos necesarios para garantizar el respeto de los derechos de sindicación reconocidos en cada uno de los Convenios¹⁶. Será precisamente el tratamiento de las diferencias por razones sindicales, lo que va a permitir, a través de la vía interpretativa y normativa, que surjan los instrumentos jurídicos adecuados para proteger la efectividad de los derechos de libertad sindical.

A estos efectos, es fundamental la intervención de los órganos de control al considerar la protección contra los actos de discriminación un elemento esencial de

¹⁴ OIT, *Estudio general. Libertad sindical y negociación colectiva. Protección contra los actos de discriminación sindical*, Ginebra, 1994, págs. 13 y ss., donde se expresan reticencias frente a aquellas conductas que pretendan detectar las organizaciones controladas por los empresarios y las repercusiones que podrían tener en el derecho de libertad sindical.

¹⁵ Un estudio de los posibles mecanismos en OIT, *La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas*, Ginebra, 2008, págs. 12 y ss.

¹⁶ Art. 11 del Convenio 87 OIT y art. 3 del Convenio 98 OIT. A diferencia de otros sistemas normativos, la OIT no cuenta con un sistema sancionador que asegure el efectivo cumplimiento de sus instrumentos; sin duda, la persistencia en el control de las prácticas de los distintos Estados llevado a cabo por los órganos de control, el descrédito y el efecto en la reputación que provocan los incumplimientos, constituyen presión suficientemente para que los Estados adapten de forma gradual sus legislaciones laborales a los principios fundamentales de la Organización. En este sentido, Valticos, N., “Normas internacionales de trabajo y derechos humanos ¿Cómo estamos en vísperas del año 2000?”, *RIT*, Vol. 117 (1998), pág. 8. Una exposición sobre los mecanismos de control en Von Potobsky, G., “El Convenio núm. 87, su impacto y la acción de la OIT”, en *RIT*, V. 117, núm. 2, 1998 (<http://training.itcilo.it/ILS/foa/library/labour-review/1998-2/spanish/potobsky-es.html>, 21 de abril de 2008).

la tutela de los derechos de libertad sindical, independientemente de que se trate de la dimensión individual o colectiva del derecho. Esta circunstancia se torna evidente en el análisis efectuado por el Comité de Libertad Sindical (CLS) respecto de las diferencias públicas entre organizaciones sindicales. A estos efectos sería conveniente advertir que la selección de organizaciones sindicales a través de criterios de representatividad ha sido una opción aceptada por la OIT desde su constitución, al mencionar la representatividad como criterio determinante para identificar los agentes sociales que debían integrar su composición¹⁷. Los primeros conflictos no se hicieron esperar y pusieron en evidencia los problemas que derivaban de una promoción selectiva, especialmente por lo que se refiere a las funciones sindicales encomendadas en función de la representatividad.

Partiendo de que el hecho de realizar diferencias entre las organizaciones sindicales en función de la representatividad no es, en sí mismo, contrario al derecho de libertad sindical¹⁸, la cuestión, a juicio de la OIT, se debe centrar en los criterios utilizados¹⁹ y en los efectos que se derivan de dicha condición, pues no todos ellos son conformes a los derechos de sindicación. En este sentido, los requisitos fundamentales que han de observar los sistemas de representatividad no derivan tanto de la prohibición de discriminación como del contenido de los derechos de sindicación, por lo que los distintos Estados, además de establecer los mecanismos adecuados para evitar medidas discriminatorias, deben adoptar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de libertad sindical de las organizaciones sindicales que no ostenten dicha condición, incluyendo, y este dato es fundamental, las facultades esenciales de la acción colectiva²⁰.

¹⁷ La noción de mayor representatividad y, con ella, la diferencia entre organizaciones sindicales aparece en la Parte XIII del Tratado de Versalles (art. 389, párr. 3º), incorporándose a la Constitución de la OIT (art. 3.5) con el siguiente tenor: “*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 trabajadores, según sea el caso, siempre que tales organizaciones existan en el país de que se trate*”. El origen de la institución en disposiciones anteriores en Montalvo Correa, J., *El concepto de sindicato más representativo en los sistemas sindicales europeos*, Madrid, IES, 1980, págs. 34 y ss.

¹⁸ CLS, Informe 243 España, Caso 1320, Vol. LXIX, 1986, Serie B, núm. 1, p. 111.

¹⁹ No obstante, y a pesar de que en ningún momento la Organización ha concretado los criterios que se deben utilizar, siempre ha demostrado una especial debilidad por los índices de afiliación, designándolo como criterio básico y objetivo a tener en cuenta [OIT, *Libertad sindical...*, op. cit., pág. 15, párr. 29; CLS, Informe núm. 207. España (Caso núm. 1001), 1980, párr. 78, y CLS, Informe núm. 238. España (Caso núm. 1249), párr. 68]. Incluso en los primeros conflictos sobre la representatividad, la intervención del Tribunal Permanente de Justicia Internacional se inclinaba por los índices de afiliación como uno de los criterios fundamentales para medir la representatividad (Montalvo Correa, J., *El concepto de sindicato más representativo...*, op. cit., pág. 35).

²⁰ OIT, *Libertad sindical...*, op. cit., págs. 17, 18, 32 y 35. Existen declaraciones más concretas del CLS que recomiendan que la diferenciación en virtud de la representatividad debería establecerse sólo a efectos de negociación colectiva, consultas con los Gobiernos o designación de representantes

En el ámbito normativo, es a través de los instrumentos normativos no vinculantes, es decir, a través de Resoluciones y Recomendaciones, como la OIT introduce mecanismos eficaces para hacer efectivos los derechos de sindicación, sobre todo en el ámbito de la actividad sindical. Así ocurría, por ejemplo, con la Recomendación 143 OIT sobre representantes de los trabajadores (1971), que, con objeto de proteger la actividad representativa, ya se trate de representantes sindicales o no sindicales, recomienda a los Estados la adopción de medidas apropiadas, como son, en los casos de despidos injustificados, el establecimiento de una reparación eficaz que comprenda la reintegración de dichos representantes en su puesto de trabajo (con el pago de los salarios no cobrados y el mantenimiento de sus derechos adquiridos) y la obligación al empleador de justificar los casos de despido o cambio desfavorable de las condiciones de empleo de un representante de los trabajadores cuando se alegue su carácter discriminatorio.

De la redacción literal de la Recomendación se infiere claramente que la protección pretendida y los instrumentos indicados para garantizar su efectividad no se vinculan a que se produzca una diferencia lesiva del derecho sino más bien a evitar que la lesión del derecho se produzca, independientemente de la conducta realizada²¹. Con ese objeto la Recomendación llama la atención sobre mecanismos distintos, entre los que destacarán, por su importancia y efectividad, la nulidad del acto lesivo y la inversión de la carga de la prueba (art. 6.2).

La conexión de las conductas lesivas del derecho con los actos discriminatorios se acentuará con el paso del tiempo a través de otros Convenios que, sin regular específicamente la libertad sindical, introducen algunas previsiones sobre la protección y los mecanismos adecuados que los distintos Estados le han de dispensar. En este sentido, es importante destacar la regulación contenida en el Convenio 158 OIT (1982), sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, que contempla como causas injustificadas para el despido la afiliación a un sindicato, la participación en actividades sindicales, ser candidato, ostentar el cargo o haber actuado como representante de los trabajadores, junto con otras causas relacionadas con el ejercicio de otros derechos fundamentales ó con motivos de

en organismos internacionales (Erstling, J. A., *El derecho de sindicación*, Ginebra, OIT, 1978, pág. 36; Albiol Montesinos, I., *El sindicato en la empresa*, Bilbao, Deusto, 1990, pág. 113; CLS, Informe 243 España, Caso 1320, Vol. LXIX, 1986, Serie B, núm. 1, P 111; CLS, Informe núm. 297. España, Caso núm. 297, Vol. LXXVIII, 1995, Serie B, núm. 1, párr. 123). Precisamente en el ámbito de la negociación colectiva la doctrina internacional ha perfilado un serie de exigencias, como la necesidad de que las organizaciones sindicales mantengan su independencia; que los procedimientos se basen, en la medida de los posible, en la elección de los trabajadores en la unidad correspondiente; que se garantice a las organizaciones no favorecidas la posibilidad de solicitar nuevas elecciones transcurridos el plazo solicitado, etc. (Gernigon, B., "El Convenio núm. 98 OIT...", op. cit., pág. 22).

²¹ Las manifestaciones en este sentido son evidentes en los distintos Estudios Generales de la OIT, véase, por ejemplo, OIT, *Estudio general. Libertad sindical y...*, op. cit., pág. 2.

discriminación prohibidos (art. 5). Para estos casos, el Convenio prevé una regla especial que obliga, entre otras posibilidades, a que la carga de la prueba se impute al empresario²².

Los mecanismos propuestos por la Recomendación 143 OIT sobre representantes de los trabajadores (1971), algunos con cierta tradición jurídica²³, se han mostrado especialmente eficaces para impedir las injerencias en el derecho de actividad sindical²⁴, especialmente en lo concerniente a la inversión de la carga de la prueba (lo que en nuestro ordenamiento se conoce como la prueba de indicios), que, en contra de lo que pudiese parecer, ha sido recientemente incorporada al derecho comunitario antidiscriminatorio²⁵.

En consonancia con el contenido de la normativa de la OIT, la mayoría de los ordenamientos jurídicos contienen disposiciones dirigidas a proteger la libertad sindical de actos discriminatorios o lesivos del derecho, si bien el tratamiento otorgado no se puede considerar homogéneo, pues se producen diferencias importantes respecto de los colectivos protegidos, los procedimientos y las sanciones instauradas por los distintos Estados para los casos de incumplimiento²⁶. La primera cuestión que debe llamar nuestro atención es la relativa al instrumento normativo adecuado para establecer las mencionadas garantías, considerando que, en virtud del problema examinado y que se produce la afectación de un derecho fundamental, la forma más efectiva de establecer los mecanismos de protección, una vez constitucionalizada la propia libertad sindical y la prohibición de discriminación por motivos sindicales, es dejar al poder legislativo la fijación de los procedimientos específicos²⁷.

²² Concretamente, art. 9.2 del Convenio 152 OIT. Curiosamente, el citado Convenio no se refiere a la nulidad de ambos tipos de actos, que ya había sido incorporada por la Recomendación 119 (1963), sobre terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador (art. 6).

²³ La declaración de la nulidad de los despidos lesivos de los derechos fundamentales, así como la opción, a favor del trabajador, entre indemnización o readmisión tienen una larga trayectoria jurídica que comienza con su reconocimiento constitucional. Dos años antes de que la Constitución de Weimar (1919) declarase la nulidad de dichos actos, la Constitución Mexicana de Querétaro (1917) establecía: *“El patrono que despidiera a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario”*.

²⁴ Gernigon, B., “El Convenio núm. 98 OIT...”, op. cit., pág. 20.

²⁵ Directiva 2000/78/CE relativa a la igualdad de trato para el empleo y la ocupación.

²⁶ Valdés dal Ré, F., “Libertad sindical y libertad de asociación empresarial...”, op. cit., pág. 18 y ss; OIT, *Estudio general. Libertad sindical...*, op. cit., pág. 2.

²⁷ En este sentido, los ordenamientos europeos presentan una gran variedad, que va desde la imposición por parte de la autonomía colectiva (Holanda, Bélgica y Dinamarca) hasta su establecimiento a través de Códigos de Buenas Prácticas (Irlanda). Véase Valdés dal Ré, F., “Libertad sindical y libertad de asociación empresarial...”, op. cit., págs. 18 y ss.

Quizá uno de los sistemas jurídicos más completos, debido fundamentalmente a su configuración relativamente reciente, sea el Ordenamiento Jurídico Español, que, además de la constitucionalización del derecho de libertad sindical y la plasmación expresa de una prohibición general de discriminación, articula una serie de disposiciones legislativas destinadas a hacer efectiva la prohibición en el ámbito de las relaciones laborales. Dichas disposiciones recogen mecanismos materiales y procesales destinados a facilitar la tutela de la libertad sindical, como veremos en el apartado siguiente.

A pesar de la importancia de la regulación analizada, la protección del derecho a la libertad sindical no se contiene de forma exclusiva en la normativa de la OIT. Existen diversos instrumentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que contienen regulaciones sobre este derecho, si bien, en virtud de la similitud en el tratamiento del derecho por ambas Organizaciones y de la relación de colaboración que se da entre ellas, nos ceñiremos a destacar, en este mismo apartado, las diferencias más importantes.

La primera mención importante del derecho de libertad sindical en el seno de la ONU se produce con la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1950), aparecida sólo dos años después del Convenio 87 OIT. En su art. 23.4 se reconoce, a modo de declaración general, el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses, generalidad que evitaba el problema planteado en la redacción del Convenio 87 OIT al no hacer mención expresa de la sindicación de los empleadores. Más concretos y controvertidos se presentan los Pactos Internacionales de la ONU (1966), y ello porque, aun siguiendo en líneas generales las directrices que marcan los Convenios de la OIT, introducen algunas novedades respecto a la posibilidad de limitar el derecho de libertad sindical.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se limita a hacer un declaración general muy parecida a la regulación de la Declaración Universal (art. 22.1), para dar entrada en el apartado segundo a una serie de limitaciones que obedecen a distintas causas. Por un lado, reconoce, al igual que hace el Convenio 87 OIT (art. 9.1), la posibilidad de que los derechos sindicales de determinados colectivos se limiten por las disposiciones legislativas, refiriéndose, fundamentalmente, al colectivo de trabajadores que se integran en las Fuerzas Armadas y en los Cuerpos de Policía (nótese en este sentido que se habla de restricciones y no de exclusiones). Más inquietante resulta la previsión general que permite restricciones generales del derecho cuando sean necesarias en una sociedad democrática (art. 22.2).

Algo más detallada, en cuanto a facultades y causas de restricción, resulta la regulación contenida en el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (PIDSEC), que en su art. 8 hace referencia a las facultades de constitución, libre afiliación (tanto en su faceta individual como colectiva) y mención expresa a la finalidad de las organizaciones [art. 8.1 a) y b)] con mucha más pre-

cisión que el PIDCP. La misma concreción caracteriza la regulación de posibles restricciones a las que se puede someter el derecho. Éstas, que sólo cabe realizarlas en virtud de disposición legislativa, deberán ser necesarias en una sociedad democrática y tendrán por objeto o finalidad preservar la seguridad nacional, el orden público o la protección de derechos o libertades ajenas [art. 8.1a) y b)]. En cuanto a las limitaciones de las que pueden ser objeto colectivos concretos, a los ya designados por el PIDCP, es decir, miembros de las Fuerzas Armadas y Cuerpos Policiales, se añade uno más que no aparece mencionado en los Convenios de la OIT: los trabajadores integrantes de la Administración del Estado (art. 8.2)²⁸. Al igual que ocurría en el caso anterior, las referencias a estos colectivos se hacen en términos de “*restricciones legales al ejercicio del derecho*”, lo que en principio no debería facultar para que sean excluidos de su disfrute.

El posible carácter restrictivo de estas disposiciones con respecto a los contenidos de los Convenios de la OIT parece salvarse parcialmente a través de la cláusula que impide considerar el contenido de los pactos como normas que justifiquen medidas legislativas, ya se trate de creación o aplicación, que menoscaben las garantías establecidas en los Convenios sobre libertad sindical (art. 22.3 PIDCP y 8.3 PIDSEC); sin embargo, lo cierto es que ambos instrumentos normativos regulan aspectos nuevos del derecho de libertad sindical y dan entrada a limitaciones justificadas que ni siquiera se mencionaban en el instrumento fundamental destinado a salvaguardar la libertad sindical de los trabajadores de las injerencias de los poderes públicos: el Convenio 87 OIT.

1.2. Las normas protectoras en el ámbito europeo

Si la protección internacional más completa del derecho de libertad sindical se encuentra en las normas de la OIT, el sistema regional más compacto en la protección de los derechos humanos en general, y de la libertad sindical en particular, lo encontramos en los países europeos. Dos instrumentos fundamentales se aplican en este ámbito, uno de forma coercitiva y otro, hasta el momento, sin coerción jurídica alguna. Se trata del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH, 1950) y de la Carta Social Europea (CSE, 1961). Ambos instrumentos normativos se adoptan en el seno del Consejo de Europa²⁹ y, al igual que ocurre con los Pactos de la ONU (PIDCP y

²⁸ La mención que realizaba el Convenio 98 OIT, se limitaba a aclarar que el colectivo de los funcionarios públicos al servicio de la Administración del Estado no se encuentran regulados por el Convenio (art. 6).

²⁹ Organización intergubernamental fundada en 1949 y con sede en Estrasburgo, que integra a 46 países (25 de ellos pertenecientes a la Unión Europea), a los que hay que sumar cinco Estados que adoptan el papel de observadores internacionales (Canadá, Estados Unidos, México, Japón y el Vaticano).

PIDSEC), existe cierta dificultad para clasificar la libertad sindical en alguna de las dos categorías que a través de dichos textos se instauran –derechos civiles y políticos (CEDH) o derechos sociales (CSE)–, regulándose por separado en cada uno de ellos.

La libertad sindical en el CEDH, presentará una perspectiva muy distinta de la que hemos visto en la normativa de la OIT, y ello a pesar de que su fecha de elaboración y el contexto en el que se aprobó deberían haber propiciado un mayor acercamiento entre las distintas regulaciones. En este sentido, la configuración del derecho, como veremos enseguida, se asemeja bastante a la contenida en el PIDSEC (art. 8). Más coincidencias con la perspectiva de la OIT encontraremos en la Carta Social Europea, mucho más lejana en fechas y contexto, lo que no hace sino reflejar el carácter avanzado en el tiempo que representaron los Convenios sobre libertad de sindicación.

1.2.1. *El Convenio Europeo sobre Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*

El CEDH presenta, desde el momento de su elaboración (1950)³⁰, características un tanto especiales, en cuanto converge con los instrumentos internacionales más importantes del momento y, a diferencia de ellos, aporta como novedad más significativa la instauración de un sistema coercitivo para controlar el respeto, por parte de los Estados, de los derechos fundamentales que se reconocen a la persona³¹. Sin embargo, no terminarán ahí sus peculiaridades, puesto que mientras se

Sobre el proceso de integración de los países de Europa Central y Oriental, García Jiménez, E. M., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch–Universidad de Valencia, 1998, págs. 53 y ss. Su creación en 1949 precede a la constitución de las distintas instituciones que han dado origen a la Comunidad Europea: CECA (1951), CEE y EURATOM (1957).

³⁰ El CEDH no ha sido objeto de análisis o estudios pormenorizados por parte de la doctrina laboral. Desde un punto de vista general, García Jiménez, E. M., *El Convenio Europeo...*, op. cit.; VV. AA. (Dir. Lasagabaster Herrarte, I.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Madrid, Civitas, 2004; VV. AA., *La Europa de los derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEC, 2005.

³¹ En este sentido hay que aclarar que, a diferencia de la CSE, la protección dispensada a los individuos no se vincula a la ciudadanía, y que, por tanto, no es necesario que el demandante sea nacional del Estado infractor. Se trata de que cualquier persona que se encuentre en el territorio de un Estado parte del Convenio pueda reclamar, independientemente de la nacionalidad, por la vulneraciones ocasionadas en sus derechos (arts. 1 y 25). El segundo aspecto a señalar es que el CEDH instaura un orden público europeo al proteger los derechos fundamentales, por lo que se permite que cualquier Estado parte exija el cumplimiento de las obligaciones que derivan del Convenio sin necesidad de que tenga un interés legítimo sobre el asunto. Se pretende con ello imponer un sistema de garantía colectiva (art. 24) que funcionaría con carácter subsidiario respecto de los ordenamientos de cada Estado (art. 26).

elabora en el ámbito internacional la Declaración Universal de Derechos Humanos, dirigida a instaurar un marco mundial de respeto hacia los derechos humanos, el Consejo toma la iniciativa en la protección de los derechos fundamentales en Europa como presupuesto necesario del proyecto de construcción europea que se avicina³². Esa finalidad, prioritariamente política, provocará que la mezcla singular que se produce tanto en el ámbito de los principios (preeminencia del derecho y respeto de los derechos humanos) como en el de los objetivos de la Organización (proteger y reforzar la democracia pluralista, los derechos humanos y favorecer el desarrollo de una verdadera entidad europea) se reflejen necesariamente en todo el articulado del Convenio³³.

Como casi todos los instrumentos internacionales sobre la materia, las garantías incorporadas al CEDH constituyen un mecanismo subsidiario cuyo objetivo es establecer límites mínimos que sean respetados por los Estados, lo que justifica que el catálogo de derechos recogido es sus preceptos sea bastante reducido³⁴. La parquedad en la regulación ha provocado, con el paso del tiempo, intervenciones normativas dirigidas a concretar y ampliar la relación de derechos a través de la adición de distintos Protocolos, entre los que hay que destacar, necesariamente, el Protocolo núm. 11 (1998), que, a diferencia de los anteriores, reforma el texto de CEDH con objeto de sustituir el procedimiento de control sobre la lesiones de los derechos fundamentales instaurando un Tribunal único de acceso directo: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el Protocolo núm. 12 (2000), por el que se reconoce la prohibición de discriminación como derecho autónomo y diferenciado del principio de igualdad³⁵.

Con respecto al derecho de libertad sindical, como advertíamos anteriormente, el tratamiento otorgado se asemejará a la regulación que posteriormente recogerá el PIDSEC, poniendo con ello en evidencia su carácter de norma política. En este sentido, el art. 11 regula el derecho de libertad sindical en el marco de los derechos de asociación y reunión, centrándose, más que en las facultades que integra el derecho, en el cúmulo de limitaciones que los distintos Estados podrán practicar sobre él. En este contexto, el Convenio enumera muy esquemáticamente las facultades que integran el derecho de sindicación, sin realizar, por extraño que parezca, alusión alguna a los convenios de la OIT. Menciona, muy sintéticamente, los dere-

³² García Jiménez, E. M., *El Convenio Europeo...*, op. cit., pág. 33.

³³ Los principios se declaran en el preámbulo del Estatuto del Consejo de Europa (Londres, 1949) y se han reafirmado en varias ocasiones con carácter posterior [Declaración de Viena, 1993 (párrs. 2º y 6º); Declaración de Estrasburgo, 1997 (párr. 5)].

³⁴ SSTEDH de 29 de mayo de 1997 (Asunto Tsirlis y Kouloumpas c. Grecia), párr. 57; de 20 de marzo de 1997 (Asunto Loukanov c. Bulgaria), párr. 41, y de 20 de marzo de 1997 (Asunto Beis c. Grecia), párr. 32.

³⁵ España ha ratificado el Protocolo núm. 12 el 25 de enero de 2008.

chos de constitución y de afiliación, quedando el desarrollo concreto de sus facultades a cargo de la jurisprudencia del TEDH³⁶, donde las cuestiones más controvertidas han girado, sobre todo, respecto del derecho de afiliación en su faceta negativa y la relación que guardan con el derecho de libertad sindical las distintas manifestaciones de la acción colectiva.

En cuanto a la primera cuestión, el CEDH no reconoce expresamente el derecho de libertad sindical negativa, y, ante esta circunstancia, el Tribunal ha debido examinar en varias ocasiones la legalidad de las cláusulas de seguridad sindical. La jurisprudencia ha admitido de forma muy matizada la ilegalidad de algunas de ellas (concretamente la “*closep shop*”) al asumir que las facultades de elección son inherentes al propio ejercicio de los derechos de libertad, de tal forma que, aun sin existir un reconocimiento expreso de la dimensión negativa del derecho, la obligación de afiliarse a un determinado sindicato, en determinadas circunstancias, puede ser contraria al art. 11 del Convenio³⁷. No se impone con ello una prohibición absoluta de estas prácticas, pues sólo se vedan cuando las represalias sean de tal magnitud que impidan completamente la libre opción sindical, como pondrá de manifiesto la jurisprudencia posterior³⁸.

En lo relativo a las facultades integrantes del derecho de libertad sindical, se ha mantenido de forma bastante estricta una visión orgánica de dicho derecho, en el sentido de considerar que el ámbito de protección del art. 11 se dirige sobre todo a garantizar las facultades organizativas y aquellas actividades que sean estrictamente indispensables para el cumplimiento de las funciones sindicales, sin que se puedan considerar como tales, por ejemplo, el derecho a la negociación colectiva, las facultades de consulta o el derecho de huelga, mecanismos de los que se ha afirmado que no constituyen contenido inherente a la libertad sindical reconocida en el art. 11 CEDH³⁹.

³⁶ Así el derecho a fundar sindicatos incluirá las facultades para establecer libremente las normas sobre su funcionamiento, administrar los bienes sindicales, instaurar federaciones y adherirse a ellas [STEDH de 2 de agosto de 2002 (Caso Gran Oriente de Italia), ap. 26].

³⁷ SSTEDH de 13 de agosto de 1991 (Caso Young, James et Webster), ap. 55; de 30 de junio de 1993 (Caso Sigurdur A. Sigurjónson c. Islandia), ap. 35.

³⁸ El asunto se volverá a plantear en la STEDH de 20 de abril de 1993 (Caso Sibson c. Reino Unido) ap. 29, donde se legitima una conducta de traslado de un trabajador por cambiar su afiliación sindical basándose en que la conducta represiva no es tan incisiva como para condicionar la decisión del trabajador, comparando así el supuesto con la sanción de despido que se pretendía imponer en el caso anterior.

³⁹ SSTEDH 27 de octubre de 1975 (Caso del Sindicato Nacional de la Policía Belga, ap. 38; de 6 de febrero de 1976 (Caso del Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras), aps. 39–40. No obstante, dicha concepción ha sufrido variaciones a los largo de la década de la noventa. Así, de una negativa expresa se ha pasado a un reconocimiento implícito de la negociación colectiva como manifestación del derecho de sindicación [SSTEDH de 25 de abril de 1996 (Caso Gustafsson c. Suecia); Decisión de 26 de junio de 2002 (Caso Sánchez Navajas)].

Esta concepción de la libertad sindical, cuyo encuadre en el derecho de asociación determina en exceso, desde nuestro punto de vista, el contenido de sus facultades, no va a permitir establecer una tutela apropiada de los derechos de libertad sindical, y ello por varios motivos. En primer lugar, porque la concepción de la que se parte se centra en el ámbito organizativo del derecho, fundamentalmente como derecho de asociación que implica una serie de facultades, entre las que no se consideran las específicas de la actividad sindical. Ello va a determinar que cualquier injerencia o distinción en el reconocimiento de esas facultades quede fuera de la protección del derecho de libertad sindical, por lo que las limitaciones estatales no serán analizadas ni sometidas a control alguno⁴⁰.

El segundo motivo que dificulta la tutela de la libertad sindical radica en una concepción del derecho que sólo exige de los distintos Estados conductas de no intervención, dejando una total libertad en la promoción del hecho sindical siempre que no anule las competencias reconocidas a los sindicatos en virtud de su estructura asociativa. Así, si consideramos que las medidas de acción sindical no forman parte del ámbito protegido y que el fomento de la sindicación es libre, tendremos que concluir que las políticas estatales dirigidas a restringir a las organizaciones sindicales en esos ámbitos no son contrarias al derecho de libertad sindical, que es precisamente lo que establece el TEDH respecto del criterio de representatividad sindical cuando es utilizado para seleccionar organizaciones sindicales a efectos de representación institucional, consultas y negociación colectiva⁴¹.

Por lo que respecta a las posibles limitaciones al derecho de libertad sindical, el CEDH constituye el instrumento internacional que con más extensión regula los supuestos de restricción permitida a los Estados. En este sentido, la amplitud se puede predicar del ámbito material, en cuanto se refiere a los tres derechos que se mencionan en el precepto (reunión, asociación y sindicación), en contraste con otros instrumentos internacionales que sólo regulan posibles restricciones respecto del derecho de asociación⁴². También la enumeración de las causas que pueden originar la restricción es más amplia que la contenida en el resto de instrumentos internacionales; así a las causas comunes reguladas en los tres textos que estamos manejando, seguridad nacional, orden público y protección de los derechos y libertades ajenos, se añaden la seguridad pública, la prevención del delito y la protección de la salud y de la moral pública⁴³. Por último, en lo que se refiere al ámbito

⁴⁰ Así ha sucedido, por ejemplo, con el derecho a la negociación colectiva [SSTEDH 27 de octubre de 1975, ap. 38; de 6 de febrero de 1976, aps. 39–41] y el derecho de huelga [STEDH de 6 de febrero de 1976 (Caso Schimidt ed Dahlström), ap. 36].

⁴¹ SSTEDH 27 de octubre de 1975, ap. 38–41 y de 6 de febrero de 1976, ap. 42 y 34 respectivamente.

⁴² Art. 22 del PIDCP y 8 del PIDESC.

⁴³ De los conceptos mencionados, lo que más llaman la atención son las referencias a la prevención de delito y a la moral pública, que, sin duda, se han de justificar en el contexto histórico en que se

subjetivo, es decir, a los colectivos que pueden ver restringido su derecho de sindicación, el Convenio se refiere a los miembros de la Administración del Estado, con lo que se da un salto cualitativo al transformar la no regulación del derecho de negociación colectiva (art. 9 Convenio 98 OIT) en la posibilidad de restringir el ejercicio de los derechos sindicales.

Es necesario resaltar como elemento común en todos los instrumentos dos requisitos generales para la realización de las restricciones. El primero referido a la disposición normativa adecuada y, por tanto, al sujeto legitimado para realizar la limitación: la ley como expresión de la soberanía popular. El segundo referido a los requisitos que ha de observar dicha limitación: su necesidad en una sociedad democrática con objeto de hacer valer los fines que han de prevalecer (seguridad nacional, orden público y derechos y libertades de la personas). Ambas previsiones constituyen el punto de partida para la elaboración de la doctrina sobre la limitación de los derechos fundamentales.

1.2.2. *La Carta Social Europea*

Como instrumento fundamental y complementario al CEDH se adopta la Carta Social Europea (CSE, 1961) que, de conformidad con las posturas doctrinales, recoge el decálogo de los derechos sociales que los distintos Estados integrados en el Consejo de Europa deben respetar y promocionar⁴⁴. La adopción de un instrumento específico para regular en el ámbito europeo los derechos sociales obedece a los mismos objetivos que se pretendían alcanzar con la elaboración de CEDH; por ello, la Carta se centrará en las obligaciones asumidas por los distintos Estados y en los mecanismos de limitación de los derechos fundamentales que contempla.

No obstante, a pesar de que los objetivos que impulsan a ambos textos son los mismos, podemos encontrar diferencias sustanciales que vendrán determinadas, sobre todo, por un mayor acercamiento de la CSE a la regulación contenida en la

elabora el Convenio, aunque ello no obstaculiza que adquieran una nueva significación a la vista de las circunstancias actuales. Los instrumentos posteriores descartarán algunas de estas causas por considerarlas fuera de contexto (el PIDCP acogerá la mayoría de los conceptos, obviando por completo la noción de prevención de delito, mientras que PIDESC prescindirá del concepto de moral pública); o incluidas en categorías más amplias y homogéneas (es el caso del PIDESC, que termina englobando las causas de limitación en tres bloques: seguridad nacional, orden público y protección de los derechos y libertades ajenas).

⁴⁴ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación", *RPS*, núm. 118, 1978, pág. 6; Pardell Veà, A., *Los derechos sindicales...*, op. cit., pág. 8; Freixes Sanjuán, T., "La justiciabilidad de la Carta Social Europea", en VV. AA., *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 115.

normativa de la OIT⁴⁵. En este sentido, la gran diferencia en lo que respecta a los derechos de sindicación se encuentra en la amplitud con que se reconocen en este texto normativo⁴⁶. No se trata de que la regulación del derecho de libertad sindical sea más concreta que en el CEDH, sino en que junto a ella, y por tanto relacionada con ella, se reconoce el derecho de negociación colectiva y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, entre las que se menciona, por primera vez en un instrumento de estas características, el derecho de huelga (art. 6)⁴⁷.

La regulación sustancial del derecho de libertad sindical no parece presentar novedades significativas respecto al resto de instrumentos examinados, al menos en su contenido, donde sólo se mencionan las facultades de constitución y adhesión (art. 5 CSE). A estos efectos, la diferencia fundamental con respecto al CEDH se encuentra en la concepción del plano organizativo sindical. La libertad sindical deja de estar vinculada al derecho de asociación, y prueba de ello es que se utiliza, a semejanza de lo que ocurriría con los Convenios de la OIT, el término “*organización sindical*”, sin predisponer la forma de organización hacia la opción de sindicato–asociación. La inexistencia de una contextualización asociativa incide en el ámbito subjetivo, permitiendo que la CSE designe como titulares del derecho a tra-

⁴⁵ La colaboración entre ambas organizaciones, esto es, CE y OIT, en la defensa de los derechos sindicales se pone de manifiesto, sobre todo, en el proceso de elaboración de la CSE, que antes de adoptar la redacción definitiva fue contrastada con los principales instrumentos de la OIT sobre la materia. No obstante, la relación de colaboración es permanente y se traduce en la cualidad de observadora internacional e integración de un miembro de la OIT en el Comité de Expertos Independientes (art. 26). Sobre esta relación de colaboración, Bartolomei de la Cruz, D. H., “La Carta Social Europea y la Organización Internacional de Trabajo”, VV. AA., *La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000*, Madrid, MTSS, 1989, págs. 131 y ss.

⁴⁶ Con carácter general existen múltiples diferencias entre la CSE y el CEDH. Con respeto a los sistemas de control, las diferencias son abismales y por todos conocidas. El CEDH establece un órgano jurisdiccional que conoce de demandas individuales por lesión de los derechos fundamentales perpetradas en territorio de un Estado miembro. La CSE establece órganos de control no jurisdiccionales (Comité de Expertos Independientes, Comité Intergubernamental, Asamblea Parlamentaria, Comité de Ministros) con la función de analizar, bianualmente, los informes emitidos por los distintos Estados miembros (art. 21–29). La especial consideración que se ha mostrado siempre al CEDH sobre la CSE se ha intentado equilibrar a través de diversos mecanismos, entre los que hay que destacar la reforma introducida en la CSE (1996). En los últimos años ha proliferado numerosas iniciativas con objeto de potenciar la efectividad de los derechos reconocidos en la Carta, sobre todo por parte de la Asamblea Parlamentaria: la creación de un Tribunal Europeo de Derechos Sociales (Recomendación 1354 de 1998 sobre el futuro de la Carta Social Europea) o la incorporación de los derechos que regula al CEDH a través de un protocolo específico (Recomendación 1415 de 1999 sobre un Protocolo al Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a los derechos sociales fundamentales). Ambas propuestas han sido rechazadas por el Comité de Ministros, que considera prioritario avanzar en los resultados de las últimas modificaciones antes de introducir modificaciones (750ª Reunión de los Delegados de Ministros), observación que parece muy apropiada para Estados como España, que a día de hoy sólo ha ratificado la CSE en su versión originaria (BOE de 26 de Junio de 1989).

⁴⁷ Pardell Veà, A., *Los derechos sindicales...*, op. cit., pág. 129.

bajadores y empresarios; con ello se evita la generalidad que caracteriza al resto de instrumentos internacionales, y permite realizar una mención expresa de los objetivos del derecho: la defensa de intereses económicos y sociales.

La mención expresa de las facultades de constitución y adhesión provoca algunas dudas sobre el contenido del derecho, sobre todo aquellas que se refieren a la existencia o no del derecho a no afiliarse, las cuestiones relativas a la dimensión colectiva del derecho y, por supuesto, la posible relación entre libertad sindical–negociación colectiva–medidas de conflicto colectivo. Todas estas cuestiones deben resolverse teniendo en cuenta una premisa fundamental: la vinculación de la CSE con las normas de la OIT hacen innecesaria una concreción más precisa del contenido del derecho. Así lo han entendido los órganos de control que, a través de los informes bianuales emitidos por los distintos Estados, interpretan el derecho de libertad sindical de acuerdo con las prescripciones de los Convenios sobre libertad sindical, aunque habría que realizar algunas matizaciones⁴⁸.

Partiendo de esta base, el tratamiento de las lesiones del derecho de libertad sindical que se produzcan a través de medidas diferenciadoras debería coincidir con el de la OIT. Así ocurre, al menos, en el supuesto más típico de diferenciación por parte de los Estados entre las distintas organizaciones sindicales. Con respecto al criterio de representatividad sindical, el Comité de Expertos Independientes entiende que las diferenciaciones realizadas en función de la representatividad no constituyen, por sí mismas, un acto lesivo del derecho a la libertad sindical, pues la cuestión dependerá de los criterios utilizados para atribuir dicha condición, de los efectos que deriven de ella y, muy especialmente, de que se respete el principio de no discriminación.

El examen de la discriminación sindical se enfoca, siguiendo los parámetros de la OIT, como un mecanismo de protección del contenido del derecho, por lo que, en ningún caso, la asignación de funciones en virtud de la representatividad puede vaciar de contenido el derecho de libertad sindical o impedir su ejercicio a aquellos sindicatos que no ostenten tal condición. Ello va a implicar, en cuanto a las medidas de acción sindical, la imposibilidad de privar a las organizaciones minoritarias de facultades tan importantes como el derecho a la negociación colectiva o el derecho de huelga, que deben garantizarse a cualquier organización sindical.

Con respecto a las discriminaciones que se pudieran producir en el ámbito individual, las manifestaciones de los órganos de control se han realizado, sobre todo, como consecuencia del análisis de cláusulas de seguridad sindical. En este sentido, la Carta no reconoce expresamente la faceta negativa del derecho de libertad sindical, es decir, la libertad de no afiliación, sin embargo, los trabajos previos a la adopción definitiva del texto sobre sindicación ponen en evidencia que la idea era consignar el derecho de libertad sindical como derecho subjetivo y, por tanto, de

⁴⁸ Estas interpretaciones en, Pardell Veà, A., *Los derechos sindicales...*, op. cit., págs. 122 y ss.

ejercicio voluntario, que los Estados debían garantizar⁴⁹. Obviando dicha circunstancia, no se ha reconocido de forma expresa que el derecho de libertad sindical negativa se contenga o derive del texto de la Carta, a pesar de la frecuencia con que se ha planteado el asunto ante los órganos de control⁵⁰. Ello se debe, fundamentalmente, a la existencia de prácticas de seguridad sindical consolidadas en algunos Estados, y a que la propia Carta, lejos de introducir claridad en este asunto, opta claramente por obviarlo. No se podría interpretar en otro sentido la previsión contenida en el art. 1.2 del Anexo al texto de la Carta, que afirma, como consecuencia del reconocimiento del derecho al trabajo, que dicha disposición no constituye, y por tanto no debe entenderse, en el sentido de prohibir o permitir prácticas de seguridad sindical.

En este contexto normativo la posición adoptada por los órganos de control se presenta como limitada y ambigua. Limitada porque en los casos en que se han producido declaraciones tajantes sobre la ilegalidad de este tipo de cláusulas las manifestaciones realizadas se refieren única y exclusivamente a la imposibilidad de que los distintos Estados introduzcan, a través de sus disposiciones, cláusulas de seguridad sindical. La referencia a disposiciones estatales deja al margen del análisis las prácticas establecidas mediante manifestaciones de la autonomía colectiva, y, cuando ha sido indispensable pronunciarse sobre ellas, las declaraciones efectuadas se sumergen en la ambigüedad. No obstante, sí es posible detectar leves cambios en la actitud del Consejo de Expertos a raíz de los pronunciamientos del TEDH sobre la materia. En este sentido, y siguiendo la jurisprudencia de la década de los ochenta, se ha considerado que la obligación de afiliación a organizaciones sindicales impuesta por la autonomía colectiva puede, en determinadas circunstancias, ser contraria al art. 5 CSE; sin embargo, el avance que supone la declaración no se ha traducido en la adopción de una posición definitiva sobre el asunto.

El segundo aspecto importante se centra en analizar el ámbito de aplicación de los derechos sindicales reconocidos, pues, de modo similar a como ocurría con el CEDH, la obligaciones que dimanan del texto se refieren única y exclusivamente a los actos de los distintos Estados, que no deberán menoscabar los derechos sindicales mediante la legislación nacional (Legislativo y Ejecutivo), o su aplicación (Jueces y Tribunales, y Administración). La utilización del término “*menoscabar*”, unida a la naturaleza social de los derechos plasmados en la Carta, obliga a considerar que las obligaciones asumidas por los Estados no se limitan a una mera conducta de no intervención, sino que han de extenderse a las facultades de protección y promoción.

Como consecuencia de ello, los Estados deberán garantizar que ninguna de sus disposiciones vulnere el contenido de la libertad sindical, pero también han de pro-

⁴⁹ Un estudio del proceso de elaboración de la Carta Social Europea, en Pardell Veà, A., *Los derechos sindicales...*, op. cit., págs. 110 y ss.

⁵⁰ Escolar Polo, M. R., “Los pactos de seguridad sindical”, *REDT*, núm. 11, 1982, págs. 475 y ss.

teger y promover, a través de medidas prohibitivas o preventivas, el ejercicio libre del derecho en su faceta individual y colectiva, vedando todas las posibles injerencias que por distintos sujetos se puedan producir. Se abre así, una esfera pública y privada en la protección del derecho de sindicación, que trasladaría a los ordenamientos jurídicos internos una obligación de respeto y no injerencia en el derecho de libertad sindical, configurado en los términos que dimanarían de la OIT, sobre los sujetos públicos y privados, en virtud de las obligaciones asumidas en la Carta⁵¹.

La influencia de la normativa de la OIT también es patente respecto de las posibles limitaciones que pueden practicar los Estados en el derecho de libertad sindical, sobre todo en lo que concierne a restricciones sobre colectivos concretos de trabajadores. Como sujetos de este tipo de restricciones, la regulación contempla a dos colectivos distintos, los trabajadores integrados en las Fuerzas Armadas y los trabajadores que se integran en el Cuerpo de Policía⁵². La doctrina ha señalado, como consecuencia del análisis de dicha regulación, que las medidas restrictivas que pueden afectar a uno u otro colectivo son distintas. De conformidad con estos planteamientos, la Carta garantizaría el reconocimiento de los derechos de sindicación al colectivo de policía, pudiendo los distintos Estados limitar el contenido del derecho; mientras que la previsión respecto a las Fuerzas Armadas permitiría a los Estados optar entre exclusión o limitación del derecho de libertad sindical⁵³.

Más específico resulta el precepto que regula las restricciones generales a los derechos, adoptando una regulación muy parecida a la del CEDH (art. 31 CSE). En este sentido, se establece que los derechos sólo podrán ser limitados en los supuestos contemplados expresamente en la regulación. Tratándose del derecho de libertad sindical, sólo se podría limitar a los trabajadores integrados en las Fuerzas Armadas o en el Cuerpo de Policía. No obstante, el segundo apartado establece una cláusula genérica que permite la limitación por causas tipificadas (garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros, proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres) cuando resulte necesario en una sociedad democrática, sin que sea posible alegar causas distintas a las consignadas. La regulación reitera, y con ello consolida, los requisitos necesarios para realizar restricciones legítimas en los derechos contemplados, a saber, la realización a través de una ley y su necesidad para conseguir las finalidades que debe salvaguardar cualquier sociedad democrática.

⁵¹ Pardell Veà, A., *Los derechos sindicales...*, op. cit., pág. 122.

⁵² Pardell Veà, A., *Los derechos sindicales...*, op. cit. pág. 116, pone de manifiesto cómo en el proceso de redacción del Proyecto se pretendió introducir otro colectivo: los trabajadores que prestan sus servicios para la Administración del Estado. Sin embargo, la comparación con las normas de la OIT, así como la reiterada oposición de algunos Estados, provocaron finalmente su rechazo.

⁵³ Pardell Veà, A., *Los derechos sindicales...*, op. cit., págs. 142 y ss; Bartolomei de la Cruz, D. H., “La Carta Social Europea...”, op. cit., pág. 145.

1.3. Las directrices de la tutela en el ámbito internacional

El análisis efectuado sobre la normativa internacional permite poner de manifiesto que en cuanto a regulación normativa la mayoría de los instrumentos internacionales coinciden en consagrar el derecho de libertad sindical de forma autónoma e independiente, marginando un tratamiento específico de las conductas discriminatorias por razones sindicales. Es significativo que sólo se contengan disposiciones específicas de prohibición de discriminación en los Convenios de la OIT, siendo mayoritarias las regulaciones que, una vez reconocidos los derechos de libertad sindical, se centran en regular las posibles limitaciones o restricciones que pueden establecer los distintos Estados. Ello pone de manifiesto que en el ámbito internacional prevalece, al menos desde el punto de vista normativo, una tutela centrada en proteger el derecho de libertad sindical y sus posibles contenidos frente a cualquier restricción de los poderes públicos, independientemente de que ésta se produzca a través de una diferencia de trato.

No obstante, hay que tener en cuenta que, al margen de la normativa de la OIT, la protección del derecho de libertad sindical frente a conductas discriminatorias encuentra serios obstáculos para estructurarse en el ámbito europeo debido, precisamente, a la inexistencia de una construcción firme sobre las facultades que integran su contenido. Aspectos tan importantes como la existencia de una esfera negativa, la delimitación de lo que constituye actividad sindical, sus titulares y las condiciones para el ejercicio, así como la relación del derecho de sindicación con la negociación colectiva y con las medidas de conflicto colectivo, adolecen de graves imprecisiones, incompatibles con la protección efectiva de los derechos sindicales frente a la discriminación sindical. A todo ello hay que añadir las distorsiones que en el contenido del derecho ocasionan los mecanismos establecidos para configurar y controlar las obligaciones que, con respecto a los derechos de libertad sindical, asume cada uno de los Estados, sobre todo si atendemos al sistema articulado en la CSE, y la idoneidad de cada uno de ellos para hacer frente a las injerencias públicas o privadas que se pueden ocasionar sobre los derechos fundamentales⁵⁴.

Esta falta de solidez en la construcción del contenido del derecho de sindicación incide negativamente en la actuación de los órganos de control, que ante supuestos de injerencias y diferenciaciones por razones sindicales sobre las facultades mencionadas analizan las actuaciones de los distintos sujetos con parámetros quizá demasiado vagos e imprecisos y, por ello, no demasiados adecuados para proteger

⁵⁴ Es importante llamar la atención sobre el procedimiento de vinculación de los Estados. De conformidad con la regulación contenida en la CSE (Parte III), cada Estado deberá asumir obligaciones sobre un mínimo de 10 artículos ó 45 párrafos numerados, de los cuáles 5 artículos han de elegirse necesariamente entre los arts. 1, 5, 6, 12, 13, 16, 19, por lo que cabría la posibilidad, en último término, de que algún Estado no asuma la totalidad de los derechos laborales reconocidos en su articulado.

un derecho sustantivo como la libertad sindical. Especialmente relevante a los efectos que estamos considerando se muestra la labor del TEDH, que ante la falta de una doctrina consolidada sobre las facultades que integran la dimensión colectiva del derecho de libertad sindical (especialmente por lo que se refiere a la actividad sindical) protege estas manifestaciones a través del principio de igualdad (art. 14 CEDH).

Existen, no obstante, diferencias importantes entre las actuaciones de los distintos órganos de control cuando se trata de analizar supuestos de discriminación sindical, pues tanto las intervenciones del Comité de Libertad Sindical (en el caso de los Convenios de la OIT) como las del Comité de Expertos Independientes (en el caso de la CSE) analizan las conductas diferenciadoras desde una perspectiva más cercana a la injerencia que producen en el contenido del derecho de libertad sindical que a la perspectiva que requieren las exigencias del principio de igualdad de trato. Se perfilan así dos sistemas distintos para examinar las diferencias por razones sindicales, uno volcado en garantizar que la diferencia no lesione el contenido de los derechos de libertad sindical y que corresponde a aquellos instrumentos o sistemas donde rige una cierta claridad sobre los contenidos de los derechos de sindicación (especialmente Convenios 87 y 98 de la OIT) y otro en el que la diferencia por razones sindicales se examina con objeto de comprobar que no es contraria al principio de igualdad (CEDH)⁵⁵.

La gran diferencia entre ambos sistemas de protección se centra en la distinta atención que prestan ambos organismos hacia las manifestaciones de la autonomía colectiva, es decir, hacia la acción sindical. La OIT intenta proteger con la tutela discriminatoria los atentados sobre el contenido del derecho, y no otra cosa pretende cuando sostiene que la representatividad habrá de aplicarse sólo respecto de determinadas manifestaciones de la libertad sindical, como las consultas con los gobiernos, la negociación o la representación en organismos internacionales, materias todas ellas (y aquí es donde surge el aspecto más interesante) en las que es necesario o imprescindible diferenciar entre organizaciones sindicales, de forma que la aplicación del principio de igualdad y no discriminación se efectúa porque su lesión perjudica los medios de acción colectiva⁵⁶.

⁵⁵ Para Fernández López, M. F., “Designación de los sindicatos...”, op. cit., pág. 782, los dos referentes internacionales, OIT y CEDH, responden a filosofías parcialmente opuestas. En sentido contrario, Carmona Contreras, E., *La conflictiva relación...*, op. cit., págs. 99 y ss, al considerar que la inclusión de la negociación colectiva en el contenido esencial del derecho de libertad sindical deriva claramente de la jurisprudencia del TEDH, que a falta de plasmación expresa en el CEDH, lo incluye en el art. 11 del CEDH. Obviamente, la distinta posición radica en que, mientras Fernández López se refiere a la protección material de los derechos de sindicación, Carmona Contreras permanece en el ámbito de las declaraciones formales.

⁵⁶ Fernández López, M. F., “Designación de los sindicatos presentes...”, op. cit., pág. 783.

En cambio, la noción de libertad sindical que maneja el TEDH es, como ha señalado la doctrina, predominantemente asociativa, en el sentido de que tiende a proteger la libertad de organización sindical y a marginar los medios de acción sindical⁵⁷. Ello provoca la necesidad de acudir al art. 14 CEDH para proteger los aspectos no estrictamente organizativos de la libertad sindical, resolviéndose la cuestión de las diferencias por razones sindicales al margen del contenido de los derechos de sindicación.

Con objeto de determinar el procedimiento que debe prevalecer en nuestro ordenamiento jurídico, analizaremos a continuación, las distintas disposiciones normativas que sobre discriminación por razones sindicales contiene el ordenamiento jurídico español.

2. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN SINDICAL

Además de las previsiones constitucionales, ya examinadas en el Capítulo Segundo, la normativa laboral española contiene diversas concreciones legales respecto de la prohibición de discriminación en general y sobre la prohibición de discriminación por razones sindicales en particular. Analizaremos a continuación cada una de ellas, con objeto de esclarecer su ámbito de aplicación, así como la relación que guardan en su plasmación positiva los derechos de igualdad y las distintas manifestaciones de los derechos de libertad sindical. En este sentido, es necesario aclarar que sólo nos centraremos en aquellas disposiciones legislativas que incorporan una prohibición de discriminación por dichas razones, sin entrar en las diversas manifestaciones que de la cláusula aparezcan en otros preceptos. Comenzaremos el análisis con el art. 17 ET, en los aspectos que afectan al derecho de libertad sindical, para continuar con los preceptos contenidos en la Ley 11/1985, de 2 de agosto (Ley Orgánica de Libertad Sindical, LOLS), y terminar con el examen del art. 68.c) ET sobre la actividad representativa en la empresa.

2.1. La prohibición de discriminación sindical en el Estatuto de los Trabajadores

La norma específica que regula la relación de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores, reconoce el derecho de los trabajadores a no ser discriminados (art. 4.2.c)

⁵⁷ Fernández López, M. F., “Designación de los sindicatos presentes...”, op. cit., pág. 783.

e, íntimamente relacionada con esta disposición, una prohibición absoluta de discriminación por diversas circunstancias (art.17)⁵⁸. La regulación estatutaria sanciona con la nulidad las medidas discriminatorias que sobre los trabajadores practiquen los diversos sujetos que intervienen en el ámbito laboral, mencionando entre las distintas conductas sancionables aquellas que tienden a reprimir la adhesión o no a los sindicatos y a sus acuerdos. De las distintas dudas interpretativas que suscita el precepto hemos de pronunciarnos inexcusablemente sobre tres aspectos, a saber: las facultades del derecho de libertad sindical que resultan protegidas; los sujetos activos frente a los que se establece la prohibición de discriminación; y, por último, el ámbito material de protección que subyace en la regulación.

2.1.1. *Ámbito objetivo de aplicación: La exclusión de las diferencias entre organizaciones sindicales*

Con respecto al elenco de facultades protegidas, algunos autores han destacado la imposibilidad –debido al contexto individualista en el que se inserta la prohibición de discriminación– de incluir las relaciones colectivas de trabajo, pues, en todo caso, habría que tener en cuenta que el ámbito objetivo de aplicación está

⁵⁸ El art. 17.1 del ET establece que “*se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por [...] adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos [...]. Serán igualmente nulas las ordenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación*”. Un estudio detallado del precepto en su redacción anterior, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “No discriminación...”, op. cit., págs. 223 y ss. La jurisprudencia constitucional ha declarado, en reiteradas ocasiones, que el precepto plasma la prohibición de discriminación y no el principio de igualdad de trato [SSTC 34/1984, de 9 de marzo (F. J. 2º)]. Sin embargo, dichas declaraciones no entorpecen que el tratamiento de algunas cuestiones se enfoquen desde la perspectiva del más genérico derecho a la igualdad [STC 67/1995, de 9 de mayo (F. J. 6º)]. En la doctrina científica, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “No discriminación...”, op. cit., págs. 326 y ss.; Galiana Moreno, J. M., “Derecho a la no discriminación...”, op. cit., págs. 2149 y ss. No obstante, la proscripción expresa de discriminaciones favorables y adversas ha provocado que determinados autores vean en la regulación legal una consagración del principio de igualdad formal notablemente ampliada en el ámbito privado (art. 17.1), junto a algunas manifestaciones del principio de igualdad material (art. 17.2 y 3 ET). En este sentido, Quesada Segura, R., “La igualdad sustancial...”, op. cit., pág. 851. En términos similares, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo”, en VV. AA., *Comentarios a las Leyes Laborales...*, op. cit., pág. 457, considera que el art. 17.1 ET contempla el principio de igualdad de trato, mientras que el 17.2 y 3 refleja el principio de igualdad sustancial. También en la jurisprudencia constitucional podemos encontrar pronunciamientos que aceptan una inclusión matizada del principio de igualdad en las relaciones laborales, STC 171/1989, de 19 de octubre (F. J.1º *in fine*).

conformado por la existencia de una relación de trabajo, lo que explicaría, de conformidad con estas posiciones, que el precepto sólo prohíba las discriminaciones que se producen en el ámbito de la relación laboral⁵⁹.

En este sentido, las previsiones legales son claras: se prohíben las discriminaciones favorables y adversas en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo por razón de adhesión o no adhesión a los sindicatos y a sus acuerdos. Ello significa que sólo serán censurables las diferencias de trato que afecten al trabajador por afiliarse o no un sindicato o por adherirse o no a los acuerdos adoptados por las organizaciones sindicales.

Como consecuencia de lo anterior, quedan excluidas del ámbito de protección las diferencias realizadas en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, es decir, aspectos tan importantes como las injerencias empresariales en los sindicatos, la igualdad de trato entre los sindicatos y la relación entre éstos y sus afiliados⁶⁰. Sin embargo, la exclusión de dichas relaciones no es absoluta, puesto que se ha aceptado que las diferencias establecidas entre organizaciones sindicales pueden devenir sancionadas cuando repercutan de forma negativa sobre la libertad sindical del individuo⁶¹. Ésta parece ser la postura adoptada por el Tribunal Constitucional, que ha considerado derivadas del art. 17 ET, y, como consecuencia, del art. 14 CE, las diferenciaciones empresariales entre organizaciones sindicales⁶².

Partiendo de esta consideración, no es fácil identificar tratamientos colectivos discriminatorios que no incidan, directa o indirectamente, en el derecho a la libertad sindical del trabajador; o, lo que aún es más fácil, sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores afiliados al sindicato perjudicado; o, incluso, sobre las condiciones de trabajo de la totalidad de los trabajadores de la empresa. Si partimos de este razonamiento, no sólo se habrían de considerar las diferencias establecidas entre las distintas organizaciones sindicales, sino también las injerencias patronales en los sindicatos, así como las discriminaciones que se producen en el seno del sindicato, ya que, en definitiva, todos ellos constituyen actos susceptibles de lesionar el libre ejercicio del derecho de libertad sindical de los trabajadores, el resto de derechos fundamentales y su disfrute en el ámbito de la organización empresarial.

⁵⁹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “No discriminación...”, op. cit., pág. 327.

⁶⁰ Para Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “No discriminación...”, op. cit., págs. 379 y ss., los aspectos colectivos de la relación laboral quedarían fuera de una lógica individualista como la tutela antidiscriminatoria; Palomeque López, M. C., “El derecho constitucional de igualdad...”, op. cit., pág. 26.

⁶¹ Para Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “No discriminación...”, op. cit., pág. 389, “*quedarían incluidas en la protección las diferenciaciones entre sindicatos que tuvieran reflejo en la configuración de los derechos laborales, en función de la afiliación a uno u otro sindicato, y en relación sólo a tales efectos*”.

⁶² STC 67/1995, de 9 de mayo (F. J. 6°).

A pesar de la viabilidad de esta construcción extensiva, en virtud de la propia regulación del precepto y de las directrices establecidas por la doctrina constitucional, la interpretación podría parecer un tanto forzada a la vez que innecesaria. En este sentido, se podría sostener la aplicación inmediata y directa de la prohibición constitucional, y ello porque las personas jurídicas pueden ser tanto sujetos activos como pasivos del derecho a la no discriminación⁶³ y las razones sindicales constituirían criterio vedado desde el plano constitucional (ya que, como por todos es sabido y aceptado, la enumeración del art. 14 CE no supone una lista cerrada de motivos de discriminación, sino que presenta un carácter meramente enunciativo)⁶⁴.

No obstante, y en aras de dar una respuesta coherente a las diferencias que se puedan introducir en el ámbito colectivo de los derechos sindicales, es necesario destacar el carácter extensivo del concepto de discriminación que acoge la regulación legal⁶⁵. A estos efectos, la prohibición de discriminación se extiende, de conformidad con las directrices internacionales analizadas (sobre todo la normativa de la OIT), al ejercicio de derechos de libertad por parte del trabajador, adquiriendo como objetivo fundamental el de evitar perjuicios por razón del ejercicio de las mencionadas libertades⁶⁶.

Ello nos obliga a considerar las distintas causas que resultan vedadas por la regulación legal, entre las que se pueden diferenciar aquellas que se refieren a características innatas del ser humano (sexo, origen racial o étnico, orientación sexual, condición social, parentesco y lengua), para las que la prohibición se dirige a evitar el establecimiento de desigualdades injustas, y aquellas otras que son consecuencia de la libre elección de los sujetos (estado civil, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos o ejercicio de acciones administrativas o judiciales), ámbito éste último en el que el objetivo fundamental es la tutela de los distintos derechos ejercitados por el trabajador⁶⁷.

⁶³ Por todas, STC 74/1998, de 31 de marzo (F. J. 3º).

⁶⁴ Galiana Moreno, J. M., "Derecho a la no discriminación...", op. cit., págs. 2158 y ss.; García Murcia, J., "Igualdad y no discriminación...", op. cit., pág. 396; STC 31/1984, de 7 de marzo (F. J. 10º).

⁶⁵ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "No discriminación...", op. cit., pág. 338. Para el autor, el concepto de discriminación que acoge el art. 17 ET es mucho más extenso que el contenido en el art. 14. CE, porque el art. 17 no sólo tutela la igualdad sino los derechos de libertad del trabajador, alcanzando con ello una noción de evitación de perjuicios en razón de ejercicio de los derechos fundamentales, lo que no implica sino asumir la noción internacional de discriminación. De forma más particularizada y del mismo autor, "Nulidad radical del despido por represalia", op. cit., pág. 82.

⁶⁶ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "No discriminación...", op. cit., págs. 338-339; Prados de Reyes, F. J., "Garantías de los representantes de los trabajadores frente a decisiones discriminatorias del empresario", en *VV. AA, II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas...*, op. cit., pág. 838.

⁶⁷ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "No discriminación...", op. cit., pág. 348.

Desde esta perspectiva la regulación estatutaria no se limitaría a proteger la libertad sindical de meras diferencias de trato, sino que tendría como función prioritaria proteger su contenido, independientemente de que se produzca la diferencia necesaria para hablar de discriminación o de que la diferencia de trato cumpla o no los requisitos para estimarla constitucional. Lo más importante, por tanto, no es la forma en que se produce la vulneración del derecho, sino que su contenido resulte protegido ante las intervenciones de los distintos poderes cuestionados, aspecto que, en último término va a depender de los controles materiales que apliquen jueces y tribunales en el análisis de legitimidad de la medida diferenciadora.

Esta noción de la discriminación sindical nos obliga a mantener que la regulación contenida en el art. 17 ET no puede considerarse en ningún caso excluyente de la nulidad del resto de fenómenos discriminatorios o lesivos del derecho de libertad sindical, circunstancia que derivaría directamente del art. 28 CE, sino que debe entenderse como un mecanismo que asegura –y ése precisamente es el papel que ha cumplido desde su redacción originaria– la vigencia en el ámbito privado de los derechos de libertad sindical. Dado que éstos se integran por facultades individuales y colectivas, sólo nos queda señalar el carácter limitado y parcial de la protección que se intenta establecer a través del art. 17 ET.

2.1.2. Sujetos activos y ámbito material de protección

La misma conclusión, esto es, que la prohibición de discriminación por razones sindicales tienen por objeto garantizar la vigencia de los derechos de libertad sindical en el ámbito privado más que estructurar una específica tutela antidiscriminatoria por razones sindicales, puede extraerse de la enumeración de los sujetos activos a los que va dirigida la prohibición y de la extensión de la tutela a momentos anteriores a la conformación de la relación laboral.

Con respecto a las conductas que resultan prohibidas, y con ello retomamos el análisis de las cuestiones enunciadas, hay que recordar que la prohibición recae sobre los distintos actos que pueda adoptar el empresario (pactos con los representantes de los trabajadores, pactos individuales y decisiones unilaterales), los representantes de los trabajadores y empresarios al desarrollar la autonomía colectiva en todas sus manifestaciones (convenios colectivos estatutarios, extraestatutarios y acuerdos de empresa) y la Administración mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, siempre que establezcan diferencias de trato en función de la afiliación o actividad sindical o que, sin establecerlas, lesionen los derechos de libertad sindical.

En este sentido, hay que reconocer que la prohibición de discriminación que establece el art. 17 ET se dirige fundamental, aunque no exclusivamente, a los representantes de los trabajadores, en cuanto sujetos legitimados para desarrollar la negociación colectiva, y al empresario, tanto si actúa a través de pactos con los trabajadores o a través de decisiones unilaterales, por ser, de los poderes citados, los

que más incidencia pueden tener en la relación individual y en el establecimiento de las condiciones de trabajo, aspecto éste último que asegura un ámbito de aplicación material prácticamente ilimitado⁶⁸.

Por ello el siguiente aspecto que hay que destacar es la extensión con que el precepto reconoce la prohibición de discriminación en la esfera individual del trabajador⁶⁹. Efectivamente, la prohibición de discriminación por razones sindicales, de conformidad con la regulación constitucional y como se ha manifestado desde distintos ámbitos, se refiere a la relación laboral en su conjunto, abarcando tanto la propia contratación como los momentos previos, con lo que el sujeto queda protegido no sólo cuando ya forma parte de la relación laboral, sino también en el momento de acceder al empleo, sin que por ello se considere lesionada la libertad empresarial de selección de la plantilla⁷⁰. En este sentido, se ha de destacar que la doctrina constitucional ha extendido la tutela antidiscriminatoria a los supuestos de no contratación y de falta de renovación contractual, lo que denota que la discriminación se puede producir tanto por acción como por omisión empresarial⁷¹.

Ciertamente, asimilar la no contratación con el despido supone un salto cualitativo considerable, mucho más drástico en el caso de falta de renovación contractual, donde ambas partes voluntariamente han firmado un contrato de trabajo con duración específica que podrá o no ser objeto de renovación. A pesar del juego de la autonomía de la voluntad y del respeto a la legislación vigente, la doctrina constitucional entiende que el margen de libertad que pueda existir en la legislación aplicable no puede llevar a resultados inconstitucionales. Es cierto que, en estos casos, y a diferencia de los supuestos de despido, la decisión empresarial es dis-

⁶⁸ Palomeque López, M. C., *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Madrid, Civitas, 1983, pág. 51.

⁶⁹ Palomeque López, M. C., *Despidos discriminatorios...*, op. cit., pág. 48. Destaca el autor, como en contraposición con esta amplitud, la regulación legal contempla la lista de causas de discriminación con carácter exhaustivo, por lo que debe ceder ante el carácter abierto con que se reconoce la prohibición en el precepto constitucional, superior en rango. En sentido contrario, Sagardoy Bengoechea, J. A., "El despido discriminatorio", en VV. AA., *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1989, pág. 605.

⁷⁰ Palomeque López, M. C., *Despidos discriminatorios...* op. cit., pág. 48; Cámara Botia, A., "Poder del empresario y prohibición de discriminación...", op. cit., pág. 77; Galiana Moreno, J. M., y Cámara Botia, A., "Igualdad y no discriminación...", op. cit., pág. 331.

⁷¹ Así, en las SSTC 29/2002, de 11 de febrero (F. J. 7º) y 30/2002, de 11 de febrero (F. J. 7º), se interponen recursos de amparo al considerar lesionado el derecho a la libertad sindical de las demandantes por no haber sido contratadas con carácter indefinido una vez terminado el contrato de prácticas que mantenían con la empresa, mientras que sí lo habían sido otros compañeros en las mismas circunstancias. La negativa a transformar el contrato en indefinido se fundaría en la actividad sindical llevada a cabo por las actoras en los meses anteriores a la finalización del contrato, alegación que no resulta desvirtuada por la empresa.

crecional, pero ello no significa que, “*por causas ajenas al propio trabajo, se pueda hacer valer en contra de un derecho fundamental*”⁷².

La extensión de la tutela antidiscriminatoria a momentos previos a la contratación de nuevo nos demuestra que la prohibición de discriminación sindical en nuestro ordenamiento jurídico se establece con objeto de proteger el contenido de los derechos sindicales, independientemente de que la injerencia se produzca a través de una diferencia de trato o de cualquier otra conducta y que el concepto de discriminación que se maneja cuando se tutelan derechos fundamentales no es el mismo que el que se aplica para proteger características innatas de la persona. Si así fuera la conducta discriminatoria por razones sindicales debería cualificarse por el resultado, lo que significa que la lesión del derecho produciría automáticamente la nulidad de acto, circunstancia que no se da en el ámbito de los derechos sindicales.

Efectivamente, la configuración objetiva de las conductas lesivas obliga a poner el acento sobre el resultado producido más que sobre la intención con que se realiza el acto; por ello lo fundamental va a ser que se produzca o no lesión del derecho de libertad sindical, si bien sobre este aspecto hay que realizar algunas matizaciones. A pesar de configurarse como una conducta objetiva, la lesión del derecho no se puede independizar por completo de la intención del sujeto, y ello porque no todo resultado lesivo del derecho está prohibido por el ordenamiento jurídico. La objetividad juega en dos planos distintos, tanto respeto del derecho lesionado como respecto de la existencia de una causa que justifique suficientemente la medida restrictiva. No se podría sostener que cualquier medida que afecte al contenido del derecho de libertad sindical, independientemente de las circunstancias en que se produzca, es nula por atentatoria al derecho fundamental; habrá que estar atento a su justificación⁷³.

⁷² SSTC 17/2003, de 30 de enero (F. J. 6°); 30/2002, de 11 de febrero (F. J. 7°). La doctrina responde a las garantías establecidas por los distintos instrumentos internacionales, especialmente, al Convenio núm. 111 de la OIT (1958), que prohíbe las discriminaciones en el empleo y la ocupación, incluyendo, obviamente, los momentos preliminares a la contratación (art. 13). En el ámbito comunitario, los instrumentos normativos centrados en otras causas de discriminación [Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero (modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre), que establece el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, formación y promoción profesional y a las condiciones de trabajo, completada por la Directiva 75/117/CE, de 10 de febrero, dirigida a garantizar la igualdad en materia salarial entre trabajadores masculinos y femeninos; Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (discriminación por motivo de religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual)], reproducen la distinción que venimos considerando.

⁷³ Sempere Navarro, A. V., y Pérez Campos, A., I., *Las garantías de los representantes de los trabajadores*, Pamplona, Aranzadi, 2004, pág. 101.

A estos efectos, el art. 17 ET, al igual que sucede con la regulación de la LOLS, intenta sintetizar las exigencias de los dos preceptos constitucionales implicados en las diferencias de trato por razones sindicales (arts. 14 y 28 CE), quedando a juicio de la doctrina constitucional la determinación de las garantías o controles materiales que resulten aplicables para proteger el contenido de los derechos de sindicación cuando son objeto de diferencias de trato. Y aunque es precisamente esta interacción entre las diversas manifestaciones del principio de igualdad y los derechos de sindicación la que será objeto de un estudio pormenorizado en los siguientes capítulos, a través del análisis de la doctrina constitucional sobre las diferencias por razones sindicales, no podemos dejar de señalar en este momento que la doctrina científica se inclina por considerar que la tutela antidiscriminatoria juega de forma complementaria a la propia del derecho sustantivo cuestionado, al existir actos que por sí mismos no vulneran el derecho fundamental, pero que sí lo hacen cuando se introducen diferencias de trato en función de que se ejercite o no el derecho fundamental⁷⁴.

El problema se presentará en aquellos casos en que la tutela discriminatoria no juegue de forma complementaria a la que deriva del reconocimiento constitucional de los derechos sindicales, sino que, a través de un proceso de integración, termine suplantando los instrumentos específicos que protegen el contenido de estos derechos, circunstancia que se agrava si tenemos en cuenta que parte de la doctrina considera que la tutela estructurada en el art. 17 ET sólo prohíbe las discriminaciones que se produzcan en la relación de trabajo, excluyendo de la tutela antidiscriminatoria, y por tanto de la aplicación de los mecanismos que derivan de ella, las diferencias entre sujetos colectivos.

2.2. La prohibición de discriminación sindical en la Ley Orgánica de Libertad Sindical

El desarrollo del derecho constitucional de libertad sindical se contiene, como por todos es conocido, en la LO 11/1985, de 2 de agosto (LOLS), que dedica cuatro preceptos a la tutela de los derechos sindicales (arts. 12 a 15). Aunque ya en la exposición de motivos se contienen ciertas referencias que encuadran los derechos sindicales alrededor de la figura del sindicato asociación, marginando con ello otros tipos de representación de los trabajadores⁷⁵, existen disposiciones en la LOLS que señalan a una noción más amplia de libertad sindical, siendo precisamente esas pequeñas disfunciones las que aconsejan un estudio separado de la norma legal.

⁷⁴ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "No discriminación...", op. cit., pág. 381.

⁷⁵ En referencia al contenido de la faceta colectiva del derecho, la Exposición de Motivos identifica el concepto de organización sindical con los sindicatos de trabajadores, advirtiendo que ambos conceptos son utilizados como sinónimos.

Ciertamente, el precepto dedicado a la discriminación sindical reitera las líneas generales que hemos analizado en el ET, por lo que serán aplicables las observaciones realizadas en el análisis precedente⁷⁶. No obstante, y precisamente por constituir una copia literal del art. 17 ET, no podemos dejar de señalar el carácter limitado que presenta la regulación contenida en el art. 12 LOLS. Y ello porque, incardinándose en una Ley Orgánica que desarrolla específicamente los derechos de sindicación, no se alcanza a comprender que, también ahora, se marginen de la tutela del derecho, al menos de su plasmación positiva, las diferencias que, entre los titulares colectivos de los derechos sindicales, se pueden establecer por los distintos sujetos que operan en el ámbito de las relaciones laborales⁷⁷.

Efectivamente, como ha señalado la doctrina, la prohibición de discriminación por razones sindicales sigue enmarcada en la lógica individualista que impone el ET⁷⁸. A tales efectos, la única previsión que contiene la norma legal consiste en considerar conductas lesivas del derecho de libertad sindical las injerencias empresariales en las organizaciones sindicales dirigidas a fomentar la constitución de sindicatos dominados por el empleador, así como cualesquiera otras injerencias dirigidas a controlar las organizaciones sindicales, pasando directamente de la discriminación por motivos sindicales a las conductas lesivas de los derechos sindicales⁷⁹. Ello significa que, salvando los preceptos constitucionales, no existe una regulación específica aplicable a las diferencias establecidas entre las distintas organizaciones sindicales, así como sobre las relaciones entre los afiliados y los sindicatos de pertenencia, aspectos que, por considerarse manifestaciones del derecho de igualdad, y por mucho que las exigencias del principio se inserten en el contenido de los derechos de libertad sindical, quedarán sometidos a la doctrina del Tribunal Constitucional.

No obstante y a pesar de lo dicho, existen algunas diferencias respecto a la regulación estatutaria. La primera de ellas se refiere a la amplitud con que se concibe el fenómeno de la discriminación, pues, al prohibir los actos “*que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación*”, permite incluir los supuestos de discrimi-

⁷⁶ “Serán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario 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” (art. 12 LOLS).

⁷⁷ Destaca la amplitud de los sujetos activos de una conducta antisindical Del Rey Guanter, S. “La conducta antisindical del empresario”, *RL*, T. I., págs. 261.

⁷⁸ Del Rey Guanter, S., “La conducta antisindical: principios generales...”, op. cit. pág. 269.

⁷⁹ “Expresamente serán consideradas lesiones a la libertad sindical los actos de injerencia consistentes en fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial, o en sostener económicamente o en otra forma sindicatos con el mismo propósito de control” (art. 13.2 LOLS).

minación directa o indirecta por razones sindicales, constituyendo, por tanto, la primera disposición en nuestro ordenamiento jurídico que alude a la noción de discriminación indirecta en el derecho sindical⁸⁰.

El aspecto más interesante de la regulación, y aquí radica la segunda diferencia, se encuentra en las disfunciones respecto de la delimitación que sobre la actividad sindical realiza el art. 17 ET. Como ya advertíamos al examinar la regulación estatutaria, la actividad sindical realizada por los trabajadores se reconducía a la adhesión o no a los acuerdos adoptados en el seno de una organización sindical, excluyendo, con carácter general, el reconocimiento y la protección de las actividades que puedan desarrollar libremente los trabajadores en promoción y defensa de sus legítimos intereses.

Ante esta posición que, como hemos visto, ha sido en numerosas ocasiones re-frendada por la doctrina constitucional, incluso acentuada en sus efectos, la LOLS aporta una visión más amplia cuando reconoce el derecho de los trabajadores a no sufrir discriminación por la adhesión o no a los acuerdos sindicales o por el ejercicio, en general, de actividades sindicales. Con ello, la disposición legal se aproxima, al menos en la faceta individual del derecho, a una visión funcional, que entiende los derechos de sindicación como un conjunto de facultades que pueden ser ejercitadas de forma independiente, sin constituir cada una de ellas pasos previos para el ejercicio de las siguientes. Así, el trabajador, como titular de ese haz de facultades, puede constituir organizaciones sindicales, afiliarse, o no, a las ya constituidas, adherirse o no a sus acuerdos, o desarrollar, en general, actividades sindicales, sin necesidad de que éstas últimas sean organizadas, respaldadas o afecten intereses de las organizaciones sindicales existentes⁸¹.

La amplitud con que la LOLS contempla la noción de actividad sindical supone un gran avance respecto del art. 17 ET, en cuanto permite que la tutela antidiscriminatoria por razones sindicales se extienda a aquellos trabajadores que, sin estar afiliados a organizaciones sindicales, realicen acciones en defensa y promoción de la clase trabajadora. Ello, no conviene olvidarlo, no es más que el reflejo del ejercicio del derecho de sindicación en su vertiente negativa, expresamente reconocido en la norma constitucional. En este sentido hay que tener en cuenta que la configuración constitucional de la libertad sindical ampara todas aquellas medidas dirigidas a defender los intereses de los trabajadores, se desarrollen dentro o fuera de una organización sindical; por ello, la prohibición de discriminación ha refe-

⁸⁰ Sin embargo, el carácter avanzado que pudiera suponer dicha previsión respecto de la prohibición general ha sido anulado a raíz de la reforma que introduce expresamente la prohibición de discriminaciones indirectas en el art. 17 ET (Ley 62/2003, de 13 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social).

⁸¹ En el mismo sentido, Castiñeira Fernández, J., "La tutela de la libertad sindical", en VV. AA, *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, op. cit., págs. 346 y ss.

rirse también a este tipo de actividades al margen del sindicato, lo que va a ocasionar la protección de aquellos trabajadores que, aun no estando sindicados, desarrollan actividades de protección del colectivo de los trabajadores.

La concepción funcional de la actividad sindical también se refleja en otras disposiciones legales. Así, el art. 14 LOLS establece que cualquier trabajador, por el simple hecho de pertenecer al grupo de los trabajadores por cuenta ajena (recordemos que el derecho de libertad sindical es un derecho asignado por la pertenencia a un grupo), podrá recabar la tutela de los derechos sindicales ante la jurisdicción competente frente a injerencias de sujetos públicos o privados, individuales o colectivos, incluyendo Administraciones públicas, entidades o corporaciones públicas y privadas⁸².

Constatada, por tanto, la falta de coincidencia entre los enfoques que sobre la actividad sindical coexisten en disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, incluso la contradicción existente en la propia LOLS al hacer confluír una visión orgánica del ámbito colectivo con una consideración funcional de la faceta individual, sólo resta precisar qué es lo que ha de entenderse por actividad sindical. El problema, por tanto, se centra en determinar si esta actividad se restringe a la desarrollada por entes sindicales, supuesto en el que habría que identificar los intereses constitucionales atendibles, adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida restrictiva, o, en caso contrario, admitir que la actividad sindical no es exclusiva de los sindicatos y definir con precisión las facultades que la integran con objeto de identificar, indirectamente, los sujetos que son susceptibles de tutela⁸³.

Lejos de adoptar alguna de estas opciones, es decir, restricción–justificación o no restricción–definición, el Tribunal Constitucional ha partido de una lectura orgánica de la institución, excluyendo de la tutela de la libertad sindical un núcleo importante de actividades desarrolladas por sus legítimos titulares, los trabajadores. Con ello, como tendremos que constatar en el apartado siguiente, se acota el contenido del derecho de libertad sindical, pero no a través de la restricción de su contenido, lo que en virtud de los mecanismos jurídicos disponibles permitiría analizar su constitucionalidad, sino acudiendo a otro mecanismo distinto que tiene la “virtualidad” de evadir los límites necesarios para dotarlo de legitimidad: la delimitación del derecho de libertad sindical.

⁸² Dicha concepción también se refleja en otras disposiciones legislativas; así, por ejemplo, el art. 175.2 LPL legitima para la defensa de los intereses sindicales tanto al sindicato como a los trabajadores en general. En este sentido, Voto particular a la STC 95/1996, de 29 de mayo, realizado por el magistrado Jiménez de Parga Cabrera. Un amplio comentario del precepto en Castiñeira Fernández, J., “La tutela...”, op. cit., págs. 349 y ss.

⁸³ Sobre la complejidad en la definición del concepto, Castiñeira Fernández, J., “La tutela...”, op. cit., págs. 346 y ss.

2.3. La prohibición de discriminación por ejercicio de actividad representativa

Además de los preceptos analizados, existe una prohibición específica de discriminación por ejercicio de actividad representativa en la empresa, completándose con ello el ámbito subjetivo de la protección que establece el derecho Internacional⁸⁴. En el marco del Título II ET, que estructura la representación unitaria en la empresa, el art. 68 establece una serie de facilidades y garantías dirigidas a proteger a los representantes de los trabajadores⁸⁵.

La doctrina española señaló muy pronto la necesidad de que la protección dispensada por el ordenamiento jurídico se dirigiese a prevenir las lesiones que sobre dicha actividad se pudiesen producir en dos ámbitos distintos: en la esfera del representante entendido como trabajador, que está sometido, en virtud del contrato de trabajo, al poder de dirección empresarial (a este finalidad responde el sistema de garantías); y en la del representante como tal, con objeto de facilitar sus tareas de representación (facilidades de la función de representación)⁸⁶.

Entre las diversas garantías que reconoce el precepto se encuentra la prohibición de sancionar o despedir al trabajador por razón del ejercicio de actividad representativa, así como la prohibición de discriminarlo en las condiciones de promoción económica y profesional por el desempeño de su función⁸⁷. El enfoque

⁸⁴ Especialmente, Convenio núm. 135 OIT (1971) y Recomendación núm. 143 OIT (1971), sobre representantes de los trabajadores.

⁸⁵ Como por todos es sabido, en virtud de la legislación vigente, dicho sistema de garantías se extiende, en caso de que dichas figuras existan, a los delegados sindicales (art. 10.3 LOLS); a los miembros de los Comités de Empresa Europeos o miembros de los mecanismos alternativos que se hayan designado (art. 21 y 28 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, que transpone la Directiva 94/54/CE, de 22 de diciembre) y a los Delegados de Prevención y miembros del Comité de Seguridad y Salud Laboral (art. 37.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales). Un estudio exhaustivo sobre cada una de las garantías y su interpretación por la jurisprudencia social en Sempere Navarro, A. V., y Pérez Campos, A., I., *Las garantías de los representantes...*, op. cit.

⁸⁶ Durán López, F., "Despido y sanción de los representantes sindicales", *REDT*, núm. 1, 1980, pág. 53, utilizará una terminología muy cercana a la empleada en los Convenios de la OIT (arts. 1 y 2 del Convenio 135 OIT). La distinción se ha convertido en una clasificación clásica en todos los manuales dirigidos a la enseñanza del Derecho del Trabajo.

⁸⁷ Art. 68 c): "*No 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 los establecido en el art. 54. Asimismo, no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación*". La doctrina laboral diferencia dos tipos de garantías en el precepto, la garantía de inmunidad, refiriéndose a la prohibición de despido y sanción, y la garantía de indemnidad, relativa a la prohibición de discriminación. En este sentido, Sempere Navarro, A. V., y Pérez Campos, A. I., *Las garantías de los representantes...*, op. cit., pág. 80; López Álvarez, M. J., "Las garantías de los representantes de los

dado a la regulación permite afirmar que la prohibición de discriminación se dirige a salvaguardar la acción representativa frente a todas las manifestaciones del poder de dirección empresarial, sin centrarse exclusivamente, como pudiera pensarse en principio por razón de la dicción literal con la que se inicia el precepto, en la potestad sancionadora o disciplinaria⁸⁸.

A pesar de que en este caso parece haber cierta unanimidad doctrinal respecto de que el objeto de protección es la actividad representativa en general, la configuración de la regulación legal como prohibición de discriminación y el contexto normativo en el que se inserta el precepto de nuevo generan dificultades para proteger la acción representativa desarrollada por sujetos colectivos⁸⁹. Sin embargo, como tendremos ocasión de comprobar en las páginas que siguen, va a ser precisamente en este ámbito donde con más claridad quedará de manifiesto que la prohibición de discriminación por razones sindicales se dirige a proteger el contenido constitucional del derecho de libertad sindical y, siendo así, resulta mucho más efectivo articular un sistema de tutela que parta del reconocimiento constitucional de este derecho.

Efectivamente, tratándose de ejercicio de actividad representativa en la empresa, va a resultar imposible desconectar la tutela antidiscriminatoria que brindan los arts. 14 CE y 17 ET del reconocimiento de la actividad representativa como contenido constitucional de los derechos de libertad sindical (art. 28 CE), de forma

trabajadores en la jurisprudencia”, AL, núm. 2, 2005, pág. 2532. No obstante, basándonos en los pronunciamientos emitidos, consideramos que ambas garantías son manifestación de la prohibición de discriminación y, por tanto, reflejo de una acepción más amplia de la garantía de indemnidad [SSTC 87/1998, de 21 de abril (F. J. 3º); 191/1998, de 29 de septiembre (F. J. 4º); 188/2004, de 2 noviembre (F. J. 4º); 30/2000, de 31 de enero (F. J. 2); 111/2003, de 16 de junio (F. J. 5º); 79/2004, de 5 de mayo (F. J. 7º)].

⁸⁸ Una interpretación en este sentido debería ser rechazada por las menciones expresas en relación a la promoción económica y profesional y, lo que es más importante aún, por el carácter abierto que del ámbito material de la discriminación sindical contienen otras disposiciones, tanto constitucionales como legales. Durán López, F., “Despido y sanción...”, op. cit., pág. 52; Tudela Cambroner, G., *Las garantías de los representantes...*, op. cit., pág. 104; Barreiro González, G., “Garantías de los representantes del personal”, VV. AA, *Derecho vivo del trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, Madrid, MTAS-La Ley, 2004, pág. 202; Sempere Navarro, A. V., y Pérez Campos, A. I., *Las garantías de los representantes...*, op. cit., págs. 81 y ss.

⁸⁹ Tradicionalmente la doctrina viene reconociendo dos tipos de intereses protegidos por el sistema de garantías, el interés individual del representante como trabajador que tienen derecho a no ser perjudicado por el ejercicio de su actividad representativa, y el interés colectivo que resulta protegido al garantizar la propia acción de representación con independencia de quién la ejercite, si bien parece prevalecer aquella que reconoce una mayor incidencia en la protección del interés colectivo. En este sentido, Gorelli Hernández, J., “El derecho de opción en casos de despidos improcedentes de exdelegados sindicales”, *TL*, núm. 69, 2003, págs. 39 y ss.; Durán López, F., “Despido y sanción...”, op. cit., págs. 53 y 59. En sentido contrario, Tudela Cambroner, G., *Las garantías de los representantes...*, op. cit., págs. 35 y ss.

que, a falta de una interpretación en este sentido, la tutela que dispensa el art. 68 c) ET resulta absolutamente necesaria para proteger la actividad desarrollada por los representantes unitarios, mientras que la actividad representativa desarrollada por otros tipos de representantes queda absolutamente al margen de la protección legal y constitucional.

2.3.1. *La necesidad de estructurar la tutela legislativa*

En virtud de las semejanzas que guarda el precepto con otras normas laborales ya analizadas, lo primero que habría que plantearse respecto de esta disposición es su efectividad⁹⁰. Y ello porque la protección de los representantes ya vendría dispensada por el simple hecho de ser trabajadores. En efecto, el ejercicio de un cargo representativo a favor de los trabajadores no es más que una manifestación del derecho de libertad sindical, por lo que el sistema de protección a efectos de discriminación vendría impuesto por los arts. 14 y 28 CE, además de los arts. 17 ET, 12 y 13 de LOLS⁹¹.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, de conformidad con la doctrina constitucional, la protección que reciben los representantes de los trabajadores varía en función de que estén o no integrados en una organización sindical de carácter asociativo⁹². Desde esta perspectiva, la actividad desempeñada por los representantes unitarios no deriva del derecho de libertad sindical, de forma que la jurisprudencia constitucional, a lo más, llega a reconocer que, aun siendo una forma de

⁹⁰ No obstante, la doctrina ha señalado diferencias significativas con la redacción dada al art. 17 ET. Así, la mención expresa que hace la prohibición de discriminación respecto a la promoción económica del trabajador representante parece ser más amplia que la alusión a las retribuciones que realiza el art. 17 ET, lo que permite considerar todas aquellas percepciones o ventajas económicas concedidas por el empresario a los trabajadores. En este sentido, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "Igualdad y no discriminación en el empleo", *RMTAS*, núm. 13, 1998, pág. 74. Resultado de ello es la elaboración por la jurisprudencia del principio de "*indemnidad retributiva*", que no es más que el derecho de los representantes, especialmente de aquellos que están liberados de la obligación de realizar la prestación de servicios, a recibir la misma retribución que cuando estaban en servicio activo, incluyéndose, por tanto, todos los complementos salariales que recibirían si estuviesen desempeñando su actividad [SSTC 30/2000, de 31 de enero (F. J. 4°); 92/2005, de 18 de abril (F. J. 5°); 326/2005, de 12 de noviembre (F. J. 4°). Nogueira Guastavino, M., "La progresiva ampliación de la garantía de indemnidad retributiva de los representantes sindicales en la doctrina del Tribunal Constitucional y la Sentencia 92/2005, de 18 de abril", *RGDTSS*, núm. 10, 2006 (<http://www.iustel.com>)].

⁹¹ En este sentido, San Martín Mazzucconi, C., "El tratamiento en la negociación colectiva de las garantías de los representantes de los trabajadores", *AS*, núm. 12, 1999, pág. 840; Montoya Melgar, A., "Título II. Capítulo I. Art. 68. Garantías", *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Navarra, Aranzadi, 2005, pág. 580.

⁹² SSTC 104/1987, de 17 de junio (F. J. 1°); 95/1996, de 29 de mayo (F. J. 4°).

actividad sindical, su desarrollo no se encuentra protegido por el art. 28 CE⁹³. Si seguimos ese razonamiento deberíamos considerar que los representantes no sindicales en la empresa no gozan de la protección que en clave sindical aportan los arts. 14 CE y 17 ET, a no ser que consideremos, como consecuencia del carácter abierto que presenta la prohibición de discriminación en ambos preceptos, la representación de los intereses de los trabajadores como una causa de discriminación prohibida tanto desde el plano constitucional como legal, circunstancia que a estas alturas no parece haber sido aceptada por la doctrina constitucional⁹⁴.

A estos efectos, la jurisprudencia constitucional ha declarado expresamente que la tutela que corresponde a los representantes unitarios, de naturaleza no sindical, es una tutela legal que parte del art. 68.c) ET. De conformidad con estos planteamientos, el Tribunal considera que dicho precepto representa la plasmación en el ámbito laboral, respecto de los representantes unitarios, de un principio jurídico que exige la igualdad de trato⁹⁵. Con esta observación no sólo niega la titularidad del derecho de libertad sindical a los representantes unitarios, como representantes y como trabajadores que son, reduciendo con ello drásticamente el derecho de libertad sindical, sino que además excluye la aplicación directa del principio de no discriminación por ejercicio de la actividad representativa, enfocando el asunto como una cuestión de igualdad cuando en realidad se trata de discriminación por ejercicio de derechos sindicales⁹⁶.

En estas circunstancias, deberíamos llegar a la conclusión de que efectivamente la protección que dispensa el precepto legal es absolutamente necesaria para proteger las actividades desarrolladas por las representaciones unitarias, sobre todo porque la tutela de estas facultades (si excluimos la aplicación de los arts. 28 y 14 CE y 17 ET) sería difícilmente derivable del art. 129. 2 CE, fundamento último, de conformidad con los planteamientos doctrinales, de este tipo de representación⁹⁷.

⁹³ Por todas, STC 134/1994, de 9 de mayo (F. J. 4^o). Un comentario a dicha sentencia en García Valverde, M. D., "Vulneración del derecho a la libertad sindical: la injerencia empresarial", *TL*, núm. 38, 1996, págs. 91 y ss. No obstante, hay que tener en cuenta que con la formulación de la garantía de indemnidad sindical parece producirse una cierta ampliación del concepto de acción sindical, en cuanto aboga por aplicar el art. 28 CE a representantes unitarios independientemente de su naturaleza sindical [SSTC 79/2004, de 5 de mayo (F. J. 3^o) y 198/2004, de 15 de noviembre (F. J. 5^o)]. En la misma línea, Durán López, F., y Sáez Lara, C., "Representación y participación de los trabajadores en la empresa", *VV. AA., Las transformaciones del Derecho del Trabajo...*, op. cit., págs. 308 y ss.

⁹⁴ Esta, sin embargo, parece ser la posición mantenida por Sempere Navarro, A. V., y Pérez Campos, A. I., *Las garantías de los representantes...*, op. cit., pág. 93, al derivar la prohibición de los arts. 17 y 4.2 c) del ET.

⁹⁵ STC 95/1996, de 29 de mayo (F. J. 6^o)

⁹⁶ No obstante, también existen supuestos en los que aplica directamente el art. 14 CE sin analizar la posible lesión del art. 28 CE, a pesar de que el representante tenga naturaleza sindical (STC 82/1997, de 22 de abril).

⁹⁷ Por todos, Luján Alcaraz, J., *La acción sindical en la empresa...*, op. cit., págs. 923 y ss. Ejemplo paradigmático de dicha necesidad lo constituye la STC 95/1996, de 29 de mayo.

Llegados a este punto, todavía quedaría un obstáculo más que solventar: se trata de determinar los efectos que conllevan los actos lesivos de la actividad representativa, sobre todo si consideramos que en este caso no hay derecho fundamental implicado, exceptuando el derecho de igualdad, y que si el representante no tiene naturaleza sindical, en principio, no sería aplicable el art. 17 ET, precepto que especifica claramente la sanción de nulidad. Estaría completamente injustificado que, en virtud de qué sujeto realice la función, varíe el régimen aplicable al acto que reprime dicha actividad. La incoherencia de este sistema iría más allá de lo meramente irrazonable, por lo que sería necesario aplicar directamente la prohibición de discriminación constitucional con objeto de eliminar el acto lesivo, lo que no se consigue, al menos en términos equivalentes respecto de las representaciones sindicales, aplicando el principio de igualdad que admite, como por todos es conocido, justificación objetiva y razonable⁹⁸.

Sin embargo, desde el inicio de este trabajo de investigación hemos sostenido una lectura funcional del derecho de libertad sindical que nos llevaría a considerar que cualquier forma de representación de los trabajadores que actué en defensa de sus legítimos intereses (de los trabajadores) ha de ser protegida por el derecho de libertad sindical⁹⁹. En este sentido, no queda más opción que considerar que el art. 68 ET, al establecer la prohibición de discriminación por ejercicio de la actividad representativa, no es más que una especificación de la norma constitucional y, como consecuencia, del mandato legal genérico contenido en el art. 17 ET¹⁰⁰. El problema no va más allá, como poníamos de manifiesto en el apartado anterior, de considerar la acción representativa como manifestación del derecho de libertad sindical. Si la libertad sindical se define como la acción de defensa de los intereses de los trabajadores, la representación de los trabajadores en la empresa ha de ser una manifestación de esa libertad.

Siendo así, el precepto tendría la función de establecer una protección específica para los representantes de los trabajadores en virtud de la compleja posición que ostentan frente al empresario, precisamente, por el ejercicio de su función representativa, yendo más allá de la declaración de nulidad de los actos lesivos del derecho de libertad sindical, que, como ya hemos advertido, es aplicable a cualquier

⁹⁸ Así, por ejemplo, puede verse el distinto enfoque del principio de indemnidad retributiva y su entendimiento por la jurisprudencia constitucional en función de que se trate de representante unitario o sindical, SSTC 191/1998 de 29 de septiembre (F. J. 5º) y 95/1996, de 29 de mayo (F. J. 6º), pronunciamientos en los que claramente se puede observar el contraste que se produce entre sustanciar la lesión a través del derecho de libertad sindical o del derecho de igualdad. En el primer caso, no cabe la posibilidad de demostrar que la diferencia salarial es objetiva y razonable, en el segundo sí.

⁹⁹ Durán López, F., “Despido y sanción...”, op. cit., pág. 52 (notas 2 y 3). Más recientemente en Durán López, F., y Sáez Lara, C., “Representación y participación de los trabajadores...”, op. cit., pág. 309.

¹⁰⁰ Durán López, F., “Despido y sanción...”, op. cit., págs. 54 y ss.

trabajador por ejercitar el derecho y, por ello, reiterativa. Ésta sería, desde nuestro punto de vista, la razón normativa del precepto, regular instituciones adecuadas para proteger el ejercicio de la actividad representativa en la empresa que no derivan necesariamente del texto constitucional (expediente contradictorio, prioridad de permanencia en la empresa y crédito horario)¹⁰¹.

La misma solución, es decir, aplicación directa de los arts. 28 CE y 17 ET, debe observarse con respecto a la ausencia de protección expresa a los candidatos a representantes unitarios, omisión respecto de la normativa internacional que ha llevado a la doctrina a calificar el precepto de restrictivo¹⁰². En este ámbito, la extensión de la protección antidiscriminatoria a los candidatos a las elecciones se ha producido, vía jurisprudencia constitucional, en el ámbito del art. 17 ET, sin que hayamos podido encontrar un pronunciamiento que se refiera en concreto al art. 68 c) ET¹⁰³. La observación no es banal si consideramos que de los pronunciamientos emitidos no se desprende una protección autónoma de la acción representativa a través del art. 28 CE, al menos cuando es ejercitada por cualquier candidato, sino que se protege sólo en aquellos casos en puede resultar perjudicado el interés de las organizaciones sindicales¹⁰⁴.

¹⁰¹ Inciden en el carácter protector de la actividad representativa y no del trabajador Durán López, F., “Despido y sanción...”, op. cit., págs. 58 y ss.; García-Perrote Escartín, I., y Sastre Ibarreche, R., “Art. 68. Garantías”, en VV. AA, *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998, pág. 778. En el mismo sentido, SSTC 78/1982, de 20 de diciembre (F. J. 5°); 83/1982, de 23 de diciembre (F. J. 3°); 191/1996, de 26 de noviembre (F. J. 5°).

¹⁰² La protección de los candidatos se recoge expresamente en diversas disposiciones internacionales (arts. 2 Convenio 98 OIT; 5 b) Convenio 158 OIT; 5.b Convenio 135 OIT). Para Palomeque López, M. C., *Despidos discriminatorios...*, op. cit., pág. 56 (nota 59), la falta de protección no tendría gran relevancia puesto que quedarían protegidos como trabajadores, en cuanto dicha protección tiene reconocimiento, rango y protección constitucional. Así lo ha entendido la jurisprudencia para el conjunto de garantías [SSTC 38/1981, de 23 de noviembre (F. J. 3°); STS de 15 febrero 1990, RJ 1990\1906 (F. J. 4°)], aunque se plantean problemas respecto de la duración temporal de la protección, pues, inexplicablemente, no se admite la protección de candidatos una vez concluido el proceso electoral [STS de 15 de marzo de 1993, RJ 1993/1860 (F. J. 5°)]. La protección a los candidatos se extiende al derecho de opción que recoge el art. 56. 4 ET, siempre que en el momento del despido tengan la condición de candidatos y que resulten elegidos finalmente [SSTS 20 de junio 2000, RJ 2000/7172 (F. J. 2°)], requisitos, sobre todo la exigencia de que se trate de un candidato electo, ampliamente criticados por la doctrina: LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., “Las garantías de los representantes...”, op. cit., pág. 2525.

¹⁰³ Existen pronunciamientos en los que no se hace referencia a regulación concreta, derivando la protección directamente de una concepción abierta y funcional del derecho de libertad sindical [SSTC 38/1981, de 23 de noviembre (F. J. 3°, 4°, y, especialmente, 6°); 78/1982, de 20 de diciembre (F. J. 5°)].

¹⁰⁴ SSTC 197/1990, de 29 de noviembre (F. J. 6°); 134/1994, de 9 de mayo (F. J. 4°); 94/1995, de 19 de junio (F. J. 5°); 95/1996, de 29 de mayo (F. J. 4°); 168/1996, de 29 de octubre (F. J. 6°).

2.3.2. *El problema de los representantes “extraestatutarios”*

También habría que considerar, por otro lado, el problema que supone la existencia de representantes de los trabajadores que no se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, esto es, aquellos trabajadores que, aun pretendiendo erigirse como representantes unitarios, no hayan cumplido con los requisitos establecidos en Título II, o aquellos representantes elegidos completamente al margen de la regulación legal. La doctrina, asimilando, muy acertadamente por cierto, el problema con el relativo a la coexistencia de convenios colectivos de eficacia general y limitada, empieza a referirse a ellos con la denominación “*representantes unitarios extraestatutarios*”, sin obviar, y esa es la principal aportación de estos estudios, la verdadera cuestión que subyace en el sistema español de relaciones laborales, que consiste precisamente en la eficacia jurídica de otras formas de representación de los trabajadores que ni son organizaciones sindicales ni se pueden catalogar como representantes unitarios¹⁰⁵.

En principio, ambos tipos de representación están excluidas del régimen de facilidades y garantías que regula el Estatuto, y en cuanto su naturaleza no sea sindical, también respecto de la tutela antidiscriminatoria por razones sindicales, que parece ser la clave de la protección constitucional y legal (art. 14 CE y 17 ET). Por ello, la cuestión fundamental que se plantea con estos representantes no es otra que los mecanismos de protección que les resultan aplicables, cuestión que no obtendrá respuesta hasta que no se determine la naturaleza jurídica que se les ha de reconocer. El tratamiento jurisprudencial de las actividades desempeñadas por dichos representantes no arroja demasiada luz sobre estos aspectos; de hecho, cuando el problema llega a conocimiento del Tribunal Constitucional, la postura mantenida se aferra a la exclusión de dichas actividades del derecho de libertad sindical, ubicándolas, por forzada que sea la interpretación, en el ámbito de las representaciones unitarias¹⁰⁶.

La misma línea se sigue por la jurisprudencia social, es decir, exclusión del derecho de libertad sindical y asimilación con los representantes unitarios en la empresa, aunque se haga poniendo de manifiesto una serie de datos que podrían y deberían llevar a una consideración distinta. Los supuestos más numerosos examinados versan sobre representantes unitarios que no pueden considerarse como tales por incumplimiento de los requisitos establecidos en el procedimiento elec-

¹⁰⁵ En este sentido, Arufe Varela, A., “Los representantes legales o unitarios “extraestatutarios” de los trabajadores”, *REDT*, núm. 127, 2005, págs. 297 y ss.

¹⁰⁶ Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento de elección a representantes unitarios suelen incidir en la necesidad de “*no extremarse en formalismos*” [SSTC 51/1988, de 22 de marzo (F. J. 6°); 185/1992, de 16 de noviembre (F. J. 3°); 272/1993, de 20 de septiembre (F. J. 4°); 18/2001, de 29 de enero (F. J. 4°)].

toral¹⁰⁷. Ante estos casos, y siguiendo la doctrina constitucional, se responde con un flexibilización de los requisitos electorales y asimilando los representantes irregulares a los representantes unitarios¹⁰⁸.

Lo importante de estos pronunciamientos no es la solución que se vertebra para zanjar el problema, sino los argumentos utilizados, sobre todo aquellos que inciden en la acción representativa. Para la jurisprudencia social, la clave del sistema de protección de los representantes de los trabajadores está en garantizar la acción representativa en la empresa, independientemente del sujeto que la realice¹⁰⁹. El control efectuado sobre el sujeto debe analizar no tanto si se han cumplido los requisitos del procedimiento electoral, sino si el sistema de designación de los representantes se realiza mediante procedimientos democráticos, único requisito capaz de determinar la ilegitimidad de un representante designado libremente por los trabajadores¹¹⁰.

A pesar de los argumentos ofrecidos, que se encaminan a impulsar la actividad representativa como una manifestación fundamental de la acción sindical, independientemente de los sujetos actuantes, no podríamos negar el sustrato material en el que nace dicha jurisprudencia: pretendidas representaciones unitarias que, por diversas circunstancias, no se han podido erigir como tales. Ello justificará que la jurisprudencia extienda tanto las facultades como las garantías, obviando sus irregularidades, y los considere representantes unitarios a todos los efectos, señalándose incluso, por determinados autores, que el propio Estatuto propicia esa solución¹¹¹. Y la solución estaría dentro de toda lógica si no fuera porque existen otros tipos de representantes cuyo encuadramiento en la representación unitaria es mucho más difícil de articular con la normativa actual. Se trata de la representación en las empresas de menos de seis trabajadores, donde, en principio, no puede existir representación unitaria, obligatoria u opcional, al no estar prevista legalmente (art. 62. 1 ET)¹¹².

¹⁰⁷ Un análisis de esta jurisprudencia en Arufe Varela, A., “Los representantes legales...”, op. cit., págs. 302 y ss.

¹⁰⁸ Así ocurre en la STS de 2 de junio de 1986, RJ 1986/3434 (F. J. 1°).

¹⁰⁹ STSJ Murcia, de 9 de octubre de 1996, AS 1996/4596 (F. J. 6°), que les reconoce el derecho a optar entre readmisión o indemnización, basándose para ello en que la representación, aún no siendo legal, nace en la empresa. En este sentido se pronunciaba Durán López, F., “Despido y sanción...”, op. cit., pág. 53.

¹¹⁰ Arufe Varela, A., “Los representantes legales...”, op. cit., pág. 305.

¹¹¹ En este sentido, Arufe Varela, A., “Los representantes legales...”, op. cit., pág. 306, aduce la regulación contenida en el art. 71.3 ET, que, refiriéndose a la constitución del comité de empresa, establece: “*La inobservancia de cualquiera de las reglas anteriores determinará la anulabilidad de la elección del candidato o candidatos afectados*”. De conformidad con el autor, esta regla constituiría base suficiente para, a pesar de las irregularidades, seguir reconociendo efectos al procedimiento electoral y, por tanto, a los cargos que a través de él se han cubierto.

¹¹² La existencia de previsiones normativas que prevén la realización de tareas y gestión de intereses en dicho ámbito aconsejan el establecimiento de mecanismos de representación. Es lo que ocurre

Es en este ámbito donde con más virulencia se detectan los desfases que produce una separación radical entre acción representativa y acción sindical. Prueba de ello es que existen pronunciamientos jurisprudenciales en los que se reconoce la eficacia de los convenios colectivos negociados en empresas de estas dimensiones por representantes que no tienen naturaleza sindical ni son representantes unitarios, al menos con la regulación actual. Dichos convenios, a pesar de ser de eficacia limitada, se aplicarán a todos los trabajadores por haber sido negociado por el representante o representantes de todos ellos¹¹³. Reconocida la eficacia de esta acción representativa, quedaría por determinar el sistema protector aplicable a estos representantes, excluidos del derecho de actividad sindical y al margen de la regulación legal, sin que ninguna de estas circunstancias pueda provocar su ilegitimidad¹¹⁴.

Desde nuestro punto de vista, siempre que el procedimiento de designación sea democrático, en el sentido en que entendemos actualmente, dichos representantes deben estar protegidos por los mecanismos de protección general que derivan del derecho de libertad sindical, incluyendo aquellos que instaure el Estatuto en cuanto protección específica y en la forma en que le sean aplicables. Una solución distinta, no dejaría de ser una solución parcial y contradictoria. A estas alturas, no sería viable una asimilación con la representación unitaria con objeto de mantener los dos tipos de representación al margen de la libertad sindical. Aunque esta sea la solución más probable, no es la más adecuada, porque gran parte de la problemática que presenta la representación de los trabajadores en la empresa, si no toda, deriva de la insistencia en una lectura orgánica de la libertad sindical. A pesar de ello, seguramente, en el futuro, seremos testigos de la extensión del régimen de las representaciones unitarias a estas representaciones de naturaleza indeterminada y, con carácter posterior, de una reforma del Estatuto de los Trabajadores que, basándose en la normativa comunitaria, regule la representación unitaria en las “microempresas”, solución que será inviable al cabo de los años, cuando vuelvan a surgir representaciones al margen de la ley, a las que, de nuevo, no se les podrá negar eficacia porque están amparadas en el texto constitucional.

con el supuesto regulado en el art. 44.7 ET para la sucesión de empresas, y con otras exigencias que vienen impuestas por la normativa comunitaria [Directiva 98/50/CE, de 29 de junio sobre derechos de los trabajadores en casos de traspaso de actividad; Directiva 70/1999/CE, sobre contrato de trabajo de duración determinada].

¹¹³ En este sentido, la jurisprudencia laboral reconoce la eficacia de los convenios colectivos negociados en dichos ámbitos, aunque ya habían sido aceptados por la doctrina: Martínez Girón, J., “Unidades de negociación colectiva sin representantes legales o sindicales de los trabajadores”, en VV. AA., *VI Jornadas Hispano-Luso Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 1992, pág. 68.

¹¹⁴ La doctrina pone de manifiesto la existencia de convenios colectivos que reconocen dichas garantías a cualquier tipo de representación de los trabajadores: Sempere Navarro, A. V., y Pérez Campos, A. I., *Las garantías de los representantes...*, op. cit., pág. 87. La STS de 15 de mayo de 1990 (F. J. 6º), se basa en el art. 3 del Convenio núm. 135 OIT para reconocer las garantías de los arts. 68 y 56 del ET al representante de personal en el Consejo de Administración de las Cajas de Ahorros.

2.3.3. Otras consideraciones sobre la regulación legal

Un último aspecto habría que considerar antes de dar por terminado el análisis del precepto y es aquel que se refiere al período temporal durante el que rige la garantía analizada. En virtud de la regulación, la prohibición de despedir por ejercicio de actividad representativa se extendería durante todo el tiempo que dure ésta y al año siguiente a la terminación del cargo. La vigencia temporal de la garantía resulta, cuanto menos, un poco sorprendente, si no fuera de lugar. Para empezar, la extensión temporal se establece, al parecer, únicamente respecto de la prohibición que estamos considerando¹¹⁵, obviando que constituye una manifestación del derecho fundamental de libertad sindical. Siendo así, no tiene ninguna explicación la delimitación de un período para su vigencia, pues el ejercicio regular de la acción representativa no ha de ser objeto de sanción ni cuando se está desarrollando, ni cuando ha finalizado, independientemente del tiempo que haya transcurrido¹¹⁶. Se trata con ello de impedir que se perjudique al trabajador por haber realizado dicha función de forma indefinida, evitando conductas empresariales lesivas posteriores a dicho plazo.

Más enigmáticas resultan, si cabe, las excepciones a la supuesta ampliación temporal de la prohibición, pues no se amplía en aquellos casos en que la expiración del mandato se haya producido por dimisión o revocación del cargo¹¹⁷. Dándose esos supuestos el trabajador, que ya ha dejado de ser representante, no resultará protegido por la prohibición de despido o sanción, independientemente de la circunstancias que hayan provocado la extinción *ante tempus* del mandato¹¹⁸.

¹¹⁵ En sentido contrario, Durán López, F., “Despido y sanción...”, op. cit., pág. 62, al considerar la extensión a cada una de las garantías que reconoce el precepto.

¹¹⁶ Tudela Cambroner, G., *Las garantías de los representantes...*, op. cit., pág. 54; Gorelli Hernández, J., “El derecho de opción...”, op. cit., págs. 45. Así se deriva de la regulación internacional, el art. 7.2 de la recomendación 143 de la OIT, que establece: “*La misma protección podría otorgarse a los trabajadores que han cesado en sus funciones de representantes de los trabajadores*”.

¹¹⁷ La revocación es un término que se refiere exclusivamente a los representantes unitarios. El procedimiento para llevarla a cabo se regula en el art. 67.3 ET, que exige realizarla a través de asamblea mediante mayoría absoluta. La jurisprudencia venía entendiendo que la restricción era aplicable a la destitución del delegado sindical, a pesar de requerir un procedimiento completamente distinto [SSTS de 29 de diciembre de 1998, RJ 1999/447 (F. J. 2º)]; sin embargo, la STC 229/2002, de 9 de diciembre (F. J. 6º), rechaza dicha asimilación. Un estudio sobre esta cuestión en Gorelli Hernández, J., “El derecho de opción...”, op. cit., págs. 35–55.

¹¹⁸ Resulta sorprendente el contraste que se produce con el art. 56.4 ET, donde se otorga al representante la posibilidad de cobrar una indemnización u optar por la readmisión. La preponderancia de interés individual sobre el colectivo en esta disposición, además de contrastar con las excepciones a la ampliación temporal, donde se castiga la dimisión y revocación del representante, apoyaría una interpretación integrada de los arts. 68c) y 56.4 ET, con objeto de aplicar la extensión temporal respecto del derecho de opción, circunstancia que ha dado por supuesta la doctrina constitucional [STC 229/2002, de 9 de diciembre (F. J. 3º–6º)].

Como es obvio, las consecuencias de esta regulación alcanzan una importancia inusitada, pues es el propio Estatuto, es decir, una norma con valor de ley, el que a modo de sanción niega la protección a un trabajador por lo que nosotros entendemos ejercicio de un derecho fundamental, la libertad sindical¹¹⁹. Tal disposición de derechos por parte del legislador no parece ser muy acorde al texto constitucional y supone, en todo caso, la prevalencia de un interés colectivo (la protección de la acción representativa) frente a derechos individuales del trabajador, a los que se les niega protección y, con ella, su propia existencia¹²⁰.

Por todo ello, y en virtud de las controversias que puede originar el precepto, lo lógico sería la supresión de dicha dicción o, al menos, una reforma que vincule el plazo temporal respecto de otras garantías en las que pueda adquirir pleno sentido, tal como se deduce de la jurisprudencia social¹²¹. Así, podría tener plena justificación respecto de la obligación de abrir expediente contradictorio para la imposición de sanciones graves o muy graves¹²². Más difícil resultaría aplicarla respecto de aquellas garantías dirigidas a conservar la acción representativa en la empresa, como la prioridad de permanencia en la empresa y el derecho de opción, y prácticamente imposible referirlo al crédito horario, en cuanto se articula con objeto de cumplir unas funciones representativas que ya no existen.

2.3.4. Consideraciones conclusivas

El somero análisis realizado sobre la prohibición de discriminación por ejercicio de la actividad representativa pone de nuevo en evidencia las diferencias existentes en la protección de trabajadores y entes colectivos en nuestro sistema de relaciones laborales. La protección de la acción sindical en la empresa a través de

¹¹⁹ En este sentido, es importante recordar que el derecho a la libertad sindical comprende tanto una faceta positiva como negativa que faculta al trabajador a realizar o no actividad sindical, incluidas las funciones de representación. Por otro lado, también hay que tener en cuenta que la revocación o dimisión pueden encontrar justificación en circunstancias muy variadas, entre ellas, satisfacción de otros derechos y bienes constitucionales (piénsese, por ejemplo, en la conciliación de la vida laboral y personal, en la libertad ideológica, objeción de conciencia, etc.) cuyo ejercicio puede verse sancionado por la desprotección legislativa realizada en el art. 68c) ET.

¹²⁰ Comparte esta posición crítica Tudela Cambroner, G., *Las garantías de los representantes ...*, op. cit., págs. 54 y ss.

¹²¹ En el mismo sentido, Tudela Cambroner, G., *Las garantías de los representantes...*, op. cit., págs. 59; Gorelli Hernández, J., "El derecho de opción...", op. cit., págs. 45 y ss, que interpreta el precepto en el sentido de ampliar el período temporal al resto de garantías de los representantes tanto las que se regulan en el propio art. 68 ET como las se encuentran en otros preceptos, incluso respecto al derecho a opción en los casos de despido improcedente (art. 56.4 ET).

¹²² STSJ Andalucía de 12 de febrero de 1996, AS 1996/435.

la tutela antidiscriminatoria permite excluir de su ámbito de aplicación y protección la actividad desarrollada por las organizaciones de trabajadores, olvidando que también estas facultades, cuando son objeto de ejercicio colectivo, forman parte del contenido esencial de los derechos de libertad sindical.

No obstante, la fractura más importante se produce respecto del tratamiento que reciben las distintas formas de representación en la empresa. Efectivamente, los desfases que se producen entre representantes unitarios y sindicales se acentúan en materia de discriminación sindical, en primer lugar porque la prohibición de discriminación, cuando se trata de representantes sindicales, se inserta en el contenido del derecho de libertad sindical, facilitando con ello que se produzca la lesión del derecho, cuyo contenido ha sido ampliamente extendido por el Tribunal. En segundo lugar, porque la prohibición de discriminación que afecta a los representantes unitarios, no sindicales, no se puede incorporar al contenido de derecho fundamental alguno, por lo que ha de funcionar de forma autónoma, más cercana a la prohibición de tratos desiguales que a una verdadera interdicción de discriminación por ejercicio de actividad sindical.

De las posibilidades existentes para proteger el ejercicio de la actividad representativa desarrollada por los representantes unitarios (considerarla libertad sindical y, por tanto, protegerla a través de los mecanismos de la discriminación por razones sindicales; estimar que se trata de discriminación por ejercicio de la actividad representativa y aplicar los mecanismos de la tutela antidiscriminatoria; aplicar el principio de igualdad, con posibilidad de aportar justificación objetiva y razonable), la doctrina constitucional parece haber optado por ésta última. Así, y aunque la plasmación del principio de igualdad, reconocido de forma mediata en el art. 68c), posibilita el recurso de amparo de los representantes unitarios, los controles utilizados para controlar la lesión en ambos supuestos son distintos, mucho más tenues en los casos de los representantes unitarios, por lo que se termina perjudicando la actividad representativa, sin que exista, en principio, una razón evidente para ello.

En estas circunstancias, el art. 68 c) ET se torna imprescindible para la protección de los representantes unitarios, si bien su regulación, tras veinticinco años imperturbables de vigencia, contiene una concepción errónea de cómo se ha de arbitrar la tutela antidiscriminatoria por ejercicio de la acción representativa, lo que contribuye a pronunciar las diferencias entre representación sindical y representación unitaria. Si cabe, el panorama se complica cuando se trata de proteger a representantes de los trabajadores que no encuadran en ninguna de las categorías anteriores, pues las soluciones aportadas basculan entre la ignorancia y la asimilación a los representantes unitarios, negándoles como representantes lo que, en ocasiones, se les reconoce como trabajadores, el ejercicio legítimo de la actividad sindical.

En definitiva, al igual que ocurría con las normas internacionales sobre la materia, la tutela antidiscriminatoria por razones sindicales encuentra en nuestro or-

denamiento jurídico importantes que afectan, sobre todo, al ámbito subjetivo del derecho tanto en su faceta individual como colectiva. La delimitación, que no limitación, del contenido del derecho realizada por la doctrina constitucional, ha permitido excluir a distintos sujetos y las actividades de autotutela colectiva que desempeñan, fragmentando con ello la protección que procede aplicar ante el ejercicio de los derechos de libertad sindical.

PARTE SEGUNDA

JUSTIFICACIÓN DE LAS DIFERENCIAS DE TRATO Y CRITERIOS MATERIALES PARA CONTROLAR SU CONSTITUCIONALIDAD

CAPÍTULO CUARTO

LAS DIFERENCIAS ENTRE ORGANIZACIONES SINDICALES PRÁCTICADAS POR LOS PODERES PÚBLICOS

Las diferencias establecidas entre organizaciones sindicales por parte de los poderes públicos, fundamentalmente del legislador, han sido consideradas desde su aparición en los ordenamientos de nuestro entorno jurídico una manifestación de las políticas promocionales derivadas de las nuevas funciones asumidas por el Estado Social. El tránsito a esta nueva forma de Estado supone un cambio en las fórmulas de control y ordenación de la realidad social, que con la nueva configuración se centran más en incentivar las actuaciones deseables para los poderes públicos que en reprimir los fenómenos nocivos o peligrosos¹. Indudablemente, dicha mutación en las funciones públicas, que viene impuesta por la consagración constitucional de los derechos sociales y el descubrimiento de una faceta prestacional en los derechos liberales, tendrá especial repercusión sobre el fenómeno sindical, que pasa de un escueto reconocimiento formal a ser objeto de una profusa regulación legislativa con objeto de potenciar la autonomía colectiva².

¹ Bobbio, N., "Sulla funzione promozionale del diritto", *RTDPC*, 1969, págs. 1323 y ss.; Ferraro, G., *Ordinamento, ruolo dei sindacati, dinamica contrattuale di tutela*, Padua, Cedam, 1981, págs. 126-138.

² Para algunos autores, la constitucionalización de los derechos sindicales es la prueba más palpable de esta promoción y, más concretamente, del sindicalismo de intereses que caracteriza al sindicato (Veneziani, B., *Stato ed autonomia collettiva. Diritto sindacale italiano e comparato*, Bari, Cacucci, 1986, págs. 54 y 135).

No obstante, hay que tener en cuenta que el concepto de promoción que se acoge en la mayoría de los ordenamientos jurídicos va más allá de su entendimiento neutral como conjunto de iniciativas que tienen por finalidad lograr el objeto que se promueve (en nuestro caso, los derechos de sindicación)³ para potenciar, en un marco global y colectivo, la efectividad en su ejercicio, de forma que, más que de un conjunto de medidas dirigidas a potenciar los derechos sindicales en general, se trata de favorecer los relativos a determinados sujetos sindicales⁴. Ni que decir tiene que la reducción del sistema promocional a la fórmula selectiva se ha visto reforzada por el contexto y finalidad de las primeras medidas surgidas en este sentido⁵. A estos efectos, es importante destacar cómo las primeras medidas de promoción sindical, generalizadas a partir de la II Guerra Mundial, se dirigen, fundamentalmente, a potenciar los efectos vinculantes de la negociación colectiva en un contexto de crisis económica⁶.

No es extraño, por tanto, que al surgir el concepto en el ámbito de la negociación colectiva, y con objeto de alcanzar un doble objetivo, su reconocimiento y la máxima efectividad, se haya generalizado el uso de la representatividad sindical como técnica selectiva de las organizaciones sindicales con objeto de garantizar la efectividad de la acción sindical en toda su extensión⁷. De hecho, la promoción selectiva del hecho sindical a través de criterios de representatividad es una constante en todos los ordenamientos de nuestro entorno jurídico, aunque en cada uno

³ De acuerdo con el significado atribuido por el DRAE a la palabra promoción (“acción y efecto de promover, es decir, iniciar o adelantar una cosa procurando su logro o tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo”). La misma neutralidad parece derivarse de los instrumentos internacionales en la materia [art. 11 del Convenio 87 OIT (1948)].

⁴ La promoción sindical se ha definido en nuestro ordenamiento jurídico como “el reforzamiento legal de la autonomía colectiva, con intervención estatal de cobertura, al objeto de dinamizar el sistema socioeconómico vigente”, lo que parece, sin duda, hacer referencia a un conjunto de medidas más amplio que la simple selección de sujetos (Ojeda Avilés, A., “La legislación promocional en España”, *RPS*, núm. 125, 1980, págs. 22 y ss.).

⁵ Las manifestaciones más importantes son la *Ley Wagner* de 1935 para el ordenamiento jurídico americano y el *Statuto dei lavoratori* de 1970 (Ley de 20 de mayo de 1970, núm. 300) en el ordenamiento jurídico italiano [Un comentario a este último en VV. AA.; *Commentario dello Statuto dei Lavoratori* (Diretto da Ubaldo Prosperetti), Milano, Giuffrè, 1975].

⁶ Navarro Nieto, F., *La representatividad sindical*, Madrid, MTSS, 1993, pág. 32, destaca cómo desde la Segunda Guerra Mundial los distintos Estados, especialmente EEUU, Francia y Bélgica, han intentado promocionar el hecho sindical centrándose en la negociación colectiva con objeto de facilitar los efectos normativos del Convenio y garantizar, al menos en el ámbito formal, que el convenio colectivo corresponde a los intereses del colectivo de los trabajadores.

⁷ La conexión entre representatividad y negociación colectiva en Erstling, J. A., *El derecho de sindicación...*, op. cit. págs. 35 y ss.; Caruso, B., *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, Milano, Giuffrè, 1986, pág. 148; Veneziaanni, B., *Stato ed autonomia...*, op. cit., pág. 103.

de ellos los mecanismos articulados al efecto, así como los resultados conseguidos, hayan sido, hasta el momento muy variables⁸.

Estas características son las que, a grandes rasgos, presenta el sistema de promoción sindical en nuestro ordenamiento jurídico, aunque es necesario tener en cuenta que si la evolución en otros ordenamientos se desarrolló durante varias décadas, en el nuestro el sistema de promoción selectiva que implica la representatividad se adoptó de forma automática y apresurada, incluso antes de reconocer el derecho de libertad sindical, y sin que se hubiesen efectuado con carácter previo, a diferencia de lo ocurrido en otros países, estudios rigurosos y generales sobre la institución y su encuadre constitucional⁹.

Además, la inmediata aparición del criterio de representatividad y sus consecuencias, esto es, la diferenciación entre organizaciones sindicales, ha monopolizado hasta tal punto los pronunciamientos judiciales y estudios doctrinales que se ha terminado por identificar promoción sindical y selección de organizaciones sindicales, cuando realmente, y desde nuestro punto de vista, deberían existir algunas diferencias. La identificación entre ambos conceptos y el trasvase automático del criterio de representatividad sindical desde el ámbito de la negociación a otras facultades sindicales donde no tienen razón de ser son los resultados de esta consolidación prematura de la institución, ya que, como veremos a continuación, el criterio selectivo no sólo se ha utilizado en nuestro ordenamiento jurídico para conseguir la eficacia normativa del convenio colectivo (circunstancia que ya puede ser cuestionable), sino para dotar a determinadas organizaciones de otras facultades sindicales que, en principio, no requieren del mencionado mecanismo para reforzar su efectividad.

⁸ Un estudio de los distintos ordenamientos jurídicos en Erstling, J. A., *El derecho de sindicación...*, op. cit., págs. 37 y ss.; Montalvo Correa, J., *El concepto de sindicato más representativo...*, op. cit., págs. 82 y ss.; Navarro Nieto, F., *La representatividad...*, op. cit., págs. 105 y ss.

⁹ Así, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico francés, el máximo detractor del sistema de representatividad argumentaba que la libertad sindical integra un haz de facultades que atienden a los diversos intereses en presencia, y la institución de representatividad es lesiva de los derechos sindicales al condicionar el libre desarrollo de los intereses individuales y colectivos. La capacidad representativa conduce a una especie de monopolio sindical que afecta al derecho del individuo a afiliarse al sindicato de su elección y a los principios de igualdad y pluralismo sindical (Spyropoulos, G., *La liberté syndicale*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, págs. 282 y 359). En el ordenamiento jurídico italiano, destacadamente, Simi, V., "Introduzione al Titolo III. Dell'Attività Sindacale", VV.AA., *Commentario dello Statuto dei Lavoratori...*, op. cit., págs 617 y ss. y la bibliografía por él citada (Nota 15), más recientemente, "Libertà sindacale e parità di trattamento riguardo a tutti i sindacati", *Mass. Giur. Lav.*, 1984, págs. 304 y ss., donde pone de manifiesto que la promoción sindical desarrollada por el Legislador no ha tenido en cuenta la regulación constitucional de los derechos sindicales.

Precisamente ha sido esta circunstancia, la incidencia de la representatividad sobre la configuración constitucional de los derechos de libertad sindical¹⁰, la que ha provocado un punto de desencuentro importante en la doctrina científica, entre la que, cada cierto tiempo, se alzan voces que cuestionan su legitimidad constitucional¹¹. Sintetizar los puntos de acuerdo o desacuerdo sobre la institución más allá de los aspectos mencionados, esto es, identificar las razones comunes que se aducen para defender su legitimidad o ilegitimidad, constituye, sin duda, un buen punto de partida para aproximarse a la institución y analizar los efectos que ocasiona sobre el sistema de relaciones laborales; no obstante, y dado que nuestro análisis se ha de centrar en las distintas relaciones que se pueden establecer entre los derechos de libertad sindical y el principio de igualdad a efectos de proteger el contenido del primero frente a las diferencias de trato que pueden introducir los poderes públicos, hemos considerado mucho más apropiado analizar la institución de la representatividad y las modulaciones que sobre ella ha ido introduciendo la doctrina constitucional en función de las facultades sindicales afectadas.

Este enfoque, que en principio puede parecer reiterativo, nos permitirá ir desentrañando dos aspectos distintos de la doctrina constitucional: de una lado, el peso o posición que dentro de la regulación constitucional tienen cada una de las facultades sindicales que han sido objeto de promoción legislativa, de otro, las distintas relaciones que se pueden entablar entre los derechos implicados, libertad sindical e igualdad, y de los mecanismos de protección que derivan de cada uno de ellos para proteger los derechos de libertad sindical frente a las diferencias de trato. Con esta finalidad hemos estructurado el Capítulo en dos partes distintas: la primera

¹⁰ La mayoría de los estudios denuncian que a través de la promoción sindical se ha producido una constitucionalización de la propia noción de representatividad. En este sentido, Navarro Nieto, F., *La representatividad...*, op. cit., pág. 185. Más lejos llegan otros autores cuando aseguran que a través de representatividad y su configuración jurisprudencial se constitucionaliza no sólo la institución sino los objetivos perseguidos con su articulación, que, en última instancia, constituye una decisión legislativa (García Murcia, J., *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Madrid, MTSS, 1987, pág. 61; Valdés dal Ré, F., "Representación y representatividad sindicales en España", *RL*, núm. 14-15, 1988, pág. 64). En sentido contrario, y, por tanto, a favor de la corrección de la actuación del Tribunal Constitucional, Navarro Nieto, F., *La representatividad...*, op. cit., pág. 183; Casas Baamonde, M. E., "La mayor representatividad sindical y su moderación en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión", *RL*, núms. 14-15, 1988, págs. 71 y ss.

¹¹ Así parece deducirse de Valdés dal Ré, F., "Representación y representatividad...", op. cit., pág. 154; García Murcia, J., *Organizaciones sindicales y empresariales...*, op. cit. pág. 61. Algunos autores, de forma más sutil, se han referido a la institución como una "discriminación legalizada" (Montalvo Correa, M., *El concepto de sindicato más representativo...*, op. cit., pág. 34; Sala Franco, T., "El sindicato más representativo a nivel Estatal. Funciones y competencias", *RL*, T. I., 1986, pág. 368). Los excesos del sistema de representatividad han sido puestos de manifiesto por Martín Valverde, A., "El ordenamiento laboral...", op. cit., págs. 164-166; Alonso Olea, M., "La jurisprudencia lenta y suave del TC", *RAP*, núms. 100-102, 1983, págs. 94 y 103-105.

tiene por objeto poner de manifiesto los mecanismos utilizados por la doctrina constitucional para legitimar las diferencias de trato entre organizaciones sindicales diferenciado en función de la facultad que está en juego; una segunda pretende, además de extraer las directrices generales de la doctrina constitucional sobre las diferencias entre organizaciones sindicales, señalar las consecuencias que dicha doctrina tiene sobre la configuración constitucional de los derechos de libertad sindical y sobre los mecanismos materiales que el propio texto constitucional articula para su protección efectiva.

1. FACULTADES Y PRERROGATIVAS ATRIBUIDAS EN VIRTUD DE LA REPRESENTATIVIDAD SINDICAL. LA LEGITIMACIÓN DEL CRITERIO POR LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Las primeras referencias a la representatividad se realizan en la normativa anterior a la Constitución, y aunque dichos instrumentos no aludían a los mecanismos para su determinación, el concepto es inmediatamente acogido por los primeros instrumentos de la Concertación Social¹². Aceptada su utilización por los sindicatos mayoritarios, la representatividad sindical se regula en la primera versión del Estatuto de los Trabajadores con objeto de cumplir dos objetivos fundamentales: estructurar la participación institucional de los agentes sociales y posibilitar la eficacia general del convenio colectivo¹³.

¹² Como ha puesto de manifiesto Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “La representatividad sindical”, en *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, op. cit., págs. 189 y ss., la disposición que introdujo, por primera vez, el término de representatividad sindical en nuestro ordenamiento fue el RD 3149/1977, de 6 de diciembre, que regulaba el proceso electoral para la elección de la representación unitaria en la empresa (art. 9). Algo más tarde, el RD 3064/1978, de 22 de diciembre, alude al criterio para estructurar la participación institucional en las entidades gestoras de la Seguridad Social (art. 2). En el ámbito de la concertación social, el ABF (1979) y el AMI (1980), suscritos ambos por UGT y CEOE, introducen la representatividad como mecanismo selectivo entre organizaciones sindicales a efectos de negociación colectiva, atendiendo a la audiencia electoral conseguida por los distintos sindicatos. Posteriormente, el ANE (1981), introduce dos grados de representatividad, al diferenciar entre organizaciones más representativas y organizaciones representativas. En el mismo sentido, Valdés del Ré, F., “Representación y representatividad...”, op. cit.; Navarro Nieto, F., *La representatividad...*, op. cit., pág. 170.

¹³ La DA Sexta ET (en redacción originaria de 1980), referida a la participación institucional ante la Administración Pública y otros organismos de carácter nacional que la tuvieran prevista, consideraba representativas las organizaciones sindicales que contaran con el diez por ciento o más de los miembros del comité de empresa y delegados de personal, y aquellas organizaciones empresariales que ostentasen el mismo porcentaje de empresas y trabajadores. La misma función se reconocía a aquellas organizaciones que, en el ámbito de la Comunidad Autónoma, contasen con el 15% de los miembros del comité de empresa, delegados de personal o empresas. Además de esta previsión, el ET utilizaba el

De forma paralela, y precisamente como manifestación del ejercicio de la autonomía colectiva, se fueron perfilando prácticas que utilizaron el criterio de representatividad para finalidades distintas a las establecidas en el marco legal, como por ejemplo, la financiación sindical¹⁴. La conformidad de las grandes centrales sindicales en la atribución de prerrogativas en virtud de la representatividad, provocará una rápida consagración del criterio, tutelada por la doctrina constitucional que, careciendo del rodaje necesario para enjuiciarlo desde el punto de vista constitucional, se limita a corroborar la actuación legislativa e, indirectamente, la práctica sindical, insertando la cuestión en el marco de la mera diferencia objetiva y razonable y dando, con ello, alas al legislador para justificar la regulación que, sólo unos años más tarde, se contendrá en la LOLS¹⁵.

La LOLS se hace eco del criterio acogido por el ET para determinar la representatividad a efectos de negociación y participación institucional, y adopta dicha noción refiriéndola a los resultados alcanzados en las elecciones a representantes unitarios en la empresa (arts. 6 y 7 LOLS). No obstante, dada la naturaleza orgánica de la disposición, su regulación no se limita a aplicar el criterio de representatividad para determinar el grado de participación en las facultades que mencionaba el Estatuto (participación institucional y negociación colectiva), sino que la concibe como instrumento fundamental para atribuir a determinados sujetos sindicales, con carácter preferente o exclusivo, la mayoría de las facultades integradas en la acción sindical colectiva, multiplicando con ello los problemas de legitimidad constitucional que suscita el criterio de representatividad.

Por ello, la cuestión fundamental que debemos analizar es la que se refiere no ya a los grados de representatividad ni al procedimiento para otorgar esa condición y a los efectos que produce sobre la esfera organizativa sindical, aspectos que ya

mismo criterio (la única diferencia radica en que no es necesario que la organizaciones empresariales ocupen al diez por ciento de los trabajadores en el ámbito nacional) para designar los sujetos legitimados en la negociación colectiva supraempresarial de eficacia general, en la elaboración de acuerdos interprofesionales sobre estructura de la negociación y sobre materias concretas (art. 87.2, 83.2 y 3), participar en el procedimiento de consulta para determinar el SMI (27. 1 ET), establecer ampliaciones y restricciones de la jornada de trabajo (art. 34.5), emitir informes en el proceso de extensión de convenios colectivos (art. 92.2), e incluso, en el procedimiento de derogación de ordenanzas laborales (DT 2.2). En este sentido, Ojeda Avilés, A., y Maeztu Gregorio de Tejada, J., "Elecciones a representantes de personal y promoción de los sindicatos más representativos en la Ley 8/1989", *RPS*, núm. 137, 1983, págs. 280; Casas Baamonde, M. E., y Baylos Grau, A., "Mayor representatividad sindical y participación institucional: la concertación social, al margen", *RL*, T. I, 1986, pág. 427; Navarro Nieto, F., *La representatividad...*, op. cit., pág. 171.

¹⁴ En este sentido, es necesario resaltar el Punto XI del AMI, que desplegaba un conjunto de facultades sindicales en la empresa estructuradas sobre el criterio de representatividad. No obstante, el criterio se extendería a la financiación de las organizaciones sindicales a través del ANE y el APS (1981), donde las centrales mayoritarias pactaron con el Estado la devolución del patrimonio sindical.

¹⁵ Navarro Nieto, F., *La representatividad...*, op. cit., pág. 182.

han sido objeto de excelentes estudios doctrinales, sino a las funciones que se otorgan en virtud de ese criterio y a la repercusión que su atribución diferenciada provoca sobre los derechos sindicales de las organizaciones excluidas¹⁶. A estos efectos, existen dos tipos de prerrogativas en la LOLS, las que se atribuyen con carácter exclusivo a los sindicatos más representativos, esto es, la participación institucional y la cesión temporal de bienes patrimoniales públicos [arts. 6.3.a) y 6.3.f) LOLS], y aquellas otras que se conceden con carácter general a los sindicatos con un mínimo de representatividad (concretamente, aquellos que ostentan el 10 % en ámbitos funcionales y territoriales específicos), es decir, negociación colectiva de carácter general, participación en sistema no jurisdiccionales de solución de conflictos laborales, promoción de elecciones a órganos de representación unitaria y cualesquiera otras que se establezcan [arts. 6.3. b), c), d), e) y g) LOLS]¹⁷.

1.1. La participación institucional

La regulación constitucional que sirve de encuadre a la participación institucional, según la opinión mayoritaria, se encuentra en el art. 129 CE¹⁸. Los estudios

¹⁶ Sala Franco, T., “El sindicato más representativo...”, op. cit., pág. 368; Ojeda Avilés, A., *Derecho Sindical...*, op. cit., pág. 228.

¹⁷ Hay que tener en cuenta que la perspectiva igualitaria determina que sólo se pueda producir una diferencia de trato contraria al principio de igualdad cuando una determinada facultad o prerrogativa se atribuya a uno o varios sindicatos con exclusión de los demás. Esto significa que la cuestión de la discriminación sindical no puede surgir entre organizaciones sindicales a las que se les han atribuido las mismas funciones por el simple hecho de que las hayan de ejercitar en el ámbito territorial y funcional específico que determine su grado de representatividad. Así, en el caso de organizaciones sindicales más representativas y suficientemente representativas, sólo existe una diferencia de trato a efectos de participación institucional y de cesión en uso de bienes inmuebles; mientras que si comparamos las organizaciones representativas y aquellas otras que no han alcanzado los niveles mínimos de representatividad, el ámbito de posibles desigualdades se amplía hacia la generalidad de las funciones que atribuye la LOLS.

¹⁸ La doctrina constitucional ha rechazado desde los inicios de su labor que la participación institucional derive del art. 23 CE por estar dirigido a los ciudadanos y no a los sindicatos [SSTC 53/1982, de 22 de julio (F. J. 1º); 39/1986, de 31 de marzo (F. J. 4º), más genéricamente, sobre la participación en la empresa, STC 189/1993, de 14 de junio (F. J. 5º)]. Crítica esta noción, por restrictiva, Durán López, F., *Jurisprudencia Constitucional...*, op. cit., pág. 171, que considera posible una lectura del precepto que diferencie entre participación directa (ciudadanos) y participación indirecta (ciudadanos–trabajadores a través de los sindicatos). No obstante, la mayoría de la doctrina prefiere ubicar la participación institucional en el art. 129 CE [Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “La participación de los trabajadores en la empresa”, *RPS*, núm. 121, 1979, pág. 426; González Ortega, S., “La participación de los trabajadores en la empresa como expresión de la democracia social”, *CDP*, núm. 25, INAP, 2005, pág. 108, aun reconociendo que el art. 129.1 CE deriva del art. 23 CE, diferencia entre ambos tipos de participación (participación política y participación social)].

sobre la materia sostienen que dicho precepto, referido a la participación en general, contiene dos mandatos distintos, el primero centrado en la participación como mecanismo para fomentar la democratización de los organismos públicos a través de la participación ciudadana; el segundo, de mayor complejidad, relativo a las diversas formas de participación de los trabajadores en la empresa¹⁹.

Siendo la primera, esto es, la participación social en los organismos públicos, la que debe ocupar nuestra atención, debemos advertir que el texto constitucional perfila indirectamente la institución al mencionar la naturaleza pública de los organismos en lo que se ha de desarrollar y delimitar entre ellos, aquellos cuya función incida directamente en la calidad de vida o el bienestar general²⁰. Ello nos obliga a excluir las estructuras participativas en aquellos organismos que no desempeñan funciones públicas, e incluso los casos en que, aun ejerciéndolas, la articulación de estructuras participativas responde a una lógica distinta, como es garantizar el ejercicio del derecho de participación al colectivo de personas que realizan la prestación de servicios para estas entidades²¹.

No obstante, la distinción considerada (participación institucional de los ciudadanos y participación en la empresa de los trabajadores) no siempre ha estado tan clara y desde el inicio de nuestra andadura democrática la participación institucional en los organismos públicos se ha referido, fundamentalmente, a la participación de la clase trabajadora a través de sus organizaciones sindicales, sin que se advirtiera suficientemente que el fenómeno participativo regulado por la Constitución aludía a la más general participación ciudadana²². Por ello, no es extraño que, desde

¹⁹ En este sentido, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “La participación de los trabajadores...”, op. cit., págs. 416 y 435; más claramente en “El derecho de participación en la empresa y en la Seguridad Social”, en VV. AA., *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pág. 700; González Ortega, S., “La participación de los trabajadores en la empresa...”, op. cit., págs. 108 y ss.

²⁰ Concretamente, la regulación constitucional establece un mandato al legislador por el que ha de regular “*las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general*”.

²¹ Sobre las diversas manifestaciones de la participación en la empresa, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “La participación de los trabajadores...”, op. cit., pág. 416; Álvarez Alcolea, M., “Participación del trabajador en la empresa y Constitución”, en VV. AA., *El trabajo en la Constitución*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1982, págs. 192 y ss.; Rojo Torrecilla, E., y Camas Rodas, F., “Comentario del art. 129. 2 de la Constitución Española de 1978 y su desarrollo (con especial atención a la participación en la empresa)”, en VV. AA., *El modelo social en la Constitución de 1978*, op. cit., págs. 1467 y ss.; Galiana Moreno, J. M., y García Romero, B., “La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español”, *RMTAS*, núm. 43, 2003, págs. 143 y ss.; González Ortega, S., “La participación de los trabajadores en la empresa...”, op. cit., págs. 108 y ss.

²² Incluso en el procedimiento de elaboración del precepto constitucional las enmiendas presentadas se dirigían a restringir los derechos de participación institucional a los representantes de trabajadores y empresarios (Rojo Torrecilla, E., y Camas Rodas, F., “Comentario del art. 129. 2 de la Constitución...”, op. cit., pág. 1470).

su aparición, la institución haya tenido por finalidad integrar en el procedimiento de toma de decisiones a las organizaciones sindicales y empresariales, sobre todo en aquellos organismos o instituciones públicas con relevancia política, social y económica²³.

Ciertamente, las distorsiones que padece la institución se ocasionan y perpetúan por la falta de atención doctrinal y jurisprudencial. Al margen de las alusiones realizadas en los estudios que venimos destacando, la participación institucional regulada en el art. 129.1 CE no ha recibido especial atención por parte de la doctrina, que siempre ha centrado sus estudios en el segundo apartado del precepto²⁴. La ausencia de estudios doctrinales se advierte en la doctrina constitucional que, como veremos seguidamente, ha encontrado en la participación institucional un amplio espacio para estructurar la figura del sindicato más representativo y su particular visión de la dimensión colectiva de los derechos sindicales. De hecho, como por todos es conocido, la participación institucional en nuestro ordenamiento siempre se ha desarrollado por las organizaciones sindicales y empresariales y, desde la década de los ochenta, exclusivamente por las organizaciones más representativas²⁵. Sólo en fechas posteriores, y con carácter excepcional, se prevé la participación de colectivos distintos en organismos gestores del sistema de Seguridad Social²⁶.

Un contexto que se centra en la participación institucional de los trabajadores y que toma como referencia los organismos internacionales y nacionales requiere mecanismos para seleccionar los sujetos sindicales y empresariales más capacitados para llevar a cabo la representación del colectivo afectado²⁷. Obviamente, el criterio acogido en nuestro ordenamiento jurídico ha sido el de la mayor represen-

²³ En el ámbito internacional destaca la participación en la OIT y en algunos comités consultivos de la UE, especialmente el CES. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico se prevé la participación institucional, entre otros, en el CES, INSS, INSERSO, INSALUD, INEM, ISM, INSH, MUFACE, CCNNC, FOGASA, etc. Un breve análisis de los antecedentes normativos más inmediatos en Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., "El derecho de participación en la empresa...", op. cit., págs. 712 y ss.

²⁴ Rojo Torrecilla, E., y Camas Rodas, F., "Comentario del art. 129. 2 de la Constitución...", op. cit., págs. 1467 y ss.; VV. AA., *Estudio monográfico sobre participación y representación de los trabajadores en el empresa*, RMTAS, núm. 43, 2003.

²⁵ Rechazan una potestad genérica para representar los intereses generales de la ciudadanía, incidiendo en la necesidad de que los sindicatos acepten la colaboración con otros grupos sociales en potestades que hasta el momento habían considerado exclusivas, Rojo Torrecilla, E., y Camas Rodas, F., "Comentario del art. 129. 2 de la Constitución...", op. cit., pág. 1499.

²⁶ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., "El derecho de participación en la empresa...", op. cit., pág. 715, señala el RD 702/1998, de 24 de abril, que introduce en el INSALUD representación del colectivo de consumidores y usuarios.

²⁷ STC 65/1982, de 10 de noviembre (F. J. 3º).

tatividad sindical. De conformidad con la regulación legal, la mayor representatividad sindical, tanto la obtenida en el ámbito estatal como en el autonómico, otorga una singular posición jurídica a efectos de participación institucional, lo que se traduce en la facultad de ostentar la representación institucional, esto es, del colectivo de los trabajadores, ante las Administraciones Públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tenga prevista (arts. 6 y 7 LOLS)²⁸.

Dicha regulación, a pesar de no ser la más restrictiva de las posibles, reserva con carácter exclusivo la participación institucional a las organizaciones sindicales más representativas con exclusión de las demás, a la vez que restringe, desde nuestro punto de vista injustificadamente, el ámbito en el que ha de desarrollarse la participación institucional: ámbito estatal y autonómico²⁹; y silencia, también injustificadamente, la participación institucional en organismos internacionales³⁰.

Establecido el marco legal para instaurar la participación institucional, corresponderá a las distintas Administraciones su efectiva implantación y al Tribunal Constitucional controlar que las distintas actuaciones administrativas respetan el marco constitucional, función que ha debido cumplir incluso antes de aprobarse la

²⁸ SSTC 70/1982, de 29 de noviembre (F. J. 2º); 58/1985, de 30 de abril (F. J. 4º).

²⁹ El primer recurso de amparo impugnando los criterios de representatividad para otorgar la participación institucional se basaba precisamente en la falta de correspondencia entre el ámbito territorial en el que se ejercitaba la función y los niveles de representatividad exigidos para su ejercicio, o, lo que es lo mismo, en las razones que justificaran que un sindicato suficientemente representativo en un ámbito específico no pudiese desarrollar participación institucional en los organismos públicos establecidos en dicho ámbito [STC 53/1982, de 22 de julio, sobre participación sindical en las Comisiones Ejecutivas Provinciales del INEM (en la actualidad, SPEE)]. El Tribunal analiza las funciones que tienen encomendadas las Comisiones Ejecutivas Provinciales (CEP) y llega a la conclusión de que lejos de constituir órganos autónomos, son “*meras piezas periféricas del Instituto Nacional*”, y, al ser éste un organismo de carácter nacional, es objetivo y razonable que la representatividad exigida se refiera a dicho ámbito. Posteriormente rectificará esta posición al flexibilizar las exigencias respecto de la participación institucional de los sindicatos representativos en el ámbito sectorial [STC 184/1987, de 18 de noviembre (F. J. 7º ap. b)] y en el ámbito autonómico [SSTC 98/1985, de 29 de julio (F. J. 16º) y 140/1990, de 20 de septiembre (F. J. 5º h)].

³⁰ Sala Franco, T., “El sindicato más representativo...”, op. cit., pág. 372. La falta de correspondencia entre el ámbito donde se ejercita la función, ahora a nivel internacional, y el ámbito territorial donde se obtienen los porcentajes de representatividad se vuelve a suscitar en la STC 65/1982, de 10 de noviembre (F. J. 4º), donde se discute la designación de representantes a la 67ª Reunión de la OIT y, como consecuencia de haberse denegado dicha facultad, por silencio administrativo, a un sindicato más representativo en el ámbito de la Comunidad Autónoma Gallega (ING), mientras que se reconocía al sindicato más representativo en la Comunidad Autónoma Vasca (ELA-STV). El Tribunal concluye que no es discriminatorio designar representantes de ELA-STV y excluir la representación de ING, por la sencilla razón de que si ambas tienen la consideración de sindicatos más representativos en sus respectivas CCAA, difieren en el grado de implantación. La existencia de este elemento diferencial, a juicio del Tribunal, permite concluir que la decisión administrativa por la que excluye a la central sindical no es arbitraria ni discriminatoria.

regulación legal. Efectivamente, antes de la aprobación de la LOLS, el Tribunal hubo de pronunciarse sobre la selección de organizaciones sindicales para determinar la participación institucional. Recordemos a estos efectos que la DA. 6 ET (redacción original) mencionaba la representatividad sindical acogiendo los distintos grados utilizados para articular la negociación colectiva de eficacia general. Este criterio, sin ninguna matización, fue aplicado a la representación institucional, dando lugar a una jurisprudencia errática y variable que se irá perfeccionando al hilo de las grandes equivocaciones producidas en los pronunciamientos anteriores y que tendrá como punto de referencia la ausencia de un concepto de participación institucional que aporte coherencia a la doctrina constitucional.

Y ello porque, si desde el ámbito jurisprudencial se tenía muy claro el objetivo político que se quería conseguir (la supremacía de los sindicatos más representativos en el ámbito estatal y autonómico)³¹, la incertidumbre reina en los conceptos jurídicos más elementales del ordenamiento constitucional. No se trata sólo de que en estos primeros pronunciamientos el Tribunal decida los supuestos sin delimitar el concepto de participación institucional, concepto que no se plantea hasta 1986, sino que su argumentación se centra en los requisitos necesarios para que una diferencia legislativa sea lícita desde el punto de vista constitucional. La posible lesión, centrada, sobre todo, en el principio de igualdad, ha de analizarse desde la interpretación conjunta de los arts. 14 y 28.1 CE, de forma que sólo habrá vulneración del art. 28 si no se ha observado la prohibición de discriminación, exigencia que, a pesar de identificarse con la existencia de una causa objetiva y razonable³², termina reduciéndose al análisis de la objetividad del criterio diferenciador. En consecuencia, las alusiones al principio de igualdad se realizan sin tener muy claro qué parámetros lo integran y la diferencia que existe entre ellos³³.

El cambio en la percepción de la participación institucional se produce, al igual que ocurre en la doctrina general sobre las injerencias en las facultades colectivas del derecho, cuando se constata la posibilidad de que las diferencias establecidas en función de la representatividad lesionen o restrinjan los derechos sindicales, y aunque ello, en principio, es aceptado con muchas reticencias por el Tribunal³⁴,

³¹ Navarro Nieto, F., *La representatividad...*, op. cit., pág. 325.

³² SSTC 53/1982, de 22 de julio (F. J. 1º); 65/1982, de 10 de noviembre (F. J. 3º).

³³ Así, si los primeros pronunciamientos se refieren a la existencia de una causa objetiva, los siguientes irán ahondando en la razonabilidad de la medida diferenciadora, aunque el proceso es muy lento y se confunde frecuentemente con la objetividad del criterio diferenciador [La STC 65/1982, de 10 de noviembre (F. J. 3º), conecta la objetividad con la finalidad perseguida con la designación de representantes y el ámbito territorial del órgano en el que se ejerce la representación. Más patente es la confusión en la STC 9/1986, de 21 de enero (F. J. 4º)].

³⁴ De hecho, esa percepción es patente en la STC 39/1986, de 31 de marzo (F. J. 2º B), donde el Tribunal admite que, aun siendo posible que el derecho a la libertad sindical se encuentre afectado, lo estaría porque la eventual violación del principio de igualdad habría tenido lugar en la medida en que

posibilita, en algunos casos, el análisis de constitucionalidad desde dos perspectivas distintas, desde el contenido de los derechos de sindicación y desde la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad que impone el principio de igualdad de trato.

Interesa destacar que el cambio de posición sobre la relación entre los arts. 14 y 28.1 CE se produce en aquellos supuestos en que se analizan manifestaciones de la concertación social. En los pronunciamientos anteriores se había considerado una interpretación conjunta de ambos derechos, llegando incluso a primar la vulneración del art. 14 sobre el art. 28.1 de la CE, y ello porque sólo se consideraba vulnerado este último si se hallaba infracción del primero³⁵. Desde 1986 se tendrá una concepción distinta de la relación entre ambos preceptos y del juego que van a tener en la solución de los supuestos. El Tribunal empieza centrando la resolución de los casos de discriminación en el art. 28.1 CE, sin mencionar el art. 14 y culmina considerando que “*la interpretación conjunta de ambos preceptos puede tener importantes repercusiones en la tutela del ejercicio de los derechos fundamentales*”³⁶.

La diferenciación entre participación institucional y concertación social, además de propiciar el primer análisis que sobre la participación institucional efectúa la doctrina constitucional, establece las premisas generales que, en adelante, observará el análisis diferenciado de los dos derechos constitucionales implicados³⁷.

A estos efectos, la doctrina constitucional considera que la participación institucional garantizada constitucionalmente se define por dos requisitos fundamentales, el primero referido a la naturaleza del órgano y el segundo a la función que cumple la institución en el ordenamiento constitucional. En este sentido, constituye participación institucional la que se desarrolla en el seno de los organismos que se integran en la estructura organizativa de la Administración Pública, lo que no excluye que existan otras formas de participación, que ni se prohíben ni se regulan por texto constitucional³⁸. De conformidad con estos planteamientos, el carácter pú-

asegura el libre e igual disfrute de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos, por lo que, cuando el derecho en cuestión se restringe para unos sindicatos y para otros no y no se aporta argumentación suficiente para justificar dicha restricción, quedan vulnerados a la vez los arts. 14 y 28.1 CE. En el mismo sentido, STC 184/1987, de 18 de noviembre (F. J. 5º).

³⁵ SSTC 65/1982, de 10 de noviembre (F. J. 4º *in fine*); 53/1982, de 18 de julio (F. J. 1º *in fine*).

³⁶ SSTC 9/1986, de 21 de enero (F. J. 2º) y 39/1986, de 31 de marzo (F. J. 2º *in fine*).

³⁷ STC 39/1986, de 31 de marzo (F. J. 3º). El pronunciamiento analiza la exclusión de CC.OO. de las Comisiones creadas como consecuencia del AES (1984), que no había sido firmado por dicha organización. A pesar de que el Tribunal considera que la participación en dichas comisiones no constituye participación institucional sino concertación social, analiza la lesión de los derechos de sindicación desde esta perspectiva. Un análisis del AES y su función en el sistema de concertación social en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “El Acuerdo Económico y Social”, *RL*, T. I, 1985, págs. 9 y ss.

³⁸ STC 9/1986, de 21 de enero (F. J. 4º), sobre la participación en las Comisiones de Seguimiento del Plan de Reconversión Industrial, y STC 39/1986, de 31 de marzo (F. J. 4º), sobre la participación

blico del órgano le viene dado por su naturaleza o adscripción orgánica y no por la trascendencia de sus actos sobre el interés general de los trabajadores, mientras que, por otro lado, la finalidad de la participación sindical en los organismos públicos se limita a garantizar la representación formal de los intereses de los trabajadores en la Administración Pública, excluyendo todos aquellos supuestos en los que la participación consista en algo más, u aquellos otros en los que el interés afectado no sea directamente el de los trabajadores³⁹.

No obstante, y con objeto de que todos los posibles supuestos queden sometidos a las mismas directrices, advierte el Tribunal que todas las formas de participación institucional, incluso las que derivan del art. 129 CE, se remiten a la normativa por la que son creadas, ya sea legal o reglamentaria, por lo que es posible establecer condiciones razonablemente estrictas a la hora de determinar la composición de los órganos de representación⁴⁰. El argumento principal que utiliza el Tribunal para descartar la lesión es que la participación institucional es una facultad conferida por el legislador, y en cuanto dicha atribución, que es contenido adicional del derecho, no lesione el contenido esencial de los derechos de sindicación, es legítimo atribuirlos a diferentes sindicatos en virtud de criterios objetivos⁴¹. Sin embargo, ello no le impedirá afirmar seguidamente que una vez establecidos los cauces de participación institucional en un determinado organismo, dicha facultad pasará a formar parte del contenido esencial de los derechos sindicales de los sindicatos más representativos, vedando, en consecuencia, las diferenciaciones entre los mismos⁴².

Por tanto, y esto es lo sorprendente, la misma facultad sindical puede desempeñar papeles distintos en función del nivel de concreción que alcanza. En su reconocimiento genérico, la participación institucional constituye parte del contenido adicional de los derechos sindicales, por lo que se pueden establecer diferencias entre los distintos sindicatos, mientras que si se ha concretado como derecho en un determinado organismo se convierte en contenido esencial de los derechos sindicales para los sindicatos más representativos. Ello implica que el legislador, aunque también la Administración, tiene libertad casi absoluta a la hora de determinar

en la Comisiones del AES. Algunos autores denuncian la restricción operada por el TC, sobre todo, si consideramos que la regulación constitucional se refiere a la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida y al bienestar general (Ojeda Avilés; A, *Derecho sindical...*, op. cit., pág. 221).

³⁹ Es paradigmática la exclusión de la participación sindical en el proceso electoral [SSTC 9/1990, de 18 de enero (F. J. 4º); 32/1990, de 26 de febrero (F. J. 4º), donde el interés protegido parece ser el propio de las organizaciones sindicales].

⁴⁰ SSTC 39/1986, de 31 de marzo (F. J. 4º); 184/1987, de 18 de noviembre (F. J. 4º).

⁴¹ STC 184/1987, de 18 de noviembre (F. J. 4º).

⁴² STC 39/1986, de 31 de marzo (F. J. 3º *in fine*).

el contenido adicional de los derechos sindicales, mientras que, una vez otorgados, los sindicatos favorecidos no podrán verse privados de estas facultades por constituir contenido esencial de su particular derecho de libertad sindical.

La gran aportación de estos pronunciamientos es que por primera vez analizan las diferencias entre organizaciones sindicales partiendo de la independencia de los dos derechos fundamentales implicados, es decir, desde el contenido de los derechos de sindicación y desde las exigencias del principio de igualdad en su totalidad, objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, integrando todo ello en un concepto de razonabilidad que permite conectar la causa objetiva con la satisfacción de intereses y bienes constitucionales, circunstancia que, como veremos, no es común en la doctrina constitucional⁴³.

Si nos centramos en un plano más general y consideramos todos los pronunciamientos emitidos, la conclusión que debemos resaltar es que el análisis de la participación institucional en nuestro ordenamiento jurídico se ha efectuado desde perspectivas distintas, sin que hasta la fecha se haya identificado la más adecuada desde el punto de vista constitucional. En los supuestos en los que no se considera la posibilidad de que las medidas diferenciadoras restrinjan los derechos de sindicación, la cuestión se resuelve desde la objetividad del criterio diferenciador, que precisamente por ser objetivo excluye la ilegitimidad constitucional. En cambio, cuando se admite que dichas medidas pueden constituir una reducción de los derechos sindicales, lo que no conlleva necesariamente lesión del derecho constitucional, la diferencia de trato se analiza desde dos perspectivas distintas, bien aplicando la integridad de los parámetros que incluye el juicio de igualdad (objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en sentido estricto), bien adicionando a éste último el análisis desde el contenido del derecho de libertad sindical. La mayoría de los supuestos analizados con posterioridad optan, como hemos tenido ocasión de comprobar, por la primera modalidad⁴⁴.

⁴³ Aunque no analiza la diferencia de trato desde la perspectiva de los derechos de sindicación, aplica las exigencias del derecho de igualdad en su integridad, poniendo de manifiesto que las ventajas o privilegios otorgados a los sindicatos más representativos han de tener un fundamento constitucional [STC 32/1990, de 26 de febrero (F. J. 3º)].

⁴⁴ De hecho, dichos pronunciamientos no hacen expresamente una diferenciación entre los dos derechos, sino que ante la posibilidad de que la diferencia conculque los derechos sindicales, aplican en toda su extensión las exigencias del principio de igualdad [SSTC 184/1987, de 18 de noviembre (F. J. 7º); 32/1990, de 26 de febrero (F. J. 3º)]. Mucho más clara a los efectos que estamos considerando se muestra la jurisprudencia del TS que, partiendo de una noción de participación institucional más amplia, la participación en el ejercicio de funciones públicas, incide en la necesidad de restringir el número de organizaciones sindicales involucradas para ejercitar efectivamente la función [por todas, STS de 10 de febrero de 1988, RJ 1988/1299 (F. J. 3º)].

1.2. La financiación de las organizaciones sindicales (I): El reparto del patrimonio sindical

Una vez instaurado el régimen democrático en nuestro país y reconocidos los derechos sindicales en el texto constitucional, el principal problema que encontraron las organizaciones sindicales fue el relativo a su sistema de financiación. Suprimida la cotización obligatoria, las organizaciones sindicales, recién salidas de la clandestinidad, no contaron con los medios ni con la experiencia necesaria para transformar los índices de libre afiliación en una vía sólida de financiación sindical y se vieron obligadas a acudir a vías de financiación externa⁴⁵.

Ni que decir tiene que el mayor problema que puede ocasionar el apoyo económico externo, público o privado, a las organizaciones sindicales se encuentra en la propia independencia del poder sindical, de forma que el mejor mecanismo para garantizarla es que las mencionadas organizaciones cuenten con autonomía financiera. En este sentido, la doctrina ha señalado, muy acertadamente, que para que una organización tenga autonomía financiera es necesario que su financiación se base mayoritariamente en la cuota sindical aportada por los afiliados. El problema está en que ello requiere un porcentaje alto de afiliación y un sistema efectivo de recaudación, condicionantes que, con carácter general, han presentado graves deficiencias en el sindicalismo español⁴⁶.

Ante estas circunstancias, no es de extrañar que las organizaciones sindicales españolas se hayan inclinado por diversas vías de financiación institucional. Hasta tal punto es así que, actualmente, el sostenimiento de las organizaciones en general se efectúa mayoritariamente con fondos públicos, bien a través de subvenciones de las distintas administraciones públicas por distintos conceptos, bien mediante la devolución del patrimonio sindical que, en el momento de instauración del régimen democrático, se encontraba bajo titularidad del Estado⁴⁷.

⁴⁵ Hasta entonces, incluso durante los primeros años de la democracia, las organizaciones sindicales se habían sustentado con los fondos aportados por sus militantes y por las organizaciones sindicales internacionales en las que se integraban (Sagardoy Bengoechea, J. A., y León Blanco, D., *El poder sindical en España*, Barcelona, Planeta-IEE, 1982, págs. 134 y ss.).

⁴⁶ Sagardoy Bengoechea, J. A., y León Blanco, D., *El poder sindical...*, op. cit., pág. 137.

⁴⁷ Aunque en una materia de esta índole se aconseja la mayor de las prudencias, dado el recelo sindical a suministrar y confirmar este tipo de datos, algunos autores, basándose en datos disponibles y analizados hasta 1992, han afirmado que sólo las subvenciones públicas, en esa fecha, constituían el 50% de la financiación sindical (Ojeda Avilés, A., *Derecho Sindical...*, op. cit., págs. 201). Si tenemos en cuenta que los índices de afiliación en Europa han caído en el periodo 1995–2001 de un 31% al 27%, alcanzando con ello los niveles establecidos en 1950 [datos extraídos de Waddington, J., *Afiliación sindical en Europa. Magnitud del problema y variedad de respuestas sindicales*, Instituto Sindical Europeo de Investigación, Educación, Seguridad y Salud en el Trabajo (ETUI-REHS), Florencia, 2005], y que las ayudas públicas han ido aumentando progresivamente, no parece muy desacertado concluir que la financiación pública de las organizaciones sindicales debe suponer, en el momento actual, al menos un porcentaje del 60%.

El hecho de que sea el poder público el que ayude a sostener las organizaciones sindicales requiere controles efectivos sobre sus distintas actuaciones con objeto de garantizar la autonomía y el pluralismo sindical. Realizaremos a continuación un análisis de los efectuados por la doctrina constitucional, diferenciando las vías de intervención más importantes que, a efectos de financiación, realiza el Estado, centrándonos en este apartado en el reparto del denominado “patrimonio sindical” y dejando para un momento posterior la concesión de subvenciones presupuestarias.

La cuestión del patrimonio sindical, al igual que ocurre en la mayoría de los países que han sufrido regímenes totalitarios en el último siglo, constituye una de las cuestiones más controvertidas a las que se ha debido enfrentar el sistema jurídico constitucional. En el caso español, si prescindimos de la controversias surgidas con anterioridad a la II República, la cuestión del patrimonio sindical requiere diferenciar entre dos grandes categorías de bienes: el patrimonio sindical histórico (PSH), que fue sustraído a los sindicatos como consecuencia de la Guerra Civil Española, y el patrimonio sindical acumulado (PSA), que lo constituyen el conjunto de bienes y derechos, incluidas las cotizaciones realizadas por trabajadores y empresarios durante el sindicalismo vertical, cuya titularidad ostentó la Organización Sindical Española (OSE).

Instaurado el régimen constitucional, tras cuarenta años de dictadura, el problema surge a la hora de determinar la forma en que se van a devolver ambas categorías de bienes a las organizaciones sindicales que surgen del nuevo marco de relaciones laborales⁴⁸. La lógica en la restitución de cada grupo de bienes es completamente distinta, y no podía ser de otra forma si atendemos a las especialidades que presenta la restitución del PSH en nuestro ordenamiento jurídico.

1.2.1. *La cesión en uso del Patrimonio Sindical Acumulado*

En los primeros años del régimen democrático la cuestión del patrimonio sindical permanece en la más absoluta incertidumbre normativa, produciéndose nu-

⁴⁸ Los ordenamientos de nuestro entorno jurídico han optado por soluciones muy variadas. En el caso del ordenamiento jurídico italiano, la solución articulada por la Ley 902/1977, de 18 de noviembre, consistió en atribuir, en régimen de propiedad, el 93% del patrimonio sindical fascista a las organizaciones sindicales y empresariales históricas designadas expresa y nominativamente en la ley, mientras que el 7% se encomendaba, también en régimen de propiedad, a las organizaciones sindicales y empresariales que estuviesen constituidas en enero de 1974 y que fuesen más representativas en atención al número de afiliados, amplitud y difusión de la estructura organizativa, participación en la negociación colectiva y en la resolución de conflictos colectivos, individuales y plurales. Para un estudio más detallado, Zangari, G., “Quale rappresentatività sindacale? La legge per la ripartizione dei patrimoni residui delle organizzazioni sindacali fasciste”, *Lavoro e Previdenza Oggi*, 1978, T. I, págs. 887 y ss.; Pera, G., Pizzorusso, A., Natoli, A. y Luiso, P. F., “Ancora sulla legge di devoluzione del patrimonio dei sindacati fascisti”, *Lavoro e Previdenza Oggi*, 1978, T. II, págs. 1331 y ss. Los últimos casos planteados ante la OIT, en VV. AA., *CLS. Impacto desde su creación*, OIT, Ginebra, 2001, págs. 51 y ss.

meras intervenciones administrativas en el ámbito del PSA que no contaban con respaldo legal⁴⁹. Efectivamente, la falta del desarrollo reglamentario previsto en el art. 3.1 c) del Real Decreto–Ley 19/1976, de 8 de octubre⁵⁰, desembocó en un régimen de libre actuación administrativa que, desde 1978 hasta 1981, concedió autorizaciones para el uso de bienes inmuebles a los sindicatos más importantes en nuestro sistema de relaciones laborales, sin especificar el criterio utilizado para determinar los sujetos beneficiarios⁵¹.

En 1981, a raíz de la intervención de la OIT⁵², y de forma paralela a la adopción del Acuerdo Nacional de Empleo, los sindicatos UGT y CCOO firman con el Gobierno un Acuerdo sobre Patrimonio Sindical, por el que la Administración se obliga a entregar a los sindicatos un inventario de los bienes del PSA que se encuentran vacantes para que, en el plazo de un mes, la Comisión de Transferencia de la AISS los asigne en régimen de usufructo o cesión en uso a las organizaciones sindicales y empresariales representativas. De forma paralela, el Acuerdo prevé una asignación presupuestaria de 800 millones de pesetas en concepto de consolidación sindical para los años 1982–1983–1984, a cambio de que las organizaciones mayoritarias no realicen reclamaciones durante ese periodo. Más tarde, en el Acuerdo Económico y Social (AES, 1984), el Gobierno se compromete a elevar en el plazo de 6 meses un Proyecto de Ley, previa consulta a las organizaciones más representativas, para adjudicar en usufructo el PSA⁵³.

La arbitrariedad que caracterizó las primeras actuaciones administrativas terminó residenciando la cuestión ante el Tribunal Constitucional, que hubo de pro-

⁴⁹ En este sentido, véase el estudio de Fernández López, M. F., “La Ley de Cesión del Patrimonio Sindical Acumulado y su constitucionalidad. Una aparente vuelta a los orígenes en la valoración de las consecuencias de la mayor representatividad sindical”, *REDT*, núm. 56, 1992, págs. 907–911.

⁵⁰ El Real Decreto–Ley 19/1976, de 8 de octubre, por el que se crea la Administración Institucional de Servicios Profesionales (AISS), afecta el patrimonio de la OSE, así como las cotizaciones que se realicen al nuevo ente, a la satisfacción de determinadas finalidades, entre ellas, “*sufragar los costes de los servicios sociales realizados por las Asociaciones Profesionales libres que se creen en el futuro, en la forma en que dispongan las normas de desarrollo*” [art. 3.1.c)].

⁵¹ Fruto de estas actuaciones es la STS de 3 de octubre de 1980, RJ 1980/3735 (F. J. 2º), que, ante una reclamación del Sindicato Unitario solicitando autorización administrativa para usar temporalmente bienes inmuebles que habían pertenecido a la OSE, resuelven la cuestión reconociendo la lesión de los derechos de sindicación de la recurrente, pero sin derivar de ello el derecho a que le sea atribuida la cesión de inmuebles públicos, por constituir un supuesto de igualdad en la ilegalidad.

⁵² Hasta 1981, el CLS había emitido dos Informes en los que se instaba al Gobierno a abrir periodos de consultas con las organizaciones sindicales y empresariales representativas para adoptar una solución definitiva al problema de la afectación de los bienes acumulados por la OSE en el transcurso de su existencia [Informe 194, Recomendación 262 B II), Vol. LXII, 1979, Serie B, núm. 2 e Informe 202, Recomendación 354 B), Vol. LXIII, 1980, Serie B, núm. 2].

⁵³ El texto integro del APS y del AES en De la Villa Gil., L. E., *Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática*, Madrid, MTSS, 1985, págs. 254 y 221.

nunciarse sobre el asunto en la STC 99/1983, de 16 de noviembre⁵⁴. La fecha relativamente tardía en que se produce el pronunciamiento permite aplicar las doctrinas surgidas en el análisis de otras facultades sindicales. Por ello, desde el primer momento, el Tribunal tiene claro que la atribución de la cesión de locales en régimen de uso temporal a las organizaciones sindicales no constituye un atentado a los derechos sindicales de la organización beneficiaria. Y la razón fundamental es que el carácter incondicionado de la atribución excluye la posibilidad de que la medida administrativa constituya una injerencia en el planteamiento y desarrollo de las actividades de la organización⁵⁵. De hecho, como el propio pronunciamiento advierte, la atribución de locales en régimen de uso constituye uno de los medios que el Estado puede considerar adecuado para fomentar que las organizaciones sindicales cumplan con las finalidades que se les encomiendan en los sistemas democráticos, para favorecer los intereses de sus afiliados e, incluso, como medio para garantizar el interés público⁵⁶.

No obstante, ello no implica, considerará el Tribunal, que la atribución en régimen de exclusividad a determinados sindicatos no lesione los derechos de sindicación en la vertiente individual (por condicionar la afiliación de los trabajadores) y en el ámbito colectivo (por constituir una intervención administrativa que, precisamente al dotar a unas organizaciones sindicales de medios que a otras se les niega, produce un menoscabo en los derechos de libertad sindical reconocidos en el ordenamiento). A pesar de la importancia de estas consideraciones, la estimación del recurso se produce no porque la diferencia de trato atente contra los derechos de libertad sindical de las organizaciones excluidas, sino porque en el caso concreto que se enjuicia no se había utilizado un criterio objetivo y razonable que revistiera de legalidad la actuación administrativa⁵⁷.

La forma en que se resuelve el supuesto, esto es, la prevalencia de los criterios impuestos por el principio de igualdad en perjuicio de los mecanismos materiales que protegen el contenido del derecho de libertad sindical, constituirá el punto de

⁵⁴ El pronunciamiento resuelve el recurso de amparo presentado por CNT ante la negativa, por silencio administrativo, a anular las cesiones de locales que desde 1978 se venían realizando en favor de otras centrales sindicales, por realizarse al margen de la ley y vulnerar los derechos de libertad sindical e igualdad de la recurrente, así como el principio de objetividad que ha de regir la actuación administrativa.

⁵⁵ STC 99/1983, de 16 de noviembre (F. J. 2º).

⁵⁶ Obviamente, el interés público se refiere al interés general que requiere existencia de organizaciones sindicales fuertes y dotadas de medios suficientes de acción, y cuya promoción constituye, según el TC, una decisión política libre, no susceptible de control jurisdiccional [STC 99/1983, de 16 de noviembre (F. J. 2º)].

⁵⁷ STC 99/1983, de 16 de noviembre (F. J. 5º).

apoyo necesario para sustentar futuras intervenciones legislativas y justificaciones jurisprudenciales de las diferencias introducidas en el ámbito colectivo de la libertad sindical⁵⁸. Efectivamente, la postura mantenida por la doctrina constitucional, a excepción de las observaciones sobre el contenido material de los derechos de sindicación, será respaldada por la regulación contenida en la LOLS, que, como hemos tenido ocasión de mencionar, reserva la cesión en uso de los bienes patrimoniales públicos, con carácter exclusivo, a los sindicatos más representativos. A pesar de las declaraciones posteriores efectuadas por el Tribunal, la aparición de dicha facultad en el art. 6.3 f) y su omisión del listado que el art. 7.2 LOLS atribuye a los sindicatos representativos deja muy claro que la intención del legislador, prescindiendo de la doctrina constitucional sentada en otros ámbitos, era atribuir dichas cesiones en régimen de exclusividad a favor de los sindicatos más representativos⁵⁹.

No obstante, la intervención del Tribunal Constitucional con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la LOLS permitirá poner fin, al menos temporalmente, a la sacralización objetiva del criterio de mayor representatividad, orientando adecuadamente la futura regulación legislativa. En este sentido, la doctrina constitucional salva la constitucionalidad de la LOLS por considerar que se limita a reconocer dicha facultad a los mencionados sindicatos, sin que se regule, por otro lado, la exclusión del resto de organizaciones sindicales, por lo que no es posible afirmar que la regulación establezca, en el ámbito de la cesiones de inmuebles públicos, un monopolio de los sindicatos mayoritarios. Con ello se otorgaban las claves para salvar la inconstitucionalidad de la futura regulación, pues estando pendiente la cuestión de desarrollo normativo, será precisamente esa norma la que pueda suscitar problemas de constitucionalidad en cuanto atribuya la mencionada prerrogativa en régimen de exclusividad a cualquier categoría de sindicatos⁶⁰.

⁵⁸ Véase, por ejemplo la importancia de esta línea argumental en la STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 4º), que rechaza la alegaciones basadas en este pronunciamiento, escudándose en que la Administración no demostró la justificación de la diferencia de trato. La importancia de esta perspectiva igualitaria será patente en la Jurisprudencia de la época, que aun reconociendo la ilegitimidad de las actuaciones administrativas, las resolverá como lesión del principio de igualdad [SSTS de 21 de marzo de 1986, RJ 1986/1153 (F. J. 4º) y de 17 de octubre de 1986, RJ 1986/5310 (F. J. 2º)].

⁵⁹ En este sentido, Sala Franco, T., “El sindicato más representativo...”, op. cit., pág. 380; Ojeda Avilés, *Derecho Sindical...* op. cit., pág. 235; Fernández López, M. F., “La Ley de Cesión del Patrimonio Sindical Acumulado...”, op. cit., pág. 916. La misma impresión se extrae de las Respuestas del Gobierno ante la Queja presentada por el CSIF en el CLS denunciando un discriminación patrimonial, al haber sido rechazadas todas sus peticiones en torno a la cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado [CLS, Informe núm. 254, España (Caso 1399), V. LXXXI, 1988, Serie B, núm. 1, p. 409] y de la Jurisprudencia del TS que, de forma clara y expresa, aplica dicha interpretación [STS de 27 de marzo de 1989, RJ 1989/2132 (F. J. 3º *in fine*)].

⁶⁰ STC 98/1985, de 29 de julio (F. J. 11º).

1.2.1.1. Regulación normativa y preferencia de las organizaciones sindicales más representativas

El problema del patrimonio sindical, se intenta resolver con la Ley 4/1986, de 8 de enero, sobre Cesión de Bienes del Patrimonio Sindical Acumulado (LPSA), que aporta soluciones distintas en función del tipo de bienes afectados⁶¹. Tratándose del patrimonio incautado a los sindicatos durante la Guerra Civil, procede la restitución del dominio a sus antiguos titulares o a aquellas organizaciones sindicales que se acrediten como legítimas sucesoras y, cuando ello no sea posible, la compensación económica por parte del Estado. En cambio, la cuestión del PSA se resuelve, como venía siendo tradicional, otorgando la cesión en uso de los bienes inmuebles, con preferencia de las organizaciones sindicales y patronales más representativas.

De conformidad con la regulación legal, el PSA estaría constituido por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de contenido patrimonial que, por haber pertenecido a la antigua OSE, se transfirieron íntegramente a la AISS (Real Decreto–ley 19/1976 de 8 de octubre), así como, todos aquellos que constituían los patrimonios privativos de los antiguos sindicatos y demás entidades sindicales que, conforme a la Ley Sindical 2/1971, de 17 de febrero, tenían personalidad jurídica propia⁶².

⁶¹Almansa Pastor, J. M., “Las soluciones legales al problema del patrimonio sindical”, *AL*, núm. 2, 1987, págs. 65 y ss. La idea de dar soluciones distintas en función del tipo de bienes ya estaba presente en las alegaciones que el Gobierno Español efectuaba ante la Queja presentada por UGT, SU y CEOE ante el CLS (OIT) en 1978 [CLS, Informe 194 España, Caso 900, Vol. LXII, 1979, Serie B, núm. 2, P 252], donde se diferenciaban tres categorías de bienes integrados en el patrimonio de la OSE. Los bienes incautados a las Centrales Sindicales existentes, principalmente UGT y CNT, y sobre los que no sería posible aceptar reclamaciones de otras organizaciones sindicales creadas posteriormente por muy representativas que fueran (PSH). Los bienes cedidos o donados a la OSE por administraciones y corporaciones públicas, así como por personas físicas y jurídicas de naturaleza privada, cuya titularidad es de difícil determinación y que fueron afectados al cumplimiento de finalidades concretas, muchas de ellas asumidas por el Estado (PSM); y, por último, los bienes adquiridos mediante la cotización obligatoria de todos los trabajadores y empresarios, independientemente de sus vínculos afiliativos u asociativos (PSA).

⁶²Art. 1 LPSA. Hay que tener en cuenta que el PSA no es objeto de una revisión que posibilite reintegrar en su seno todos aquellos bienes que se habían ido desgajando en los últimos años del franquismo y los iniciales del régimen democrático. El patrimonio inicial es repartido entre la OSE y otras entidades sindicales autónomas, por lo que existen bienes que quedan excluidos de la adscripción realizada a la AISS (art. 3.3 del Real Decreto–Ley 18/1976, de 8 de octubre), mientras que otros, o se consideran bienes privativos de las organizaciones sindicales constituidas al amparo de la Ley 19/1977, o se transfieren desde la OSE a las distintas CCAA [así, por ejemplo, sucede con los bienes que pertenecían Instituto Social del Tiempo Libre cuando se produce su extinción (RD 2966/1981, de 18 de diciembre)], o se asignan a los organismos que empiezan a surgir en 1977 (Obra de Formación Profesional, Obra Sindical del Hogar, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social). Para García Becedas, G., “La restitución del patrimonio sindical histórico”, *AL*, núm. 2, 1987, pág. 77, en la medida en que se practique íntegramente la restitución del patrimonio histórico y no se actúe para integrar el patrimonio sindical acumulado, el tratamiento dado a unos y otros sindicatos afectados será discriminatorio.

La regulación respalda la actuación de los poderes públicos en épocas anteriores a su promulgación, si bien requiere su regularización a través de resolución del MTSS previo informe de la Comisión Consultiva de Patrimonio Sindical (CCPS)⁶³. Se excluyen, con objeto de salvaguardar el principio de seguridad jurídica, los bienes que hubiesen sido adquiridos por terceros hasta la fecha de su aprobación, y se opta por un régimen de afectación de bienes a través de la cesión en uso, renunciando a la atribución en régimen de propiedad, que queda adscrita al Patrimonio del Estado⁶⁴.

Siguiendo las recomendaciones de la doctrina constitucional, la solución perfilada por la LPSA consiste en la cesión del uso a las organizaciones sindicales y patronales, con preferencia y no exclusividad de las más representativas⁶⁵, produciéndose así una pequeña contradicción, más bien disfunción, entre la distintas regulaciones que, en todo caso, ha de interpretarse en el sentido marcado por la doctrina constitucional, esto es, a favor de relegar el carácter exclusivo impuesto por la LOLS.

La opción legislativa por ceder el uso de los bienes se presentaba como la solución más adecuada si consideramos la procedencia de los bienes que integran el PSA, fundamentalmente las cotizaciones que obligatoriamente debían realizar empresarios y trabajadores durante el sindicalismo vertical⁶⁶. Siendo así, la solución más lógica era atribuir dichos bienes, si no a los trabajadores, a todas las organi-

⁶³ García Murcia, J., *Organizaciones sindicales y empresariales...*, op. cit. pág. 37. La regulación se contiene en la DT Primera de la Ley 4/1986 y DT del RD 1971/1986, de 1 de agosto. De acuerdo con la doctrina constitucional la regularización de las actuaciones administrativas anteriores a la regulación legal no constituyen la consolidación de discriminaciones administrativas en cuanto supone un proceso de adaptación a las nuevas reglas con objeto de que todas las cesiones queden sometidas al mismo régimen jurídico [STC 183/1992, 16 de noviembre (F. J. 6º); STS de 14 de octubre de 1994, RJ 1994/7993 (F. J. 4º)].

⁶⁴ García Murcia, J., *Organizaciones sindicales y empresariales...*, op. cit., pág. 39; Almansa Pastor, J. M., “Las soluciones legales...”, op. cit., págs. 70 y ss.

⁶⁵ En la EM se establece que los destinatarios de las cesiones del PSA serán los sindicatos, y preferentemente los más representativos en proporción a su representatividad (Ap. 4º). La preferencia de los sindicatos más representativos se vuelve a mencionar en el art. Tercero, pero sin añadir la coletilla “*en proporción a la representatividad*”. Algunos autores han considerado que con ello se opta por un sistema de representatividad proporcional que se aleja de la mayor representatividad (Sala Franco, T., “El sindicato más representativo...”, op. cit., pág. 381).

⁶⁶ La regulación reflejaría, sobre todo a raíz de la interpretación practicada por la doctrina constitucional, el criterio que aconsejaba el CLS en las distintas recomendaciones: adscribir los bienes a la finalidad que tenían reconocida inicialmente, lo que determinará un régimen jurídico caracterizado por la cesión temporal gratuita y proporcionada a la representatividad ostentada por las organizaciones sindicales [Así se ha reconocido expresamente por la OIT, cuyos órganos de control han tenido la oportunidad de examinar el régimen jurídico aplicable a cada tipo de bienes con ocasión de la Queja presentada por CNT [CLS, Informe 246 España, Caso 1366, Vol. LXIX, 1986, Serie B, núm. 3, P 121–127].

zaciones sindicales que contribuyen a la defensa de sus condiciones de vida y trabajo, con objeto de satisfacer sus necesidades de funcionamiento y organización y, en último término, garantizar el cumplimiento efectivo de las funciones que les encomienda el ordenamiento jurídico⁶⁷. Precisamente, es esta finalidad, reconocida por la norma, la que ofrece justificación de la preferencia que se reconoce a las organizaciones más representativas, por ser las que tienen encomendadas funciones de más profundo calado en el ordenamiento jurídico⁶⁸.

El aspecto más problemático que presenta la regulación se centra en el trato privilegiado que reciben los sindicatos más representativos. Por ello, establecida la regulación legal, el criterio de preferencia será sometido a la consideración del Tribunal Constitucional⁶⁹. La primera singularidad que ofrece el pronunciamiento es el distinto enfoque que se adopta de la relación entre el principio de igualdad y el derecho de sindicación. A pesar de la íntima conexión que se establece entre ellos, el análisis se realiza por separado, y aún sosteniendo que no existe vulneración de la libertad sindical, se acude a un estudio conjunto de ambos preceptos para descartar la existencia de una desigualdad inconstitucional⁷⁰.

El examen sobre la lesión de los posibles contenidos del derecho de libertad sindical parte de la ya tradicional distinción entre sus contenidos posibles: un contenido adicional, otorgado por el legislador y en el que caben las diferencias de trato, y un contenido esencial, que, junto a las facetas puramente organizativas, comprende también el derecho a la actividad sindical⁷¹. Estas facultades, que cons-

⁶⁷ No obstante, y a pesar de ser esa la línea argumental más lógica para distribuir el PSA, la finalidad no está tan clara a la hora de resolver las solicitudes. En alguna ocasión, el Gobierno ha fundamentado sus negativas en que la organización sindical solicitante no es más representativa, suscitando con ello cierto desconcierto en los órganos de control de la OIT [CLS, Informe núm. 283, España (Caso 1602), V. LXXV, 1992, Serie B, núm. 2, P. 193–199 y 210–211], e, incluso, en que la adquisición de ese patrimonio se había efectuado con las cotizaciones del sindicalismo vertical, a las que no estaba obligado el personal que prestaba sus servicios para el Estado; por tanto, ninguno de los afiliados al CSIF participaron en su conformación y, precisamente por ello, no es reclamable por la mencionada organización sindical [CLS, Informe núm. 254, España (Caso 1399), V. LXXXI, 1988, Serie B, núm. 1, p. 409].

⁶⁸ De conformidad con la regulación legal, el objeto de las cesiones es la de satisfacer directamente las necesidades de funcionamiento y organización de las entidades sindicales y, en especial, las de aquellas que por su condición de más representativas deben cumplir las funciones que les atribuye la LOLS y el resto del ordenamiento jurídico (artículo 4. 2).

⁶⁹ STC 75/1992, de 14 de mayo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra los arts. 3 y 5.2 de la LPSA.

⁷⁰ STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 1º *in fine*).

⁷¹ A estos efectos, la actividad sindical se integra por todos los medios lícitos que, tanto nuestro ordenamiento como la normativa internacional, ponen a disposición de los sindicatos para cumplir con su finalidad y, en todo caso, por la negociación colectiva, el derecho de huelga y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo [SSTC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2º); 70/1982, de 29 de noviembre (F. J. 3º)].

tituyen un contenido mínimo imprescindible para que un sindicato pueda ser reconocido como tal y para que pueda cumplir las funciones que constitucionalmente tiene atribuidas, se garantizan mediante la prohibición a los poderes públicos en general, y a la Administración en particular, de interferir en la actividad de las organizaciones sindicales y el reconocimiento a éstas del derecho a no ser discriminadas por parte de la Administración de modo arbitrario o irrazonable.

Partiendo de estas premisas, el Tribunal realiza una serie de consideraciones con objeto de excluir la posible lesión de los derechos de sindicación desde tres perspectivas distintas: desde el punto de vista de los sindicatos excluidos, desde la perspectiva de los sindicatos beneficiados por las diferencias legislativas y desde los contornos que ofrece el derecho de sindicación negativa. Con respecto a las organizaciones sindicales preteridas, el Tribunal considera que, garantizado el contenido esencial de los derechos de libertad sindical, el Estado no tiene obligación de regular otras facultades adicionales ni atribuir las reguladas a la generalidad de organizaciones sindicales. En cuanto a los sindicatos preferidos, recuerda que la atribución de funciones adicionales, en cuanto incondicionada, no supone una injerencia en los derechos de libertad sindical⁷².

El examen conjunto de los preceptos lleva, lógicamente, al análisis de si la diferencia entre sindicatos más representativos y sindicatos que no lo son es compatible con el texto constitucional, exigiendo en este sentido la totalidad de los criterios que integran el juicio de igualdad⁷³. La conformidad general de la regulación con los criterios de objetividad y razonabilidad que exige el texto constitucional para legitimar las diferencias legislativas, se encuentra en la función que la Ley cumple en el ordenamiento jurídico, en el sistema de distribución objetivo y duradero que establece para repartir el PSA y, aunque pudiera parecer sorprendente, en el carácter general y abstracto de su regulación⁷⁴.

Como una premonición, el plano abstracto en que se sitúa el razonamiento se extiende al análisis particularizado de cada uno de los criterios exigidos por la doctrina constitucional. La finalidad de la medida se identifica, al margen y, por tanto, en plena desconexión de la función que tiene encomendada la cesión de bienes patrimoniales públicos, con la promoción y fomento de los sindicatos más representativos a través de un criterio objetivo y razonable (la mayor representatividad) que

⁷² STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2º a y b).

⁷³ Como ya hemos advertido, la doctrina constitucional sostiene que la desigualdad introducida por una norma será legítima si no es arbitraria o irrazonable, produciéndose, por tanto, una discriminación prohibida en aquellos casos en que la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, que debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida [STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 3º)].

⁷⁴ STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 4º).

parte de un hecho objetivo y cuantificable declarado constitucional en numerosos pronunciamientos⁷⁵.

Ubicada la cuestión en el plano de la promoción sindical, la justificación se aporta por el propio acervo jurisprudencial, que es, en último término, el origen de la institución; mientras que el principio de proporcionalidad en sentido estricto jugará como límite material para preservar el contenido esencial del derecho de libertad sindical. Por eso, tras declarar que la promoción de un modelo sindical con organizaciones de amplia base puede ser una finalidad acorde con los arts. 14 y 7 CE, el Tribunal afirma que la existencia de valores conformes a este planteamiento y consagrados en la Constitución legitima las diferencias de trato que no restrinjan el núcleo esencial de la libertad sindical.

De conformidad con ello, y avalando, en consecuencia, la constitucionalidad de la regulación, concluye que los sindicatos excluidos no han visto mermado este núcleo esencial por la preferencia que estamos considerando, y ello porque un análisis integral de la regulación normativa evidencia la existencia implícita de un criterio de proporcionalidad que impediría, en último término, aplicar el criterio de preferencia en su acepción más estricta, esto es, con objeto de excluir del régimen de cesión al resto de organizaciones sindicales⁷⁶.

La solución resulta un tanto asombrosa si consideramos los argumentos manejados para articularla. El punto de partida de esta conclusión se encuentra en la necesidad de concebir el criterio de preferencia en un sentido amplio y residual, es decir, como criterio capaz de establecer un prelación entre las organizaciones sindicales beneficiarias de la cesión que se aplicaría, única y exclusivamente, en aquellos casos de bienes indivisibles en lo que es imposible distribuirlos en función del criterio de proporcionalidad. Ello debería haber llevado a considerar que el verdadero criterio establecido por la norma es el de proporcionalidad complementado por el criterio de preferencia cuando su aplicación fuese necesaria⁷⁷; sin embargo, la

⁷⁵ STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 3º). El resultado de este enfoque lleva al enfrentamiento entre varios principios constitucionales: por un lado, la libertad sindical y la igualdad de trato (arts. 14 y 28.1 CE); y, por otro, la promoción del hecho sindical (art. 7 CE), que se resuelve, en virtud de la jurisprudencia constitucional, considerando que la falta de justificación o de proporcionalidad en la medida promocional ha de reputarse contraria a la Constitución. En el mismo sentido, STC 217/1988, de 21 de noviembre (F. J. 4º); 32/1990, de 26 de febrero (F. J. 3º).

⁷⁶ STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 4º).

⁷⁷ Esta perspectiva debía surgir necesariamente, desde el momento en que el Defensor del Pueblo alega las SSTC 20/1985, de 14 de febrero, y 26/1985, de 22 de febrero, sobre concesión de subvenciones estatales a los sindicatos más representativos en régimen de exclusividad. El Tribunal rechaza la similitud con los supuestos planteados basándose en dos circunstancias: el hecho de que las subvenciones se otorgaran a sindicatos concretos suponía la exclusión definitiva de los sindicatos menos representativos, y este carácter exclusivo comporta diferencias sustanciales con las cesiones en uso de bienes inmuebles, que se practican con carácter preferente, lo que no implica exclusión de los demás sindicatos. No obstante, hay que tener en cuenta un detalle importante: la alusión que hace el Tribunal de aquel pronunciamiento y a la forma en que se resuelve el asunto omite toda referencia a la finalidad que justificaba la concesión.

doctrina constitucional termina consagrando la validez de un criterio de preferencia de carácter no excluyente por no suponer una diferencia de trato desproporcionada a la finalidad que se pretende conseguir⁷⁸.

En este sentido, el criterio de preferencia permite establecer una prelación entre los sujetos sindicales acorde al distinto nivel de implantación, de representatividad y de ejercicio efectivo de las funciones sindicales reconocidas a los sindicatos más representativos, que son los que más significativamente contribuyen a la defensa y representación de los intereses de los trabajadores⁷⁹. La alusión a las funciones que otorga la mayor representatividad excluye la necesidad de un interpretación en función del criterio de proporcionalidad, que hubiese sido lo deseable, pues lo que realmente se está considerando es un criterio de preferencia de las organizaciones sindicales más representativas que formalmente no excluya a las demás.

No obstante, lo más significativo es que un planteamiento tan abstracto nos ha hecho perder de vista la verdadera finalidad de la normativa analizada. La solución de ceder el uso, con carácter temporal y gratuito, de los bienes que integran el PSA tiene por finalidad satisfacer necesidades organizativas y funcionales de las organizaciones sindicales que contribuyen a la defensa de los intereses de los trabajadores, por lo que resulta muy difícil justificar que, ante un panorama de recursos limitados, la prevalencia de ciertas organizaciones sindicales, incluso en el caso en que ésta sea entendida como prelación, no lesione los derechos de sindicación.

La diferencia fundamental entre el supuesto y otros casos analizados con anterioridad se encuentra en que, al analizar la norma cuestionada, no se identifica la función o finalidad que persigue la cesión en uso del PSA, sino que se acude a una finalidad tan genérica, la promoción sindical, que no permite comprobar si las necesidades que se pretenden sufragar afectan a todos los sindicatos (en cuyo caso el régimen de cesiones ha de favorecer a todos, aunque no por igual) o si sólo cubre necesidades específicas de los sindicatos más representativos.

Las reticencias a especificar qué es lo que ha de entenderse por necesidades organizativas y funcionales sólo se justifica en la inconveniencia de reflejar expresamente la existencia de una cierta relación entre apoyo financiero estatal y organización y funcionamiento de sindicatos en un sistema de libertad y pluralismo sindical. Efectivamente, acudir con carácter genérico a la promoción sindical (sin

⁷⁸ STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 4º in fine).

⁷⁹ Muy desafortunada resulta aquella declaración que sostiene que el resto de organizaciones sindicales (se refiere a las que no son más representativas) cumplen una función marginal en la defensa de los intereses y representación de los intereses de los trabajadores, en cuanto supone el reconocimiento de que las facultades sindicales más importantes, a efectos de defensa y representación de los intereses de los trabajadores, son las que se reconocen a los sindicatos más representativos [STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 4º)]. De ello se deriva que la libertad sindical de los sindicatos preteridos se encuentra restringida en un gran porcentaje por el sistema de mayor representatividad.

analizar la finalidad concreta de la medida promocional considerada y su incidencia sobre la estructura sindical) elude una serie de cuestiones muy interesantes desde la perspectiva de los derechos de sindicación, tales como la validez de estas actuaciones en cuanto inciden en el plano organizativo y funcional de cada uno de los sindicatos (obviamente, contenido esencial de los derechos sindicales colectivos) o las consecuencias que sobre ese plano ocasionaría un denegación reiterada a las solicitudes de una determinada organización sindical.

1.2.1.2. La participación de las organizaciones sindicales en la Comisión Consultiva del Patrimonio Sindical

La diferenciación entre organizaciones sindicales no sólo estará presente a la hora de designar los sujetos beneficiados de las cesiones de bienes públicos, sino que se extenderá a la participación sindical en el procedimiento administrativo que se articula al efecto. En este sentido, la normativa prevé que sea el Ministerio de Trabajo el encargado de gestionar el PSA. Todos los actos administrativos que se relacionen con el asunto, ya se trate de cesión, alteración o revocación, deberán ser informados por la Comisión Consultiva del Patrimonio Sindical (CCPS) que, de conformidad con la regulación legal, estará constituida por representantes de la Administración del Estado y de las organizaciones sindicales y empresariales⁸⁰.

Por lo que hace a la estructura de la Comisión Consultiva, la redacción originaria, a pesar de no pretender un disfrute exclusivo del PSA por parte de las organizaciones más representativas, contemplaba únicamente a éstas como miembros integrantes en representación del colectivo de trabajadores y empresarios (art. 6.2 LPSA). La regulación, que no era muy conforme con una noción de PSA en la que han de participar todas las organizaciones sindicales por contribuir en diversas for-

⁸⁰ El art. 6 de la LPSA contempla como funciones de dicho organismo: Efectuar propuestas de cesiones de los bienes y derechos integrados en el PSA, informar las solicitudes que presenten los interesados, las alteraciones y revocaciones que deban experimentar los actos de cesión, así como, conocer la gestión realizada por la entidades beneficiarias, proponer las medidas que considere pertinentes a estos efectos y, finalmente, estar informada de las sustituciones y permutas que sobre los bienes del PSA se pretendan realizar. El art. 21 del Reglamento añade la capacidad para informar sobre las regularizaciones de las actuaciones administrativas anteriores, el derecho de audiencia en la elaboración del inventario de bienes, derechos y obligaciones que integran el PSA y ejercer cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por norma legal. Con respecto al procedimiento de cesión, además de las proposiciones que de oficio surjan de Comisión, las solicitudes serán presentadas por los interesados ante el MTSS, haciendo constar su representatividad, la descripción de los bienes solicitados, su localización y dimensión. La propuesta de resolución, de carácter no vinculante, correrá a cargo de la Comisión, órgano desde el que se eleva al Ministerio para que adopte una resolución definitiva [Arts. 12-16 Real Decreto 1671/1986, de 1 de agosto].

mas y grados a la defensa de los intereses de los trabajadores, fue declarada años más tarde inconstitucional⁸¹.

Lo sorprendente son las argumentaciones que utiliza el Tribunal para llegar a esta conclusión y la mezcla recurrente que se produce entre ellas. La cuestión se enfoca como un supuesto de participación institucional (ámbito de representación ante las instituciones públicas), por lo que es legítima la selección entre sujetos sindicales, siempre que el criterio establecido sea objetivo y la distinción no pueda considerarse irracional o arbitraria, por ser proporcionada y razonable a la finalidad perseguida (constitucionalmente legítima)⁸².

Con ello, el Tribunal va a conseguir dos consecuencias inmediatas, desvincular la cesión de locales del plano organizativo y funcional integrado en el contenido esencial del derecho de libertad sindical y posibilitar la aplicación del principio de igualdad. Aún así, terminará concluyendo que la finalidad perseguida por el legislador, esto es, permitir que el conjunto de los intereses de trabajadores y empresarios sean representados en los actos de gestión del PSA, no justifica la participación en exclusiva de los sindicatos y organizaciones empresariales más representativas, conclusión que no casa con la noción de participación institucional que maneja la doctrina constitucional ni con la teoría de la representación institucional que permite afirmar que los sindicatos mayoritarios representan al conjunto de los trabajadores⁸³.

Las consecuencias de las argumentaciones efectuadas se agudizan cuando afirma que en la CCPS prevalecen los intereses de los trabajadores frente a los particulares de los sindicatos y organizaciones empresariales, por lo que el PSA debe adscribirse a los fines que establece la ley, es decir, la tutela de trabajadores y em-

⁸¹ La STC 183/1992, de 16 de noviembre, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Sala Quinta del TS respecto de los arts. 3, 4.2, 5.2, 6.2, DT y DA Primera de la LPSA. La cuestión se suscita en la resolución de un Recurso Contencioso-Administrativo (13 de agosto de 1986) presentado por la CNT contra el Real Decreto 1.671/1986, de 1 de agosto, que aprueba el Reglamento de la LPSA, por vulneración del derecho de libertad sindical y del principio de igualdad. El problema fundamental que se plantea al órgano judicial es que los preceptos reglamentarios impugnados reproducen o desarrollan preceptos legales cuya constitucionalidad estaba pendiente de confirmar, por lo que una decisión precipitada podría generar resoluciones contradictorias sobre la constitucionalidad del Reglamento y de la Ley [STS de 14 de octubre de 1994, RJ 1994/7993 (F. J. 2º y 6º)].

⁸² STC 183/1992, de 16 de noviembre (F. J. 7º). Resulta interesante diferenciar el tratamiento que se otorga con respecto a la STC 52/1992, de 8 de abril (F. J. 4º), donde se analiza la exclusión de un organización empresarial. Además de que el pronunciamiento es previo a la declaración de inconstitucionalidad del inciso “*más representativas*”, la lesión se examina únicamente respecto del principio de igualdad, por lo que las exigencias se limitan a la existencia de una justificación objetiva y razonable, sin que entre a jugar el criterio de proporcionalidad en sentido estricto necesario para que desvirtúe la exclusividad de las organizaciones empresariales más representativas.

⁸³ STC 183/1992, de 16 de noviembre (F. J. 7º).

presarios; de esta forma, la restricción en la composición de la Comisión es inconstitucional por contraria al imperativo de igualdad entre los sindicatos. La cuestión, como recuerda el Tribunal, es parecida a la que se daba en los casos de las Comisiones de Elecciones Sindicales. Si la Comisión se encarga de la gestión del patrimonio sindical, y en ella se encuentran los sindicatos más representativos, falta la imparcialidad necesaria para que el procedimiento de concesión sea equitativo. Por ello no es objetivo, razonable ni proporcional que los demás sindicatos queden excluidos de la participación en la Comisión⁸⁴.

Sin embargo, la insuficiencia para justificar la diferenciación se produce, sobre todo, y con ello se da entrada a la segunda cuestión, porque al reparto de este patrimonio están llamados todos los sindicatos. En última instancia, será la naturaleza limitada de los bienes susceptibles de uso y disfrute lo que convierte en irrazonable y desproporcionada la exclusión de sindicatos que, aun sin ostentar la condición de más representativos, deberían participar en un proceso de toma de decisiones que directamente les afectan. Desde estas perspectiva, la participación exclusiva de los sindicatos más representativos supone una dificultad adicional (la primera dificultad sería la preferencia de los sindicatos mayoritarios) para que el resto de sindicatos accedan efectivamente a la cesión de bienes del patrimonio sindical⁸⁵.

Descartada en estos términos la validez de la mayor representatividad, no se excluye, incluso se podría considerar que alienta, la utilización del más moderado criterio de representatividad siempre que su aplicación no margine a aquellas organizaciones que, sin ser mayoritarias, tengan suficiente implantación⁸⁶. El criterio será acogido por la nueva regulación reglamentaria, que designa la composición en 24 vocales, distribuidos en doce representantes de la Administración del Estado, incluyendo al Presidente (Subsecretario de Trabajo y Seguridad Social), y otros doce representantes de las organizaciones sindicales y empresariales con suficiente implantación. De los representantes de los agentes sociales, seis provienen de los sindicatos y serán distribuidos en proporción a los índices de audiencia electoral acreditados, los otros seis corresponden a las organizaciones empresariales⁸⁷.

Sorprendentemente, la regulación introducida en la disposición reglamentaria, aun ampliando el abanico de organizaciones sindicales que pueden tener presencia

⁸⁴ En consecuencia, restringir la representación en la CCPS sólo a las organizaciones que tienen el carácter de más representativas ha de considerarse una medida desproporcionada y contraria al imperativo constitucional de la igualdad entre los sindicatos, por lo que el precepto se declara inconstitucional en cuanto al inciso «*más representativas*».

⁸⁵ STC 183/1992, de 16 de noviembre (F. J. 7º).

⁸⁶ STC 183/1992, de 16 de noviembre (F. J. 7º *in fine*).

⁸⁷ Art. 17 Real Decreto 1671/1986, de 1 de agosto. La nueva redacción fue introducida por el RD 930/1993, de 18 de junio, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del inciso «más representativas».

en la Comisión, vuelve a restringir la participación sindical al identificar el concepto de implantación con la representatividad obtenida en las elecciones a representantes unitarios. El carácter limitado de los puestos que se deben cubrir, así como la necesidad de que las organizaciones sindicales se presenten a las elecciones sindicales, excluyen de la intervención en el procedimiento a un número importante de organizaciones sindicales que, en principio, han de ser beneficiarias de la cesión en usos de bienes públicos. Por ello, el sistema de participación designado no es todo lo equitativo que debiera y el poder público debería haber buscado otras alternativas más respetuosa con los derechos de libertad sindical colectiva. Esta es la causa de que el Tribunal Supremo se haya mostrado desde el principio bastante reticente a aceptar estos criterios restrictivos, reconociendo a determinadas organizaciones sindicales su derecho a participar en la Comisión Consultiva y, ante la negativa administrativa, decretando la nulidad de las actuaciones por vulnerar los derechos sindicales de la recurrente⁸⁸.

La trascendencia que tiene la resolución y las consideraciones que realiza el Tribunal, tienen una vital importancia sobre el asunto que estamos considerando. Y ello porque, al menos en dos ocasiones, el pronunciamiento duda de las concepciones de las que partía para justificar la preferencia de las organizaciones más representativas.

En primer lugar, si en los supuestos anteriores se podía considerar razonable que los sindicatos más representativos fueran los beneficiados privilegiados del

⁸⁸ En este sentido, la STS de 7 de octubre de 1987, RJ 1987/6739, analiza la exclusión por silencio administrativo de CNT de las primeras negociaciones realizadas para distribuir el PSA (Acuerdo de 29 de enero de 1986) una vez que había entrado en vigor la LPSA (14 de enero de 1986). A pesar del carácter informal de las reuniones, la importancia de su objeto (cerrar el compromiso de entrega de los locales relacionados dejando la cesión formal a la constitución de la Comisión Consultiva) determina que la exclusión de la central sindical recurrente, con notable arraigo y carga histórica, constituye una conducta administrativa que lesiona gravemente el derecho a la libertad sindical [STS de 7 de octubre de 1987 (F. J. 4º)]. El segundo pronunciamiento, mucho más interesante por la fecha en que se produce y porque deriva del anterior, se contiene en la STS de 12 de enero de 1998, 1998/817 (F. J. 4º). Recaída la STS de 7 de octubre de 1987 anulando el Acuerdo de 29 de enero, suscrito entre la Administración del Estado, UGT, CC.OO. y CEOE por vulnerar la libertad sindical, la organización sindical CNT dirigió un escrito al MTSS solicitando, de acuerdo con el pronunciamiento judicial, la nulidad de todas las actuaciones administrativas que se habían producido como consecuencia de dicho acuerdo y la efectividad de su derecho a participar en las reuniones sobre el PSA. La inactividad administrativa provocó, de nuevo, un recurso contencioso-administrativo con sentencia favorable, que fue recurrida en casación por la Administración del Estado. Entre los motivos que se argumentan para recurrir en casación se alega que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta la doctrina constitucional sentada por la STC 183/1992, que declara la inconstitucionalidad del art. 6.2 de la LPSA, basándose en que de la Comisión Consultiva no se puede excluir a las organizaciones que tengan suficiente implantación y representatividad, aunque no sean mayoritarias, por lo que es posible, razona el abogado del Estado, excluir a CNT por no tener suficiente implantación y no ser más representativa. El TS rechaza dicha argumentación, reconociendo, de nuevo, a CNT el derecho a participar en las reuniones sobre cesión o reparto del PSA, por ser una organización con notable arraigo y carga histórica.

sistema de cesión por ser precisamente los que ostentaban prioritariamente la representación de los trabajadores, la razonabilidad se diluye en este nuevo pronunciamiento que, al identificar la finalidad de la norma como mecanismo para facilitar la representación de empresarios y trabajadores en la gestión del PSA, rechaza que ésta se efectúe a través de las organizaciones sindicales más representativas. La idea se reitera cuando se afirma que la tutela de todos los trabajadores y empresarios (finalidad de la cesión de bienes) determina que la restricción en la composición de la Comisión sea inconstitucional por contraria al imperativo de igualdad entre los sindicatos.

En segundo lugar, porque además de considerar sujetos beneficiarios a todos los sindicatos, reconoce que tanto la preferencia de los sindicatos más representativos en las cesiones, como su participación exclusiva en la Comisión suponen dificultades o trabas para que el resto de sindicatos accedan a la cesión de bienes inmuebles públicos. Destinada ésta a favorecer las necesidades organizativas y de funcionamiento de la entidades sindicales, lo siguiente a considerar sería la justificación constitucional que tiene el legislador para obstaculizar la organización y funcionamiento del resto de organizaciones sindicales, sobre todo si consideramos que ambas facultades forman parte del contenido esencial de los derechos de sindicación colectiva que ostentan las organizaciones sindicales. Como vemos y tendremos ocasión de analizar pormenorizadamente más adelante, el razonamiento es completamente distinto a los que venimos manejando hasta el momento.

1.2.2. *El reparto del Patrimonio Sindical Histórico*

La restitución del patrimonio sindical histórico (PSH) no pudo realizarse, a diferencia del PSA, en función del criterio representatividad, porque algunas de las organizaciones históricas, titulares de los bienes, no eran representativas en el nuevo marco de relaciones laborales⁸⁹. La solución adoptada terminó centrando la

⁸⁹ UGT se constituye por el Primer Congreso Nacional Obrero, Barcelona (1888); algo más tarde, y en la misma ciudad, se crea CNT en el Congreso Nacional de Trabajadores de 1910. Al parecer, y con todas las cautelas que se deben adoptar en materia de esta índole, hasta 1936 la CNT pudo haber ostentado la condición de más representativo en nuestro país (1.200.000 afiliados en los mejores momentos), seguida muy de cerca por UGT (alrededor de 1.045.599 afiliados), de conformidad con los datos y estimaciones realizadas por Tuñón de Lara, M., *El movimiento obrero en la historia de España*, Vol. II, Madrid, SARPE, 1985, págs. 324 y 307 respectivamente. Por su parte, CC.OO surge de la designación de comités *ad hoc* para negociar los convenios colectivos al margen del sindicalismo oficial en la década de los sesenta y se constituye como Central Sindical en 1976. En la misma época, y también nacida en la clandestinidad, emerge, a partir de núcleos de las Juventudes Obreras Cristianas, el sindicato USO. La devolución del patrimonio sindical histórico también se verá afectado por las vicisitudes que sufren determinadas organizaciones una vez instaurado el sistema democrático. En este sentido, el acontecimiento más importante es la escisión de CNT en la segunda mitad de la década de los ochenta, que termina con la constitución, el 28 de abril de 1989, de la Confederación General del Trabajo (CGT), y el reconocimiento judicial de la CNT como legítima sucesora de la organización sindical histórica [STS 28 de mayo de 1996, RJ 1996/5775 (F. J. 1º)].

cuestión en la titularidad de esos bienes y los complejos problemas que surgían del derecho patrimonial privado, y ello a pesar de los intentos sindicales por resolver el asunto desde la consideración de los mencionados bienes como parte del PSA⁹⁰.

La devolución de los bienes que integran el patrimonio histórico, esto es, el patrimonio incautado a las organizaciones sindicales democráticas como consecuencia de la Guerra Civil española, se efectuará siempre que se cumplan dos requisitos⁹¹. El primero, referido a la organización sindical solicitante, que deberá acreditar su condición de “legítima sucesora” respecto de los sindicatos existente en el momento de la incautación⁹². El segundo, relativo al propio régimen de restitución, exige que la devolución recaiga sobre los concretos bienes incautados; sólo si no es posible su restitución, el Estado compensará su valor a los sindicatos afectados.

A pesar de que dichos bienes quedaban “excluidos” teóricamente del ámbito de aplicación de la Ley 4/1986 que, como hemos visto, se centra en el PSA, el régimen jurídico aplicable se concretaba en la antigua DA Cuarta. La disposición adicional preveía la restitución del dominio a sus antiguos titulares o a aquellas organizaciones sindicales que se acreditaran como legítimas sucesoras⁹³. La admisión de estas dos circunstancias se perfilaba como una solución respetuosa con los derechos sindicales y con el principio de seguridad jurídica; sin embargo, a lo largo de los años, se transformó en un procedimiento penoso, interminable y difícilmente compatible, por las dificultades prácticas que conlleva, con la equidad que ha de caracterizar un proceso de estas características.

Las vicisitudes jurídicas sufridas por cada bien, harían inviable la restitución de los bienes sindicales incautados, obligando al Estado a asumir el pago de cantidades ingentes en concepto de compensación. No obstante, no sólo estas circunstancias condenarían al fracaso la intervención legislativa, también jugaría un importante papel la deficiente regulación normativa. Concretamente, la DA Se-

⁹⁰ En este sentido, parecen existir acuerdos entre las organizaciones más representativas; concretamente se alude a un comunicado conjunto, firmado en 1994, donde UGT y CCOO solicitan al Gobierno que los bienes pertenecientes al patrimonio histórico una vez compensado pasen a formar parte del PSA [Sánchez, J. L., “CC. OO. y el patrimonio sindical. Hoy como ayer” (http://www.fe.ccoo.es/general/56_patr_sind-7.html)].

⁹¹ Sobre el concepto de patrimonio sindical histórico y las restricciones que sobre el mismo opera la regulación legal, García Becedas, G., “La restitución...”, op. cit., págs. 75 y ss.

⁹² Los mecanismos para demostrar dicha condición se han de determinar de acuerdo con la doctrina del CLS de la OIT. No obstante, la definición aportada por la Organización es muy ambigua, al entender por legítima sucesora a la organización u organizaciones que persiguen los fines para los que se hubieran constituido los sindicatos disueltos y lo hacen con el mismo espíritu [CLS, Informe 194, Vol. LXII, 1979, Serie B, núm. 2, P 258].

⁹³ Críticas sobre la técnica legislativa utilizada en, Almansa Pastor, J. M., “Las soluciones legales...”, op. cit., págs. 65–66; García Becedas, G., “La restitución...”, op. cit., pág. 74.

gunda del Real Decreto 1671/1986, de 1 de agosto, establece un procedimiento, caracterizado por una absoluta discrecionalidad administrativa, que se inicia con la solicitud de la entidad interesada al Ministerio de Trabajo y se resuelve por el Consejo de Ministros a propuesta del mencionado Ministerio. La entidad deberá aportar la documentación donde consten todos los datos identificativos de los bienes y derechos, así como los relativos a la personalidad originaria y actual de la entidad solicitante, acompañando su solicitud de todos los medios de prueba admitidos en derecho para apoyar su pretensión⁹⁴.

La restricción de las reclamaciones sobre bienes de entidades de naturaleza estrictamente sindical, la opción reglamentaria por regular con carácter exclusivo un criterio formal o nominalista para atribuir la condición de sucesora relegando el criterio finalista que consagraba la ley y la falta absoluta de transparencia en los miles de expedientes tramitados, convierten la cuestión del patrimonio histórico en uno de los ámbitos más propicios para estudiar la discriminación sindical. Y no se trata sólo de las posibles irregularidades administrativas, sino de la discriminación sindical indirecta que podría entrañar el régimen jurídico aplicable que emana de la regulación legal y el desarrollo reglamentario⁹⁵. De hecho, CNT lleva años denunciando públicamente la existencia de discriminación en la devolución del PSH, sin que, hasta el momento, haya analizado la cuestión el Tribunal Constitucional⁹⁶.

⁹⁴ El procedimiento contrasta con el establecido por Real Decreto 610/1999, de 16 de abril, que aprueba el Reglamento de la Ley 43/1998, de 15 de diciembre, de Restitución o Compensación a los Partidos Políticos de Bienes y Derechos Incautados, que dedica todo el Capítulo II (arts. 6–17) a regular el procedimiento para resolver las solicitudes. Además de remitirse al procedimiento administrativo común, la normativa prevé la elaboración de varios informes: Informe Técnico de valoración de la solicitud (art. 11), Informe de la Abogacía del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado avalando la propuesta de resolución (art. 12), así como la exigencia de todos los requisitos formales que en nuestro ordenamiento ha de observar la resolución (art. 15).

⁹⁵ La falta de adecuación de la regulación legal a las formas de actuación de los sindicatos de la época se reconoce en la EM del Real Decreto–Ley 13/2005, de 28 de octubre, que modificará la regulación legal, al denunciar las dificultades a la hora de probar la titularidad sindical de los bienes y permitir, teniendo en cuenta las modalidades de actuación de las organizaciones de trabajadores en aquellas fechas, que se acredite la pertenencia de los bienes a una persona jurídica, afiliada o vinculada a dicha organización.

⁹⁶ Entre los principios básicos del anarco–sindicalismo destaca la negación de las instituciones del Estado, entre ellas, el poder judicial. Para CNT, el acceso a la jurisdicción es un recurso que siempre favorece a la patronal; no obstante, y a pesar de que todos los conflictos se intentan solucionar a través de la acción directa, ocasionalmente, y para la resolución de casos concretos, la organización sindical admite que es necesario acudir a la jurisdicción (*Anarcosindicalismo Básico*, Federación Local de CNT–AIT de Sevilla, Sevilla, 2001, pág. 19). No obstante, la organización impugnó, sin resultados, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de julio de 1986, porque acordaba la compensación a UGT por una cuantía de 4144 millones de pesetas, mientras que a CNT se compensaba con 248 millones (STS de 13 de diciembre de 1990, RJ 1990/10159, y ATC 224/1991, de 18 de julio).

Con respecto a la actuación administrativa, es inexplicable que tratándose de una cuestión que afecta de lleno los derechos sindicales de las organizaciones afectadas haya reinado una discrecionalidad absoluta durante 20 años. En las decisiones de restitución o compensación no se prevé, en principio, la participación, ni siquiera a nivel de consulta, de las organizaciones sindicales, y ello a pesar de las denuncias que, en este sentido, ha realizado la doctrina laboral⁹⁷. A estos efectos, ni la LPSA ni su desarrollo reglamentario prevén la intervención de la CCPS en la restitución de este tipo de bienes que, a falta de previsión legal, jugará un papel más o menos relevante, dependiendo de las funciones atribuidas por el Gobierno de turno⁹⁸.

No es extraño que, ante el fracaso de la regulación legal y las múltiples controversias que giran en torno a la cuestión, se haya intentado poner punto final a la devolución del PSH⁹⁹. El Real Decreto-Ley 13/2005, de 28 de octubre, modifica la DA Cuarta de la LPSA, con la finalidad de dar por terminadas las reclamaciones sobre el patrimonio sindical histórico, estableciendo un plazo, que terminó el 31 de enero de 2006, para que las organizaciones sindicales interesadas solicitasen la restitución de bienes de los que habían sido privadas¹⁰⁰.

⁹⁷ García Becedas, G., "La restitución...", op. cit., pág. 79, ante la falta de regulación legal, indicaba que, al menos, debían aplicarse las disposiciones que la Ley de Procedimiento Administrativo establece con carácter general, esto es, la comunicación de la tramitación de expedientes a los interesados, el derecho a que dichos sujetos realicen las alegaciones oportunas, y la necesidad de notificarles todas las resoluciones que recaigan sobre el asunto. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia que, ante las alegaciones del Abogado del Estado, excluye expresamente el carácter de acto político que tradicionalmente se le venían atribuyendo a los acuerdos del Consejo de Ministros sobre la materia [STS de 13 de diciembre de 1990, RJ 1990/10159 (F. J. 2º)].

⁹⁸ Arts. 6.2 de la LPSA y 21 del Real Decreto 1671/1986, de 1 de agosto.

⁹⁹ El fracaso del sistema de reparación que establecía la LPSA se imputa a múltiples factores, entre los más destacados la rigidez en las exigencias para acreditar la titularidad y el valor de los bienes incautados, la ausencia de un plazo para presentar solicitudes por los reclamantes, la incertidumbre que provoca la prolongación del proceso respecto de la titularidad de los bienes y de las obligaciones Estatales de devolución o compensación y la influencia negativa de dichas circunstancias en la actividad de las organizaciones afectadas y en la gestión pública (Preámbulo RDL 13/2005). En 1987, la doctrina laboral ya señalaba que la regulación parca, escasa y descuidada podía generar conflictos judiciales de imprevisibles resultados y dar al traste con la intención del legislador de restituir, en su integridad, el PSH a los sindicatos históricos. En este sentido, García Becedas, G., "La restitución...", op. cit., pág. 74.

¹⁰⁰ Resulta interesante seguir la Sesión Parlamentaria en la que se convalida el Real Decreto 13/2005, por la objeciones realizadas por los distintos partidos políticos. La mayoría coinciden en cuestionar el procedimiento utilizado para efectuar la modificación normativa. Las principales argumentaciones se centran en la carencia de los requisitos necesarios para utilizar el Decreto Ley. La urgencia y extrema necesidad se vinculan, a juicio de los diputados del PP y del PNV, más que a la satisfacción de un interés general de los trabajadores, a los intereses particulares de un sindicato concreto (UGT), debido al vencimiento del plazo del crédito que dicha organización debía sufragar a consecuencia de su responsabilidad en la Cooperativa de viviendas PSV. Por su parte, el BNG, a pesar de votar a favor de

No obstante, la nueva redacción, además de otorgar a las organizaciones sindicales un plazo de tres meses, desde nuestro punto de vista insuficiente, para realizar las reclamaciones que estimen oportunas, altera sustancialmente, a través de dos mecanismos distintos, el ámbito sobre el que pueden producirse dichas reclamaciones. Por un lado, modifica el ámbito material de los bienes susceptibles de reclamación, al acotar expresamente el procedimiento de reclamación a los bienes cuya titularidad ostentaban las organizaciones sindicales a la fecha de entrada en vigor del Decreto de 13 de septiembre de 1936¹⁰¹. La normativa anterior, como por todos es conocido, se refería a los bienes incautados en virtud de la Ley de Responsabilidades Políticas, de 9 de Febrero de 1939, excluyendo, como consecuencia, todos los bienes y derechos que habían sido arrebatados a las organizaciones sindicales por procedimientos distintos a la incautación¹⁰².

La alusión a un momento temporal e históricamente determinado permite desvincular la restitución de los procedimientos y autoridades que realizaron la privación, incluso se podría considerar que, una vez probada la titularidad, la restitución se ha de producir con absoluta independencia de las circunstancias que provocaron el cambio en la posesión del bien. Lo que parece bastante claro es que desaparece el requisito de la incautación y todo lo referente a su prueba, presupuesto básico de la anterior regulación legal, excluyendo del procedimiento de restitución o compensación, y esto es muy importante para algunas organizaciones sindicales, los bienes adquiridos con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto de 13 de septiembre de 1936¹⁰³.

Por otro lado, parece aumentar el catálogo de bienes objeto de reclamación, al posibilitar que las reclamaciones sindicales se extiendan a los bienes de otras per-

la convalidación, evidencia la falta de transparencia en la devolución del patrimonio sindical y en la marginación que se ha producido de las organizaciones sindicales. El PNV incide en la inadecuación del instrumento normativo para resolver un problema de la profundidad y envergadura que conlleva el PSH. Por su Parte, IU incide en la injerencia que supone en el proceso electoral sindical las últimas concesiones administrativas realizadas en virtud de la normativa.

¹⁰¹ Entendemos que la disposición no abarca toda la normativa sobre responsabilidades políticas adoptada a partir de 1936 y, por tanto, se distancia de la regulación que prevé la restitución a los partidos políticos (Ley 43/1998, de 15 de diciembre, que en su art. 1 se extiende hasta la Orden de 9 de junio de 1943). También se distancia respecto del plazo para la reclamación, a estos efectos, la Ley 43/1998, de 15 de diciembre, establece un plazo de un año desde la fecha de entrada en vigor de la disposición reglamentaria (art. 5).

¹⁰² El art. 2 de la Ley ilegaliza todas las agrupaciones políticas y sociales que integraban el Frente Popular, así como todas aquellas que se alinearon a su favor y en contra del Movimiento Nacional, mencionando expresamente a la CNT y la UGT. Por su parte, el art. 3 declaraba la pérdida absoluta de sus bienes y derechos, que pasaban a ser propiedad del Estado, y confirmaba las incautaciones realizadas por el Decreto 108/1936, de 13 de septiembre, de la Junta de Defensa Nacional.

¹⁰³ No obstante, la doctrina ya consideraba que la mención a la Ley de Responsabilidades Políticas sólo podía ser interpretada en el sentido de incluir los bienes y derechos pertenecientes a los sindicatos con anterioridad al 18 de julio de 1936 (García Becedas, G., "La restitución...", op. cit., pág. 75).

sonas jurídicas que, sin tener naturaleza sindical, estuvieran afiliadas, asociadas o vinculadas a las organizaciones reclamantes¹⁰⁴. Además, la regulación posibilita la restitución de los bienes y derechos de personas jurídicas mercantiles, de naturaleza cooperativa o fundacional que, a la entrada en vigor del Real Decreto de 13 de septiembre de 1936, estuvieran vinculadas a una organización sindical, siempre y cuando dichos bienes no se hubieran podido integrar en el patrimonio de la antigua organización sindical como consecuencia o efecto de una disposición legal o reglamentaria¹⁰⁵.

Las modificaciones introducidas no están exentas de polémica, pues juegan a aumentar o disminuir las posibilidades de reclamación dependiendo de la perspectiva sindical que se adopte. En principio, la regulación parece disolver los problemas que encontraba las reclamaciones de la CNT, que, en virtud de su estructura orgánica (débil estructura organizativa) y funcional (carácter asambleario y federalista), ha visto obstaculizadas sus reclamaciones para reintegrar los bienes de aquellos organismos y agrupaciones obreras que, con absoluta autonomía e independencia, se vinculaban a la organización¹⁰⁶. Sin embargo, por otro lado, y aten-

¹⁰⁴ La regulación anterior, como por todos es conocido, exigía la naturaleza sindical de los entes afiliados u asociados como presupuesto para que la organización solicitante pudiese reclamar sus bienes. No obstante, la normativa sobre devolución del patrimonio incautado a los partidos políticos y las cuestiones judiciales suscitadas al efecto terminaron consolidando una línea jurisprudencial cercana a admitir el carácter predominante sindical de otras entidades y organizaciones de naturaleza jurídica diversa (SSTS de 27 octubre 2003, RJ 2003/8596, respecto a la entidades cooperativas; de 25 de marzo, RJ 2003/7286; y de 24 de octubre de 2003, RJ 2003/8593, que más genéricamente se refieren a los que pertenecían a los sindicatos, o a personas jurídicas de naturaleza análoga a ellos vinculados). En consonancia con esa línea jurisprudencial, la nueva regulación prescinde de la naturaleza sindical de las entidades e incluso de la afectación de los bienes reclamables al ejercicio de actividades sindicales, permitiendo que el uso de esos bienes estuviesen destinados a actividades culturales, educativas e, incluso, económicas. Se aprecia, por tanto, una diferencia fundamental respecto del régimen jurídico aplicable a los partidos políticos [la ley 43/1998, de 15 de diciembre, permite que dichas agrupaciones reclamen bienes de otras personas jurídicas vinculadas (art. 3), siempre que éstos estuvieran afectos o destinados al ejercicio de actividades políticas de la entidad solicitante en el momento de la incautación (art. 1)].

¹⁰⁵ La posibilidad de reclamar los bienes de la distintas entidades empresariales, sobre todo cooperativas, que impulsó el sindicalismo de la II República, ha sido una de las reclamaciones más importantes del sindicalismo histórico. La enigmática alusión a la imposibilidad de que dichos bienes ingresaran en el patrimonio de la antigua organización sindical no es más que el reconocimiento de que muchos de los bienes incautados a las organizaciones sociales por el franquismo habían quedado fuera del PSH por no haberse adscrito al patrimonio de la Delegación Nacional de Sindicatos (Ley de 23 de septiembre de 1939) y posteriormente de la OSE. Concretamente, la Ley 23 de septiembre de 1939 adscribía los bienes de gran parte de las cooperativas al Instituto Nacional de la Vivienda.

¹⁰⁶ El gran problema de la CNT a la hora de recuperar el patrimonio sindical no es sólo que integrara a diversas entidades sin naturaleza estrictamente sindical, sino que su funcionamiento siempre se ha articulado a través de una estructura confederal que, por razones ideológicas, daba plena libertad a las entidades, sindicales o no, que la conformaban. Su estructura y funcionamiento no ha permitido una identificación entre la organización y los legítimos titulares de los bienes, lo que le ha impedido reclamar y obtener los bienes que ostentaban entidades ya desaparecidas pero vinculadas a la Confederación.

diendo a razones ideológicas, la acotación temporal de los bienes reclamables hace que la extensión comentada tenga un valor minúsculo, sobre todo si consideramos que la CNT, como Confederación que integraba diversas agrupaciones sociales, adquirió gran parte de su patrimonio después de 1936, normalmente en régimen de ocupación como consecuencia de la legislación incautadora republicana¹⁰⁷.

La constatación de estos datos, junto con la relegación reglamentaria del criterio finalista, refrendado por la OIT, y que pone el acento en la identidad de fines y espíritu para constatar las Organizaciones sindicales sucesoras de aquellas que fueron privadas de sus bienes¹⁰⁸, bien podría suponer que, tanto la acotación temporal efectuada por la regulación legal como la actuación administrativa desempeñada a su amparo, constituyan un acto de discriminación indirecta en el ámbito de la libertad sindical.

Como es lógico, sobre todo porque el régimen jurídico aplicable favorece a los sindicatos históricos, esto es, UGT y CNT, en perjuicio de sindicatos de más reciente constitución, fundamentalmente CCOO, tanto la modificación normativa, especialmente el procedimiento utilizado para efectuarla, como las actuaciones administrativas producidas al amparo de la nueva regulación, han suscitado gran polémica política y sindical¹⁰⁹. En este sentido, el Real Decreto-Ley 13/2005, de 28

En este sentido, resultan ilustrativas las SSTs de 9 y 10 junio 2003 (RJ 2003/5618 y RJ 2003/5782) y de 25 de octubre de 2005 (RJ 2005/8142). Muy importante, a estos efectos, es la STS de 13 de diciembre de 1990, RJ 1990/10159 (F. J. 6^o), que reconoce estas peculiaridades y sus repercusiones sobre los mecanismos de prueba.

¹⁰⁷ En el período 1936–1939 se produjeron diversas experiencias colectivistas, sobre todo en Cataluña y Andalucía, auspiciadas por CNT. Dichas experiencias se articularon sobre tierras previamente incautadas, (DD de 25 de Julio de 1936, 23 de febrero de 1936, 23 de febrero de 1937, reintegradas a sus propietarios originarios por Orden de 16 de diciembre de 1946; pero también sobre otras disposiciones normativas, como el Decreto Catalán de Colectivizaciones en la Industria, de 24 de abril de 1936, la Ley de Reforma Agraria, de 9 de septiembre de 1932, los Decretos sobre Arrendamientos Colectivos de 19 de Mayo de 1931). Sobre estas experiencias, Pérez Baró, A., *Treinta meses de colectivismo en Cataluña*, Barcelona, Ariel, 1974; Garrido González, L., *Colectividades agrarias en Andalucía: Jaén (1931–1939)*, Jaén, Publicaciones de la Universidad de Jaén, 2003.

¹⁰⁸ La doctrina ha denunciado la restricción del criterio finalista realizada por la normativa de desarrollo, al prever única y exclusivamente la identificación formal, esto es, en términos nominativos, para acreditar el carácter de sucesora, circunstancias que, como ya hemos dicho, ha perjudicado a determinadas organizaciones sindicales (García Becedas, G., “La restitución...”, op. cit., págs. 78 y 79).

¹⁰⁹ Al amparo de la nueva regulación, el Gobierno acordó, el 25 de noviembre de 2006, entregar en concepto de devolución del PSH, 2,45 millones de euros a CNT, mientras que a UGT devolvía 151, 3 millones de Euros, una cantidad considerablemente superior. Los comentarios de prensa coincidían en señalar la similitud entre la cantidad entregada y la que UGT debía restituir para saldar su deuda con el Instituto del Crédito Oficial, antes del 30 de noviembre de 2006 [148,44 millones de euros, consistente en el capital (63,35 millones de euros) y los intereses (85,09 millones) del préstamo solicitado para solucionar la crisis de la PSV]. En este sentido, Diario ABC 25/11/2005 y 28/11/2005; Agencia Europa Press 24/11/2005, El País 2/12/2005.

de octubre, ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad¹¹⁰, y las organizaciones sindicales que se consideran perjudicadas, sobre todo CNT y CCOO, han recurrido las resoluciones administrativas recaídas al amparo de la normativa legal ante la jurisdicción contencioso-administrativa¹¹¹.

Por tanto, lejos de zanjarse la cuestión, parece que no ha hecho más que empezar. La modificación introducida por el Gobierno ha provocado algunos de los efectos que se pretendían evitar¹¹², ya que las reclamaciones judiciales presentadas y pendientes de resolución pueden provocar una revisión de las devoluciones efectuadas que, como ya hemos advertido, se han realizado, desde el principio, en la más absoluta oscuridad¹¹³ y, sinceramente, si los datos que denuncian las organizaciones sindicales son ciertos, parece evidente que la devolución no se ha hecho con una estricta sujeción a los parámetros que exige el principio de igualdad y la prohibición de injerencia administrativa sobre los derechos sindicales de las organizaciones solicitantes¹¹⁴.

¹¹⁰ El recurso, presentado por cincuenta diputados del Partido Popular, ha sido admitido a trámite por Providencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 2006.

¹¹¹ Si tenemos en cuenta que todos aquellos bienes cuya devolución, por las circunstancias concurrentes, no se pueda efectuar pasarán a engrosar el PSA, que la devolución de los bienes se ha efectuado sin prueba documental que acredite la titularidad, y que CC.OO es uno de los sindicatos beneficiarios del PSA, queda muy claro el interés que ostenta la Organización en la licitud de las concesiones [Sánchez, J. L., “CC. OO y el patrimonio sindical...”, op. cit.].

¹¹² De hecho, tal como se extrae del Diario de Sesiones del Congreso, la reforma legislativa que realiza el RD 13/2005 obedece también a “*la perspectiva de una posible y poco deseable judicialización de este asunto en aquellos supuestos de denegación por parte de la Administración*”.

¹¹³ Denunciaba esta circunstancia García Becedas, G., “La restitución...”, op. cit., pág. 74.

¹¹⁴ El Secretario de Estado de Relaciones con las Cortes [Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado), VIII Legislatura, Serie I, Boletín General núm. 125, 25 de noviembre de 2004, (<http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/textos/I0125.html>)] reconocía que, hasta el 12 de noviembre de 2004, UGT había recibido una cuantía de 24.908.967,70 € en concepto de patrimonio inmobiliario compensado (en virtud de Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1986) y la reintegración del patrimonio incautado se valoraba en 840.725,78 Euros (las devoluciones fueron acordadas por Acuerdos del Consejo de Ministros de 23 de diciembre de 1999, de 9 de marzo de 2001 y de 12 de abril de 2002). Las cuantías compensadas a CNT no han sido difundidas públicamente por organismo oficial; no obstante, en la Memoria Económica que el Gobierno presentó para la convalidación del RDL 13/2005, de 28 de octubre, se hacía referencia a que dicha organización había recibido 1,6 millones de euros. Si consideramos las compensaciones efectuadas en el 2006 (Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2005), la cantidad que ha recibido UGT ascendería a 173.870.200 € aproximadamente, mientras que CNT habría recibido 3.958.925 €. Estos datos, que no se pueden considerar exactos, presentan pocas diferencias con los que suministra CNT, que, por cierto, se queda corta en las estimaciones que hace del patrimonio compensado a UGT a fecha de febrero 2004 [Crespo, “A vueltas con el Patrimonio Sindical”, en <http://www.soliobrera.org/actualidad/patrimonio.html> (1 de Febrero de 2008)]. No obstante, hay que tener en cuenta el número de expedientes resueltos. Al parecer, las cantidades compensadas responden a 856 solicitudes frente a 3232 presentadas por UGT, mientras

1.3. La financiación de las organizaciones sindicales (II): La concesión de subvenciones públicas a las organizaciones sindicales

Una de las vías más importantes para la financiación sindical, se encuentra en las subvenciones presupuestarias que, en la década de los ochenta, empieza a asignar el Estado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. El origen del polémico apoyo financiero a las organizaciones sindicales, que aparece referido en las disposiciones que regulan los reductos del sindicalismo vertical¹¹⁵, se vincula, inicialmente, a la cuestión de la devolución del patrimonio sindical acumulado¹¹⁶.

La pretendida vinculación entre subvenciones estatales y PSA permitía, dado que las grandes beneficiadas de dicho patrimonio eran las organizaciones sindicales más representativas, otorgar las subvenciones, en régimen de exclusividad, a dichas organizaciones¹¹⁷. La incidencia de estas actuaciones sobre el panorama sindical español provocará un aluvión de recursos ante el Tribunal Constitucional, solicitando su inconstitucionalidad por lesionar los derechos de libertad sindical de las organizaciones excluidas¹¹⁸.

que la cuantía recibida por CNT es el resultado de 171 solicitudes estimadas de las 4.525 que ha presentado la organización, sin que quede claro cuántas de ellas han finalizado su tramitación. Con respecto a los bienes inmuebles restituidos, UGT habría recibido alrededor de 515 inmuebles y otros bienes, de conformidad con la información facilitada en el Comunicado de Prensa realizado el 8 de noviembre de 2005. CNT, en cambio, asegura haber recibido 7 bienes inmuebles.

¹¹⁵ El Real Decreto Ley 31/1977, de 2 de julio, sobre extinción de la sindicación obligatoria, reforma de estructuras sindicales y reconversión de la AISS, garantizaba la aportación por el Estado, a través de consignaciones presupuestarias, de los recursos necesarios para que la mencionada organización cumpliera con los fines asignados por la norma de constitución (art. 3.1). Recordemos, a estos efectos, que el Real Decreto-Ley 19/1976, de 8 de octubre, por el que se crea la AISS, afecta el patrimonio de la OSE, así como las cotizaciones que se realicen en su seno, a la satisfacción de una serie de finalidades, entre las que se encuentra sufragar los costes de los servicios sociales realizados por las asociaciones profesionales libres que se creen en el futuro, en la forma en que dispongan las normas de desarrollo [art. 3.1.c)].

¹¹⁶ Fernández López, M. F., “La Ley de Cesión del Patrimonio Sindical Acumulado...”, op. cit., pág. 908.

¹¹⁷ Así se preveía en las Leyes 9/1983, de 13 de Julio, 44/1983, de 28 de diciembre, y 32/1984, de 2 de agosto, de Presupuestos Generales del Estado para los años 1983, 1984 y 1985, y en las respectivas Órdenes de desarrollo. La Ley 4/1981, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1982, establecía una subvención de 800 millones de pesetas para las centrales sindicales en función de su representatividad. La Resolución de la Subsecretaría de Empleo y Relaciones Laborales del MTSS, de 9 de marzo de 1982, distribuyó la subvención entre las cinco organizaciones sindicales que habían obtenido más del 10% de representantes en las elecciones sindicales.

¹¹⁸ Antes de la interposición de los recursos habían recaído dos pronunciamientos de la Audiencia Nacional que anulaban sendas Órdenes por las que se distribuían subvenciones estatales a las centrales sindicales (SSAN de 16 de octubre de 1982 y de 7 de julio de 1984). Sin embargo, será necesaria

Los recursos de inconstitucionalidad se presentan por el Defensor del Pueblo, frente al inciso “*más representativas*” utilizado por las distintas Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 1983, 1984 y 1985. Las mencionadas disposiciones adoptaban la mayor representatividad, regulada en la D. A. Sexta del ET, como criterio determinante de las organizaciones sindicales beneficiarias de las subvenciones estatales dirigidas a la realización de actividades socioculturales, promoción de los trabajadores, organización de actividades de carácter formativo y otras funciones, dentro de los fines propios de aquellas¹¹⁹.

La resolución de los supuestos se articula desde la doctrina de la prohibición de discriminación entre organizaciones sindicales por parte de los poderes públicos. El derecho de libertad sindical, además de proscribir la injerencias administrativas en el seno organizativo y funcional de las organizaciones sindicales, protege frente a los actos de discriminación que se producen “*cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, que debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida*”¹²⁰.

Para determinar si ha habido discriminación, corresponde examinar las funciones que asignan a las organizaciones sindicales en el sistema constitucional. Y, en éste sentido, el argumento fundamental utilizado por la doctrina constitucional es que el art. 7 CE atribuye la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores a todos los sindicatos, sin distinción. La diferencia que el propio precepto efectúa entre los conceptos de defensa y promoción obliga a incluir entre estas funciones la realización de actividades socioculturales y de formación. Siendo ésta la finalidad que persigue la norma impugnada (estimular la realización de actividades socioculturales, promoción de los trabajadores y organización de actividades de carácter formativo), no se puede subvencionar su realización a las centrales mayoritarias sin lesionar el derecho de igualdad que asiste a las organizaciones excluidas¹²¹. Con este razonamiento, el Tribunal opta por apli-

la resolución de los recursos de inconstitucionalidad para que la Administración del Estado corrija su actuación. Para entonces, debido fundamentalmente a la falta de anulación de las actuaciones administrativas anteriores y a las cuantiosas cantidades que implicaban las subvenciones [a estos efectos, la cuantías destinadas a las organizaciones sindicales fueron de 896.000.000 de ptas. (Ley 3/1983, de 13 de Julio), 976.000.000 de ptas. (Ley 44/1983, de 28 de diciembre) y 896.000.000 de ptas. (Ley 32/1984, de 2 de agosto)], ya se había fraguado la anhelada e irrompible consolidación sindical de las organizaciones mayoritarias. En este sentido, García Becedas, G., “La restitución...”, op. cit., págs. 73 y ss.

¹¹⁹ SSTC 20/1985, de 14 de febrero; 26/1985, de 22 de febrero, y 72/1985, de 13 de junio.

¹²⁰ SSTC 20/1985, de 14 de febrero (F. J. 2º).

¹²¹ El pronunciamiento se apoya en la infracción de los requisitos de igualdad, pues no se puede considerar que para obtener la finalidad perseguida por la subvención (en último término, la promoción social de los trabajadores) sea objetivo, razonable y proporcionado otorgarla a los sindicatos más re-

car las exigencias del principio de igualdad integradas en el derecho de libertad sindical, concluyendo, en definitiva, que la medida diferenciadora no es adecuada para conseguir la finalidad perseguida.

La aplicación de los parámetros que integran el juicio de igualdad excluye un análisis expreso de la lesión material que sobre los derechos sindicales de las organizaciones excluidas pueden provocar este tipo de conductas. No obstante, y este dato es importante, se admite que las intervenciones públicas consistentes en atribuir subvenciones inciden en el orden competitivo entre los sindicatos, situando a los más representativos en un posición superior a los demás para ofrecer mejores servicios a los trabajadores y, como consecuencia de ello, provocando un inducción o presión indirecta para la afiliación de los trabajadores a determinados sindicatos¹²². Desde esta perspectiva, se podría haber concluido que es la influencia de estas medidas sobre el panorama sindical general y su incidencia sobre los derechos de afiliación positiva y negativa lo que determina la lesión material de los derechos de sindicación¹²³. Y en cierta forma así se hace al considerar que la diferencia, además de lesionar el principio de igualdad por no cumplir con los requisitos de coherencia necesarios, también vulnera otros derechos o valores integrados en los derechos de libertad sindical (la libertad de afiliación y el pluralismo sindical).

Partiendo, en cierta medida, de una interpretación autónoma de los derechos implicado, se echa en falta alguna consideración respecto de la incidencia que este tipo de mecanismos tienen sobre los derechos sindicales de las organizaciones excluidas, puesto que la falta de subvención, cuando ésta existe, para desarrollar funciones propias del sindicalismo constituye una obstrucción a los derechos sindicales de las organizaciones preteridas. Más claramente: si desde la propia Constitución derivan funciones que han de desempeñar todos los sindicatos, y dichas funciones, debido a su carácter prestacional, requieren financiación estatal, subvencionar su

presentativos [SSTC 20/1985, de 14 de febrero (F. J. 3º)]. La doctrina ha llamado la atención sobre el peligro que encierran estas declaraciones. Por un lado, se afirma que la argumentación justificaría una financiación exclusiva a ciertos sindicatos siempre que tuviera por objeto sufragar los costes de funciones atribuidas con carácter exclusivo. Ello significaría que las aportaciones económicas por parte del Estado tendrían carácter compensador de las nuevas funciones asumidas por los sindicatos más representativos. Por otro, que la solución se adopta al margen del origen de las subvenciones que, como ya hemos advertido, se encontraba en un Acuerdo entre el Gobierno y las organizaciones sindicales UGT y CC. OO. En este sentido, Fernández López, M. F., “La Ley de Cesión del Patrimonio Sindical Acumulado...”, op. cit., pág. 911; STS de 19 de febrero de 2001, RJ 2001/2129 (F. J. 4º).

¹²² En este sentido se pronuncia la STC 26/1985, de 27 de marzo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1984, y la STC 72/1985, de 17 de junio, donde se examina la Ley 50/1984, de 30 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1985.

¹²³ Sobre las posibles consecuencias de esta interpretación, Fernández López, M. F., “La Ley de Cesión del Patrimonio Sindical Acumulado...”, op. cit., pág. 909.

realización sólo a determinadas organizaciones supone limitar el contenido del derecho de libertad sindical del resto de organizaciones sindicales sin que exista una causa que legitime dicha restricción¹²⁴.

Siendo así, el conjunto de Sentencias que venimos examinando eluden un pronunciamiento taxativo en torno a las consecuencias que sobre los derechos sindicales de las organizaciones excluidas tiene la “discriminación sindical”. El Tribunal se centra en analizar los efectos que puede producir la diferencia de trato sobre el pluralismo sindical y la libertad de afiliación, aspectos que deberían haber ocupado un plano secundario respecto de la cuestión principal. No obstante, hay que reconocer que los pronunciamientos matizan considerablemente el criterio de mayor representatividad, y lo hacen en concordancia con la doctrina sobre el principio de igualdad, aplicándola, ahora sí, hasta sus últimas consecuencias. El criterio de mayor representatividad es lícito para diferenciar entre sindicatos cuando la función que han de desempeñar requiere necesariamente de esta selección, es decir, en los casos de participación institucional y de negociación colectiva; en los demás supuestos no es necesario acudir a la selección de organizaciones sindicales¹²⁵.

La solución adoptada ha permitido durante muchos años que la Jurisprudencia pudiera resolver por sí sola las múltiples cuestiones surgidas en torno a las subvenciones públicas en favor de las organizaciones sindicales, partiendo de las dos directrices que dejaba traslucir la doctrina constitucional¹²⁶. En primer lugar, la conveniencia de distribuir las subvenciones públicas de forma proporcional cuando se dirigen a sufragar funciones sindicales que puede desarrollar cualquier sindicato¹²⁷; en segundo lugar, la posibilidad de establecer diferencias cuando las fun-

¹²⁴ El mismo procedimiento, aunque en relación con los derechos sindicales de las organizaciones favorecidas, utiliza la STS de 7 de noviembre de 1984, RJ 1984/5521 (Considerando I), al analizar la Resolución de la Subsecretaría de Empleo y Relaciones Laborales del MTSS, de 9 de marzo de 1982, por la que se distribuía la subvención establecida por la Ley 4/1981, de 26 de diciembre. El pronunciamiento contiene un visión independiente de los dos preceptos constitucionales y, en consonancia, encuentra lesión del derecho de igualdad al carecer de justificación la diferencia de trato; pero también del derecho de libertad sindical, porque, además de otras facultades, protege frente a los actos de injerencia de los poderes públicos, a través de medidas de sostenimiento económico, en el desarrollo y actividades de los sindicatos, y, en general, frente a cualquier medida que los poderes públicos pudieran adoptar frente a las organizaciones sindicales para colocarlas en situaciones de dependencia controlando su actividad, administración o funcionamiento.

¹²⁵ STC 20/1985, de 14 de febrero (F. J. 3º).

¹²⁶ Un estudio jurisprudencial en Menéndez Sebastián, P., *La libertad sindical en la Jurisprudencia...*, op. cit., págs. 128 y ss.

¹²⁷ En este sentido se manifiestan la mayoría de los pronunciamientos emitidos, que desde 1988 hasta la actualidad han mantenido la misma línea jurisprudencial a pesar del cambio de criterio que parece haber adoptado el TC [SSTS de 10 de febrero de 1988, RJ 1988/1299 (F. J. 3º); de 14 de julio de 2005, RJ 2005/6609 (F. J. 5º); de 28 de septiembre de 2005, RJ 2005/7250 (F. J. 4º) y de 5 de julio de 2006, RJ 2006/6132 (F. J. 4º)]. Particular interés adquieren aquellas subvenciones que nacen de un Con-

ciones sindicales estén reservadas con carácter exclusivo a determinadas organizaciones sindicales¹²⁸.

Especial consideración reciben aquellas disposiciones que establecen un sistema dual de subvenciones, es decir, que destinan unas partidas a los sindicatos más representativos para atender los gastos derivados de dicha representatividad, y otras dirigidas a subvencionar actividades de la generalidad de sindicatos. Sobre este sistema, la jurisprudencia admite su legitimidad, si bien considera necesario, con objeto de asegurar una correcta distribución de los recursos, el cumplimiento de dos condiciones básicas: transparencia en la dirección finalista de las dotaciones y proporcionalidad entre el fin objetivo marcado por la norma y los medios facilitados para su consecución. Estos aspectos se garantizan estableciendo mecanismos de control y concreción sobre el destino de las ayudas, de forma que, su falta de establecimiento en la normativa considerada introduciría un factor de discrecionalidad e incertidumbre incompatible con la libertad sindical en conexión con los principios igualdad¹²⁹.

No obstante, la evolución en el tratamiento de la mayor representatividad en otros ámbitos, especialmente la vertida sobre las cesiones de bienes del PSA, terminaría haciendo mella también en este asunto, ocasionando el nacimiento de una nueva línea jurisprudencial que parece distanciarse de las premisas generales men-

venio de colaboración entre la Administración respectiva y las organizaciones sindicales beneficiarias de las subvenciones. Para estos casos, la jurisprudencia atiende, independientemente de la naturaleza que se atribuya a dichos acuerdos, a la finalidad que se pretende conseguir con la subvención dependiendo de que se dirija a sufragar funciones de participación institucional o supongan simplemente una forma de facilitar medios económicos públicos para satisfacer necesidades de los trabajadores [SSTS de 20 de diciembre 2002, RJ 2003/1425 (F. J. 5º) y de 11 de octubre de 2004, RJ 2004/7137 (F. J. 1º); SAN de 5 de julio de 2006, RJCA 2006/492 (F. J. 3º)]. Con respecto a los criterios que han de utilizarse en el reparto proporcional de las subvenciones, la jurisprudencia viene admitiendo con carácter general la capacidad representativa de la organizaciones sindicales expresada bien en el número de representantes obtenidos por cada organización sindical, bien en el número de votos obtenidos, o teniendo en consideración ambos datos junto con otros de carácter objetivo y en adecuada relación con la finalidad de subvención, como el número de mesas de negociación en las que se ha participado [STS de 12 de marzo de 1992, RJ 1992/1993 (F. J. 5º)]. No obstante, existe cierta predilección por el número de representantes [por todas, STS de 20 de septiembre de 1990, RJ 1990/6845 (F. J. 1º)], aunque, excepcionalmente, algunos pronunciamientos se han inclinado por considerar el número de afiliados como criterio que mejor se adecua a los principios de igualdad y de libertad sindical [STS de 2 de octubre de 1992, RJ 1992/7744 (F. J. 3º)].

¹²⁸ Sobre la legitimidad de financiar actividades sindicales concretas que sólo pueden desempeñar un número limitado de organizaciones sindicales [STS de 7 de febrero de 1992, RJ 1992/899 (F. J. 3º), respecto de la negociación colectiva de eficacia general supra-empresarial; STS 30 de septiembre de 1993, RJ 1993/6565 (F. J. 3º), en relación a la participación de organizaciones sindicales en mesas de negociación; SSTS de 7 de julio de 1995, RJ 1995/5973 (F. J. 4º); y de 19 de febrero de 2001, RJ 2001/2130 (F. J. 4º), relativas a la participación institucional].

¹²⁹ SSTS de 7 de julio de 1995 (F. J. 4) y de 19 de febrero de 2001 (F. J. 4º).

cionadas. Y ello resulta completamente inexplicable en la doctrina constitucional desde el momento en que se siente obligada a efectuar una serie de observaciones que, a todas luces, y precisamente por el momento en que se producen, suponen un retroceso en la tutela de los derechos de libertad sindical.

La STC 147/2001, de 27 de Junio, resuelve un recurso de amparo presentado por USO contra la Orden de 18 de mayo de 1993 de la Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales de Galicia por vulneración de los derechos de igualdad y de libertad sindical de la recurrente. La Orden establecía el régimen de subvenciones sindicales a través de la designación de diversos Programas que, en virtud de la función sindical que sufragaban, se destinaban a distintos sujetos sindicales¹³⁰. El análisis de los distintos Programas se efectúa desde el prisma del principio de igualdad, aunque ahora el criterio de proporcionalidad en sentido estricto (que se exigía a efectos meramente formales en las ya lejanas sentencias recaídas en 1985) pasa a predicarse del contenido material de los derechos de sindicación de una forma bastante restrictiva y, por sorprendente que parezca, exigiendo la prueba de desproporción al recurrente¹³¹.

La doctrina establecida en 1985, debido a diversas circunstancias, ya no se considerará aplicable, al menos en los términos en que se establecía en los pronunciamientos anteriores¹³². El problema se plantea precisamente por la propor-

¹³⁰ El Programa I, que no es objeto de recurso, establecía las ayudas para el desarrollo de actividades sindicales durante el año 1993 y se dirigía a todos los sindicatos con implantación en el ámbito de la Comunidad Autónoma. El Programa II regulaba una doble escala a la hora de designar los sujetos beneficiarios, pues aunque trataba de satisfacer una finalidad formativa, esto es, la creación de gabinetes para el asesoramiento en materia económica social, y sus beneficiarios eran todos los sindicatos con implantación en la Comunidad Autónoma, la diferenciación se realizaba asignando distintas cuantías fijas, no proporcionales, a los sindicatos más representativos y a los sindicatos con implantación (5.000.000 de pesetas frente a 1.500.000). El Programa III establecía ayudas para la creación de gabinetes técnicos de formación ocupacional, de las que sólo podían beneficiarse las organizaciones sindicales más representativas, y, finalmente, el Programa IV reconocía subvenciones para los planes de formación de cuadros y delegados sindicales, designando como beneficiarios exclusivos a los sindicatos más representativos, que habían de repartirse la subvención en proporción al número de representantes obtenidos.

¹³¹ STC 147/2001, de 27 de Junio (F. J. 4º).

¹³² Aparte de razones más genéricas, la primera diferencia, en opinión del Tribunal, se encuentra en que la propia estructura del sistema de subvenciones establecido por la orden impugnada permite considerar que, a diferencia de los supuestos planteados con anterioridad, no se ha producido una exclusión total de las organizaciones sindicales que no ostentan la condición de más representativas, puesto que éstas se benefician del Programa I. La segunda diferencia importante es que las centrales sindicales excluidas de los Programas III y IV no tienen "*prohibida*" la realización de las actividades previstas en los programas impugnados, sobre todo porque pueden desviar las cantidades recibidas en virtud del Programa I para realizar las actividades de carácter formativo que se financian con los Programas III y IV. Es, en último término, la concepción global del sistema de subvenciones establecido en la Orden lo que impide la lesión de los derechos de igualdad y libertad sindical de las organizaciones excluidas, y

cionalidad de la medida diferenciadora respecto de la pérdida de posibilidades de acción de los sindicatos no favorecidos, de forma que la medida será ilegítima si produce en las organizaciones sindicales excluidas una pérdida tan desproporcionada de sus posibilidades de acción que resulte incompatible con exigencias constitucionales. Y precisamente esa pérdida se va a producir cuando se prive a la organización sindical de medios que sean inexcusablemente necesarios para que pueda desempeñar las funciones que le son propias.

Con estas argumentaciones, lejos de justificar las diferencias respecto de los supuestos anteriores, lo que hace el Tribunal es confirmar su alejamiento de aquella doctrina que consideraba un reparto proporcional de la subvenciones cuando las funciones se deben desarrollar por todos los sindicatos. El reconocimiento de que los Programas II, III y IV se dirigen a financiar actividades atribuidas a todos los sindicatos (no otra cosa significa que, en tres ocasiones, se haya sostenido que los sindicatos excluidos puedan desarrollar esas actividades con las asignaciones previstas en el Programa I) implica que la estructura de la Orden es un tanto artificiosa y que su única finalidad es establecer diferencias de trato entre las organizaciones sindicales sin una justificación adecuada para ello¹³³; de ahí que se incida, reiteradamente, en la obligación del sindicato recurrente de aportar la prueba de la diferencia de trato producida¹³⁴.

ello aun admitiendo que la consideración aislada de los Programas III y IV pudiera resultar contraria al pluralismo sindical y, en último término, una medida de discriminación sindical [STC 147/2001, de 27 de Junio (F. J. 5º)].

¹³³ El hecho de que las subvenciones se otorguen para cumplir finalidades formativas asignadas desde la Constitución a todos los sindicatos debería excluir, tal como ocurría en las SSTC 20/1985, de 14 de febrero, 26/1985, de 22 de febrero, y 72/1985, de 13 de junio, la suficiencia de las leves justificaciones aportadas en la exposición de motivos de la Orden, esto es, el carácter experimental de las funciones establecidas en los Programas III y IV y el principio de eficacia presupuestaria. De conformidad con la doctrina constitucional, ambas circunstancias justificarían que las subvenciones se dirijan sólo a los sindicatos más representativos, por ser los que cuentan con una especial audiencia, una práctica contrastada y medios adecuados para conseguir los fines perseguidos por los nuevos programas. A pesar de reconocer la importancia de los medios financieros en el cumplimiento efectivo de las funciones formativas, se sigue considerando que la falta de subvención al resto de organizaciones sindicales no entorpece en exceso el libre funcionamiento de los sindicatos [STC 147/2001, de 27 de Junio (F. J. 5º)].

¹³⁴ La obligación de probar que se ha producido una diferencia de trato y su falta de proporcionalidad se exige al recurrente, contradiciendo la doctrina y jurisprudencia consolidada sobre la justificación de las diferencias de trato practicadas por organismos públicos. Las razones que aporta el Tribunal para justificar esta singularidad es que la Orden impugnada, a diferencia de lo que ocurría con la Leyes de Presupuestos Generales del Estado de los años ochenta, no excluye a las organizaciones sindicales que no son más representativas, por lo que no existe la diferencia de trato necesaria para obligar a justificar a la Administración. No obstante, la contradicciones se suceden en el ámbito probatorio, pues posteriormente se exigirá al recurrente una prueba de que existen indicios de discriminación y de que la estructura de la orden priva al sindicato recurrente de “los medios inexcusablemente necesarios para que pueda realizar las funciones que le son propias” [STC 147/2001, de 27 de Junio (F. J. 4º y 5º)].

Por otro lado, la lesión de los derechos de sindicación se salva acudiendo a dos criterios complementarios, la falta de exclusividad general del sistema de subvenciones en su globalidad y la proporcionalidad de la estructura de la orden. Ambas circunstancias impiden que el sindicato quede privado de los medios imprescindibles (he aquí la importancia del Programa I) para cumplir con las funciones que le encomienda el texto constitucional. Sorprende el carácter indeterminado y restrictivo con que se conciben las funciones sindicales, pues, en definitiva, a pesar de reconocer que dichas funciones son competencia de todos los sindicatos, considera que con la asignación de un mínimo de subvención el sindicato pueda realizar todas las funciones sindicales, sin que exista, por otro lado, una diferencia de trato censurable desde el plano constitucional.

Este resultado no es sino la consecuencia de aplicar una interpretación integral de los derechos afectados, derecho de igualdad y derecho de libertad sindical, en la que se concibe que sólo existe discriminación sindical si las diferencias de trato anulan completamente el contenido esencial de los derechos de sindicación. La lesión de los contenidos del derecho se analiza a través de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto que, inmerso en las exigencias que impone el principio de igualdad, solo se incumple en los casos en que el sindicato queda imposibilitado para el ejercicio de sus funciones. Lo cierto es que el pronunciamiento, y la comparación que se puede realizar con sus precedentes, pone en evidencia las diferencias que existen en la protección de los derechos de sindicación dependiendo del enfoque que se realice, que no siempre es más protectora aquella interpretación que parte de una visión integral de los derechos alegados y se inclina por realizar un juicio de proporcionalidad desde la perspectiva del contenido de los derechos de sindicación, sobre todo si se concibe de forma tan restrictiva como en el caso examinado. En estas circunstancias, una interpretación separada de los dos preceptos constitucionales hubiese sido más efectiva que la perspectiva conjunta, ya que la visión de un contenido constitucional que sólo resulta lesionado cuando se desconoce totalmente, sólo excluye la lesión material de los derechos de sindicación, por lo que sería conveniente dejar que el principio de igualdad juegue de forma complementaria y determine, cuando así proceda, la inconstitucionalidad de la diferencia introducida.

1.4. La participación en el sistema electoral

Muy variadas son las cuestiones que suscita, en torno a la discriminación sindical, el proceso electoral arbitrado para elegir a los representantes unitarios en los distintos centros de trabajo o empresas que conforman nuestro sistema productivo. Como por todos es conocido, el procedimiento electoral tiene como finalidad principal en nuestro ordenamiento jurídico determinar los órganos de representación de los trabajadores en la empresa; y sólo como finalidad accesoria la de designar la re-

representatividad de las organizaciones sindicales en el sistema de relaciones laborales¹³⁵. En la primera función, el procedimiento entronca con el art. 129.2 CE; en la segunda, se repliega de lleno sobre el art. 28 CE, pasando a integrar, en diversas formas, el contenido de los derechos de sindicación. No obstante, hay que tener en cuenta que esta conexión se produce única y exclusivamente cuando el sujeto que ejercita facultades electorales tiene naturaleza sindical, descartándose, por tanto, la existencia de un vínculo material entre el procedimiento y la libertad sindical¹³⁶. De hecho, la doctrina constitucional ha advertido, en numerosas ocasiones, que su utilización para medir y atribuir la representatividad sindical no implica que toda la normativa sobre el sistema electoral se integre en el derecho de libertad sindical¹³⁷.

Lógicamente, la relación entre procedimiento electoral y libertad sindical ha generado multitud de problemas a la hora de integrar las distintas facultades que conlleva en la vertiente individual o colectiva de los derechos sindicales, sobre todo, en el ámbito individual, donde la consideración de estas facultades como manifestación de los derechos sindicales propicia una lectura funcional que desborda las restricciones que se han pretendido establecer sobre los derechos de actividad sindical. El tratamiento de estas cuestiones y sus repercusiones sobre la concepción de la libertad sindical ya han sido abordadas en Capítulos precedentes, por lo que nos centraremos exclusivamente, en las diferencias lesivas del derecho de libertad sindical en el ámbito colectivo.

Obviamente, la cuestión más significativa a los efectos que estamos considerando, no sólo porque conlleva una diferenciación sino por la importancia de los efectos prácticos que provoca, será la iniciación del procedimiento electoral. El derecho a promover elecciones sindicales se condiciona a la acreditación de un cierto grado de representatividad, excluyéndose a aquellas organizaciones sindicales que no lo hayan alcanzado en un ámbito funcional y territorial específico¹³⁸. Partiendo de esta base, la regulación contempla dos posibilidades dependiendo del ámbito en que vayan a promover las elecciones.

¹³⁵ SSTC 208/1989, de 14 de diciembre (F. J. 2º); 7/1990, de 18 de enero (F. J. 3º A). La práctica de utilizar el resultado de las elecciones a representantes unitarios como dato fundamental para medir la representatividad de las organizaciones sindicales se venía ejercitando desde 1978; no obstante, será la LOLS la responsable de consagrarlo y extenderlo más allá de la participación institucional y de la negociación colectiva (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La doble cara de las elecciones sindicales”, *RL*, T. II, 1986, pág. 31).

¹³⁶ Costa Reyes, A., “Tribunal Constitucional y elecciones a representantes de los trabajadores”, *TL*, núm. 62, 2001, pág. 105.

¹³⁷ Por todas, STC 187/1987, de 24 de noviembre (F. J. 6º *in fine*).

¹³⁸ A diferencia de lo ocurrido con la mayoría de las facultades sindicales que venimos analizando, no ha habido intención de reservar la promoción del proceso electoral a los sindicatos más representativos, quizá porque la pretensión inicial se centraba en sustraer dicha facultad del ámbito de competencias de los representantes unitarios. Al menos ése ha sido el resultado desde que se introdujo la

Tratándose de un promoción generalizada, esto es, la dirigida a convocar elecciones en varios ámbitos funcionales o territoriales, el art. 67.1 ET exige un acuerdo mayoritario entre las organizaciones sindicales más representativas o aquellas que tengan la condición de representativas en ese ámbito¹³⁹. Los problemas que puede suscitar la regulación respecto de la libertad sindical son múltiples y dependerán del ámbito concreto en el que hayan de convocarse las elecciones. Reiteradamente, doctrina y jurisprudencia, se han planteado la posibilidad de que una convocatoria generalizada de elecciones sindicales por parte de los sindicatos más representativos pueda lesionar el derecho de promoción de los sindicatos representativos en el ámbito funcional y territorial afectado. La jurisprudencia, que ha debido examinar la cuestión en varias ocasiones, ha considerado que en estos casos no se produce una privación de los sindicatos representativos, sino simplemente la eliminación de la posibilidad de que se ejercite un derecho por haberse anticipado otra organización sindical que, precisamente por ello, termina frustrando el ejercicio por parte de otra organización¹⁴⁰.

La doctrina, lejos de estos argumentos jurisprudenciales, intenta salvar la lesión de los derechos sindicales acudiendo a una premisa fundamental, a saber, que la capacidad para convocar elecciones de forma generalizada está condicionada por el ámbito funcional y territorial específico, por lo que las organizaciones sindicales capacitadas habrán de contar, al menos, con representatividad en dicho ámbito¹⁴¹. Sólo una interpretación en este sentido permite excluir la posibilidad de

redacción actual por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos del ET, con objeto de cubrir el vacío normativo existente al respecto. Hasta entonces la doctrina se había inclinado, mayoritariamente, por reconocer dicha facultad a los sujetos legitimados para presentar candidaturas, es decir, a todas las organizaciones sindicales válidamente constituidas, a los representantes unitarios y a los trabajadores (Martín Valverde, A., "Grupos de trabajadores y representación unitaria del personal en la empresa", *REDT*, núm. 11, 1982, pág. 326; Cuevas López, J., *Estructura y función de la representación colectiva en la empresa*, Pamplona, Aranzadi, 1982, pág. 174). No obstante, también hay que advertir que la regulación normativa no era todo lo novedosa que pretendía. Ya hemos mencionado cómo la primera norma que regula la elección de representantes unitarios en el régimen constitucional diferenciaba los sujetos promotores en función del tamaño de la plantilla. Para las empresas con menos de 250 trabajadores se legitimaba a los sindicatos suficientemente representativos y a la mayoría de los trabajadores que debían solicitarlo por escrito al empresario. En las empresas con más de 250 trabajadores la promoción debía realizarse en virtud del acuerdo entre el empresario y los sindicatos suficientemente representativos [RD 3149/1977, de 6 de diciembre, que regulaba el proceso electoral para la elección de la representación unitaria en la empresa (art. 9)].

¹³⁹ Sobre la promoción generalizada de elecciones sindicales, Rodríguez Ramos, M. J., y Pérez Borreguero, G., *Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2002, págs. 108 y ss.

¹⁴⁰ SSTs de 11 de abril de 1991, RJ 1991/3263 (F. J. 4º y 5º) y de 2 de enero de 1996, RJ 1996/163 (F. J. 9º). Un comentario a la primera sentencia, en Valdés de la Vega, B., "Promoción de elecciones sindicales: un punto negro en el proceso electoral", *RL*, T. I, 1992, pág. 442.

¹⁴¹ Rodríguez Ramos, M. J., y Pérez Borreguero, G., *Las elecciones sindicales...*, op. cit., pág. 109.

que las organizaciones más representativas vulneren el derecho de convocatoria de las organizaciones representativas en ámbito territoriales y funcionales específicos, sin embargo, el criterio, por muy acorde que sea con el sistema de promoción selectiva que se ha extendido por nuestro ordenamiento, no es coherente con las directrices que tanto doctrina como jurisprudencia aplican para la promoción de elecciones en ámbitos distintos¹⁴².

Para la promoción de elecciones sindicales en la empresa o en el centro de trabajo el art. 67.1 ET faculta a las organizaciones sindicales más representativas, a aquellas que cuenten con un mínimo del 10% de representantes en la empresa y, finalmente, a los trabajadores del centro de trabajo mediante acuerdo mayoritario. De conformidad con esta regulación, la LOLS atribuirá dicha facultad a los sindicatos más representativos en todos los niveles funcionales y territoriales, limitándola al ámbito funcional o territorial específico en el caso de los sindicatos representativos [arts. 6.3 e) y 7.2 de la LOLS]¹⁴³.

¹⁴² Así, por ejemplo, ocurre con la promoción de elecciones sindicales en los centros de trabajo que cuentan con un número de trabajadores entre 6 y 10. La exigencia legal de que exista un acuerdo mayoritario entre los trabajadores para designar la representación unitaria (art. 62.1 ET) se puede interpretar como exclusión indirecta de la capacidad genérica de los sindicatos en este ámbito (art. 67.1 ET y 6.3 ap. e LOLS). En este sentido, las resoluciones de los Juzgados de lo Social han sido de lo más variadas, entendiéndose que sólo puede haber promoción sindical cuando haya existido el acuerdo mayoritario o fallando justamente lo contrario (estudios jurisprudenciales sobre la cuestión en González Martín, A., “La normativa laboral sobre elecciones sindicales...”, op. cit., págs. 58 y ss.; Guerrero Padrón, T., “La doctrina jurisprudencial sobre elecciones sindicales en las microempresas”, *RL*, núm. 79, 2005, págs. 124 y ss.). El TS se ha inclinado por una interpretación intermedia que exige el acuerdo de los trabajadores para decidir si se celebran las elecciones sindicales, mientras que no es necesario para la promoción del proceso electoral, partiendo de que ambas facultades son manifestaciones de dos derechos compatibles en su ejercicio, la promoción y celebración de elecciones sindicales [STS de 10 de marzo de 2004, RJ 2004/2595 (F. J. 5º)]. La posición difiere de la doctrina constitucional, que ha interpretado, de forma reiterada, que la promoción de elecciones en empresas de esta dimensión compete, entre otros, a los sindicatos más representativos, y que si bien el acuerdo mayoritario de los trabajadores es imprescindible, el mismo, en cuanto se dirige a garantizar la no imposición del órgano de representación unitaria, puede ser posterior o anterior a la promoción y expresarse de forma expresa o tácita. Se produce así una diferenciación entre la facultad de decidir sobre la celebración de elecciones, regulada en el art. 62.1 ET, y la facultad de promover el proceso electoral, contemplada en el art. 67.1 ET; como consecuencia, una interpretación que niegue en dicho ámbito las facultades de promoción que tanto el ET como la LOLS reconocen con carácter general lesiona los derechos de sindicación de las organizaciones excluidas [SSTC 36/2004, de 8 de marzo (F. J. 4º); 60/2005, de 14 de marzo (F. J. 2º); 71/2006, de 13 de marzo (F. J. 3º)]. Comentarios a la doctrina constitucional en Del Junco Cacherro, M., “Promoción de elección de delegado de personal por sindicatos más representativos en pequeñas empresas”, *RL*, núm. 75, 2004, págs. 233 y ss.; Ríos Mestre, J. M., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de marzo de 2004, sobre libertad sindical y promoción de elecciones sindicales en empresas o centros de trabajo de entre seis y diez trabajadores”, *RDS* (Bombarzo), núm. 25, 2004, págs. 151 y ss.

¹⁴³ En concordancia con estas exigencias, el art. 67.2 ET determina la invalidez del proceso electoral que se haya convocado por un sujeto que no tenga capacidad para ello. No obstante, la declara-

La comparación entre ambas regulaciones provoca ciertas dudas interpretativas, sobre todo en lo que respecta a la capacidad de los sindicatos representativos cuando su representatividad no responde al ámbito empresarial o al centro de trabajo. En este sentido, y en la misma línea que avanzábamos respecto de la convocatoria generalizada, se podrían considerar dos alternativas: bien que dichas entidades han de ser necesariamente representativas en la empresa en que se convoca el proceso electoral, dando así prioridad a las exigencias que parece derivar de la regulación estatutaria, bien considerar que la representatividad en un ámbito territorial y funcional más amplio faculta para promover todos los procesos electorales que se puedan producir en dicho ámbito. Tanto doctrina como jurisprudencia se han inclinado, mayoritariamente, por una interpretación globalizadora que amplíe el elenco de sujetos legitimados para la promoción de elecciones sindicales¹⁴⁴.

La utilización de un criterio selectivo, que excluye a gran parte de los sujetos legitimados para presentar candidaturas, no ha tenido buena aceptación por parte de la doctrina especializada, que ve en el sistema de elecciones sindicales, concretamente en su promoción, la pieza clave a la hora de determinar la representatividad de las organizaciones sindicales¹⁴⁵. A pesar de ello, en reiteradas ocasiones la doctrina constitucional ha aceptado su constitucionalidad, basándose en las distintas argumentaciones que se han ido fraguando a lo largo de sus años de experiencia. Así, si al principio la diferencia era legítima por constituir una diferencia de trato justificada¹⁴⁶, el paso de los años convalidará esta afirmación sobre la base de que dicha facultad se integra en el contenido adicional del derecho de libertad sindical¹⁴⁷.

ción de nulidad deberá realizarse mediante el procedimiento arbitral o la jurisdicción social en tiempo y forma, sin que, por sí solo, este defecto constituya un motivo para denegar el registro de las actas electorales (art. 75.7 ET). Ello conlleva la validez de los índices de representatividad para desarrollar las distintas funciones sindicales, salvo que la disposición concreta establezca lo contrario.

¹⁴⁴ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “La representatividad...”, op. cit., págs. 216 y 217; Cuevas López, J., “Procedimiento electoral para los órganos de representación de los trabajadores en la empresa”, *RL*, T II, pág. 167; Rodríguez Ramos, M. J., y Pérez Borreguero, G., *Las elecciones sindicales...*, op. cit., pág. 93.

¹⁴⁵ Se han mostrado disconformes con la utilización de un criterio selectivo Martín Valverde, A., “Grupos de trabajadores...”, op. cit., pág. 326; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “La reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores”, *DL*, núm. 14, 1984, pág. 16; Cuevas López, J., “Procedimiento electoral...”, op. cit., pág. 166; Cruz Villalón, J., “El desarrollo del proceso electoral «sindical» a través de las resoluciones judiciales”, *TL*, núm. 10–11, 1987, pág. 31; Rodríguez Ramos, M. J., y Pérez Borreguero, J. L., *Las elecciones sindicales...*, op. cit., pág. 91; Ojeda Avilés, A., *Derecho sindical...*, op. cit., pág. 145.

¹⁴⁶ La justificación se encontró en la lógica que tenía restringir la facultad de promoción a quienes gozasen de un mínimo de representatividad, con objeto de ordenar el proceso electoral y evitar las disfunciones derivadas de una atribución indiscriminada, sin alterar con ello los derechos sindicales de las organizaciones excluidas, que, en todo caso, conservan el derecho a presentar candidaturas [SSTC de 29 de julio de 1985 (F. J. 10^o) y 57/1989, de 16 de marzo (F. J. 2^o)].

¹⁴⁷ SSTC 104/1987, de 17 de junio (F. J. 1^o); 51/1988, de 22 de marzo (F. J. 5^o); 164/1993, de 18 de mayo (F. J. 3^o); 1/1994, de 17 de enero (F. J. 4^o); 18/2001, de 29 de enero (F. J. 2^o).

La atribución de naturaleza adicional implica, como ya hemos advertido en varias ocasiones, que la creación, modificación y supresión de la facultad dependen de la libre voluntad del legislador, por lo que puede ser objeto de un reconocimiento diferenciado al no conformar el contenido esencial del derecho¹⁴⁸. Sin embargo, la inexistencia de límites al desarrollo legislativo no significa que el resto de poderes públicos y privados puedan desconocerlas, ya que, una vez reguladas, las facultades adicionales pasan a protegerse por el precepto constitucional, de forma que, al menos frente a determinados sujetos, su naturaleza legal se ve trasfigurada y transformada en constitucional¹⁴⁹.

La segunda consecuencia es que los derechos reconocidos habrán de ejercitarse conforme a lo establecido en la legislación de desarrollo, sin que corresponda a la doctrina constitucional establecer cuál sea la interpretación más correcta, sino única y exclusivamente si la normativa o la interpretación efectuada ha salvaguardado el contenido de los derechos de sindicación¹⁵⁰. A estos efectos, la gran aportación de la doctrina constitucional consiste en afirmar que la lesión de los derechos de sindicación se producirá cuando se obstaculice la participación del sindicato en el proceso electoral por razones distintas a la protección de derechos e intereses constitucionalmente previstos, que el autor de la norma legal o reglamentaria haya podido tener en consideración¹⁵¹. La cuestión va a estar por tanto, en lo que haya de entenderse por participación en el proceso electoral. Y en este sentido, los primeros pronunciamientos del Tribunal en la materia, diferenciaban específicamente entre promoción y participación, de forma que la primera no se engloba en la segunda, que consiste, básicamente, en la presentación de candidaturas por parte de las organizaciones sindicales¹⁵².

¹⁴⁸ La STC 9/1988, de 25 de enero (F. J. 2º) llega a afirmar que el contenido adicional no tiene carácter de derecho fundamental o constitucional con sujeto determinado. Es más, considera que los distintos actos singulares, de aplicación o inaplicación, de la norma con efecto impeditivo, obstaculizador o limitador no lesionarán el contenido esencial del derecho desarrollado.

¹⁴⁹ STC 9/1988, de 25 de enero (F. J. 2º). La aclaración de la doctrina constitucional y su trascendencia en Diéguez Cuervo, G., "Elecciones sindicales y derechos sindicales fundamentales", *REDT*, núm. 34, 1988, pág. 252; Valdés de la Vega, B., "Promoción de elecciones sindicales...", *op. cit.*, pág. 442.

¹⁵⁰ SSTC 272/1993, de 20 de septiembre (F. J. 2º); 13/1997 de 27 de enero (F. J. 3º); 18/2001, de 29 de enero (F. J. 2º).

¹⁵¹ SSTC 9/1988, de 25 de enero (F. J. 2º *in fine*); 1/1994, de 17 de enero (F. J. 4º); 76/2001, de 26 de marzo (F. J. 4º); 36/2004, de 8 de marzo (F. J. 3º). Esta posición ha sido rechazada por algunos autores que niegan el carácter fundamental y sindical de las facultades analizadas, sobre todo por la conexión circunstancial que se produce con la libertad sindical. En este sentido, Diéguez Cuervo, G., "Elecciones sindicales...", *op. cit.*, pág. 254.

¹⁵² Así se establecía específicamente en la STC 9/1988, de 25 de enero (F. J. 2º), al enumerar las facultades reconocidas a los sindicatos, específicamente las de promoción o solicitud de celebración de las elecciones y las de participación, éstas fundamentalmente presentando candidaturas. De hecho, la vulneración de los derechos de libertad sindical se produce, sobre todo, porque la negativa a iniciar el procedimiento impidió la celebración del procedimiento electoral y, con ello, que el sindicato pudiera ejercer su derecho a presentar candidaturas (F. J. 3º).

Los pocos pronunciamientos que han analizado específicamente la diferencia de trato introducida por el legislador realizan un estudio separado de cada uno de los derechos implicados en el que la lesión de los derechos de sindicación se descarta por existir un interés que, sin ser contrario a la Constitución, justifica la restricción¹⁵³. La limitación en la facultad de promover elecciones sindicales se dirige a potenciar la eficacia en la defensa de los intereses de los trabajadores que se vería perjudicada por una atomización sindical, y es precisamente esa justificación la que excluye la lesión de los derechos de libertad sindical, aunque también, y ello es más novedoso, del derecho de igualdad¹⁵⁴.

Resulta sumamente extraño que el Tribunal omita toda referencia a la doctrina sobre el principio de igualdad, máxime cuando es el juicio que se aplica respecto del resto de facultades adicionales que, por ser instrumentales a la promoción de elecciones sindicales, se atribuyen con carácter exclusivo a las organizaciones promotoras. Así ocurre, por ejemplo, con el acceso a los registros de las Administraciones Públicas (art. 3 RERTE)¹⁵⁵, o con la facultad de designar árbitros electorales, facultades que se reservan a los sindicatos representativos, excluyendo al resto de organizaciones sindicales y a los propios trabajadores¹⁵⁶.

¹⁵³ La STC 164/1993, de 18 de mayo (F. J. 3º), resuelve el recurso de amparo presentado por el sindicato Unión Sindical Galega (USGA) ante la anulación de sus resultados electorales en la empresa VALPISA, por entender que, al no ser representativo, no estaba legitimado para promover el proceso electoral. El pronunciamiento desarrolla los planteamientos mencionados, equiparando la existencia de “razones atendibles de protección de otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos” con la falta de arbitrariedad, injustificación o ilegalidad de las restricciones introducidas en las facultades sindicales que se discuten, es decir, la promoción de elecciones sindicales.

¹⁵⁴ En el análisis de la libertad sindical llega a la conclusión de que no se ha vulnerado este derecho, al haberse legitimado en numerosas ocasiones el hecho de atribuir prerrogativas a los sindicatos en función de su representatividad [STC 164/1993, de 18 de mayo (F. J. 3º)]. El análisis de la diferencia de trato parte de que ésta se establece en función de la representatividad, y como dicho criterio persigue una finalidad legítima, la diferencia de trato queda justificada [STC 164/1993, de 18 de mayo (F. J. 4º)].

¹⁵⁵ La STC 228/1992, de 14 de diciembre (F. J. 3º) no considera objetiva, razonable ni proporcional la diferencia analizada (Costa Reyes, A., “Tribunal Constitucional y elecciones...”, op. cit., pág. 114). No es esta la opinión del TS, que consideró, en 1996, que el hecho de que la facultad se atribuyera a los sindicatos, relegando al colectivo de trabajadores, es una diferencia objetiva razonable y proporcionada al fin que se pretende conseguir, y ello por varias razones. En primer lugar, porque existe una indudable justificación constitucional que se encuentra en el papel institucional atribuido desde la CE a las organizaciones sindicales (arts. 7 y 28 CE.). En segundo lugar, porque el derecho de promoción que se reconoce a unos y otros tiene un ámbito distinto; así, el reconocido a las organizaciones sindicales tiene una proyección general, mientras que el que afecta a los trabajadores se refiere única y exclusivamente a su propia empresa. La consecuencia es que el valor informativo que los datos tienen en el primer supuesto lo pierden en el segundo. Además, el proceso electoral tiene una finalidad distinta para sindicatos y trabajadores; para los primeros, la finalidad consiste en obtener representatividad, lo que explica que se facilite el acceso a datos de otros centros y empresas. Con respecto a la diferencia que supone respecto del resto de organizaciones sindicales, la explicación es fácil: la diferencia se justifica porque el acceso se configura como un instrumento al servicio de otra facultad, la promoción electoral, que se reconoce sólo a determinados sujetos sindicales, lo cual se ha considerado legítimo por la jurisprudencia [STS de 2 enero de 1996, RJ 1996/163 (F. J. 5º y 6º)].

Con carácter general se puede afirmar que el juicio aplicado para examinar la constitucionalidad de la regulación sobre promoción de elecciones sindicales se ha reducido a comprobar la existencia de una justificación constitucional que legitime la restricción, sin que tal garantía se haya acompañado de otros parámetros dirigidos a garantizar la adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida para conseguir la finalidad. Este procedimiento excluye que la diferencia legislativa pueda ocasionar una lesión de los derechos de sindicación, lo que a todas luces parece excesivo, entre otras cosas porque no queda claro en qué medida contribuye la restricción a una más efectiva protección de los intereses de los trabajadores.

Desde nuestro punto de vista, no está justificado, por no ser adecuado, necesario ni proporcionado, restringir dicha facultad, primero a los sindicatos, puesto que debería facultarse también a los representantes unitarios, y, dentro de los sindicatos, tampoco lo está que se atribuya a los sindicatos representativos, por constituir una facultad que puede repercutir en la representatividad sindical y, en último término, en la facultades que integran la acción sindical¹⁵⁷.

De hecho, el momento en que se convocan las elecciones constituye un momento clave para todas las organizaciones sindicales y, posiblemente, mucho más para las organizaciones representativas, que suelen utilizar la promoción como arma electoral en su propio beneficio, convocando las elecciones en el momento adecuado para conseguir unos determinados niveles de audiencia electoral¹⁵⁸. Y

¹⁵⁶ La designación de árbitros electorales se hace por acuerdo unánime entre sindicatos más representativos y representativos. En caso de no existir unanimidad, la autoridad laboral ofrece una lista con triple número de candidatos y las organizaciones sindicales deciden por mayoría de votos sin atender al criterio de representatividad, designándolos de oficio cuando existe igualdad de votos (art. 31 RERTE). Con respecto a la diversa participación de los sindicatos en la designación de los árbitros electorales, la Jurisprudencia ha considerado que la diferencia de trato es objetiva, razonable y proporcionada, puesto que dicha facultad se puede considerar una manifestación de la participación institucional de los sindicatos que, como todos sabemos, se reserva a los sindicatos más representativos. Siendo así, y considerando que en la designación de los árbitros participan un número superior de organizaciones sindicales y no sólo las más representativas, el Tribunal estima que no existen razones para dudar de que existe una justificación de la diferencia de trato. En atención de ello concluye que la designación de árbitros electorales constituye participación institucional y que, por tanto, la diferencia entre sindicatos representativos y no representativos es razonable [STS de 2 de enero de 1996, RJ 1996/163 (F. J. 7º)]. No comparte esta opinión el CLS al considerar deseable una futura revisión del sistema de designación arbitral (CLS, Informe núm. 297. España, Caso núm. 297, Vol. LXXVIII, 1995, Serie B, núm. 1, párr. 125).

¹⁵⁷ En el mismo sentido, Costa Reyes, A., "Tribunal Constitucional y elecciones...", op. cit., pág. 111.

¹⁵⁸ Desde 1987, inmediatamente después de que apareciera la regulación del proceso electoral, la doctrina científica ha denunciado la pérdida de relevancia que para los sujetos sindicales tiene su función principal (determinar la representación unitaria de los trabajadores en la empresa) a favor de la función accesoria atribuida por el legislador (cuantificar la representatividad sindical). La representatividad en nuestro sistema de relaciones laborales, debido fundamentalmente a la atribución de funciones sindicales que conlleva, domina el proceso electoral desvirtuando seriamente el verdadero sentido de la par-

ello porque el resultado de esas elecciones determina más de lo que debiera en el ámbito sindical¹⁵⁹. Sólo un vistazo a la jurisprudencia permite comprobar el hábito sindical de impugnar las elecciones sindicales en centros de trabajo donde no tienen implantación, la práctica de promover elecciones sindicales ficticias con el único objeto de controlar el proceso electoral y otras muchas estrategias que terminan provocando un perjuicio directo en la defensa de los intereses de los trabajadores¹⁶⁰.

En estas circunstancias, la limitación en la titularidad de las facultades de promoción no sólo podría incidir en los derechos sindicales de los trabajadores individualmente considerados (especialmente porque la posibilidad de promover elecciones sindicales mediante asamblea de trabajadores se encuentra muy limitada tanto por la regulación estatutaria como por los requisitos procedimentales que establece la normativa electoral)¹⁶¹, sino que repercutirá sobre el pluralismo sindical desde el momento en que la promoción de elecciones constituye la llave para acceder al sistema de representatividad¹⁶². Con este sistema de promoción se priva a los sindicatos menos representativos de una facultad esencial para romper la tendencia en el sistema de representatividad, mientras que se protege, indirectamente, el grado de representatividad de sindicatos que la obtuvieron hace más de 25 años.

ticipación sindical en la elección de los representantes de los trabajadores. En este sentido, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., "La intervención administrativa...", op. cit., pág. 166; Cruz Villalón, J., "El desarrollo del proceso...", op. cit., pág. 73. Sobre la importancia del momento en que se convocan las elecciones, Cruz Villalón, J., "El desarrollo del proceso...", op. cit., págs. 30 y 42 y ss.

¹⁵⁹ Incluso los autores más proclives a la promoción selectiva de organizaciones sindicales reconocen que las elecciones sindicales son decisivas para la obtención de un nivel de representatividad que es vital para el propio sindicato en cuanto puede quedar excluido de muy importantes funciones y responsabilidades [Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "La doble cara...", op. cit., pág. 31].

¹⁶⁰ Un análisis de esta jurisprudencia en Fuentes Rodríguez, F., "Preavisos de elecciones sindicales. Competencia para examinar su validez", *TL*, núm. 58, 2001, págs. 171 y ss.

¹⁶¹ Cruz Villalón, J., "El desarrollo del proceso...", op. cit., págs. 31 y 32; Rodríguez Ramos, M. J., y Pérez Borreguero, G., *Las elecciones sindicales...*, op. cit., pág. 148; STS de 2 enero de 1996, RJ 1996/163 (F. J. 5º). El CLS, a pesar de reconocer que las diferencias introducidas en función de la representatividad no pueden conllevar el otorgamiento de privilegios susceptibles de influir indebidamente en la opción sindical de los trabajadores, estima que atribuir la facultad de promoción a aquellos sindicatos que tengan un mínimo de representatividad no parece influir en la voluntad de los trabajadores, ni priva al resto de organizaciones sindicales de defender los intereses de sus miembros, organizar sus actividades y formular su programa de acción [CLS, Informe núm. 297. España, Caso núm. 297, Vol. LXXVIII, 1995, Serie B, núm. 1, párr. 124].

¹⁶² Algunos autores incluso han llegado a reconocer que la atribución en exclusiva a dichas organizaciones podría vulnerar los derechos de libertad sindical de las excluidas al condicionar su infraestructura organizativa a la expectativa de la iniciativa de terceros. En este sentido, Cruz Villalón, J., "El desarrollo del proceso...", op. cit., pág. 30.

En realidad, el proceso electoral no tendría que generar facultades que se encuentren amparadas por el derecho de libertad sindical, tal como advertía la doctrina especializada¹⁶³. El problema se presenta porque las funciones que se atribuyen en función de la representatividad, al menos algunas de ellas, forman parte del contenido esencial de la libertad sindical, y la única manera de justificar la constitucionalidad del sistema de representatividad consiste en asegurar que no es un sistema cerrado porque permite a los sindicatos presentar sus candidaturas en las elecciones y obtener la condición de mayor representatividad, lo que obviamente se vería más garantizado si también se predicara de la facultad de promoción. En última instancia, la doctrina constitucional convalida la diferencia de trato atribuyendo la naturaleza de contenido esencial a la facultad de presentar candidaturas, pues aunque en ningún momento lleguen a producirse declaraciones expresas en este sentido, lo cierto es que la legitimidad del sistema de promoción requiere que la generalidad de las organizaciones sindicales cuenten con la facultad de presentar candidaturas en el proceso electoral; facultad que en virtud del contexto creado por la doctrina constitucional, no puede ser restringida, ni siquiera, por el legislador¹⁶⁴.

1.5. El derecho a negociar convenios colectivos de eficacia general

La opción legislativa que pretende dotar de eficacia general a los convenios colectivos constituye, en los sistemas democráticos de relaciones laborales, la principal justificación para adoptar una promoción selectiva de las organizaciones sindicales. De hecho, como hemos tenido ocasión de comentar en varias ocasiones, es, al igual que la participación institucional, una de las pocas manifestaciones de la autonomía colectiva en las que resulta necesaria la selección de organizaciones sindicales¹⁶⁵. La conexión entre eficacia general de los convenios colectivos y selección de organizaciones sindicales nos obliga (antes de analizar la doctrina constitucional sobre las diferencias entre organizaciones sindicales) a examinar los fundamentos constitucionales de esta modalidad de negociación, pues, en última instancia, será el carácter cerrado o abierto de la regulación legal lo que determine su legitimidad constitucional.

¹⁶³ Diéguez Cuervo, G., "Elecciones sindicales...", op. cit., pág. 253; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., "La reforma...", op. cit., pág. 16.

¹⁶⁴ Ello justifica que algunos autores hayan atribuido a la presentación de candidaturas la naturaleza de contenido esencial, prescindiendo de las declaraciones que al efecto ha realizado la doctrina constitucional (Valdés de la Vega, B., "Promoción de elecciones sindicales...", op. cit., pág. 444).

¹⁶⁵ La mayoría de los supuestos en que la doctrina constitucional legitima con carácter genérico la institución de la representatividad se refiere expresa y exclusivamente a dichas funciones [SSTC 65/1982, de 10 de noviembre (F. J. 3º); 37/1983, de 11 de mayo (F. J. 3º); 215/2001, de 29 de octubre (F. J. 2º)].

1.5.1. Una cuestión previa: fuerza vinculante, carácter normativo y eficacia general del convenio colectivo

Dentro de la amplia política promocional que contiene el Título III ET¹⁶⁶, la medida más trascendente consiste en utilizar el criterio de representatividad sindical para determinar los sujetos que han de intervenir en el proceso de negociación colectiva¹⁶⁷. El punto de partida de la diferenciación entre sujetos sindicales, a efectos de legitimación para la negociación colectiva, se encuentra en la opción político-legislativa de mantener la eficacia general del convenio colectivo, que en el régimen anterior se negociaba dentro del sindicalismo vertical¹⁶⁸. Por ello, la primera regulación del Estatuto de los Trabajadores se centrará, entendemos que sin agotar los supuestos que contemplaba la norma constitucional, en los convenios colectivos de eficacia general concertados por organizaciones sindicales y empresariales representativas¹⁶⁹, consagrando así, a través de la norma legal, lo que hasta

¹⁶⁶ La doctrina ha destacado cómo la promoción de la negociación colectiva realizada por la norma legal se proyecta en dos dimensiones: una negativa, al otorgar a la negociación colectiva un espacio vital frente a las injerencias legislativas, y otra positiva, en cuanto restringe la legitimidad para negociar convenios colectivos de eficacia general, establece el deber de negociar y atribuye a los convenios estatutarios eficacia personal general (Valdés dal Ré, F., “El paradigma legal de la negociación colectiva”, *RL*, T. I, 1990, págs. 272–273). En sentido similar, STC 208/1993, de 28 de junio (F. J. 3°).

¹⁶⁷ Arts. 87 y 88 ET, su conformidad con el texto constitucional, SSTC 4/1983, de 28 de enero (F. J. 3°), y 12/1983, de 22 de febrero (F. J. 3°).

¹⁶⁸ Borrajo Dacruz, E., “La obligatoriedad general de los convenios colectivos...”, op. cit., págs. 12 y ss.; Rivero Lamas, J., “Pluralismo sindical y negociación colectiva”, en VV. AA., *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*, Zaragoza, IRL–Universidad de Zaragoza, 1980, págs. 122 y ss.; Desdentado Bonete, A., y García–Perrote Escartín, I., “En torno a los problemas del convenio colectivo de eficacia limitada en el ordenamiento jurídico español”, *REDT*, núm. 4, 1980, págs. 545 y ss.; Rodríguez–Piñero y Bravo–Ferrer, M., “El valor “cuasi-legal” de los convenios colectivos”, *RL*, T. I, 1987, págs. 33 y ss., más ampliamente en “La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales tras veinte años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores”, en VV. AA., *Veinte años de negociación colectiva: De la regulación legal a la experiencia negocial. XIII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Madrid, MTAS, 2001, págs. 61 y ss.; Diéguez Cuervo, G., “Nueva lección sobre la negociación colectiva informal”, en VV. AA., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Madrid, MTSS, 1980, págs. 246 y ss. Sobre las dificultades para mantener este tipo de eficacia en la transición política, Rodríguez–Sañudo Gutiérrez, F., “Notas sobre la regulación actual...”, op. cit., pág. 447; Escudero Rodríguez, M., “Sobre la eficacia general o limitada de los convenios colectivos”, *REDT*, núm. 1, 1980, págs. 141 y ss.

¹⁶⁹ Borrajo Dacruz, E., “La obligatoriedad general de los convenios colectivos...”, op. cit., págs. 38 y ss., más recientemente, “Dos décadas de experiencia de negociación colectiva: funciones y disfunciones de la regulación estatutaria”, *AL*, núm. 1, 2000, pág. 142; Sala Franco, T., *La negociación colectiva y los convenios colectivos*, Bilbao, Deusto, 1990, pág. 43. Sobre el carácter abierto que presenta la regulación constitucional del derecho a la negociación colectiva, Valdés dal Ré, F., “La negociación colectiva en la Constitución”, *RPS*, núm. 121, 1979, pág. 472; Rodríguez–Sañudo Gutiérrez, F., “La negociación colectiva en la Constitución...”, op. cit., pág. 341; Sala Franco, T., “El derecho constitucional a la negociación...”, op. cit. pág. 322; Desdentado Bonete, A., y García–Perrote Escartín, I., “En

entonces habían constituido prácticas de un incipiente sindicalismo libre¹⁷⁰ que, como pone de manifiesto la doctrina, estaban impregnadas de tendencias monopolísticas y residuos corporativistas¹⁷¹.

El inconveniente más inmediato de esta opción legislativa se encuentra en la regulación constitucional que del derecho a la negociación realiza el art. 37 CE, sobre todo en cuanto a la designación de la capacidad convencional que, en términos bastantes amplios, resulta atribuida a los representantes de los trabajadores y empresarios¹⁷². De la regulación constitucional, en consecuencia, no puede extraerse, tal como hizo la regulación legal, una reserva de la capacidad convencional a las organizaciones sindicales¹⁷³, circunstancia que ha provocado, a lo largo de estos años, que parte de la doctrina científica se haya manifestado, una y otra vez, en contra de la reducción practicada sobre la regulación constitucional¹⁷⁴ y, como consecuencia, exigiendo una regulación legal que se adapte mejor a los principios constitucionales¹⁷⁵.

No obstante, hay que tener en cuenta que tanto la doctrina constitucional como ciertos sectores doctrinales convalidaron desde el principio la regulación estatutaria al considerar que de la previsión constitucional “*garantizar la fuerza vinculante del convenio colectivo*” deriva necesariamente la eficacia normativa del convenio colectivo, lo que provoca, en último término, cierta confusión o equivalencia entre fuerza vinculante, carácter normativo del convenio colectivo y eficacia general¹⁷⁶.

torno a los problemas...”, op. cit., pág. 551. En sentido contrario, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales...”, op. cit., pág. 65; Rivero Lamas, J. y de Val Tena, A. L., “El derecho a la negociación colectiva...”, op. cit., págs. 653 y 671.

¹⁷⁰ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “La negociación colectiva...”, op. cit., pág. 340; Montalvo Correa, J., “Relaciones laborales y Constitución: Anotaciones de una década”, en VV. AA., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo...*, op. cit. págs. 307 y ss.

¹⁷¹ Borrajo Dacruz, E., “Dos décadas de experiencia de negociación colectiva: funciones y disfunciones de la regulación estatutaria”, *AL*, T. I, 2000, pág. 136; Durán López, F., “Los convenios colectivos”, en VV. AA., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, op. cit., pág. 175.

¹⁷² Una amplia consideración sobre la elaboración parlamentaria del precepto constitucional en Monereo Pérez, J. L., “El derecho a la negociación colectiva...”, op. cit., págs. 627 y ss.

¹⁷³ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “La negociación colectiva...”, op. cit., pág. 356.

¹⁷⁴ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “La negociación colectiva...”, op. cit., pág. 357, que calificaba la regulación legal como muy discutible al suponer una concepción muy restrictiva de la libertad sindical. En otros trabajos, “Notas sobre la regulación actual...”, op. cit., pág. 451, destaca que la regulación reduce sensiblemente las posibilidades que contemplaba el texto constitucional; Valdés dal Ré, F., “El paradigma legal...”, op. cit., págs. 270.

¹⁷⁵ Durán López, F., “Los convenios colectivos...”, op. cit., págs. 182 y ss.

¹⁷⁶ Ponen de manifiesto esta circunstancia, Durán López, F., “Los convenios colectivos...”, op. cit., pág. 178; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales...”, op. cit., pág. 68.

La identificación entre fuerza vinculante y eficacia general permitía sostener que el único modelo de negociación con respaldo constitucional era precisamente el articulado por el legislador, esto es, la negociación colectiva de eficacia general¹⁷⁷. No obstante, existen posturas más matizadas que consideran que la redacción constitucional permite diversas opciones legislativas, lo que posibilita que el legislador opte por un sistema de negociación colectiva de eficacia general¹⁷⁸.

Ciertamente la diferencia entre fuerza vinculante, carácter normativo del convenio colectivo y eficacia general no está muy clara en el ámbito doctrinal, si bien existe cierta tendencia a diferenciar entre eficacia normativa y eficacia personal. A estos efectos, la mayoría de la doctrina considera que la eficacia normativa se refiere a la aplicación imperativa y automática del pacto frente a las relaciones que regula, esto es, a las relaciones autonomía colectiva–autonomía individual, estableciendo el carácter inderogable de lo pactado frente al contrato de trabajo, mientras que la eficacia general o limitada del convenio hace alusión al ámbito personal de aplicación de la norma colectiva¹⁷⁹.

Desde otras perspectivas se destaca que la vinculabilidad del convenio frente a las relaciones privadas deriva, para la posición doctrinal mayoritaria, de atribuirle una naturaleza jurídica distinta a la que realmente ostenta: la de norma jurídica. El problema se encuentra en lo que se entienda por eficacia normativa, pues mientras algunos consideran que dicha eficacia lo que establece es el carácter inderogable del convenio frente al contrato de trabajo, otros consideran que los mismos efectos se pueden obtener mediante su naturaleza privada de pacto colectivo (1258 CC), por lo que la referencia a la normatividad que realiza la doctrina mayoritaria aludiría más bien a su carácter de norma jurídica y, como consecuencia, a la eficacia

¹⁷⁷ Rodríguez–Piñero y Bravo–Ferrer, M., “La negociación colectiva como derecho...”, op. cit., pág. 53, sostiene que el único convenio colectivo reconocido por la ley con vinculabilidad normativa es el estatutario, que es el único, añade, cuya eficacia vinculante esta constitucionalmente garantizada. También en el ámbito jurisprudencial podemos encontrar pronunciamientos que consideran como única manifestación de la negociación colectiva el convenio colectivo de eficacia general. En este sentido SSTC 4/1983, de 28 de enero (F. J. 3º); 92/1992, de 11 de Junio (F. J. 3º), 151/1994, de 23 de mayo (F. J. 2º).

¹⁷⁸ Montoya Melgar, A., “¿Convenios colectivos al margen del Estatuto de los Trabajadores?, *Boletín de AEDIPE*, 1984; Diéguez Cuervo, G., “Nueva lección sobre la negociación colectiva informal”, VV. AA., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo...*, op. cit., pág. 247; Quintanilla Navarro, R., *Los convenios colectivos irregulares*, Madrid, CES, 1999, págs. 34 y ss.; Rivero Lamas, J., “Pluralismo sindical...”, op. cit., págs. 120 y ss.

¹⁷⁹ Borrajo Dacruz, E., “Dos décadas de experiencia...”, op. cit., pág. 141; Rodríguez–Piñero y Bravo–Ferrer, M., “La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales...”, op. cit., pág. 65; Monereo Pérez, J. L., “El derecho a la negociación colectiva...”, op. cit., pág. 639; Rivero Lamas, J. y de Val Tena, A. L., “El derecho a la negociación colectiva. ...”, op. cit., pág. 653; García Blasco, J., “La Jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva”, *TL*, núm. 76, 2004, pág. 72.

general del convenio colectivo, produciéndose con ello una cierta confusión entre la función normativa del convenio colectivo (regular las relaciones laborales que se encuentran en su ámbito de aplicación) y la naturaleza jurídica del instrumento regulador¹⁸⁰.

Siendo así, señalan estos autores, el carácter inderogable respecto de los contratos de trabajo sometidos a su ámbito de aplicación, o, lo que es lo mismo, la eficacia imperativa del convenio sobre las relaciones laborales que regula, que es a lo que alude el texto constitucional cuando se refiere a la fuerza vinculante¹⁸¹, o bien emerge de su naturaleza jurídica y se garantiza a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico regula de conformidad con esa naturaleza (es decir, eficacia vinculante obligacional)¹⁸², o bien, ante la insuficiencia que presentan los mecanismos contractuales para establecer la inderogabilidad, el propio texto constitucional garantiza la eficacia real del convenio¹⁸³.

Por otro lado, la eficacia personal del convenio colectivo se refiere a la determinación de las relaciones de trabajo que han de estar sujetas a la regulación colectiva, y, en este sentido, se ofrecen tres posibilidades: los convenios colectivos de eficacia limitada, los convenios colectivos de eficacia limitada con posibilidad de extensión en virtud de un acto público y, finalmente, los convenios colectivos de eficacia general siempre que cumplan los requisitos legales (representatividad, procedimiento, etc.), sin necesidad de acto público de extensión ni de atribución de naturaleza normativa¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Esta circunstancia, que ya había sido señalada por Durán López, F., “Los convenios colectivos...”, op. cit., págs. 177 y ss., se encuentra ampliamente desarrollada en el estudio realizado por el profesor Valdés dal Ré, F., “La eficacia de los convenios colectivos”, *TL*, núm. 76, 2004, págs. 31 y 50 y ss. El autor termina considerando que para desvincular la naturaleza del convenio y la fuerza vinculante es necesario concebir que el art. 37 CE garantiza, más que un poder normativo primario y extraestatal, un ámbito de libertad contractual reconocido a los grupos sociales organizados con vistas a autoregular sus intereses recíprocos.

¹⁸¹ Durán López, F., “Los convenios colectivos...”, op. cit., pág. 179.

¹⁸² En este sentido parece pronunciarse Durán López, F., “Los convenios colectivos...”, op. cit., pág. 177.

¹⁸³ Niega que la eficacia inderogable del convenio colectivo respecto de los contratos de trabajo se pueda estructurar a través de su naturaleza contractual Valdés dal Ré, F., “La eficacia de los convenios colectivos...”, op. cit., págs. 30 y 54. Para este autor sería el texto constitucional, a través de la garantía del contenido esencial de la fuerza vinculante del convenio, quien otorga una vinculabilidad más fuerte y diversa que la derivada de la simple naturaleza contractual del convenio, asegurándole una eficacia real y no simplemente obligacional. Esta eficacia real, garantizada desde el texto constitucional, dota a las disposiciones de un convenio colectivo de una inderogabilidad especial que, además de otorgar eficacia inmediata sobre las relaciones individuales de trabajo, produce la sustitución automática de las cláusulas contrarias que establezca la autonomía individual.

¹⁸⁴ Durán López, F., “Los convenios colectivos...”, op. cit., págs. 177 y ss.

La cuestión está en determinar hasta qué punto las características que estamos examinando derivan de la redacción constitucional y, dependiendo de esta circunstancia, si una regulación legal que se base en ellas es conforme con la configuración constitucional de los derechos de libertad sindical. Y, en este sentido, la mayoría de la doctrina ha considerado que el carácter normativo (eficacia imperativa frente a los contratos de trabajo que regula) deriva del texto constitucional, siendo por tanto atribuible a todo convenio colectivo; en cambio, no sucedería lo mismo con la eficacia general del convenio, que es una simple garantía legal atribuida por el legislador¹⁸⁵. No obstante, desde otras posiciones se han señalado los efectos perturbadores de endosar normatividad al convenio colectivo, descartando por completo que este carácter se atribuya desde el texto constitucional¹⁸⁶, si bien no existe uniformidad sobre la constitucionalidad de la eficacia general que caracteriza el sistema legal de negociación colectiva¹⁸⁷.

Sin embargo, todas las dudas sobre la constitucionalidad de la exacerbada y estricta regulación legal¹⁸⁸ serán resueltas en sentido negativo por el Tribunal Constitucional, que posibilitará, a pesar de una constitucionalización separada y autónoma, la integración del derecho de negociación colectiva en el contenido esen-

¹⁸⁵ Identifican, por tanto, eficacia vinculante con fuerza normativa Rivero Lamas, J. y de Val Tena, A. L., “El derecho a la negociación colectiva...”, op. cit., pág. 668; Monereo Pérez, J. L., “El derecho a la negociación colectiva...”, op. cit., págs. 634 y ss. En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina constitucional, SSTC 58/1985, de 30 de abril; 151/1994, de 23 de mayo; 298/1993, de 28 de junio; 105/1992, de 1 de julio, aunque no la jurisprudencia del Tribunal Supremo, más proclive a reconocer eficacia contractual al convenio colectivo de eficacia limitada [SSTS de 22 de octubre de 1993, RJ 1993/7856 (F. J. 5º), de 17 de octubre de 1994, RJ 8052 (F. J. 2º) y de 14 de diciembre de 1996, RJ 1996/9462 (F. J. 3º)], por lo que no se le aplica, en ningún aspecto, el régimen jurídico contemplado en el Título III, concretamente la ultraactividad de la cláusulas normativas [STS de 25 de enero de 1999, RJ 1999/896 (F. J. 2º)].

¹⁸⁶ Borrajo Dacruz, E., “Dos décadas de experiencia...”, op. cit., pág. 148, indica que el carácter normativo de los convenios desemboca en la aplicación del principio de orden cronológico normativo, lo que se traduce en el carácter reversible de las conquistas sociales; Durán López, F., “Los convenios colectivos...”, op. cit., págs. 175 y 177. También habría que incluir en esta posición aquellos autores que afirman el carácter abierto que presenta, en ambos aspectos, la norma constitucional (Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “La negociación colectiva...”, op. cit., pág. 359 y Valdés dal Ré, F., “El paradigma legal...”, op. cit. págs. 270 y ss.).

¹⁸⁷ Parece que Borrajo Dacruz, E., “Dos décadas de experiencia...”, op. cit., págs. 142 y ss. se inclina por la inconstitucionalidad del sistema legal, mientras que Durán López, F., “Los convenios colectivos...”, op. cit., pág. 180, la considera “una razonable opción de política legislativa que puede mantenerse en el Estatuto de los Trabajadores”.

¹⁸⁸ La consagración legal de la eficacia general conllevará una regulación sumamente intervencionista por parte del Estado, que se ha llegado a comparar con la establecida en el régimen anterior (por todos, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “La negociación colectiva...”, op. cit., págs. 344-345, aludiendo a las semejanzas con las Leyes de 1958 y de 1973, sobre negociación colectiva).

cial de la libertad sindical¹⁸⁹, provocando múltiples distorsiones sobre las garantías constitucionales de los derechos fundamentales, la configuración constitucional de la libertad sindical, e, incluso, sobre la titularidad del derecho de negociación colectiva¹⁹⁰, que no parecen tener un adecuado engarce constitucional¹⁹¹.

El estudio de la configuración constitucional de la libertad sindical y la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional con objeto de culminar con éxito el proceso integrador puso en evidencia esta serie de consideraciones, en especial la relativa a la consagración exclusiva de las organizaciones sindicales como agentes negociadores en el ámbito supraempresarial; resta, por tanto, hacer una consideración sobre las diferenciaciones que entre las organizaciones sindicales practican los poderes públicos en virtud del criterio de representatividad y el tratamiento otorgado por la doctrina constitucional, puesto que, lógicamente, la integración efectuada lleva a la conclusión de que cualquier lesión del derecho de negociación colectiva puede constituir un atentado a la libertad sindical si el sujeto que lo ejerce es una organización sindical.

El análisis, por tanto, habrá de efectuarse desde el contenido del derecho de sindicación, sin que ello sea un obstáculo para considerar una comparación colateral con la propia vulneración del derecho de negociación colectiva, aunque, como por todos es conocido, su ubicación constitucional le priva del control concreto de constitucionalidad que brinda el recurso de amparo. Y ello porque el análisis desde el contenido del derecho de negociación (a pesar de no ser objeto de este trabajo de investigación, lo que justifica, por otro lado, que no se haga un tratamiento extensivo) pondría en evidencia que el control de las medidas legislativas restrictivas se realiza, a diferencia del que se practica respecto del derecho de libertad sindical, desde el contenido del derecho fundamental¹⁹². En este contexto resalta aún más

¹⁸⁹ STC 73/1984, de 27 de junio (F. J. 1º), que se basa principalmente en los Tratados Internacionales, especialmente en el art. 4 del Convenio 98 OIT, que obliga a los distintos Estados a adoptar aquellas medidas que sean adecuadas para estimular y fomentar el pleno desarrollo y uso de los procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo. La doctrina constitucional sobre la relación entre libertad sindical y negociación colectiva se encuentra ampliamente consolidada (SSTC 70/1982, de 29 de noviembre; 4/1983, de 28 de enero; 12/1983, de 22 de febrero; 37/1983, de 11 de mayo; 59/1983, de 6 de julio; 118/1983, de 13 de diciembre; 45/1984, de 27 de marzo) y así hasta la actualidad.

¹⁹⁰ García Murcia, J., “La tutela del sindicato...”, op. cit., págs. 477 y ss. Un estudio exhaustivo sobre la relación entre libertad sindical y negociación colectiva y las perturbaciones que produce sobre el sistema constitucional en Carmona Contreras, A. M., *La conflictiva relación...*, op. cit.

¹⁹¹ Diéguez Cuervo, G., “Elecciones sindicales...”, op. cit., pág. 255, ve en el mecanismo para designar a los sujetos negociadores, esto es, las elecciones sindicales, una forma de elección indirecta que termina creando una estructura interferida y, por tanto, obstructiva, de una genuina representación para la negociación de los convenios colectivos.

¹⁹² Efectivamente, y al igual que ocurre con el resto de derechos fundamentales, el derecho de negociación colectiva no puede concebirse de forma absoluta, lo que posibilita que pueda ser objeto de

la doctrina constitucional sobre los derechos de libertad sindical que, como viene siendo habitual, somete las diferencias legislativas a las exigencias del principio de igualdad, con objeto de comprobar que existe una justificación para introducir la diferenciación.

1.5.2. La legitimación para negociar convenios colectivos de eficacia general

La regulación legal, recordemos a estos efectos, reserva la legitimación inicial en la negociación colectiva de ámbito supraempresarial a los sindicatos más representativos en el ámbito estatal, a los sindicatos más representativos en el ámbito de la Comunidad Autónoma, a los sindicatos representativos en un ámbito geográfico y funcional específico, así como a las entidades afiliadas o federadas a los sindicatos más representativos, facultándoles para ejercitar el derecho en sus respectivos ámbitos de representatividad y teniendo en cuenta que rige la regla de “quién puede lo más, puede los menos”. En este sentido, la única excepción se encuentra en la legitimación que la regulación legal atribuye a los sindicatos más representativos en el ámbito autonómico para negociar convenios colectivos de ámbito nacional, extendiendo, por tanto, su legitimación más allá del ámbito de la Comunidad Autónoma.

Ello supone una pequeña diferencia en la posición de sindicatos más representativos y sindicatos representativos, puesto que a los primeros no se les exige nivel de audiencia para negociar convenios colectivos en ámbitos inferiores a los que han obtenido la representatividad. La diferencia se acusa mientras mayor sea el ámbito de la representatividad, permitiendo que organizaciones sindicales que no hayan obtenido representatividad en ámbitos funcionales específicos puedan ne-

restricciones en aras de salvaguardar otros derechos, bienes o valores constitucionales. En este sentido, tanto doctrina como jurisprudencia han reconocido que la Ley podrá imponer, excepcionalmente, limitaciones a la negociación colectiva cuando circunstancias ineludibles las exijan en función de la protección de otros derechos o intereses constitucionales (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Los límites constitucionales...”, op. cit., 55 y ss.). Esta idea siempre ha estado presente en la doctrina constitucional, que erige el art. 37 CE como límite tanto para la actividad legislativa [en este sentido se pronunciaban la ya lejana STC 11/1981, de 8 de abril (F. J. 24^o), que declaraba la inconstitucionalidad del laudo de obligado cumplimiento por constituir un límite no justificado a la autonomía colectiva, o, más tarde, la STC 31/1984, de 8 de marzo (F. J. 9^o y 11^o), sobre la fijación estatal del SMI, por venir requerido por otros preceptos constitucionales] como para el resto de poderes públicos [así la STC 18/1982, de 4 de mayo (F. J. 7^o), que justifica desde la perspectiva del contenido del derecho la injerencia administrativa consistente en registrar los convenios ante la autoridad laboral, o la STC 92/1992, de 11 de junio (F. J. 3^o), que consideró que el art. 41 ET, en su redacción primigenia, no debía interpretarse en el sentido de admitir autorizaciones administrativas con objeto de legitimar modificaciones de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo]. Un estudio de las distintas perspectivas que presenta el derecho de negociación colectiva en la doctrina constitucional, en García Blasco, J., “La Jurisprudencia constitucional...”, op. cit., págs. 67 y ss.

gociar las condiciones de trabajo de un colectivo al que no representan; mientras que los sindicatos representativos han de acreditar el 10% de representantes en dicho ámbito, de forma que sólo por acreditar un porcentaje mínimamente inferior, quedan excluidos de la mesa de negociación¹⁹³.

Dejando al margen la fractura que conlleva el sistema de representatividad respecto de la implantación real del sindicato¹⁹⁴, lo cierto es que la combinación entre la regulación estatutaria y sindical, a pesar de no reservar el derecho de negociación colectiva a los sindicatos más representativos, provoca una diferencia de trato que los sitúa en una posición privilegiada y, como consecuencia, probablemente lesiva de los derechos sindicales del resto de organizaciones. De hecho, años más tarde, estudios doctrinales demostrarán con cifras y datos reales sobre la negociación colectiva en nuestro país que los sindicatos más representativos a nivel nacional dominan ampliamente la negociación colectiva supraempresarial y, lo que es más significativo, que también dominan la practicada en el ámbito empresarial cuando el procedimiento se desarrolla por Secciones Sindicales¹⁹⁵.

¹⁹³ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Representatividad sindical y negociación colectiva”, *TL*, núm. 40, 1996, págs. 5; Rivero Lamas, J. y de Val Tena, A. L., “El derecho a la negociación colectiva...”, *op. cit.*, pág. 653. La redacción, que difiere bastante de la originaria, es consecuencia de la ya mencionada Ley 32/1984, de 2 de agosto, que tenía como función amoldar la regulación estatutaria a la particular visión que de los derechos sindicales se reflejaban en la LOLS. La modificación más importante respecto de la regulación anterior consistió en suprimir la equivalencia que el antiguo art. 87 ET establecía entre ejercicio del derecho de negociación colectiva y ámbito de representatividad (es decir, la regla que preveía que los convenios colectivos de ámbito supraempresarial debían negociarse por las organizaciones que hubieran obtenido, al menos, el 10% de representantes en dicho ámbito). La nueva regulación sustituyó esta razonable opción legal por aquella que en el ámbito de la negociación colectiva cuadraba con la política promocional que del sindicato más representativo imponía la LOLS. Desde esta perspectiva, la exigencia de que el ámbito geográfico y funcional de representación debe coincidir con el de negociación sólo se exige a los sindicatos representativos, quedando a salvo los sindicatos más representativos, que están exentos al presumirse su representación por exceso, y los entes sindicales afiliados, federados y confederados, de los que se requiere implantación [STC 57/1989, de 16 de marzo (F. J. 2º B)].

¹⁹⁴ Esta fractura entre representatividad e implantación se podría haber salvado con la regulación del art. 88 ET que requiere, para una válida constitución de la mesa negociadora, que las organizaciones sindicales representen a la mayoría absoluta de los miembros del comité de empresa o delegados de personal. La exigencia se podría haber interpretado respecto del ámbito de aplicación del convenio (Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Representatividad sindical...”, *op. cit.*, pág. 5), no siendo la línea que ha seguido la jurisprudencia social. Además, hay que tener en cuenta que la contrapartida a esa eficacia general del convenio colectivo requiere, además de una impresionante rigidez en el proceso de negociación, y en virtud del juego de mayorías que establece la regulación legal, la unidad de acción sindical entre las organizaciones mayoritarias, que, como ha señalado la doctrina, se construye de forma heterónoma y artificial (Desdentado Bonete, A y García-Perrote Escartín, I., “En torno a los problemas del convenio colectivo...”, *op. cit.*, pág. 546).

¹⁹⁵ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Representatividad sindical...”, *op. cit.*, págs. 16 y ss.

No obstante, aun siendo un problema de preferencia de los sindicatos más representativos con respecto a los sindicatos representativos, cuando no de negación de legitimidad al resto de organizaciones sindicales para participar en la negociación colectiva de eficacia general, no se plantearán muchos supuestos ante la jurisdicción constitucional; y, cuando ello ocurre, el Tribunal no aprovecha estas ocasiones para aplicar íntegra y expresamente las exigencias del juicio de igualdad, aunque (y por ello es más sorprendente) sería uno de los pocos casos, junto con la participación institucional, en que la diferencia de trato superaría con bastante soltura el juicio de razonabilidad.

Eludiendo estos razonamientos, la doctrina constitucional se centra en el contenido del derecho de libertad sindical y oscila, especialmente, entre el carácter cerrado o abierto que presenta el modelo legal de negociación colectiva respecto de la regulación constitucional. En este sentido, existe una línea doctrinal que sostiene que el derecho de negociación colectiva, a pesar de ser una manifestación del derecho a la libertad sindical, se ejercita conforme a su desarrollo legal, habiendo optado el legislador, entre las diversas modalidades, por un modelo de negociación colectiva de eficacia general con objeto de asegurar su carácter normativo¹⁹⁶. En este contexto, donde la regulación legal agota las posibilidades que ofrece el texto constitucional, la legitimación para negociar convenios colectivos, más que en el mecanismo de la representación, se basa en un poder *ex lege* de actuar y afectar las esferas jurídicas de terceros¹⁹⁷.

Sin embargo, estas consideraciones generan varias consecuencias que no parecen ser muy conformes con la regulación constitucional del derecho a la negociación colectiva y con la interpretación que de ella hace la doctrina constitucional. Por un lado, la postura implica negar la eficacia directa del derecho a la negociación colectiva, lo que significa que la regulación legislativa, es decir, el convenio colectivo de eficacia general, agota el precepto constitucional; por otro, y como consecuencia de lo anterior, se concibe la negociación colectiva como un derecho que, a pesar de derivar del precepto constitucional, es de configuración legal, por lo que más que formar parte del contenido esencial de la libertad sindical, se debería integrar, en contra de lo que predicen la mayoría de los pronunciamientos, en el contenido adicional del derecho de libertad sindical.

La segunda posición es aquella que parte de un contenido abierto de la regulación legal, de forma que, asumiendo la aplicación directa del precepto constitucional, se considera que la regulación legislativa no agota todas las manifestaciones del derecho constitucional a la negociación colectiva. Y desde esta perspectiva la propuesta del Tribunal ha sido siempre muy clara: desde el momento en que el ET

¹⁹⁶ SSTC 12/1983, de 22 de febrero (F. J. 2º); 57/1989, de 16 de marzo (F. J. 2º B).

¹⁹⁷ STC 12/1983, de 22 de febrero (F. J. 2º).

se centra en regular los convenios colectivos de eficacia general y la LOLS garantiza el derecho a la negociación colectiva a todas las organizaciones sindicales (negociación colectiva de eficacia limitada), la preferencia de las más representativas no es discriminatoria, pues además de no lesionar los derechos de sindicación, es completamente legítimo restringir los sujetos negociadores cuando se pretende celebrar un convenio colectivo de eficacia general¹⁹⁸.

De nuevo encontramos los dos argumentos centrales para legitimar las diferencias de trato: la existencia de justificación para conseguir una determinada finalidad y la falta de lesión del contenido material del derecho (por existir una mínima manifestación, la negociación colectiva de eficacia limitada, que se atribuye a todas las organizaciones sindicales)¹⁹⁹. Y ello no supone más que una aplicación solapada de los parámetros que exige el juicio de igualdad, por mucho que la alusión a esta doctrina constitucional haya permanecido oculta en los razonamientos del Tribunal. No obstante, y aunque en algunos casos no sea demasiado notorio, en la mayoría de los pronunciamientos late implícita la noción de limitación del derecho de libertad sindical, produciéndose importantes variaciones respecto a la naturaleza constitucional de la finalidad que la justifica²⁰⁰.

La verdadera contradicción se produce, independientemente de la línea doctrinal que sigamos, entre el tratamiento que se otorga al derecho de negociación en cuanto manifestación esencial del derecho de libertad sindical y la posibilidad de que una de sus variables, la negociación colectiva de eficacia general, pueda ser modulada a gusto del legislador²⁰¹, sobre todo considerando que la doctrina constitucional sobre el contenido de los derechos de sindicación sólo permite establecer diferencias de trato en el contenido adicional de los derechos sindicales²⁰². Esta

¹⁹⁸ SSTC 98/1985, de 29 de junio (F. J. 3º); 224/2000, de 2 octubre (F. J. 4º).

¹⁹⁹ Significativa es la STC 98/1985, de 29 de junio (F. J. 10º), donde es la eficacia general del convenio colectivo lo que justifica la selección de organizaciones sindicales.

²⁰⁰ Así, por ejemplo, es bastante perceptible que en los pocos supuestos en que se ha examinado la restricción de la legitimación, ésta se ha tratado como una limitación, incluso refiriéndose a ella como esa calificación [SSTC 4/1983, de 28 de enero (F. J. 3º); 12/1983, de 22 de febrero (F. J. 3º); 98/1985, de 29 de junio (F. J. 10º)]. Más trascendentales son las declaraciones que se contienen en la STC 136/1987, de 22 de julio (F. J. 5º), que, ante las limitaciones legales a la negociación colectiva, y, especialmente, respecto de las normas de legitimación, el Tribunal declara que dichas limitaciones tienen su fundamento en el art. 37 CE.

²⁰¹ La doctrina constitucional considera, con carácter general, que el derecho a la negociación colectiva forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical [desde la STC 73/1984, de 27 de junio (F. J. 4º)]; sólo excepcionalmente se ha inclinado por catalogarla como contenido adicional [STC 85/2001, de 26 de marzo (F. J. 5º)].

²⁰² Esta impresión se agudiza en los pronunciamientos que reconocen el carácter abierto de la regulación legal y la posibilidad de que los representantes de trabajadores y empresarios practiquen otro modelo de negociación colectiva distinto al reconocido en la regulación estatutaria [STC 73/1984, de 27 de junio (F. J. 2º)].

circunstancia denota una cierta ambivalencia sobre la naturaleza esencial–adicional de la negociación colectiva de eficacia general, que se acusa, como veremos seguidamente, en aquellos supuestos en que se analizan injerencias procedentes del poder judicial o de los núcleos de poder privado, sobre todo si proceden de otras organizaciones sindicales.

En este sentido, se ha de tener en cuenta que la configuración abierta que caracteriza al precepto constitucional va a ocasionar múltiples cuestiones, sobre todo en el ámbito de actuación de aquellos poderes públicos distintos al legislador, donde pueden confluir dos manifestaciones del derecho (convenio estatutario y extra–estatutario), ambos protegidos constitucionalmente y negociados por sujetos distintos. Para estos casos, lógicamente, las consideraciones han de ser distintas; así, si hasta ahora había que examinar si las diferencias introducidas por el legislador respectan el contenido de los derechos fundamentales implicados (derecho de igualdad y de libertad sindical), la cuestión respecto de este tipo de actuaciones interpretativas, que pueden lesionar el derecho de libertad sindical, se presentará con contornos distintos y bastantes problemáticos.

Y ello porque la negociación colectiva de eficacia general se articula como contenido adicional de la libertad sindical frente al legislador, hasta tal punto que sólo la existencia y el respeto a la negociación colectiva de eficacia limitada salva su constitucionalidad, mientras que para el resto de poderes públicos constituye una manifestación del contenido esencial, por lo que, en definitiva, la cuestión de las diferencias de trato introducidas entre sujetos legitimados y sujetos que carecen de legitimación pasan a manifestarse, en el ámbito de la interpretación y aplicación del derecho, en problemas diversos, íntimamente relacionados: el enfrentamiento entre modelos de negociación colectiva y la exclusión, en la negociación colectiva de eficacia general, de sujetos legitimados para negociar, problemas en los que la cuestión nuclear ya no gira en torno a una diferencia de trato sino sobre la limitación material de los derechos sindicales.

1.6. La participación en sistemas no jurisdiccionales de resolución de conflictos

El reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva no se agota en la regulación, a través de convenios colectivos, de las condiciones de trabajo, sino que faculta a las organizaciones sindicales para realizar múltiples funciones de regulación y ordenación en el sistema de relaciones laborales²⁰³. En este sentido, ya hemos mencionado cómo el art. 83 ET designa a los sindicatos más representativos para elaborar acuerdos interprofesionales o convenios colectivos, denominados

²⁰³ Monereo Pérez, J. L., “El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo”, en VV. AA., *Comentario a la Constitución Socioeconómica...*, op. cit., págs. 685 y ss.

comúnmente acuerdos marco, con objeto de fijar la estructura de la negociación colectiva o fijar las reglas de concurrencia entre convenios, mientras que, por otro lado, se les reconoce la facultad de celebrar acuerdos sobre materias concretas²⁰⁴.

La regulación autónoma de estos instrumentos colectivos implica el establecimiento de distintos modelos de negociación: un modelo común (la negociación colectiva de eficacia general) y supuestos especiales de negociación para los que no rigen, al menos en el ámbito de la legitimación, las reglas establecidas para el modelo general. El problema vendrá determinado porque algunas facultades de naturaleza sindical se desarrollan conforme a esos instrumentos especiales, y, por ello, tanto su ejercicio como la participación en las instituciones que crean van a quedar reservadas a los sindicatos más representativos.

Es el caso de participación en sistemas no jurisdiccionales de resolución de conflictos laborales, cuya conexión con el derecho de negociación colectiva no está exenta de polémicas doctrinales y jurisprudenciales. En cierto sentido se podría considerar que dicha facultad se encuentran a medio camino entre la participación institucional y la negociación colectiva, si bien el resultado, a los efectos que estamos considerando, vendría a considerarse prácticamente el mismo, hemos preferido tratar esta facultad a continuación de la negociación colectiva, por ser ésta la naturaleza que mayoritariamente le atribuyen la doctrina científica y la jurisprudencia constitucional²⁰⁵.

1.6.1. Un reducido ámbito material. La participación sindical en sistemas heterónomos

En nuestro ordenamiento jurídico los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos han existido desde antes de promulgarse la Constitución, lo que ha condicionado profundamente su evolución posterior. En los primeros años del régimen democrático dichos procedimientos se regulaban directamente por el

²⁰⁴ La mayoría de la doctrina ha establecido una notable diferencia entre estos tipos de acuerdo, defendiendo, con carácter general, que los primeros vienen a introducir en España la negociación colectiva articulada y los segundos contemplan la posibilidad de que los agentes sociales regulen materias específicas, recibiendo todos ellos el tratamiento de la negociación colectiva. La diferencia fundamental de los instrumentos relacionados en el art. 83.2 ET parece estar en que, frente al acuerdo interprofesional, el acuerdo marco es propiamente un convenio colectivo, por lo que sólo éstos últimos podrán establecer, junto a reglas de ordenación de la negociación colectiva, regulación sobre condiciones de trabajo. Por otro lado, los acuerdos sobre materias concretas constituyen pactos puntuales sobre temas específicos [Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y González Ortega, S., "Acuerdos interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y Ley del Estatuto de los Trabajadores", *RPS*, núm. 137, 1983, págs. 358 y ss.; García Murcia, J., "La tutela del sindicato...", op. cit., pág. 480].

²⁰⁵ Sobre la participación en sistemas no jurisdiccionales de conflicto laborales y su relación con la negociación colectiva, STC 98/1985, de 28 de Julio (F. J. 10º d).

legislador; eran, por tanto, sistemas heterónomos. Sólo posteriormente, y al hilo de la consolidación de la autonomía colectiva, irán surgiendo sistemas de regulación autónoma que terminarán desplazando a los de origen estatal²⁰⁶.

Esta dualidad provocará un considerable problema a la hora de interpretar la LOLS, que, en su arts. 6.3 d y 7.2, reconoce a los sindicatos más representativos y representativos la facultad de participar en los sistemas no jurisdiccionales de resolución de conflictos. Partiendo de este reconocimiento, la doctrina constitucional (acogiéndose, sobre todo, al término “participación”) considerará que la facultad legal constituye una manifestación específica de la participación institucional, de forma que se refiere a la participación sindical en los mecanismos extrajudiciales (heterónomos) de solución de conflictos laborales. De esta forma, la facultad sindical queda adscrita a la participación en los mecanismos establecidos por los poderes públicos, declaración que, si tenemos en cuenta el panorama actual, carece absolutamente de trascendencia práctica²⁰⁷.

El establecimiento de mecanismos extrajudiciales heterónomos para la solución de conflictos laborales, a pesar de constituir una experiencia fomentada durante la transición política²⁰⁸, no ha llegado a consolidarse en nuestro sistema de relaciones laborales, circunstancia que se hizo ostensible con la supresión del IMAC y la transferencia de sus funciones a los órganos respectivos de las diversas CCAA²⁰⁹. Estas vicisitudes, junto al reconocimiento y progresiva consagración de

²⁰⁶ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Indisponibilidad de derechos y conciliación en las relaciones laborales”, *TL*, núm. 70, 2003, págs. 26.

²⁰⁷ Como señala Alfonso Mellado, C. L., “Solución extrajudicial de conflictos laborales. Experiencias y situación actual”, *VV. AA., Derecho Colectivo*, Madrid, *CGPJ*, 2003, págs. 313, los resultados insatisfactorios que hasta el momento han provocado este tipo de procedimientos descartan una futura ampliación.

²⁰⁸ En este periodo la doctrina destaca el RD 17/1977, de 4 de marzo, que prevé en los arts. 17 y ss. un procedimiento de conflicto colectivo desarrollado ante la autoridad laboral y configurado como alternativo a la convocatoria de huelga, el RDL 5/1979, de 26 de enero, y RD 2756/1979, de 23 de noviembre, por el que se crea el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC). En este sentido, Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., Y García Murcia, J., *Derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, 2006, págs. 402 y ss. Un estudio más detallado de los sistemas existentes en la etapa anterior al sistema constitucional en Casas Baamonde, M. E., “Medios autónomos de solución de conflictos laborales”, *VV. AA., La solución extrajudicial de conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, 2001, págs. 38 y ss.; desde la perspectiva de la intervención estatal, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., *La intervención del Estado en los conflictos colectivos de trabajo*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1972, págs. 55 y ss.

²⁰⁹ Dichas competencias pasaron a ostentarlas los Consejos de Relaciones Laborales creados por las distintas CCAA en la década de los ochenta. Sobre su estructura y naturaleza, Martín Valverde, A., y Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Los Consejos de Trabajo y Relaciones Laborales en Cataluña, País Vasco y Andalucía”, en *VV. AA., Organización territorial del Estado. Las Comunidades Autónomas*, Vol. III, Madrid, 1984; Sempere Navarro, V., “El Consejo de Relaciones Laborales como institución autonómica”, *REDT*, núm. 12, 1982.

la autonomía colectiva, provocarán un estancamiento en la implantación de este tipo de procedimientos en favor de sistemas autónomos creados por los propios agentes sociales. Hasta tal punto es así que, desde la supresión del IMAC, se puede afirmar que no existe un sistema extrajudicial de solución de conflictos que responda a las exigencias implícitas en la doctrina constitucional. Como mucho, se podría reconocer que existen varios mecanismos arbitrados por los poderes públicos que, afectando a materias diversas, responden a finalidades distintas.

El primer supuesto se regula en el art. 10 RDLRT, que contempla la posibilidad de que el Gobierno establezca un procedimiento de arbitraje obligatorio en los supuestos en que el desarrollo de la huelga ocasione un perjuicio grave a la economía nacional. El segundo, que también establece un arbitraje obligatorio, se regula en la DT Sexta ET para aquellas controversias que surjan en la negociación colectiva que tenga por objeto sustituir una ordenanza laboral. En este caso, el sometimiento de la controversia al procedimiento de arbitraje se decide por la Comisión Consultiva Nacional de Negociación Colectiva. El tercer supuesto (éste no de arbitraje sino de mera conciliación) consiste en la obligación, con carácter previo al acceso a la mayoría de procesos laborales, de intentar una conciliación previa que bien puede desarrollarse ante el órgano judicial, ante los órganos creados por las CCAA con estos fines o ante aquellos que hayan sido establecidos al efecto por los acuerdos interprofesionales (arts. 63 y ss. LPL). Un cuarto supuesto, éste de arbitraje obligatorio, sería el regulado para las controversias que surgen en el proceso electoral (artículos 76 del ET y 127 a 132 de la LPL).

La creación de sistemas autónomos de resolución de conflictos no se generalizó hasta la década de las noventa, por lo que no es extraño que la doctrina constitucional considerara, ante la excepcionalidad que presentaba la cuestión y los numerosos fracasos que habían experimentando las iniciativas de los agentes sociales hasta 1985²¹⁰, que la participación en los sistemas arbitrados por los poderes públicos, justificados por el interés general, se reservaba a los sindicatos más representativos y representativos con la regulación de la LOLS²¹¹.

²¹⁰ No es sólo que hasta ese momento sólo existiera el Acuerdo Vasco Interprofesional sobre Procedimientos de Resolución de Conflictos (PRECO I), sino que todos los intentos sindicales de establecer un sistema que funcionara en el ámbito nacional habían fracasado. Las primeras referencias al efecto se encuentran en el Acuerdo Interconfederal (AI, 1983), firmado por UGT, CC. OO., CEOE y CEPYME, que encomienda al Comité Paritario (órgano creado para interpretar el acuerdo pero también para realizar funciones de mediación y arbitraje) la redacción de un Reglamento de mediación y arbitraje voluntarios y una lista de árbitros y mediadores a los que someter las materias conflictivas (Capítulo IX). El fracaso de este primer intento llevó a considerar, de nuevo, la cuestión en el AES (1984). Las partes se comprometieron a celebrar un Acuerdo Interconfederal específico sobre procedimientos para la solución de conflictos que se sustentara sobre los principios de autonomía, simplicidad, celeridad, publicidad, voluntariedad, ejecutividad y gratuidad, requiriendo la colaboración del Estado para asegurar estas características (Capítulo IV).

²¹¹ STC 98/1985, de 29 de julio (F. J. 10º d).

Dadas las circunstancias actuales, hemos de plantearnos si la regulación establecida en la LOLS resultaría aplicable a los sistemas establecidos por la autonomía colectiva, sobre todo si consideramos que también en éstos últimos participan, aunque sólo sea a efectos de financiación, las Administraciones Públicas del ámbito de implantación²¹². Y, en este sentido, la resolución del problema variará dependiendo de la naturaleza legal o constitucional del derecho a adoptar procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales, circunstancia que se ha dilucidado con carácter posterior a la implantación de la mayoría de los sistemas existentes en la actualidad.

1.6.2. Sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos y acuerdos sobre materias concretas: lesión de los derechos de libertad sindical

El origen de los sistemas extrajudiciales autónomos de solución de conflictos se encuentra (de ahí su vinculación con el derecho de negociación colectiva) en las comisiones paritarias que, con objeto de administrar o dirimir las controversias interpretativas que suscite el convenio, se arbitran, con la naturaleza de cláusulas obligacionales, por las partes firmantes²¹³. Los mecanismos establecidos con esta

²¹² A estos efectos, hay que tener en cuenta que en todos los Sistemas de Solución Extrajudicial que estamos considerando se produce una intervención pública determinante para su viabilidad, tanto a efectos normativos, a través de la regulación promocional, como financieros e, incluso, de colaboración en la gestión. Así, a pesar de que la mayoría de los sistemas se gestionan a través de una Fundación estructurada sobre un Patronato, en el que se insertan las partes del acuerdo, y un Protectorado ejercitado por la Administración Pública competente, la financiación procede de la Administración, bien directamente, bien a través de los Consejos de Relaciones Laborales, y con carácter general se materializa a través de acuerdos tripartitos entre los agentes sociales y el Gobierno correspondiente. Un análisis detallado en Llompert Bennassar, M., "Sindicatos legitimados para negociar acuerdos interprofesionales sobre solución extrajudicial de conflictos laborales y con derecho a participar en los sistemas que establecen", *AS*, T. V., 1999, págs. 887 y ss. En el ámbito jurisprudencial se plantea esta posibilidad, STS de 30 de enero de 1999, RJ 1999/1118 (F. J. 4º).

²¹³ Cruz Villalón, J., "La intervención de las comisiones paritarias de convenios colectivos en la resolución de conflictos", *RPS*, núm. 146, 1985, págs. 216; Del Rey Guanter, S., "Arbitraje, comisiones paritarias y proceso", *TL*, núm. 6, 1986, págs. 560. Al amparo de la primera regulación del ET (art. 85.2.d), que establecía como contenido mínimo del convenio la obligación de designar una Comisión Paritaria para entender de todas aquellas cuestiones que le fuesen atribuidas, se desarrollaron, entre muchas otras prácticas, mecanismos para la resolución de las controversias que pudieran surgir entre las partes. La amplitud con que se interpretaba esta facultad de las partes negociadoras [STCT de 21 de septiembre de 1982 (RTCT 1982/5102)] desembocó en la legitimación de estos sistemas e, incluso, en el reconocimiento de su carácter obligatorio antes de acudir a la Jurisdicción Social [SSTCT de 9 marzo de 1984 (RTCT 1984/3039) y de 2 junio 1987 (RTCT 1987/14691)]. Probablemente, este tipo de prácticas sindicales se desarrollaron al amparo de la regulación inmediatamente anterior, que, además de reconocer las comisiones paritarias y facultarlas para conocer de las cuestiones derivadas de la aplicación del convenio, contemplaba la posibilidad de que los convenios regularan mecanismos de conciliación, mediación y arbitraje [Ley 18/1973, de 19 de diciembre, de Convenios Colectivos Sindicales de Trabajo (art. 11)].

finalidad encuentran, desde el inicio, una clara ubicación en el derecho de negociación colectiva, cuestión que ha sido admitida sin controversias por doctrina y jurisprudencia. Junto a estas pequeñas manifestaciones empiezan a aparecer a partir de 1984 diversos sistemas de solución extrajudicial, establecidos en ámbitos autonómicos concretos por las organizaciones sindicales y patronales más representativas. Estos procedimientos, como años más tarde especificará la regulación legal, se articulaban como acuerdos colectivos sobre materias concretas (art. 83.3 ET) y estaban refrendados por los Gobiernos de las distintas CCAA²¹⁴.

Sin embargo, a pesar de que estas primeras experiencias emergen en el ámbito de la negociación colectiva, no dejan de ser una manifestación del derecho constitucional a adoptar medidas de conflicto colectivo que el art. 37 CE reconoce al colectivo de trabajadores y empresarios²¹⁵. Por tanto, lo que había nacido como consecuencia del ejercicio del derecho de negociación pasa a derivar de un precepto constitucional que, a pesar de tener múltiples titulares, es restringido por la regulación legal para que se ejercite única y exclusivamente por los sindicatos más representativos²¹⁶.

Efectivamente, y aunque en nuestro ordenamiento jurídico no contamos con una norma que regule con carácter generalizado el derecho a adoptar medidas para la solución de conflictos laborales, ni es previsible que exista en un futuro inmediato, sí se pueden encontrar referencias precisas en el Estatuto de los Trabajadores. Así, al margen de los organismos internos (comisiones paritarias) y de conformidad con el art. 83.2 ET, que regula los denominados acuerdos marco, y el art. 83.3 ET, que faculta a los sindicatos más representativos del ámbito estatal y autonómico para celebrar convenios colectivos sobre materias concretas, la regulación legal posibilita que, mediante estos acuerdos, se establezcan, con carácter general, procedimientos (mediación y arbitraje) para solucionar las controversias

²¹⁴ El primer acuerdo de estas características surgió en 1984 con la denominación de Acuerdo Vasco Interprofesional sobre Procedimientos de Resolución de Conflictos, que fue renovado en 1990 (PRECO I y II), al que siguió, en 1990, el Acuerdo Interprofesional de Cataluña (AIC), el Acuerdo Interprofesional Gallego sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos de Trabajo (AGA), de 1992, y finalmente, en 1993, el Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Colectivos de la Comunidad Valenciana. Análisis generales de estos primeros acuerdos en González Biedma, E., "Los procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos de trabajo en las Comunidades Autónomas", *REDT*, núm. 65, 1994, págs. 403 y ss.; Del Rey Guanter, S., *La resolución extrajudicial de conflictos colectivos laborales*, Sevilla, CARL, 1992, págs. 169 y ss.

²¹⁵ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "Indisponibilidad de derechos...", op. cit., pág. 26. Un comentario sobre el precepto en Monereo Pérez, J. L., "El derecho a adoptar...", op. cit., págs. 685 y ss.

²¹⁶ Monereo Pérez, J. L., "El derecho a adoptar...", op. cit., pág. 691. La derivación del art. 37 CE del derecho a crear de forma autónoma mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos en STC 217/1991, de 14 de noviembre (F. J. 5º). La doctrina constitucional entiende que si el texto constitucional reconoce el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo también ha de reconocer el derecho a crear medios propios y autónomos para solventarlos.

colectivas que susciten la aplicación e interpretación de los convenios colectivos e, incluso, las controversias individuales, si las partes se someten a ello (art. 91 ET).

La conexión imperativa de estos sistemas con los convenios interprofesionales de art. 83.3 ET restringe su elaboración, y la consiguiente participación, a los sindicatos más representativos, excluyendo al resto de organizaciones sindicales²¹⁷. Y esto, además de suponer una limitación al derecho de libertad sindical, en cuanto el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo se integra en el contenido esencial del derecho, supone una diferencia de trato entre organizaciones sindicales al reservar el diseño de estos procedimientos a las organizaciones sindicales más representativas. En estas circunstancias, si la regulación establecida en la LOLS se salvaba de la inconstitucionalidad encauzando artificiosamente, desde nuestro punto de vista, la cuestión hacía la participación institucional en sistemas de naturaleza pública, la regulación estatutaria aparece claramente como lesiva del derecho fundamental plasmado en el art. 37. 2 CE.

Y ello no porque se excluya de tan importante facultad a los sindicatos representativos (que, en último término, podrían participar de ella, al menos genéricamente, en la medida en que el propio ET posibilita el establecimiento de sistemas adicionales en los distintos ámbitos territoriales y funcionales²¹⁸, produciendo cierta

²¹⁷ Así lo entiende la jurisprudencia, que, sobre la base de que dichos instrumentos tienen la naturaleza de convenios colectivos sobre materias concretas (art. 83.3 ET), niega la participación de todos aquellos sindicatos que no tengan la consideración de más representativos. Respecto del ASEC, STS de 22 de septiembre de 1998, RJ 1998/7422 (F. J. 3º); respecto del sistema establecido en la Comunidad Autónoma de Murcia (ASECMUR), STS de 9 de julio de 1998, RJ 1998/6270 (F. J. 3º); respecto del sistema establecido en la Comunidad Autónoma Andaluza (SERCLA), STS de 30 de enero de 1999, RJ 1999/1118 (F. J. 3º). El tema, que había sido señalado por González Biedma, E., “Los procedimientos de solución extrajudicial...”, op. cit., pág. 417, es objeto de estudio por Llompert Bennàssar, M., “Sindicatos legitimados...”, op. cit., págs. 879 y ss.

²¹⁸ De hecho, como ya hemos mencionado, el propio ET reconoce que las comisiones paritarias designadas en los convenios pueden conocer de todas aquellas cuestiones que les atribuyan las partes negociadoras, las cuales habrán de consignar, expresamente, los mecanismos que se van a utilizar para dirimir las controversias (Art. 85.3e ET). Si a ello unimos que la mayoría de los Acuerdos establecidos en el ámbito autonómico exigen el sometimiento previo de las controversias a la comisión paritaria establecidas en el convenio, y que el ASEC III también se pronuncia en este sentido (art. 10), hemos de reconocer que las posibilidades de excluir a los sindicatos representativos son muy remotas. Adicionalmente, la regulación estatutaria contempla la posibilidad de que los convenios colectivos, independientemente de su ámbito geográfico y funcional, puedan regular procedimientos de estas características para resolver las discrepancias que surjan en los periodos de consultas que derivan de las medidas adoptadas en torno a las movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y la suspensión o extinción de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 85.1 ET). No obstante, el hecho de que se hagan referencias concretas al ámbito objetivo de los mecanismos de solución autónoma no significa que se deban limitar a ellas (Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo...* op. cit., págs. 402 y ss.; Rodríguez Fernández, M. L., *Negociación colectiva y solución de conflictos laborales*, Albacete, Bomarzo, 2004, pág. 119).

compatibilidad entre los criterios de la LOLS y la regulación estatutaria), sino porque todos los sistemas, en cuanto conectados a la negociación colectiva de eficacia general, estarían vedados a la generalidad de organizaciones sindicales y a otras formas de representación de los trabajadores. De esta forma, la facultad de establecer sistemas de esta naturaleza y características quedarían estructuradas en forma semejante a como se ha articulado la negociación colectiva de eficacia general, por lo que la escueta regulación legal, al igual que aquélla, sólo sería constitucional si se reconociese la licitud de otros sistemas al margen de la normativa estatutaria.

Cuestión distinta sería determinar la oportunidad y viabilidad de sistemas alternativos que no cuenten con las medidas promocionales arbitradas por el legislador, ya que éstas, de conformidad con la doctrina científica, sólo afectan a los sistemas extrajudiciales estructurados mediante convenios del art. 83.3 ET y, en consecuencia, por los sindicatos más representativos²¹⁹. Por ello, y aunque de la complejidad del sistema que estamos analizando se pudiera derivar una concepción de función compartida entre los distintos sujetos negociadores, quedaría pendiente la cuestión de estructurar la participación en dichos sistemas de los sindicatos representativos.

Ambas exclusiones (facultades de articulación y de participación), que hasta la fecha no han sido objeto de un análisis específico de constitucionalidad²²⁰, se han justificado a través de dos mecanismos, la ya mencionada concepción del derecho como manifestación de la negociación colectiva de eficacia general y su desarrollo como una medida de promoción de la autonomía colectiva²²¹.

²¹⁹ Rodríguez Fernández, M. L., *Negociación colectiva...*, op. cit., pág. 125.

²²⁰ Lamentablemente, la única sentencia vertida al efecto ha obviado pronunciarse sobre esta cuestión. Se trata de la STC 60/2004, de 19 de abril, que inadmite el recurso de amparo presentado por la organización sindical ELA-STV, por haber quedado excluida de la participación en todas las facultades que derivaron del Acuerdo Intersectorial de Navarra sobre Relaciones Laborales (1995), que la mencionada entidad no suscribió. De todas las materias reguladas en el Acuerdo destacaba por su importancia la articulación de un sistema autónomo de solución de conflictos laborales que finalmente vio la luz en 1996 con la denominación de Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos Laborales de la Comunidad de Navarra, firmado, al igual que Acuerdo Intersectorial por CC.OO, UGT y CEN. El aspecto más interesante que presenta este recurso es que las argumentaciones de las partes implicadas oscilan entre las concepciones sobre los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos que derivan de la LOLS y del ET. A estos efectos, el sindicato reclamante alega que, a pesar de no ser un sindicato más representativo en el ámbito de la Comunidad Autónoma, el art. 7.2 LOLS le permitiría participar como simple sindicato representativo, y ello porque el acuerdo cuestionado no es de naturaleza privada al contar con la intervención del Gobierno de Navarra. Los sujetos demandados, por el contrario, propugnan la desestimación del recurso de amparo, basándose en la naturaleza privada del acuerdo y en la doctrina constitucional que sostiene la falta de lesividad de las exclusiones en la participación de las comisiones que deriven de un Acuerdo que la organización excluida no ha firmado. El TS parece pronunciarse a favor de la primera interpretación en la STS 19 de junio de 1998, RJ 1998/8104 (F. J. 5º), al examinar la exclusión de la organización sindical USO de la creación del Tribunal Laboral de Conciliación, Mediación y Arbitraje de la Rioja.

²²¹ STC 217/1991, de 14 de noviembre (F. J. 6º). En el mismo sentido, y en referencia a las nuevas funciones asignadas a las Comisiones Paritarias, STS de 28 de octubre de 1997, RJ 1997/7682 (F. J. 5º).

La interpretación constitucional da rienda suelta a una promoción selectiva, también en el ámbito de mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos, que se plasma en el ámbito positivo, con ocasión de la reforma introducida en 1994, a través de diversas concreciones normativas: ampliando expresamente el contenido de la negociación con objeto de arbitrar mecanismos que diriman las controversias surgidas en periodos de consultas (85.1 ET); potenciando el papel de las comisiones paritarias con objeto de que sus funciones no se limiten a la administración de lo pactado (art. 85.3.e ET); propiciando la articulación de sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos que se apliquen con carácter generalizado; posibilitando la eficacia general de las soluciones conseguidas (art. 91 ET); y, finalmente, permitiendo que la conciliación previa al proceso se sustancie ante los organismos creados en dichos acuerdos (arts. 63 y 153.1 LPL)²²².

La reforma legal, de nuevo acogiendo lo que ya era una práctica sindical habitual, facilitará considerablemente la articulación de sistemas autónomos, por lo que a partir de ese momento proliferan los acuerdos que establecen procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos, marginando y aislando, si cabe aún más, los pocos mecanismos que se habían establecido de forma heterónoma²²³. Especial trascendencia, a estos efectos, tiene la adopción en 1996 del primer Acuerdo Estatal para la Solución Extrajudicial de Conflictos (ASEC I), que, adoptado con carácter posterior a la mayoría de los sistemas autonómicos mencionados, surge

²²² Una visión promocional ya era evidente en la STC 217/1991, de 14 de noviembre (F. J. 6); más tenue, sin embargo, en el ámbito legislativo, que hasta al momento sólo había introducido, a través de la reforma de la LPL (1990), la posibilidad de que el trámite administrativo de conciliación se efectuase en el seno de órganos establecidos por la autonomía colectiva (art. 63 y 153 LPL). Sobre la influencia que tuvo la reforma de 1994 sobre la operatividad de estos sistemas, Sala Franco, T., y Alfonso Mellado, C. L., *Los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 36 y ss.

²²³ En esta etapa aparecen la mayoría de los acuerdos, Acuerdo Interprofesional por el que se crea el Tribunal Laboral de Mediación, Conciliación y Arbitraje de la Comunidad Autónoma de la Rioja (1994), Acuerdo Interprofesional sobre la Creación del Sistema de Solución Extrajudicial de Conflictos y del Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid (1994), Acuerdo Interprofesional Canario sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos de Trabajo (1995), Acuerdo Interprofesional de creación del Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares (1995), Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos de la Comunidad Foral de Navarra (1996), Acuerdo Interprofesional para la constitución del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía (1996), Acuerdo Interprofesional de Cantabria sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos (1996), Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Castilla la Mancha (1996), Acuerdo Interprofesional sobre Procedimiento de Solución Autónoma de Conflictos Laborales en Castilla y León (1996), Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Aragón (1996), Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos de Murcia (1997), Acuerdo Interprofesional para la Solución Extrajudicial de conflictos de Extremadura (1998). Una visión general sobre el ámbito objetivo y subjetivo, los procedimientos, el papel de las comisiones paritarias y el grado de voluntariedad en Alfonso Mellado, C. L., "Solución extrajudicial...", op. cit., págs. 342 y ss.

con una amplia gama de referencias y experiencias prácticas aplicativas, perfeccionadas en las versiones posteriores, ASEC II (2001) y, especialmente, en el ASEC III (2005)²²⁴.

El problema principal que presenta la adopción de un acuerdo estatal de estas características, a los efectos que estamos considerando, será el ámbito de aplicación y su articulación respecto de los sistemas establecidos en las distintas CCAA, en ámbitos funcionales específicos y, finalmente, respecto de las comisiones paritarias establecidas en los convenios colectivos, puesto que de ello va a depender el respeto a la autonomía colectiva del resto de organizaciones sindicales.

En este sentido, y dado que dichos acuerdos constituyen una manifestación de la negociación colectiva, el ASEC podría haberse constituido como un convenio colectivo marco con la finalidad de efectuar un reparto de competencias y estructurar el sistema de procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos; sin embargo, hasta la fecha, se ha limitado a establecer unas mínimas reglas de concurrencia con los acuerdos negociados en ámbitos distintos. Así, sobre la base del ámbito territorial afectado por el conflicto, por tanto, de forma muy similar a las competencias funcionales de la jurisdicción laboral, el ASEC, siempre que exista adhesión voluntaria por parte de los sujetos que tienen legitimación para negociar, se aplicaría para solucionar los conflictos que trasciendan del ámbito de una Comunidad Autónoma. El problema está en aquellos supuestos en que los acuerdos autonómicos se atribuyen capacidad para la resolución de estos conflictos; para estos casos, el Acuerdo prevé que sean las partes las que decidan el sistema al que someten la controversia (DA Primera ASEC III)²²⁵.

Para los procedimientos que se hayan establecido con carácter sectorial la solución ha consistido en una integración voluntaria, aunque, en cierta forma, potenciada por la irradiación de las ventajas promocionales reconocidas a los acuerdos del art. 83.3 ET y un aumento considerable en la financiación de sus actividades²²⁶.

²²⁴Un profundo análisis del ASEC II, en Rodríguez Fernández, M. L., *Negociación colectiva...*, op. cit. pág. 32.

²²⁵A estos efectos, la gran diferencia que marca el ASEC respecto de la mayoría de los Sistemas implantados en las distintas CCAA es que, a pesar de adoptar la forma de acuerdo sobre materias concretas, es indirectamente aplicable en cuanto requiere de adhesiones por parte de los sujetos negociadores en ámbito inferiores. La disposición, en este sentido, de las reglas sobre la eficacia directa e inmediata por parte de los agentes sociales ha sido muy criticada por la doctrina (Mercader Uguina, J., y Piñero de la Fuente, A. J., "El Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales; un paso importante en la solución de un problema pendiente. El Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas", *RL*, núm. 9, 1996, pág. 56; Sala Franco T., y Alfonso Mellado, "Los procedimientos extrajudiciales...", op. cit., págs. 92 y ss. y 156 y ss.).

²²⁶Con respecto al ASEC II, destaca esta circunstancia Rodríguez Fernández, M. L., *Negociación colectiva...*, op. cit., págs. 125 y ss.

Finalmente, y por lo que respecta a las comisiones paritarias, el ASEC III ha clarificado ostensiblemente la cuestión respecto a la redacción anterior, potenciando su intervención al exigirse como requisito obligatorio previo a la intervención del SIMA (art. 10 ASEC III).

La nueva redacción parece ser más respetuosa con los derechos de negociación de los sujetos legitimados, al permitir que se adhieran voluntariamente al sistema y potenciar en los distintos ámbitos que los sistemas funcionen de forma independiente; incluso se llega a introducir la posibilidad de que mediante acuerdo de empresa (entre el empresario y los representantes unitarios), cuando ésta tenga centros de trabajo en distintas CCAA, puedan sumarse al Acuerdo (art. 3.3 d ASEC III). Y ello no constituye más que el reconocimiento de que el derecho a adoptar sistemas autónomos de solución de conflictos es un derecho abierto del que no se puede excluir a aquellos sujetos que no tienen atribuida la legitimidad para negociar convenios colectivos de eficacia general. La diferencia con el problema que se planteaba en el ámbito de la negociación colectiva es que ahora recae en la propia autonomía colectiva la responsabilidad de abrir los sistemas extrajudiciales articulados por los sindicatos más representativos a otros sujetos colectivos que actúan en el sistema de relaciones laborales. La cuestión, si esas medidas serán suficientes, considerando que siguen siendo los sindicatos más representativos los que articulan y participan activamente en estos sistemas que, además, están financiados con fondos públicos²²⁷.

1.6.3. Consideraciones generales sobre la participación sindical en sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos

Dado que, actualmente, no se puede mantener una separación tajante entre mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos autónomos y heterónomos, al presentar todos ellos intervenciones públicas diversas en finalidad e intensidad, y que la participación sindical en estos mecanismos tiene naturaleza y fundamento constitucional (art. 37.2 y 28 CE), la regulación contenida en LOLS se debe interpretar en el sentido de aplicarse a los sistemas de resolución de conflictos (autónomos) establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva corresponde al Tribunal Constitucional, como máximo interprete de la Constitu-

²²⁷ Resultaría muy acertado señalar que la STS de 19 de junio de 1998, RJ 1998/5913 (F. J. 5º), a pesar de partir de que el derecho se conecta con la negociación colectiva, no lleva dicha afirmación hasta sus últimas consecuencias. En este sentido, el pronunciamiento diferencia entre la participación en la creación y la participación en la fijación de las reglas de funcionamiento de tales sistemas, asegurando que ambas facultades se amparan en los arts. 6.3 d) y 7.2 de la LOLS, de forma que su desconocimiento constituye una vulneración de los derechos sindicales de las organizaciones sindicales que resulten excluidas.

ción, concretar hasta qué punto las facultades de diseñar y participar en sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos se integran en el art. 37.2 CE; para, a partir de ahí, realizar una interpretación de la LOLS que sea respetuosa con el contenido constitucional del precepto.

En este sentido, consideramos importante partir de una concepción del derecho constitucional que permita prescindir de la tajante y rígida separación entre naturaleza pública y privada en los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos y evite encasillar su contenido en otros preceptos constitucionales (negociación colectiva) o legales (participación institucional) innecesarios. Todo ello conduciría, a nuestro entender, a una interpretación de la facultad regulada en la LOLS con entidad y naturaleza propia, que prescribe, al menos, la participación de los sindicatos representativos en los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos laborales, independientemente de su naturaleza pública o privada o del grado de intervención pública²²⁸.

Oscilar entre participación institucional y negociación colectiva, además de llevar a resultados similares, ocasiona serios problemas interpretativos. La concepción de que la LOLS está plasmando una manifestación específica del derecho a la participación institucional, además de cuestionar la reserva legal de esta función genérica a los sindicatos más representativos, realizada por el mismo precepto, manifestaría cierta preferencia legal por un tipo de sistemas que, por el alto grado de intervención pública que requiere el propio concepto de participación institucional, podría lesionar la autonomía colectiva.

Por otro lado, la consagración como una facultad derivada del derecho de negociación colectiva de eficacia general, además de cuestionar la naturaleza constitucional del derecho, implica, como ya hemos visto, la exclusividad de las organizaciones más representativas a la hora de estructurar los sistemas extrajudiciales, y, como consecuencia, la exclusión de todos aquellos sindicatos que no hayan firmado el acuerdo de la participación en la estructura orgánica y procedimental creada por los sindicatos más representativos. En este sentido, no podemos perder de vista que negar la participación de los sindicatos representativos supone contrariar la regulación de la LOLS, máxime cuando la regulación del ET, en cuanto a la legitimación para negociar acuerdos de este tipo, remitía, en su redac-

²²⁸ Relativiza la naturaleza pública o privada de estos procedimientos Casas Baamonde, M. E., "Procedimientos autónomos de solución de los conflictos, relaciones laborales y jurisprudencia constitucional", *RL*, núm. 9, 1999, págs. 1 y ss. Han admitido expresamente la legitimidad de los sindicatos representativos para suscribir estos acuerdos Pérez de los Cobos y Orihuel, "Los pactos modificativos de las condiciones de trabajo", *RL*, núm. 2, 1996, págs. 28 y ss.; Mercader Uguina, J., *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Madrid, UAM, 1994, pág. 372. Alfonso Mellado y Blasco Pellicer, "El acuerdo sobre solución de conflictos colectivos laborales en la Comunidad Valenciana", *TS*, núm. 39, 1994, pág. 29. En el ámbito jurisprudencial, STS de 19 de junio de 1998, RJ 1998/5913 (F. J. 5º).

ción originaria, a un concepto de mayor representatividad que no es el mismo al establecido con carácter posterior.

Es, por tanto, la identificación como una manifestación del derecho de negociación colectiva lo que no permite ni la elaboración ni la participación de los sindicatos representativos, y ello, en la medida en que dicho contenido derive del texto constitucional y se integre en el derecho de libertad sindical, es lesivo de éste último en cuanto constituye una restricción articulada sobre una diferencia de trato entre los sujetos sindicales. Por ello, no consideramos conveniente aquellas posturas que pretenden sostener un término intermedio, esto es, la reserva de legitimación para negociar a los sindicatos más representativos y la participación de los sindicatos simplemente representativos, pues no responde, en ningún caso, a los esquemas de la negociación colectiva sobre los que se elabora la doctrina constitucional²²⁹.

1.7. Representatividad y acción sindical en la empresa

La enumeración presente en el art. 6 LOLS no supone una lista cerrada de facultades sindicales que se puedan atribuir en función de la representatividad. Existen, como ya hemos tenido ocasión de analizar, facultades dispersas en preceptos de la propia LOLS y de otras disposiciones legales²³⁰. Con respecto a las diferen-

²²⁹ Mantiene esta posición Llopart Bennàssar, M., "Sindicatos legitimados...", op. cit., pág. 894. Existen pronunciamientos jurisprudenciales donde se rechaza expresamente esta solución al considerar que la participación a posteriori en la composición de estos organismos no legitima la lesión de su derecho a participar en la creación de los sistemas extrajudiciales [STS 19 de junio de 1998, RJ 1998/5913 (F. J. 5º)].

²³⁰ Además de las que ya han sido analizadas, como la facultad de estructurar la negociación colectiva (art. 83.2 ET) o establecer sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos (83.3 ET), debemos destacar, muy significativamente, por lo silenciada que siempre ha estado, la reserva del 50% de las plazas de las residencias de vacaciones dependientes del antiguo Instituto Social del Tiempo Libre. La génesis de esta facultad se encuentra en el ANE, que preveía el establecimiento de preferencias y especialidades específicas para el uso de dichas instalaciones a los afiliados de las organizaciones sindicales firmantes (UGT y CC.OO.), concretadas en el propio acuerdo en la reserva del mencionado porcentaje (VI. Ap. 4). Durante los primeros años de la década de los ochenta las competencias de dicho Instituto fueron asumidas por las distintas CCAA, que, con carácter general, reservaron, en virtud de acuerdos con las organizaciones sindicales mayoritarias, el mismo porcentaje de plazas a los sindicatos más representativos (en el caso de la Comunidad Autónoma Andaluza, Convenio de 12 de abril de 1984 y Acuerdo de Concertación de 24 de julio de de 1987, firmados por Consejería de Trabajo y Seguridad Social y las organizaciones sindicales CC.OO. y UGT). Precisamente, han sido las diversas regulaciones andaluzas en la materia las que han ocasionado, en dos ocasiones, la intervención del TS negando la constitucionalidad de la reserva a favor de los sindicatos más representativos, al considerar que la medida, más que manifestación de la participación institucional, constituye una facilitación de medios públicos para que los sindicatos atiendan necesidades de los trabajadores, por lo que no existe razón para excluir al resto de organizaciones sindicales [STS de 2 de junio de 1992, RJ 1992/4769 (F. J. 3º) y STS de 13 de junio de 2005, RJ 2005/5554 (F. J. 4º)].

cias establecidas por la normativa específica, la LOLS, dentro de su objetivo fundamental de promocionar el fenómeno sindical a través del sindicato más representativo, contiene una importante regulación de la actividad sindical en la empresa que viene a consagrar las prácticas sindicales que se habían instaurado antes de su aprobación²³¹.

No obstante, hay que tener en cuenta que, hasta ese momento, dichas prácticas se habían desarrollado mediante la confluencia de distintos sujetos colectivos, de naturaleza unitaria y sindical, y al amparo de la regulación establecida en el Título II del ET. La doctrina ha destacado cómo en el momento de aprobar el ET existían, al menos en el ámbito empresarial, dos modelos de sindicalismo instaurado en la práctica social²³². El modelo seguido por UGT, consistente en actuar a través del sindicato supraempresarial, y el de CC.OO, basado en la actuación a través de los comités de empresa²³³. Frente a estos dos modelos, el legislador debía apostar por uno de ellos y, al parecer, así lo hizo el Título II del ET en favor de los órganos de representación unitaria, ampliamente favorecidos por la regulación legal²³⁴. Sin embargo, como destacan algunos autores, esta preferencia era sólo aparente, en cuanto la regulación estatutaria introducía como pequeña matización “*sin perjuicio de otras formas de representación*”, sentando las bases para el desarrollo de futuras estructuras sindicales en la empresa, y, lo que quizá era más relevante, para provocar una transformación estructural de las instancias representativas y participativas que, un poco más tarde, consagrará la LOLS²³⁵.

Con la promulgación de la LOLS el legislador institucionalizaba, a través de la regulación de órganos sindicales en la empresa, el doble canal de representación, aunque potenciando, eso sí, la presencia sindical. Efectivamente, a partir de

²³¹ Luján Alcaraz, J., *La acción sindical en la empresa...*, op. cit., pág. 74. Sobre las prácticas instauradas en la negociación colectiva a la entrada en vigor de la LOLS, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Negociación colectiva sobre representación”, op. cit., págs. 426 y ss.

²³² La cuestión durante los últimos años del franquismo en Montoya Melgar, A., *La representación sindical en la empresa*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1968; Durán López, F., *La acción sindical en la empresa. Su protección legal*, Bolonia, Real Colegio de España, 1976.

²³³ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Cruz Villalón, J., “El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical”, *RL*, T. I, 1987, pág. 83; Borrajo Dacruz, E., “Dos décadas de experiencia...”, op. cit., págs. 137 y ss.; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales...”, op. cit., pág. 66; Luján Alcaraz, J., *La acción sindical en la empresa...*, op. cit., pág. 80.

²³⁴ Casas Baamonde, M. E., y Escudero Rodríguez, R., “Representación sindical...”, op. cit., pág. 63; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Cruz Villalón, J., “El sindicato en la empresa...”, op. cit., pág. 85.

²³⁵ Borrajo Dacruz, E., “Dos décadas de experiencia...”, op. cit., págs. 137 y ss.; Luján Alcaraz, J., *La acción sindical en la empresa...*, op. cit., págs. 8 y ss.

este momento el sistema de relaciones laborales implantado en nuestro país, sobre todo en lo que se refiere a la negociación colectiva de eficacia general, requiere de un profundo proceso de sindicalización de las representaciones unitarias, al constituir un punto de referencia necesario para instaurar el sistema de representatividad sindical (art. 6 LOLS) y estructurar el derecho de negociación colectiva de las secciones sindicales en la empresa²³⁶. En este contexto, la regulación establece una serie de prerrogativas en función de la representatividad que se traducen, principalmente, en reconocer facultades de acción sindical en la empresa (fundamentalmente el derecho de negociación colectiva por parte de las secciones sindicales) y en el establecimiento de las facilidades que ha de ofrecer el empresario para el pleno y efectivo ejercicio de la actividad sindical. En este sentido, la LOLS diferencia expresamente dos tipos de secciones sindicales, las que pertenecen a sindicatos más representativos y aquellas que cuentan con presencia en los órganos de representación unitaria, ya se trate de comité de empresa o de delegados de personal²³⁷.

Las secciones sindicales de los sindicatos más representativos tienen reconocidas, independientemente de su representatividad en el ámbito empresarial, el derecho a un tablón de anuncios para facilitar la transmisión de información de interés general para los trabajadores, el derecho a la negociación colectiva en los términos que establezca el ET y el derecho a utilizar un local adecuado para sus actividades en aquellas empresas o centro de trabajo con más de 250 trabajadores (art. 8.2 LOLS)²³⁸. Por otro lado, los cargos electivos de los sindicatos más representativos, siempre que lo sean a un nivel provincial, autonómico o nacional, tendrán derecho a permisos no retribuidos para ejercitar sus funciones representativas, derecho a la excedencia forzosa en su puesto de trabajo y el derecho a acceder y permanecer en los centros de trabajo con objeto de participar en actividades propias del sindicato al que pertenecen o de los trabajadores en general (art. 9.1 LOLS)²³⁹. Por último,

²³⁶ Borrajo Dacruz, E., "Dos décadas de experiencia...", op. cit., págs. 145 y ss.

²³⁷ Seguimos, por tanto, la distinción realizada por Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Cruz Villalón, J., "El sindicato en la empresa...", op. cit., págs. 88 y 89, que diferencian entre "representatividad por irradiación" y "representatividad real".

²³⁸ El AMI se presentaba más benévolo al reconocer el ejercicio de funciones sindicales en la empresa en virtud del nivel de implantación de las organizaciones sindicales (Ap. XI). Así, preveía que en aquellas empresas en las que los sindicatos tuvieran suficiente y apreciable afiliación, estas entidades podrían remitir información con objeto de distribuirla fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad empresarial; que en los centros de trabajo que contaran con más de 100 trabajadores, los sindicatos debidamente implantados contarán con tabloneros de anuncios para insertar comunicaciones, etc.

²³⁹ No parece que la exigencia de mayor representatividad se requiera para los representantes sindicales que permanezcan en activo y participen en la negociación de un convenio colectivo que afecte a la empresa, a los que se reconoce el derecho a los permisos retribuidos necesarios para cumplir con su función de agente negociador, independientemente de la representatividad del sindicato (9.2 LOLS). Sobre la amplitud del precepto, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Cruz Villalón, J., "El sindicato en la empresa...", op. cit., pág. 105.

estas organizaciones sindicales podrán presentarse como sujetos coadyuvantes en los procesos incoados por lesión de los derechos de libertad sindical de la generalidad de los trabajadores (art. 14 LOLS)²⁴⁰.

Las secciones sindicales que cuenten con presencia en las estructuras unitarias tendrán los derechos mencionados en el art. 8.2 LOLS, esto es, negociación colectiva, tablón de anuncios y local adecuado, mientras que, por otro lado, el art. 10.1 LOLS les reconoce el derecho a elegir, por y entre los afiliados, un delegado sindical siempre que la empresa o el centro de trabajo cuente con más de 250 trabajadores (art. 10 LOLS).

Con ello la regulación legal establece una serie de diferencias entre las organizaciones sindicales que se materializan a través de sus respectivas secciones sindicales. Desde este punto de vista, existen organizaciones sindicales que reciben un trato privilegiado respecto de las organizaciones sindicales implantadas en la empresa, que, como establece la regulación legal, tienen derecho a constituirse como sección sindical, a celebrar reuniones sindicales, a recaudar cuotas, distribuir información sindical y recibir información de su sindicato (art. 8.1 LOLS). No obstante, hay que advertir, frente a aquellos planteamientos que aseguran que este dato indica que la regulación legal parte de una posición de igualdad entre sujetos sindicales en la empresa²⁴¹, que las facultades reconocidas, además de predicarse de los trabajadores afiliados a un determinado sindicato²⁴², y, en consecuencia, estar amparadas por otros derechos fundamentales²⁴³, son insignificantes si las comparamos con las atribuidas al resto de organizaciones sindicales, al menos si se ana-

²⁴⁰ El art. 14 LOLS faculta a los sindicatos más representativos, así como a la organización sindical a la que pertenezca el trabajador afectado, para participar como coadyuvantes en los procesos iniciados por los trabajadores con objeto de impugnar comportamientos antisindicales. De conformidad con esta regulación, el art. 175.2 de la LPL reconoce la misma facultad respecto del proceso especial de tutela de los derechos de libertad sindical y del resto de derechos fundamentales.

²⁴¹ Luján Alcaraz, J., *La acción sindical en la empresa...*, op. cit., pág. 89.

²⁴² SSTC 292/1993, 18 de octubre (F. J. 4º B); 168/1996, de 29 de octubre (F. J. 3º).

²⁴³ La doctrina constitucional considera el derecho de reunión como “derecho autónomo de libertad individual y ejercicio colectivo que sirve de instrumento a los derechos de libre expresión y de asociación y, en el ámbito laboral, también al derecho de libertad sindical” (SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 126/1990, de 5 de julio; 85/1988, de 28 de abril). En relación con el derecho de libertad sindical, el derecho de reunión se ha considerado una manifestación del contenido esencial [SSTC 168/1996, de 29 de octubre (F. J. 5º), y 91/1983, de 7 de noviembre (F. J. 2º)], por lo que, cuando la reunión sea dentro del centro, el empresario, siempre que sea posible, debe poner a disposición de los trabajadores un local adecuado, lo que significa que dicha facultad es complementaria a esta manifestación del contenido esencial del derecho. Circunstancias muy parecidas se dan en el derecho de información sindical, pues, al igual que en el caso anterior, constituye, además de un manifestación del derecho a la libertad de expresión, un elemento esencial para el ejercicio de la actividad sindical de los trabajadores afiliados y, por tanto, de obligado reconocimiento a todos los integrantes de la sección sindical [SSTC 201/1999, de 8 de noviembre (F. J. 4º); 213/2002, de 11 de noviembre (F. J. 7º)].

lizan con sujeción estricta al tenor literal, pues en ningún caso la acción sindical puede quedar reducida a aspectos tan nimios como los mencionados²⁴⁴.

A pesar de ello, de nuevo, los pronunciamientos constitucionales salvarán la inconstitucionalidad de la regulación legal, acudiendo a la tradicional doctrina del contenido del derecho de libertad sindical, que ubica el derecho a constituir secciones sindicales, designar portavoces permanentes y desempeñar las actividades imprescindibles para que el sindicato sea reconocido como tal, dentro del contenido esencial del derecho de libertad sindical; mientras que las facultades instrumentales dirigidas a facilitar la acción sindical y que han sido atribuidas por mecanismos legales o convencionales se integran en el contenido adicional del derecho, por lo que, al no afectar su esencia, pueden ser atribuidas, de forma diferenciada, a los distintos sindicatos²⁴⁵.

Desde esta perspectiva, los órganos sindicales que se pueden arbitrar en la empresa tienen dos facetas: como instancias organizativas internas del sindicato y como representaciones externas, frente al empresario, a las que la ley concede prerrogativas que suponen cargas y costes para la empresa²⁴⁶. Desde el punto de vista interno, la designación de órganos sindicales, ya sean secciones sindicales o delegados sindicales, constituye una manifestación del derecho de autonomía organizativa del sindicato y, como tal, constituye una manifestación del contenido esencial de la libertad sindical, por lo que la ley no lo puede limitar²⁴⁷; pero en cuanto di-

²⁴⁴ No en vano el art. 2.2 d) LOLS reconoce como derechos integrados en la dimensión colectiva del derecho el ejercicio de actividad sindical tanto en la empresa como fuera y, por tanto, el derecho a la negociación colectiva (de eficacia limitada), el ejercicio del derecho de huelga, el planteamiento de conflictos individuales y colectivos y la presentación de candidaturas a las elecciones sindicales en los términos previstos en las normas correspondientes.

²⁴⁵ La doctrina constitucional se ha mantenido inalterable hasta la actualidad [SSTC 61/1989, de 3 de abril (F. J. 2º); 173/1992, de 29 de octubre (F. J. 4º); 121/2001, de 4 de junio (F. J. 3º); especialmente, 229/2002, de 9 de diciembre (F. J. 2º)]. Un análisis general sobre la acción sindical en el empresa y las consecuencias de su integración en el contenido constitucional del derecho de libertad sindical en Durán López, F., y Sáez Lara, C., "Libertad sindical y acción sindical...", op. cit., págs. 165 y ss.

²⁴⁶ SSTC 61/1989, de 3 de abril (F. J. 3º); 168/1996, de 29 de octubre (F. J. 3º); 229/2002, de 9 de diciembre (F. J. 2º).

²⁴⁷ Significativa es la STC 84/1989, de 10 de mayo, que resuelve un recurso de amparo presentado por CNT ante la negativa empresarial a reconocer un delegado sindical como representante de la sección sindical que la organización había constituido en la empresa. La singularidad se encuentra en que la organización sindical sólo exigía el reconocimiento del representante y no el sistema de garantías instaurado en el art. 10 LOLS. En el mismo sentido, SSTC 292/1993, 18 de octubre (F. J. 4º), y 168/1996, de 29 de octubre (F. J. 4º). La cuestión se vuelve a plantear en la STC 201/1999, de 8 de noviembre (F. J. 4º), cuando un delegado sindical de CNT es sancionado por distribuir información sindical fuera del horario de trabajo y sin perturbar la actividad empresarial. La conducta empresarial se basa en que la organización a la que pertenece no tiene presencia en el comité, por lo que su representante no puede actuar como un delegado sindical ni firmar los escritos con esa denominación. La res-

chos órganos tienen una manifestación externa y crean obligaciones para el empresario, el ejercicio del derecho conlleva un derecho de prestación a cargo de tercero, motivo por el que el legislador regula su ejercicio sujetándolo a determinados requisitos, referidos a las características de la unidad productiva y al nivel de audiencia del sindicato en el ámbito específico, con objeto de que la autonomía organizativa sindical no genere excesivas cargas al empresario²⁴⁸.

Partiendo de esta distinción, se acepta que puedan existir tantos delegados sindicales como se quiera siempre que el órgano sindical se limite a ser una simple instancia organizativa del sindicato; ahora bien, desde el momento en que la actuación de un órgano de estas características pretende actuar frente al poder empresarial y gozar por ello de las garantías y facilidades que reconoce la norma legal (art. 10.3 LOLS) es necesario que cumpla con los requisitos que establece la regulación y que así venga reconocido por el empresario, que, a estos efectos, podrá realizar la comprobaciones precisas con objeto de acreditar que la elección es procedente, siempre que con que dichas actuaciones no vulnere los derechos fundamentales del sindicato, del representante en general y de los afiliados en particular²⁴⁹.

La interpretación evidencia que, por muy objetivo que pueda ser el criterio diferenciador, esto es, el criterio de representatividad, su utilización restringe los derechos sindicales de las organizaciones preteridas, que no sólo engloban las facultades de autoorganización sino también la libertad de acción sindical, que, por integrarse en el contenido esencial del derecho, no puede ser restringida sin que exista un interés tutelable desde el ámbito constitucional. Lo artificioso de la distinción entre contenido esencial y adicional de los derechos sindicales (así como la posibilidad de establecer diferencias en los contenidos adicionales) se hace patente si se realiza un somero análisis de las facultades atribuidas a las secciones sindicales promocionadas, sobre todo en aquellos casos en que dichas facultades se traducen en una obligación de hacer respecto del empresario²⁵⁰.

puesta del Tribunal ante estas alegaciones es rotunda: la regulación legal no puede impedir que las secciones sindicales nombren a sus representantes ni que desarrollen las funciones que con proyección externa protege el contenido esencial del derecho de libertad sindical, atribuyéndolas a cualquier trabajador afiliado (que, por ejercitar actividad sindical, está protegido por la garantía de indemnidad sindical); lo que en ningún caso podrá exigirse es que estos representantes disfruten de los derechos prestacionales que reconoce el art. 10.3 LOLS.

²⁴⁸ SSTC 61/1989, de 3 de abril (F. J. 2º); 188/1995, de 18 de diciembre (F. J. 8º y 9º). Sobre la legitimidad de los requisitos exigidos para la designación de delegado sindical, STC 173/1992, de 29 de octubre (F. J. 6º).

²⁴⁹ SSTC 292/1993, de 18 de octubre (F. J. 4º y 6º); 145/1999, de 22 de julio (F. J. 5º); 201/1999, de 8 de noviembre (F. J. 5º); 229/2002, de 9 de diciembre (F. J. 2º).

²⁵⁰ No obstante, existen algunas autores que parecen inclinarse por una posición menos estricta, al considerar que la acción sindical en la empresa tiene base constitucional tanto en el reconocimiento de las facultades de autoorganización que derivan de la autonomía sindical (art. 7 CE) como en el de-

La obligación empresarial de facilitar un tablón de anuncios se relaciona con la libertad de expresión de los sujetos sindicales y, en consecuencia, con el derecho a transmitir información a sus afiliados y a los trabajadores en general. Desde esta perspectiva, el tablón de anuncios constituye un mecanismo para hacer efectivo el derecho a la información sindical, por lo que no se entiende que se reserve a los sindicatos más representativos o a los que cuenten con presencia en las representaciones unitarias. Esta es la razón de que ni siquiera se haya considerado la posibilidad de establecer un mínimo de trabajadores para imponer esta obligación al empresario, tampoco parece razonable la reserva exclusiva de ese derecho a determinadas secciones sindicales, especialmente si consideramos que el derecho a transmitir información sindical forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical, independientemente de los medios materiales a través de que se pueda ejercitar²⁵¹.

De hecho, la incoherencia que supone reservar una facultad de estas características a determinadas organizaciones sindicales, que ni siquiera han de contar con implantación significativa en la empresa, se ha ido poniendo en evidencia a través de dos circunstancias distintas: por un lado, al examinar la legitimidad de aquellas conductas empresariales consistentes en retirar información sindical no depositada en el tablón de anuncios²⁵²; por otro, en el tratamiento que están recibiendo los mecanismos telemáticos surgidos en el marco de la revolución informática, por ejemplo, la utilización del correo electrónico, y su utilidad para transmitir informa-

recho a la actividad sindical (art. 28 CE). Lo que ocurre es que, al desarrollarse dentro de la organización empresarial, su ejercicio ha de compatibilizarse con la existencia de otros derechos constitucionales como la libertad de empresa reconocida en el texto constitucional. El punto de equilibrio se consigue, de conformidad con estos planteamientos, limitando los sujetos sindicales beneficiarios del derecho (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Cruz Villalón, J., “El sindicato en la empresa...”, op. cit., pág. 102; Luján Alcaraz, J., *La acción sindical en la empresa...*, op. cit., pág. 79).

²⁵¹ SSTC 94/1995, de 19 de junio (F. J. 3º); 281/2005, de 7 de noviembre (F. J. 4º). La regulación legal de la facultad supedita su ejercicio a una serie de condicionantes. En este sentido, las actividades de información y proselitismo sindical deben realizarse fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa. El establecimiento de estos límites se han justificado en el carácter ilimitado que presenta el derecho de libertad sindical y en la necesidad de preservar otros bienes o derechos constitucionales, de forma que ante el ejercicio de las facultades sindicales corresponde al Tribunal examinar la corrección de la ponderación realizada por los órganos judiciales, no quedándose en la mera razonabilidad, que es el canon que corresponde al art. 24 CE [STC 94/1995, de 19 de junio (F. J. 4º)].

²⁵² La STSJ de Cataluña, de 25 de febrero de 1999, considera lesivo del derecho de libertad sindical suprimir carteles que, aun sin estar en el tablón de anuncios, ofrezcan información sobre la postura sindical respecto problemas concretos o hagan llamamientos a la manifestación para su defensa. Así mismo, tampoco se puede obstaculizar la transmisión de información sindical por vías distintas alegando que existe un local sindical y un tablón de anuncios a disposición de esa concreta sección sindical ó pretender que sólo se realice actividad sindical a través de estos mecanismos [STC 94/1995, de 19 de junio (F. J. 4º)].

ción sindical en la empresas de cierta dimensión²⁵³. El tratamiento de ambas cuestiones pone en evidencia, cada vez con más claridad, que estas facilidades constituyen un reflejo del derecho de libertad de expresión, vital en el ejercicio de actividades sindicales, y que, en consecuencia, el reconocimiento diferenciado entre organizaciones sindicales, al constituir un limitación del derecho, ha de tener como finalidad la protección de otros bienes o derechos constitucionales.

Reflexiones muy parecidas cabe realizar sobre la obligación empresarial de facilitar un local adecuado para desarrollar actividad sindical, facultad que se condiciona a la concurrencia de dos requisitos: el subjetivo, que determina la titularidad en los mismos términos referidos respecto del tablón de anuncios, y el objetivo, plasmado en la exigencia de que el centro de trabajo cuente con más de 250 trabajadores. No obstante, la doctrina advierte la diferencia existente entre el derecho a utilizar un local con carácter permanente como derecho reconocido sólo a determinadas secciones sindicales, el derecho a usarlo con carácter ocasional como mecanismo para posibilitar el ejercicio del derecho de reunión sindical por parte de todas las secciones sindicales existentes en la empresa y el derecho reconocido a los representantes unitarios por la regulación estatutaria condicionado a que las características de la empresa lo permitan (art. 81 ET)²⁵⁴.

Precisamente por la múltiples variables que presenta el derecho a la utilización de un local, y de forma semejante a como ocurría con el tablón de anuncios, la doctrina primero, y la jurisprudencia más tarde, han entendido que el uso del local puede ser compartido entre varias secciones sindicales, y también entre éstas y los órganos de representación unitaria²⁵⁵. El problema, lógicamente, se va a sus-

²⁵³ Es significativa a estos efectos la STC 281/2005, de 7 de noviembre (F. J. 7º), que resuelve un recurso de amparo presentado por CC.OO. ante la resistencia empresarial a que la organización sindical utilice el sistema de correo electrónico para difundir información sindical. El Tribunal considera, ante la falta de regulación legal (lo que no obstaculiza la imposición de una obligación prestacional a cargo del empresario) que no se trata de que el ejercicio del derecho obligue a la empresa a asegurar y facilitar ese medio de comunicación para uso sindical, pero sí de que, una vez establecido con finalidades productivas, el empresario no pueda impedir un uso sindical para el ejercicio de actividades representativas, y, en este sentido, el pronunciamiento considera que una conducta de estas características supone lesionar el derecho de libertad sindical, en cuanto la transmisión de información sindical forma parte de su contenido esencial y, en consecuencia, debe reconocerse a todas las organizaciones sindicales con implantación en la empresa. Sobre esta materia, Torrents Margalef, J., “La disposición de las tecnologías de la información y comunicación al servicio de los representantes de los trabajadores”, en Escudero Rodríguez, R., *La negociación colectiva en España. Un mirada crítica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, págs. 326 y ss. Consideraciones distintas merece la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, Durán López, F., y Sáez Lara, C., “Representación y participación de los trabajadores...”, op. cit., págs. 302 y ss.

²⁵⁴ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Cruz Villalón, J., “El sindicato en la empresa...”, op. cit., pág. 102; Luján Alcaraz, J., *La acción sindical en la empresa...*, op. cit., pág. 250.

²⁵⁵ Martínez Emperador, R., “Ley de libertad sindical: breve estudio exegético”, *AL*, núm. 50, 1985, págs. 2487 y ss; SSTs de 2 de junio de 1997, RJ 1997/4617, y de 3 de febrero de 1998, RJ 1998/1431. En sentido contrario, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Cruz Villalón, J., “El sindicato en la empresa...”, op. cit., pág. 102.

citar con la forma o procedimiento para distribuir su uso, siendo la mejor opción a estos efectos que los distintos sujetos colectivos con derecho a uso arbitren una solución, siempre que no sea discriminatoria por marginar a alguno de los titulares reconocidos en virtud de la regulación legal o convencional²⁵⁶.

La cuestión fundamental que presenta el derecho a la utilización de un local no deriva sólo del carácter instrumental que presenta la facultad respecto de contenidos esenciales del derecho de libertad sindical, concretamente, respecto del ejercicio del derecho de reunión, comunicación e información sindical²⁵⁷ (que, indudablemente, se ven favorecidos si las organizaciones sindicales cuentan con una localización permanente en la empresa), sin que ello suponga, en principio, una vulneración de los derechos sindicales del resto de organizaciones sindicales, que pueden hacer un uso ocasional del mismo. La cuestión está en que, al igual que ocurría con las subvenciones estatales a las organizaciones sindicales, estas facilidades contribuyen a la consolidación de unas organizaciones respecto de otras, que no se ven favorecidas por la regulación legal; en que las medidas materiales que arbitra el legislador no son neutrales en cuanto posibilitan el desarrollo organizativo en la empresa de determinadas organizaciones sindicales mientras que obstaculiza, al no dar las mismas facilidades, las posibilidades del resto, además de dificultar el desarrollo de sus funciones sindicales (administración, asesoramiento, etc.); en que, si por cualquier circunstancia estas organizaciones sindicales acceden a las mismas facilidades, se les puede acusar de vulnerar la libertad sindical de las organizaciones promocionadas, no por dificultar o impedir el desarrollo de sus funciones, sino por quebrar su situación privilegiada²⁵⁸.

2. LAS CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE SINDICACIÓN

En los casos de diferenciaciones realizadas entre asociaciones sindicales, la cuestión de la “*discriminación sindical*”, sobre todo cuando las medidas diferenciadoras proceden del poder legislativo, no se ha enfocado como una injerencia sobre el derecho de libertad sindical, sino como una mera diferencia de trato que,

²⁵⁶ Aboga por esta solución Luján Alcaraz, J., *La acción sindical en la empresa...*, op. cit., pág. 252.

²⁵⁷ En este sentido, STC 168/1996, de 29 de octubre (F. J. 4º).

²⁵⁸ Crítica Luján Alcaraz, J., *La acción sindical en la empresa...*, op. cit., pág. 253, refiriéndose a la STSJ de Murcia de 23 de abril de 1999, que no se declare la vulneración de la libertad sindical producida a CC.OO por la decisión empresarial de permitir que la organización sindical USO use el local para cumplir sus funciones sindicales, aun no siendo uno de los sindicatos que tienen reconocida dicha facultad por la regulación legal.

en función de las circunstancias, podrá lesionar o no los derechos de sindicación. Es conveniente advertir, en este sentido, que tanto de la doctrina científica como de los pronunciamientos jurisprudenciales examinados se puede extraer, con carácter general, que, junto al reconocimiento del contenido del derecho de libertad sindical, el art. 28 CE integra un mandato de igualdad entre las distintas organizaciones sindicales que debe ser respetado por los distintos poderes públicos²⁵⁹.

Esta integración, por intrascendente que parezca, conlleva importantes consecuencias en el ámbito de la libertad sindical colectiva, íntimamente relacionadas, y que derivan todas ellas de la concepción de la promoción sindical que se quiere rija nuestro ordenamiento jurídico. Como hemos tenido ocasión de mencionar, las primeras referencias a la “*promoción sindical*” en la doctrina constitucional, que surgen como consecuencia del análisis de la mayor representatividad sindical, eluden cualquier explicación sobre su origen o legitimidad constitucional. Con el paso de los años los pronunciamientos del Tribunal van aclarando el asunto y, además de aportar fundamento constitucional para articular la promoción selectiva de los sujetos sindicales, intentan ofrecer, al menos desde el ámbito teórico, una explicación coherente desde la perspectiva del contenido de los derechos de sindicación. No obstante, la consideración de esos elementos no ha propiciado una concepción unívoca del sistema promocional, que ha sido entendido desde dos perspectivas distintas.

La postura dominante es aquella que concibe la promoción sindical como una facultad libre del legislador, quien, en virtud del principio de libertad de configuración legislativa, tiene amplias facultades para diseñar su estructura y objetivos, con la única limitación de observar la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CE; esta circunstancia, como veremos en seguida, se controla a través del criterio de razonabilidad, esto es, la exigencia de una causa objetiva y razonable²⁶⁰. Del análisis efectuado se deduce que, en líneas generales, ésta es la postura adoptada en la jurisprudencia constitucional, que no ha dudado en declarar la legitimidad del criterio de representatividad sindical por considerarlo objetivo y razonable a la hora de efectuar diferenciaciones entre los sujetos sindicales. Como mucho, la evolución jurisprudencial ha permitido matizar esta declaración general, admitiendo que, por muy objetivo y razonable que sea dicho criterio, no siempre su utilización es legítima, puesto que la legitimidad dependerá de la finalidad que se persiga con la diferenciación.

²⁵⁹ Entre otras, SSTC 53/1982, de 22 de julio (F. J. 1º); 98/1985, de 9 de julio (F. J. 2º); 217/1988, de 21 de noviembre (F. J. 2º).

²⁶⁰ En este sentido son paradigmáticas las declaraciones contenidas en la STC 98/1985, de 9 de julio (F. J. 5º), al considerar que la política promocional articulada por el legislador a través del criterio de representatividad es una decisión política no controlable judicialmente salvo si vulnera la obligación de igualdad de trato entre las organizaciones sindicales. En el mismo sentido se había pronunciado la STC 99/1983, de 16 de noviembre (F. J. 2º).

Junto a esta concepción late otra muy distinta que enfoca la promoción de la libertad sindical como un problema de tensión entre varios principios jurídicos: por un lado, el de libertad sindical y el relativo a la igualdad de trato; por otro, el principio de promoción del hecho sindical que, de conformidad con la doctrina constitucional, tiene su ubicación en el art. 7 CE²⁶¹. Esta segunda concepción, mucho más acertada desde nuestro punto de vista, tiene la virtualidad de enfocar el asunto (y con él los mecanismos fundamentales a través de los que se manifiesta) como un problema de límites entre varios principios constitucionales que, en principio, obliga a establecer una vigencia ponderada de cada uno de ellos. Y es a raíz de este planteamiento del que surge, de forma inmediata, el problema de la limitación de los derechos de libertad sindical, que ya no puede ser resuelto desde la perspectiva de la diferencia de trato, sino desde la injerencia en su contenido constitucionalmente garantizado²⁶². Inmersos en un contexto de estas características los derechos sindicales colectivos pueden concebirse de forma amplia, sin que ello suponga una vigencia absoluta e incondicional de todas sus manifestaciones, puesto que pueden ser objeto de limitación con objeto de garantizar otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos.

La diferencia entre una y otra concepción se va a manifestar, sobre todo, en la distinta consideración que se otorgue a las manifestaciones de la autonomía colectiva, es decir, a la acción sindical. Recordemos, a estos efectos, que ya en el ámbito internacional existían dos formas de concebir los derechos de libertad sindical cuando las diferencias de los poderes públicos incidían sobre ellos. Para la OIT, los requisitos fundamentales que han de observar los mecanismos de representatividad para obtener legitimidad derivan no sólo de la prohibición de discriminación sino también del contenido de los derechos de sindicación, por lo que, si bien, los distintos Estados han de establecer los mecanismos adecuados para evitar medidas discriminatorias, también habrán de estructurar instrumentos dirigidos a garantizar el ejercicio efectivo del derecho de libertad sindical. Desde esta perspectiva, las diferenciaciones entre organizaciones sindicales no pueden impedir el ejercicio del derecho a aquellos sindicatos que no ostenten la mencionada condición, incluyendo las manifestaciones esenciales de la acción colectiva²⁶³.

Para el TEDH, en cambio, el reconocimiento del derecho de libertad sindical no garantiza a sus titulares un trato específico por parte del Estado, en el sentido de

²⁶¹SSTC 98/1985, de 9 de julio (F. J. 7º); 32/1990, de 26 de febrero (F. J. 3º); 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 3º).

²⁶²La confusión que se produce en la doctrina constitucional es patente, pues considera que se trata de un problema de límites entre dos principios constitucionales; por tanto, el criterio diferenciador ha de cumplir con los requisitos de objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad [STC 147/2001, de 26 de Junio (F. J. 3º)], cuando lo más acertado es prescindir de la diferencia de trato y aplicar la doctrina de las injerencias en los derechos fundamentales.

²⁶³OIT, *Libertad sindical...*, op. cit., págs. 17, 18, 32 y 35.

que éste no está obligado a reconocer las distintas manifestaciones de la acción colectiva, y ello porque dichas facultades no son inherentes al derecho reconocido por el art. 11 CEDH ni necesarias para que las organizaciones sindicales ejerzan de forma eficaz su derecho a la libertad sindical, que coincide sustancialmente con el plano organizativo. Esta configuración predominantemente asociativa de la libertad sindical ha hecho prevalecer un enfoque igualitario en la tutela de las facultades sindicales funcionales desde el momento en que el art. 11 CEDH deja desatendidos y desprotegidos los medios de acción sindical.

Ambas concepciones de los derechos sindicales, al menos en el ámbito de las declaraciones formales, serán acogidas por la doctrina del TC, máximo artífice del sistema promocional en nuestro ordenamiento jurídico, si bien, como hemos tenido ocasión de comprobar al hilo del análisis efectuado en torno a la regulación legal, serán los parámetros impuestos por los derechos de igualdad lo que primen en el análisis de las diferencias entre organizaciones sindicales, incluso en aquellos casos en que se asume la posibilidad de que la diferencia lesione los derechos de sindicación, prevaleciendo, por tanto, finalmente, la doctrina del TEDH²⁶⁴ y provocando con ello una notable contradicción, pues mientras, por un lado, se declara que la acción sindical forma parte del contenido esencial de los derechos de sindicación, por otro, la aplicación de determinados criterios materiales para analizar las diferencias de trato que inciden sobre ellos implica una concepción del derecho de libertad sindical que restringe su contenido constitucional al ámbito puramente organizativo.

Efectivamente, el sistema promocional adoptado por el legislador en la LOLS y la interpretación que ha realizado la doctrina constitucional son responsables de una configuración constitucional del derecho de libertad sindical que, mediante la aplicación de la doctrina del principio de igualdad y la artificiosa distinción entre contenido esencial y adicional reducen el contenido constitucional del derecho al plano organizativo cuando se trata de examinar las intervenciones legislativas, mientras que, por otro lado, lo amplían hasta incluir las manifestaciones más importantes de la actividad legislativa cuando se trata de analizar injerencias de otros poderes distintos al legislador, ya sean de naturaleza pública o privada. De esta forma se logra evitar que el control constitucional de la diferencia de trato se efectúe teniendo en cuenta el contenido colectivo o funcional de los derechos sindicales, dejando en evidencia que, en última instancia, la protección del contenido del derecho fundamental de libertad sindical depende, más que de las declaraciones formales sobre las facultades que lo integran, de la protección jurisdiccional que se le dispense y, en consecuencia, de los requisitos materiales que se exijan a los distintos sujetos que pretenden limitarlo o ignorarlo.

²⁶⁴ Ejemplo de ello lo constituyen los primeros pronunciamientos del TC en el ámbito colectivo de los derechos de libertad sindical, donde las alusiones a los criterios de la OIT se inclinan por reconocer única y exclusivamente el límite consistente en que la diferencia no constituya un supuesto de discriminación [SSTC 53/1982, de 22 de julio (F. J.3º); 65/1982, de 10 de noviembre (F. J. 3º)].

2.1. Aplicación del principio de igualdad y omisión de un control constitucional desde la perspectiva de los derechos sindicales colectivos

La integración del principio de igualdad en el ámbito del art. 28 CE permite establecer diferencias entre organizaciones sindicales siempre que sean objetivas y razonables²⁶⁵. De dicha concepción derivarían importantes consecuencias. La primera y más patente es que en el ámbito colectivo de la libertad sindical no existe una noción de discriminación sindical que sea distinta a la mera desigualdad, por lo que las diferenciaciones entre organizaciones sindicales no conllevan, en principio, la nulidad del acto. Como consecuencia de ello, no resulta aplicable la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, lo que no significa, por otro lado, que sea el sujeto sobre el que recae la diferencia de trato quien haya de probar el carácter irrazonable de la diferencia practicada, siendo suficiente a estos efectos que pruebe la existencia de una diferenciación²⁶⁶.

La necesidad de que sean los órganos públicos los encargados de justificar las diferencias de trato es una exigencia que puede derivar, bien de la limitación del derecho fundamental de libertad sindical, bien de la relatividad de la igualdad y de la noción que de ella existe en nuestro ordenamiento jurídico, siendo esta última razón la que determina que, existiendo en el ámbito constitucional un mandato de igualdad entre organizaciones sindicales (art. 28 CE), sea el órgano público el obligado a justificar la diferencia introducida²⁶⁷. La exigencia de justificación, además de compensar la inaplicación en este ámbito de la inversión de la carga de la prueba, permite, al igual que sucede con aquella en el ámbito individual, que los órganos judiciales, y en especial el TC, exijan una serie de requisitos materiales, cuyo cumplimiento legitime la decisión diferenciadora, siendo éstos, finalmente, los que de-

²⁶⁵ Las exigencias del principio de igualdad en el seno de la libertad sindical implican, como ha reconocido la doctrina constitucional, que los sindicatos puedan recibir determinadas facultades de los poderes públicos y que sea posible introducir diferencias entre los sindicatos para asegurar la efectividad de la actividad que se les encomienda, siempre que estas diferencias se introduzcan con arreglo a criterios objetivos que aseguren que en la selección no se van a producir diferenciaciones caprichosas y arbitrarias, porque, en tal caso, la diferenciación supondría contradicción del principio de igualdad de trato y quebraría el libre e igual disfrute del derecho reconocido en el art. 28 CE [STC 39/1986, de 31 de marzo (F. J. 3º)].

²⁶⁶ SSTC 99/1983, de 16 de noviembre (F. J. 2º *in fine*); 20/1985, de 22 de julio (F. J. 3º), y 7/1990, de 18 de enero (F. J. 2º *in fine*). No obstante, existen pronunciamientos en los que se exige del recurrente que pruebe no sólo la diferencia de trato, sino que al efectuarla se incumplen los parámetros que derivan del art. 14 CE [STC 147/2001, de 27 de junio (F. J. 3º y 5º)].

²⁶⁷ Durán López, F., *Jurisprudencia Constitucional...*, op. cit., pág. 163; STC 184/1987, de 18 de noviembre (F. J. 5º).

terminan el grado de protección dispensada a los derechos sindicales, como veremos en seguida²⁶⁸.

En este sentido, y tal como se ha puesto de manifiesto con el análisis de las distintas posiciones doctrinales y los principales pronunciamientos jurisprudenciales, las primeras observaciones efectuadas sobre la relación entre el principio de igualdad y el derecho de libertad sindical consideran que las diferencias establecidas entre los distintos sindicatos sólo lesionan el derecho de libertad sindical si son discriminatorias²⁶⁹. Esa afirmación, que en principio puede verse como una consecuencia lógica de la falta de diferenciación entre igualdad y no discriminación que asoló, en una primera época, la doctrina constitucional y que era asumida por determinadas posiciones doctrinales, oculta un aspecto fundamental sobre el tratamiento de la discriminación sindical en el ámbito colectivo: el derecho de libertad sindical sólo se lesionará si se produce una conducta discriminatoria y, al identificarse dicho concepto con la mera desigualdad de trato, la exigencia se concreta en la proscripción de diferencias que no sean objetivas y razonables, por lo que es el contenido del derecho de libertad sindical, en su faceta colectiva y en lo que respecta a la promoción sindical, el que queda vacío de contenido²⁷⁰.

No obstante, y aunque todavía se emitan pronunciamientos constitucionales que se pueden encuadrar en esta posición, es necesario realizar una serie de matizaciones, puesto que, aunque las diferencias en el ámbito colectivo se han analizado, mayoritariamente, desde la integración de los dos preceptos constitucionales, introduciendo dentro del contenido del derecho de sindicación las exigencias del principio de igualdad, el procedimiento utilizado ha variado a lo largo del tiempo, pudiéndose diferenciar distintas etapas en función de la importancia que se otorga al contenido material de los derechos de libertad sindical²⁷¹.

²⁶⁸ La doctrina constitucional de los años noventa irá perfeccionando de forma progresiva los requisitos sin que ello suponga una aclaración en el contenido de cada uno de ellos. Las SSTC 7/1990, de 18 de enero (F. J. 2º), 228/1992, de 14 de diciembre (F. J. 3º) y 147/2001, de 26 de junio (F. J. 3º), exigirán que la diferencia de trato sea objetiva, adecuada, razonable y proporcionada a los objetivos que se persigan con la diferencia de trato.

²⁶⁹ Por todos, Durán López, F., “El Derecho del Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en VV. AA., *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los ochenta. III Coloquio sobre Relaciones laborales*, Zaragoza, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1983, pág. 28. También en *Jurisprudencia Constitucional...*, op. cit., págs. 180 y ss.

²⁷⁰ Fernández López, M. F., “Designación de los sindicatos presentes en la Comisión Nacional de Elecciones Sindicales: Igualdad y promoción, un debate que continúa”, *REDT*, núm. 49, 1991, pág. 784, al afirmar que el tipo de control que termina por imponerse es el de la igualdad, que absorbe el correspondiente a la libertad sindical.

²⁷¹ El análisis conjunto de los arts. 14 y 28 CE es un referente común en la doctrina constitucional sobre diferencias entre sindicatos [SSTC 53/1982, de 22 de julio (F. J. 1º *in fine*); 65/1982, de 10 de noviembre (F. J. 1º); 7/1990 de 18 de enero (F. J. 2º)]. Con ello se siguen las líneas directrices marca-

2.1.1. *Objetividad del criterio diferenciador y consolidación de los sindicatos más representativos*

La primera fórmula para integrar el principio de igualdad en el derecho de libertad sindical, que viene a coincidir con la doctrina constitucional en sus comienzos, consiste en introducir las exigencias del primero (objetividad y razonabilidad) en el ámbito de protección del art. 28.1 CE pero sin conectar esos parámetros con el contenido material de los derechos de libertad sindical. La integración, por tanto, de los dos preceptos constitucionales se produce de forma autónoma e independiente, con lo que el derecho de libertad sindical se ve vulnerado si la desigualdad entre organizaciones sindicales está desprovista de una justificación objetiva y razonable²⁷². La desvinculación entre ambos derechos, por mucho que se hable de integración, es tan patente como transitoria, pues el principio de igualdad juega con absoluta autonomía, imponiendo sus parámetros sin ningún tipo de conexión con el contenido de los derechos de sindicación²⁷³. Desde esta perspectiva, las diferencias entre organizaciones sindicales han de responder a una causa objetiva y razonable, de forma que la diferenciación, además de realizarse a través de un criterio objetivo, debe ser razonable para conseguir la finalidad.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, al inicio de esta primera etapa jurisprudencial, y una vez practicado el primer análisis sobre la coherencia del criterio de representatividad para obtener la finalidad perseguida, se produjo una cierta presunción de legitimidad constitucional del criterio para establecer diferencias de trato entre organizaciones sindicales y, como consecuencia, una absoluta marginación del análisis del principio de razonabilidad. No es extraño, por tanto, encontrar pronunciamientos que consideran suficiente su simple utilización para justificar toda diferencia de trato, sin tener en cuenta que, tanto su configuración, aunque, sobre todo, las funciones atribuidas en su atención, podrían encubrir diferencias que, además de no ser adecuadas para conseguir la finalidad perseguida, podrían lesionar el derecho de libertad sindical de las organizaciones excluidas.

das por el TEDH desde el inicio de su labor [señaladamente, SSTEDH de 27 de octubre de 1975 (Caso del Sindicato Nacional de Policía Belga) y de 6 de febrero de 1976 (Caso del Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras)].

²⁷² SSTC 53/1982, de 22 de julio (F. J. 3º *in fine*); 99/1983, de 16 de noviembre (F. J. 2º); 98/1985, de 9 de julio (F. J. 5º). Incluso existen pronunciamientos que sólo centran el análisis en la objetividad del criterio diferenciador, marginando la adecuación de la diferencia para obtener los fines previstos [STC 65/1982, de 10 de noviembre (F. J. 4º)]. En este sentido, Fernández López, M. F., "La Ley de Cesión del Patrimonio Sindical Acumulado...", op. cit., pág. 908.

²⁷³ A esta independencia parece referirse Fernández López, M. F., "La Ley de Cesión del Patrimonio Sindical Acumulado...", op. cit., págs. 908 y ss.

De hecho, durante los años anteriores a la aprobación de la LOLS, como hemos ocasión de comprobar, la doctrina constitucional consideró, en varias ocasiones, que la objetividad del criterio diferenciador (esto es, la utilización del criterio de representatividad) era suficiente para legitimar las diferenciaciones y restricciones que su utilización producía en el ejercicio de los derechos sindicales²⁷⁴. Efectivamente, durante esta época la utilización del criterio de audiencia electoral para determinar la mayor representatividad sindical se sacralizó de tal modo que pasó a considerarse la panacea para todos los problemas que presentaba la promoción sindical y su difícil articulación en un sistema constitucional de libertad y pluralismo sindical, y ello a pesar de que, desde fechas relativamente tempranas, la doctrina científica había alertado sobre las consecuencias negativas que sobre los derechos sindicales podía ocasionar su utilización exclusiva al objeto de determinar la representatividad sindical²⁷⁵.

En este sentido, la objetividad en la que se basa el sistema de representatividad permitió legitimar un conjunto de actuaciones legislativas que, incidiendo sobre las facultades más importantes de la acción sindical, consolidaron un modelo sindical que perdura hasta la actualidad. Haciendo una pequeña síntesis del análisis realizado con anterioridad, convendría recordar que, a este periodo, pertenece la doctrina constitucional sobre la participación institucional, el concepto de representación institucional y la legitimación de prácticas estatales dirigidas a aportar financiación pública a determinadas organizaciones sindicales, bien a través de subvenciones presupuestarias o de la cesión en uso del PSA, que permitieron la consolidación de sindicatos mayoritarios en perjuicio de las organizaciones sindicales minoritarias.

No obstante, a estos efectos, la gran aportación del principio de objetividad ha sido la de consagrar los requisitos legales que dan acceso a los grados de representatividad, sin que podamos obviar, en este momento, los efectos que sobre las organizaciones sindicales y su ámbito de actuación produce la configuración legal del sistema de representatividad. Los problemas más relevantes se han suscitado en relación a las distintas exigencias que impone la LOLS a los sujetos sindicales para alcanzar la mayor representatividad en cada ámbito específico: estatal y autonó-

²⁷⁴ SSTC 53/1982, de 22 de julio (F. J. 3º); 65/1982, de 10 de noviembre (F. J. 3º), sobre representación institucional.

²⁷⁵ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., "La representatividad...", op. cit., págs. 206 y 207. El aspecto más polémico, y por ello más criticado, radica en que el sistema de representatividad depende de un único criterio, la audiencia electoral, desvinculándose de otros que pueden contribuir a su efectividad real, tales como afiliación, antigüedad o experiencia sindical, lo que produce, en último término, un debilitamiento de la afiliación sindical y la promoción de un sindicalismo de dirigentes en perjuicio de las bases y de los militantes (Borrajó Dacruz, E., "La obligatoriedad general de los convenios colectivos...", op. cit., págs. 31 y ss.; Valdés dal Ré, F., "Representación y representatividad...", op. cit., pág. 155; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., "Notas sobre la regulación...", op. cit., pág. 453).

mico, así como la ajenidad que, en este contexto, presenta la representatividad por irradiación. Ambas cuestiones, a pesar de incidir sobre el ámbito de actuación de las organizaciones sindicales, sobre todo en el primer supuesto²⁷⁶, y el pluralismo sindical, en el segundo, se resuelven acudiendo a la objetividad del criterio diferenciador, a pesar de las alusiones que se realizan respecto de la objetividad y proporcionalidad de la diferencia realizada²⁷⁷.

Especial importancia a estos efectos, tiene la representatividad por irradiación, sobre todo porque su configuración no permite pregonar la objetividad que deriva de los resultados en las elecciones sindicales. Debido al enrevesado mecanismo que otorga de manera indirecta la representatividad, el mecanismo de irradiación ha sido una de las cuestiones más debatidas por la doctrina científica²⁷⁸. El Tribunal ha manifestado la conformidad de este singular tipo de representatividad en uno de los análisis más ambiguos realizado en toda su historia, puesto que se limita a afirmar que el criterio por el que se atribuye la representatividad cumple los parámetros exigidos por el principio de igualdad y no impide el ejercicio de los derechos sindicales al resto de organizaciones, circunstancia que parece producirse al no obstaculizar la posibilidad de que los sindicatos que disientan de la ideología de los más representativos alcancen por sus propios medios la representatividad.

²⁷⁶ Y ciertamente así sucede, se produce una restricción del ámbito de actuación del sindicatos, facultad que debe ser libre al formar parte del contenido de los derechos de sindicación, con los únicos requisitos de que se trate de una justificación objetiva que, al parecer, es lo único que se requiere, con objeto de limitar el número de sindicatos más representativos en el ámbito de la comunidad autónoma. La doctrina ha incidido en la potencial discriminación que puede producir esta regulación al tomar como base las CCAA, señalando la posibilidad de que en el futuro puedan existir sindicatos con esa o más representatividad en un ámbito territorial distinto (Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., "La representatividad ...", op. cit. pág. 202).

²⁷⁷ STC 98/1985, de 29 de julio, (F. J. 14º).

²⁷⁸ Si el criterio utilizado ocasionó cierta incertidumbre, el desconcierto doctrinal se agudiza respecto de la indeterminación del ámbito específico en que dichos sindicatos han de ejercitar las funciones que les otorga la mayor representatividad. La regulación de la LOLS (arts. 6.1 y 3) planteaba graves problemas en torno a la representatividad sindical: la falta de correspondencia entre representantes sindicales y representados, el ejercicio de actividad sindical que excede del ámbito de organización y la falta de correspondencia entre actividad e implantación efectiva del sindicato (Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., "La representatividad...", op. cit. pág. 210). El TC se inclinó por la conexión entre representatividad e implantación, restringiendo la actividad de estas organizaciones al ámbito geográfico y funcional donde tuvieran implantación específica [STC 98/1985, de 29 de julio (F. J. 11º)]. De conformidad con esta interpretación, las funciones atribuidas en función de la representatividad están limitadas por el ámbito territorial y funcional en el que la organización ejerza su actividad, al menos en lo que concierne a la organizaciones sindicales más representativas por irradiación, puesto que dicha exigencia no se extrapoló a los sindicatos más representativos en el ámbito nacional, que pueden actuar en cualquier ámbito territorial o funcional, independientemente de su implantación [Durán López, F., *Jurisprudencia Constitucional...*, op. cit. págs. 166 y ss.; Casas Baamonde, M. E., "La mayor representatividad sindical...", op. cit., pág.; STC 98/1985, de 29 de julio (F. J. 8º)].

El argumento fundamental para legitimar el criterio, por sorprendente que parezca, se centrará en la objetividad del criterio, eludiendo, desde nuestro punto de vista intencionadamente, la cuestión de la finalidad perseguida por el legislador. E, indudablemente, si nos centramos en la objetividad, la representatividad por irradiación ya no alcanza los niveles que derivan de la audiencia electoral, lo que no impide que el Tribunal, indirectamente, encuentre la fuente de objetividad necesaria para dar por válida la regulación. De conformidad con este planteamiento y a través de una asombrosa ficción jurídica, se estima que la objetividad, al igual que la representatividad y las funciones que en virtud de ella se atribuyen, irradia de las organizaciones más representativas y contagia a las organizaciones sindicales que se suman a ellas²⁷⁹.

Como es fácil constatar, el planteamiento de los distintos asuntos y las formas de resolución dejan mucho que desear, pues se pasa de puntillas sobre las cuestiones fundamentales que sobre la libertad sindical presenta la institución de la representatividad. Las consideraciones realizadas ponen de manifiesto que el problema de la representatividad sindical no puede ceñirse, única y exclusivamente, al examen de la objetividad del criterio diferenciador, ni siquiera, como veremos en seguida, al distinto tratamiento otorgado a las organizaciones sindicales. Indudablemente, un examen desde la perspectiva de las exigencias del principio de igualdad habrá de extenderse al análisis de la adecuación y proporcionalidad de la diferenciación para conseguir la finalidad pretendida, pero, aun siendo más completo que el requerido por la justificación objetiva, ignora las consecuencias que de su utilización derivan sobre las facultades que integran los derechos de sindicación y, lo que quizás resulte más importante, en qué medida la institución contribuye a satisfacer la finalidad que justificaba su adopción, esto es, la efectividad en la defensa de los intereses de los trabajadores²⁸⁰.

En este sentido, recaerán pronunciamientos que, aun incidiendo en las líneas marcadas por la doctrina anterior en lo que respecta a las exigencias de objetividad y razonabilidad, empezarán a considerar que la promoción sindical realizada por el legislador puede incidir en algunas de las facultades garantizadas por el reconocimiento de los derechos de sindicación. Por un lado, pueden lesionar facultades de la dimensión individual al influir en el ánimo de los trabajadores a la hora de afiliarse; por otro, en la dimensión colectiva, al dotar a determinadas organizaciones sindicales de medios materiales que se les niegan al resto, provocando con ello una

²⁷⁹ STC 98/1985, de 29 de julio (F. J. 13º). No obstante, García Murcia, J., *Organizaciones sindicales y empresariales...*, op. cit., pág. 142, señala que, en realidad, el sindicato más representativo es el primero. El ente sindical integrado tiene una posición diferente. Las prerrogativas de las que disfruta “*las obtiene, por irradiación, de la confederación a la que pertenece, y no como facultad propia*”.

²⁸⁰ Centra los análisis en el ámbito de la diferenciación Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “El principio de igualdad y las relaciones laborales”, *RPS*, núm. 121, pág. 339.

intervención pública susceptible de menoscabar los derechos sindicales. Y aunque lo que se sigue exigiendo del poder público es la prueba de un criterio objetivo y razonable, la sospecha de una posible injerencia provocará que se estime, de no aportarse dichos datos, que la diferenciación ha vulnerado el contenido del derecho. Por ello, aunque la igualdad sigue jugando de forma independiente, al menos ya se considera que la diferencia de trato puede vulnerar el contenido material de los derechos de sindicación²⁸¹.

Por otro lado, y con carácter simultáneo, se empiezan realizar referencias sobre el criterio objetivo designado para realizar la diferenciación. Así, si los primeros pronunciamientos se refieren exclusivamente a un criterio objetivo y razonable, progresivamente se irán realizando alusiones que, conectándolo con la norma constitucional²⁸², hacen fluir la necesidad de que la justificación objetiva y razonable deba apreciarse en relación con la finalidad perseguida por la diferenciación²⁸³. Al igual que la objetividad del criterio diferenciador, la finalidad habrá de ser “constitucionalmente legítima”²⁸⁴ o, alterando los términos, “*legítima desde el punto de vista de la Constitución [...], acorde con valores que la propia Constitución ha consagrado*”²⁸⁵. Sólo excepcionalmente, aquellos pronunciamientos que enfocan la discriminación sindical como una vulneración del contenido del derecho de libertad sindical se atreverán a exigir que la finalidad perseguida tenga respaldo constitucional²⁸⁶.

2.1.2. *La conexión de la diferencia de trato con el contenido material de los derechos sindicales: el principio de proporcionalidad en sentido estricto*

Desde el momento en que se infiere la posible conexión entre medida diferenciadora e injerencia en los derechos de sindicación, a las diferencias legislativas que inciden en la libertad sindical colectiva se les exige, junto a los parámetros que ve-

²⁸¹ La STC 99/1983, de 16 de noviembre (F. J. 2º), es el primer pronunciamiento que, expresamente, contempla la posibilidad de que una diferencia de trato constituya una injerencia en el derecho de sindicación. En el ámbito de la participación institucional, STC 184/1987, de 18 de noviembre (F. J. 5º).

²⁸² El primer pronunciamiento en el ámbito de la libertad sindical se hace respecto de un criterio “*constitucionalmente válido [...], conforme a la Constitución*” [STC 99/1983, de 16 de noviembre (F. J. 4º y 5º)], manteniéndose esta doctrina hasta la actualidad [STC 147/2001, de 26 de Junio (F. J. 3º)].

²⁸³ Por todas, STC 20/1985, de 14 de febrero (F. J. 3º).

²⁸⁴ SSTC 32/1990, de 26 de febrero (F. J. 3º); 228/1992, de 14 de diciembre (F. J. 3º).

²⁸⁵ STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 3º).

²⁸⁶ SSTC 51/1984, de 25 de abril (F. J. 4º) y 32/1990, de 26 de febrero (F. J. 3º).

nimos considerando (objetividad y razonabilidad), otros dirigidos a la protección, directa o indirecta, de los derechos de sindicación, iniciándose con ello una segunda etapa en la que el tratamiento de las diferencias en el ámbito colectivo del derecho se caracteriza por la exigencia del principio de proporcionalidad en sentido estricto²⁸⁷. La acepción estricta del principio de proporcionalidad, inserta en la doctrina sobre el principio de igualdad elaborada por el TEDH, desempeñará distintas funciones en el ámbito que estamos considerando. Así, por un lado, y como norma general, se aplicará como un parámetro más del juicio de igualdad, desplegando sus efectos sobre la medida diferenciadora, en relación o no, con el derecho sustantivo vulnerado²⁸⁸; mientras que, por otro, funcionará como un criterio autónomo que, aplicado desde el contenido del derecho de sindicación, permite comprobar hasta qué punto la medida adoptada incide sobre el contenido material de los derechos protegidos²⁸⁹.

Y aunque pudiera considerarse que ambos procedimientos son alternativos, pues, al fin y al cabo, se trata de aceptar o rechazar la integración del principio de igualdad en el derecho de libertad sindical, lo cierto es que numerosos pronunciamientos acogen las dos perspectivas con objeto de analizar los efectos de la diferenciación en el contenido material de los derechos de sindicación, aplicando en cada una de ellas el criterio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que descarta, en la mayoría de los supuestos, una consideración autónoma de ambos preceptos constitucionales²⁹⁰. Dado que en el apartado siguiente debemos analizar las consecuencias de la doctrina constitucional sobre el contenido esencial y adicional de la libertad sindical, dejaremos para ese momento las consideraciones que sobre el principio hayan de efectuarse desde esa perspectiva, sin perjuicio de que en este momento debamos pronunciarnos sobre algunas de sus peculiaridades.

²⁸⁷ La primera alusión al criterio de proporcionalidad se encuentra en la STC 20/1985, de 14 de febrero (F. J. 2º). A partir de este momento, el criterio de proporcionalidad se consolidará en la doctrina sobre diferencias entre las organizaciones sindicales: STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 3º).

²⁸⁸ A pesar de que en varios pronunciamientos se habían reconocido las repercusiones que podían ocasionar las diferencias de trato en las diversas facultades que integran los derechos sindicales [STC 7/1990, de 18 de enero (F. J. 2º), incluso STC 98/1985, de 9 de julio (F. J. 5º)], la injerencia no tendrá entidad suficiente para repercutir en el juicio de igualdad, que es el que se sigue aplicando para la resolución de los supuestos. En el mismo sentido incidirán la mayoría de los pronunciamientos posteriores: SSTC 228/1992, de 14 de diciembre (F. J. 3º); 147/2001, de 27 de Junio (F. J. 3º).

²⁸⁹ A estos efectos, los primeros pronunciamientos que analizan de forma independiente los dos preceptos implicados, derechos de igualdad y de libertad sindical, se producen en el ámbito de la concertación social [SSTC 9/1986, de 21 de enero (F. J. 2º), y 39/1986, de 31 de marzo (F. J. 23º B *in fine*), para el patrimonio sindical; STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 1º *in fine*)].

²⁹⁰ SSTC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2ºc y 3º), 263/1994, de 8 de noviembre (F. J. 3º); 147/2001, de 26 de Junio (F. J. 3º).

En este sentido, los primeros pronunciamientos se ciñen a introducir el criterio de proporcionalidad dentro de la doctrina sobre igualdad a efectos meramente formales, sin diferenciarlo de las exigencias que impone la razonabilidad, unas veces confundiendo su contenido con el criterio de adecuación²⁹¹, otras (esto ocurre en la mayoría de los supuestos) aplicando la relación de proporcionalidad entre la diferencia legislativa y los fines perseguidos²⁹². Son escasos los pronunciamientos en los que el criterio de proporcionalidad, aun inserto en el juicio de igualdad, se analiza desde la perspectiva del contenido de los derechos de sindicación, y cuando ello se produce, al igual que ocurrirá en la dimensión individual, se hace de forma tan confusa que no permite la formulación de una doctrina coherente y uniforme²⁹³.

Aceptado que las diferenciaciones pueden producir injerencias en el derecho de sindicación, y que el contenido del derecho quedará protegido a través de un principio de proporcionalidad en sentido estricto, los pronunciamientos tornarán progresivamente a examinar la cuestión desde el contenido del derecho de sindicación. El cambio de perspectiva será poco perceptible por producirse de forma muy tímida, comenzando con pequeñas alusiones a que el problema de la promoción sindical es un problema de límites entre los principio de igualdad, libertad sindical y promoción del hecho sindical²⁹⁴. Junto a ello, el análisis de los supuestos se torna más complejo al extenderse a los posibles efectos de otorgar ventajas a

²⁹¹ La STC 20/1985, de 14 de febrero (F. J. 2º), hace referencia al criterio de proporcionalidad típico de la igualdad para terminar confundiéndolo con la adecuación de la medida diferenciadora con respecto a la finalidad. En el mismo sentido, STC 32/1990, de 26 de febrero (F. J. 4º).

²⁹² Por todas, STC 98/1985, de 9 de julio (F. J. 14º).

²⁹³ Ejemplo de ello los constituyen las SSTC 7/1990, de 18 de enero (F. J. 4º), 32/1990, de 26 de febrero (F. J. 4º y 5º), y 228/1992, de 14 de diciembre (F. J. 3º), en las que el análisis del criterio de mayor representatividad sindical lleva a la conclusión de que la lesión del derecho de sindicación que se produce al aplicar dicho criterio ni es adecuada ni proporcionada, por ser demasiado restrictiva. No obstante, y a pesar de que en cierta medida se vea traslucir el criterio de proporcionalidad, en todos los pronunciamientos se echa de menos una construcción doctrinal más clarificadora sobre la conexión entre desigualdad y lesión del contenido del derecho de sindicación. Dicha conexión en STC 188/1995, de 18 de diciembre (F. J. 6º).

²⁹⁴ STC 32/1990, de 26 de febrero (F. J. 3º). La STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2ºc y 3º), después de haber analizado las posibles incidencias en el derecho de libertad sindical, advierte que desde la perspectiva del derecho de libertad sindical el problema no es tanto el de la legitimidad de esa preferencia sino el de su intensidad y alcance, pero ello es un problema de proporción y de límites que ha de ser analizado desde la perspectiva conjunta que ofrecen los arts. 14 y 28.1 CE, por lo que enfoca la licitud o ilicitud de la lesión hacia la proporcionalidad en sentido estricto. El análisis desde la perspectiva del derecho de libertad sindical se hace patente al afirmar que existe un problema de límites dentro de la licitud genérica de la institución de la mayor representatividad sindical, de modo que cuando la promoción del sindicato más representativo resulte injustificada o desproporcionada habrá de reputarse contraria a la Constitución. En el mismo sentido, STC 263/1994, de 8 de noviembre (F. J. 3º).

unos sindicatos y a otros no, por ejemplo analizando las funciones que cumplen las instituciones cuestionadas y en qué forma podrían afectar la libertad sindical del resto de entidades sindicales²⁹⁵.

No obstante, cuando el Tribunal se decide a conectar expresamente la diferencia de trato con el contenido del derecho de libertad sindical, lo hace manejando diversas nociones del contenido esencial que van desde su consideración como garantía absoluta, y por tanto intocable, hasta el acogimiento de una cierta relatividad que juega en el contexto de un contenido esencial estrictamente definido. En este sentido considera que es posible establecer diferencias de trato entre los sindicatos con objeto de asegurar la efectividad de la actividad que se les encomienda sin que por ello se vulnere la libertad sindical de los que no reciben ese *plus* de derechos, puesto que siguen conservando los derechos nucleares que integran la libertad sindical. Esta concepción absoluta del contenido esencial se relativiza al reconocer que las medidas de promoción sindical pueden limitar los derechos de sindicación de los sindicatos marginados y que dicha limitación será ilegítima en cuanto sea manifiestamente desproporcionada, esto es, cuando ocasione una restricción excesiva mediante la anulación o el entorpecimiento de las posibilidades de cumplir con los fines que les ha encomendado la norma constitucional²⁹⁶.

Por paradójico que parezca, ambas concepciones del contenido esencial del derecho, que desde nuestro punto de vista son antitéticas, perviven en un mismo pronunciamiento, manteniéndose la primera cuando las diferenciaciones se analizan como una injerencia en el contenido del derecho y la segunda cuando se práctica desde la perspectiva de una diferencia lesiva del derecho de libertad sindical²⁹⁷. En ambos casos se aplica un principio de proporcionalidad en sentido estricto que no corresponde al canon de razonabilidad típico de la igualdad, pero tampoco puede identificarse con el canon de proporcionalidad propio de la doctrina sobre la limitación de los derechos fundamentales, pues lo que exige es que las facultades reconocidas a los sindicatos preferidos no sean absolutamente imprescindibles para que los sindicatos preteridos desarrollen su finalidad constitucional²⁹⁸.

²⁹⁵ SSTC 7/1990, de 18 de enero (F. J. 3º), y 32/1990, de 26 de febrero (F. J. 4º). Ambos pronunciamientos analizan las funciones desempeñadas por las Comisiones de Elecciones Sindicales con objeto de excluir sus actividades de la noción de participación institucional, por lo que la adopción del criterio de mayor representatividad como determinante de su composición es inconstitucional.

²⁹⁶ STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2ºc); STC 263/1994, de 8 de noviembre (F. J. 3º).

²⁹⁷ En este sentido, SSTC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2º y 3º), y 263/1994, de 8 de noviembre (F. J. 3º y 5º).

²⁹⁸ La tergiversación del criterio de proporcionalidad en sentido estricto es perceptible en la STC 263/1994, de 8 de noviembre (F. J. 3º y 5º), que asegura que desde la perspectiva del art. 28 CE no se podría admitir una norma que, reconociendo a determinados sindicatos prerrogativas exclusivas, prive al resto de esos medios de acción cuando estos son "*manifiesta e inexcusablemente necesarios*" para realizar las funciones encomendadas por la Constitución. Dicha concepción le permite concluir que los sindicatos excluidos no se ven privados de la posibilidad real de desarrollar una acción sindical eficaz, por depender de medios de acción propios.

No obstante, a pesar de estas ambivalencias y de que, en ningún caso, el Tribunal se ha pronunciado sobre si el criterio de representatividad es el más adecuado desde el punto de vista constitucional²⁹⁹ el cambio que se produce en el enfoque es considerable, pues las diferencias de trato, además de obedecer a causas objetivas y razonables, deben ser proporcionadas con respecto a la finalidad que pretenden conseguir (juicio de proporcionalidad típico de la igualdad), pero también, en cierta medida, respecto al contenido del derecho de libertad sindical, bien desde un análisis autónomo de su contenido, bien desde el análisis conjunto que deriva de la integración del art. 14 en el art. 28.1 CE. Aunque en ninguno de los pronunciamientos analizados se exige que la lesión del derecho sea proporcionada al nivel de satisfacción otorgado a la finalidad constitucional que justifica la diferenciación³⁰⁰, se daría cierta similitud con el principio de proporcionalidad en sentido estricto aplicable en la doctrina sobre la limitación de los derechos fundamentales al analizar la proporcionalidad de la medida diferenciadora en relación con la pérdida de posibilidades de acción de los sindicatos no favorecidos³⁰¹.

Las consideraciones realizadas nos lleva a concluir, que la doctrina sobre las diferencias legislativas en la faceta colectiva del derecho de libertad sindical está todavía por desarrollar. Aún en la actualidad no parece haberse adoptado una forma definitiva de analizar estos supuestos de diferenciación, hasta tal punto es así que los pronunciamientos más importantes han acogido en su línea argumental hasta tres procedimientos distintos para resolver tan espinosa cuestión, analizando la medida diferenciadora desde el contenido del derecho de libertad sindical, desde el contenido del derecho de igualdad y, finalmente, desde la integración de ambos preceptos constitucionales, que permite imponer el filtro que suponen los parámetros de la igualdad insertos en el derecho de libertad sindical, siendo el punto en común la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto³⁰².

²⁹⁹ Las reiteradas reticencias a pronunciarse sobre este asunto, en STC 284/1989, de 10 de mayo (F. J. 4º).

³⁰⁰ La STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 3º), declara que “*puede ser legítimo introducir diferencias de trato por esa causa [refiriéndose a la mayor representatividad], siempre que no sea desproporcionado el resultado por restringir el núcleo esencial de la libertad sindical o por entorpecer en exceso el libre funcionamiento de los sindicatos, sometiéndolos a trabas o controles*”.

³⁰¹ Más adecuada a la exigencia de un principio de proporcionalidad en sentido estricto resultan las afirmaciones contenidas en la STC 263/1994, de 8 de noviembre (F. J. 3º), que en el contexto de un análisis conjunto del derecho de libertad sindical y del principio de igualdad asegura que la valoración de la proporcionalidad debe realizarse en relación directa con la pérdida de posibilidades de acción de los sindicatos no protegidos por ella o, en su caso, de la pérdida de medidas de tutela de los trabajadores incorporados a dichas organizaciones por motivo de su afiliación a ellas.

³⁰² Es ilustrativa la STC 75/1992, de 14 de mayo, que analiza la diferencia desde el contenido de los derechos de sindicación (F. J. 2º) y después desde la prohibición de desigualdad inserta en el art. 28 CE (F. J. 3º), llegando en ambos casos a la conclusión de que la diferencia es completamente legítima. El mismo procedimiento se utiliza en la STC 263/1994, de 8 de noviembre (F. J. 3º y 5º).

Como ya hemos puesto de manifiesto, la doctrina constitucional se sigue inclinando por la integración de los dos preceptos constitucionales, y en este contexto lo que ha cambiado a los largo de los años es el concepto de razonabilidad que controla la diferenciación, mucho más preciso que el utilizado en los primeros pronunciamientos³⁰³. En este sentido, se podría afirmar que en el ámbito colectivo de la libertad sindical la discriminación sindical (o, en términos más apropiados, las diferencias entre organizaciones sindicales practicadas por el legislador) debe someterse a un juicio de razonabilidad más riguroso que el de una mera diferencia legislativa, consistente en que un juicio de proporcionalidad próximo al de la limitación de los derechos fundamentales se introduce y se superpone al juicio de proporcionalidad típico de la igualdad³⁰⁴.

Por tanto, se puede afirmar con carácter general que el análisis de las diferencias entre organizaciones sindicales desde la perspectiva del contenido del derecho de libertad sindical se ha obviado durante muchos años mediante la aplicación del juicio de igualdad que, inserto en el derecho de sindicación, actúa de forma independiente o con una frágil conexión con la faceta colectiva del derecho. Dicha conexión, todavía no generalizada, se produce a través del principio de proporcionalidad en sentido estricto, que parte, como veremos en seguida, de una noción muy restringida del contenido esencial de los derechos de sindicación.

2.2. Contenido esencial del derecho de libertad sindical y marginación de la dimensión funcional de los derechos de libertad sindical

Los argumentos que justifican la aplicación de los parámetros de la igualdad en la protección de los derechos de sindicación se basan, por muy contradictorio que ello pudiera parecer, en que las facultades sobre las que recae la política promocional no forman parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical. En este sentido, debemos recordar que la doctrina constitucional, salvando los tuteos iniciales, ubicaba la faceta prestacional del derecho de libertad sindical, y con ello gran parte de política promocional, dentro del contenido adicional. Pero al hacerlo, olvida un aspecto fundamental: que también son objeto de promoción las facultades que integran la acción sindical, configuradas constitucionalmente, al menos en un alto grado, como derechos de libertad. Desde esta perspectiva, los de-

³⁰³ A pesar de las oscilaciones de la jurisprudencia anterior, la STC 147/2001, de 27 de junio (F. J. 3º), sorprende con un análisis conjunto de los dos preceptos constitucionales, incidiendo en la importancia de la proporcionalidad de la medida diferenciadora respecto del contenido del derecho lesionado.

³⁰⁴ Giménez Gluck, D., *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, pág. 268.

rechos de sindicación se conciben como una esfera privada libre de obstáculos por parte de los poderes públicos o privados, pero en ningún caso se considera que la dotación prestacional otorgada por éstos pueda constituir una injerencia en el libre funcionamiento de las organizaciones sindicales.

Efectivamente, las diferencias entre organizaciones sindicales articuladas por el legislador u otros sujetos que intervienen en el sistema de relaciones laborales pueden constituir una lesión de los derechos sindicales tanto de las organizaciones excluidas que, por distintos cauces, verán mermada su capacidad de actuación como de los sindicatos favorecidos, en cuanto la medida pueda condicionar su futuro comportamiento o gratificar, indirectamente, líneas de actuación seguidas con carácter previo. Como ya hemos puesto de manifiesto, la doctrina constitucional ha reconocido en varias ocasiones estas circunstancias, pero, contrariamente a lo que podría pensarse, la marginación en el análisis constitucional de los contenidos que integran los derechos de sindicación es más clara, si cabe, desde el momento en que se produce la conexión entre diferencia de trato y lesión material del derecho debido a varias circunstancias.

En primer lugar, porque el análisis sobre la constitucionalidad del cúmulo de medidas que integran la promoción sindical, sobre todo cuando se realiza desde las perspectivas material de los derechos de sindicación, se suele enfocar desde el ámbito genérico de la promoción sindical, que permite designar como finalidad constitucionalmente legítima la potenciación de un sindicalismo fuerte, esto es, de los sindicatos mayoritarios, por parte del legislador³⁰⁵, obviando, con ello, la finalidad concreta que se persigue con la medida diferenciadora y, de paso, la adecuación de ésta con respecto de aquélla. En segundo lugar, porque la doctrina constitucional elude el análisis de la incidencia de las medidas diferenciadoras sobre los derechos de sindicación, acudiendo a una noción de contenido esencial entendido en términos absolutos, indisponible y, precisamente por ello, ilimitable, y que queda restringido a la autonomía sindical en el plano estrictamente organizativo.

A estos efectos, hay que tener en cuenta que, desde el momento en que se empieza a considerar que las diferenciaciones legislativas pueden incidir en los derechos sindicales, el Tribunal Constitucional, partiendo de la garantía del contenido esencial que se regula en el art. 53.1 CE, elabora la doctrina del contenido adicional de los derechos sindicales. La aplicación de esta doctrina al derecho de libertad sindical permitirá excluir de su contenido constitucionalmente garantizado, indirectamente y en los términos que veremos seguidamente, las manifestaciones más importantes de la acción colectiva, mientras que, dependiendo de su concepción en términos absolutos o relativos, se protegerán en mayor o en menor grado

³⁰⁵ A una “decidida extensión del sindicato más representativo, potenciando a los que lo son mediante la atribución de una «singular posición jurídica»” se refiere la SSTC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 3º).

las facultades organizativas de las organizaciones sindicales. Efectivamente, la constitucionalidad de la promoción sindical se analiza, a los efectos que ahora nos interesan, desde dos perspectivas distintas: desde el punto de vista de los sindicatos excluidos y desde la perspectiva de los sindicatos beneficiados por las diferencias legislativas.

Con respecto a los sindicatos excluidos de la promoción sindical, la doctrina constitucional sostiene que, una vez garantizado el contenido mínimo que exige el reconocimiento constitucional del derecho de libertad sindical, el art. 28.1 CE no obliga al Estado a reconocer derechos o facultades adicionales ni a las organizaciones sindicales ni a los miembros que las integran³⁰⁶. Ello implica un amplio poder de disposición a favor del legislador para conformar el contenido adicional del derecho, sólo limitado por el contenido esencial de los derechos sindicales que, a estos efectos, se configura como contenido indisponible³⁰⁷. Desde esta posición, el legislador no tiene más obligación que reconocer las facultades sindicales que derivan del contenido esencial, lo que termina indentiéndose con los medios indispensables para que los sindicatos luchen por la defensa de los intereses de sus miembros, quedando al margen el fomento de la actividad sindical.

La cuestión, por tanto, estará en determinar cuáles son los medios indispensables para que las organizaciones sindicales cumplan con su finalidad y, en este sentido, la gran sorpresa está en que, a pesar de las grandes declaraciones formales efectuadas en el sentido de asegurar que la libertad sindical comprende todos los medios lícitos que se desprenden de nuestro ordenamiento y de los tratados internacionales, finalmente esta amplitud queda anulada por otra afirmación que, basándose en la jurisprudencia del TEDH, sostiene que el principio de libertad sindical sólo exige que se permita a los sindicatos luchar por la defensa de sus miembros, dejando a los poderes públicos el reconocimiento de los medios que se puedan utilizar con tales fines. De esta forma los medios imprescindibles para que los sindicatos cumplan con sus fines quedan reducidos a las facultades sindicales puramente organizativas.

El problema, dado el amplio abanico de facultades adicionales que integra el derecho de libertad sindical y que en virtud de la normativa legal se atribuyen en función de la representatividad, no es sólo el de su posible confrontación con las facultades concretas con las que cuentan el resto de organizaciones sindicales, sino el de la incidencia que la atribución de esas facultades pueda tener en los derechos sindicales de las organizaciones excluidas. Para salvar este escollo, el Tribunal aplica la garantía del contenido esencial, entendida en términos absolutos y, más que como límite a la actividad legislativa, como instrumento que determina la disponibilidad o indisponibilidad de las facultades que integran los derechos sindicales.

³⁰⁶ SSTC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2º a).

³⁰⁷ STC 61/1989, de 3 de abril (F. J. 2º).

La garantía del contenido esencial se puede concebir en un doble sentido: como límite impuesto al legislador a la hora de restringir los derechos fundamentales o como tope que delimita los contenidos del derecho disponibles para el legislador. Aunque pudiera no parecerlo, concebirla en un sentido u otro tiene importantes repercusiones sobre la protección de los derechos fundamentales. Así, si consideramos la garantía en la primera acepción, el legislador podrá efectuar las regulaciones que considere oportunas siempre que con ello no lesione el contenido esencial del derecho (a estos efectos, el contenido esencial del derecho se erige como criterio de control de las intervenciones legislativas). Sin embargo, en la segunda acepción la garantía del contenido esencial juega única y exclusivamente a efectos de disponibilidad legislativa, de forma que sólo se desconoce o vulnera si el legislador regula facultades que ostentan esta naturaleza, eludiendo, por tanto, los controles que derivan del reconocimiento constitucional del derecho de libertad sindical y, en consecuencia, ignorando los efectos que sobre ese plano tengan las medidas promocionales.

Es esta segunda concepción la que acoge el Tribunal, al considerar que las diferencias establecidas por el legislador no recaen sobre facultades que formen parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical, por lo que aquellos sindicatos que se ven desfavorecidos no pueden alegar que se ha vulnerado su derecho a la libertad sindical³⁰⁸. Si dicha circunstancia se conecta con la exigencia de que el legislador, a la hora de realizar la promoción sindical, sólo encuentra el límite absoluto que supone el contenido esencial de los derechos de sindicación, tenemos, como consecuencia, que la promoción sindical, además de no vulnerar en ningún caso los derechos de los sindicatos preteridos, en cuanto el legislador no dispone de las facultades esenciales que integran el contenido del derecho³⁰⁹, posibilita el establecimiento de diferencias entre organizaciones sindicales siempre que sean objetivas y razonables, respetando, con ello, las exigencias que impone desde el plano constitucional el principio de igualdad, con todas las consecuencias que ello conlleva.

En cuanto a la posible lesión que pueden producir las medidas promocionales sobre el derecho de libertad sindical de los sindicatos favorecidos, sobre todo si consideramos que del art. 28 CE deriva la prohibición a los poderes públicos para interferir en los derechos sindicales, la doctrina constitucional ha considerado que las ventajas otorgadas a las organizaciones, en la mayoría de los supuestos de na-

³⁰⁸ Así, por ejemplo, ocurre con facultades tan importantes como el derecho a cesiones de bienes públicos. La aplicación de la doctrina constitucional a una cuestión tan polémica como ésta permite concluir que, tratándose de esta facultad, los poderes públicos no tienen que otorgar un tratamiento igual a todas las organizaciones sindicales por el hecho de serlo, pues tal facultad no emana necesariamente del derecho de libertad sindical y, por tanto, la diferenciación no lesiona los derechos de sindicación [STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2º a)].

³⁰⁹ STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2º a).

turalidad económica, no pueden constituir una injerencia en el planteamiento y desarrollo de las actividades sindicales, puesto que su concesión se hace, en todos los supuestos, de forma incondicionada³¹⁰.

La consecuencia inmediata es que la garantía de no injerencia no excluye toda intervención pública sobre las asociaciones sindicales, sino tan sólo aquellas que supongan una interferencia o indebida intromisión estatal en el funcionamiento del sindicato, por coartar, condicionar o controlar de cualquier manera su libertad de organizarse y de formular su programa de acción. Se establece, con ello, cierta diferenciación con respecto a aquellas acciones públicas que, sin restringir la autonomía del sindicato, pretenden promocionar el hecho sindical o incrementar la fuerza de los sindicatos existentes, incluyendo las que se dirigen a subvencionar económicamente a sindicatos o a cederles el uso de locales públicos³¹¹.

El *quid* de la cuestión se encuentra, de nuevo, en la noción de contenido esencial que maneja la doctrina constitucional, pues obviando todas las proclamaciones formales que se han emitido en sentido contrario, termina considerando que, estando en juego la faceta colectiva del derecho frente a las intervenciones legislativas, el contenido del derecho queda restringido a la esfera organizativa de la autonomía sindical. Precisamente, la promoción sindical no constituye una interferencia en los derechos del sindicato a redactar sus Estatutos y reglamentos administrativos, a elegir libremente a sus representantes, a organizar su administración y actividades y a formular su programa de acción, sobre todo dado que la libertad sindical prohíbe la indebida intromisión estatal en el funcionamiento del sindicato coartando, condicionando o controlando de cualquier manera su libertad organizativa³¹².

Por tanto, el dato fundamental para la doctrina constitucional no está en que se promoció el hecho sindical, sino en que al hacerlo no se interfirió en la autonomía sindical. En este sentido, se podría mantener que el concepto de autonomía

³¹⁰ Por ello, la cesión de locales a las organizaciones no es inconstitucional por contraria a los derechos de libertad sindical, puesto que su atribución se realiza con carácter incondicionado, por lo que no supone injerencia alguna de la Administración en la necesaria libertad para el planteamiento y desarrollo de sus actividades. La licitud de la medida deriva de su carácter eminentemente promocional, sin pretender entorpecer la acción de los sindicatos o someterlos a las directrices estatales [SSTC 99/1983, de 16 de noviembre (F. J. 2º); 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2º b)]. La misma doctrina se mantiene respecto de la intervención pública en las asociaciones empresariales [STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 5º)].

³¹¹ STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2º b).

³¹² Significativas, a estos efectos, son las declaraciones efectuadas en la STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2º b), al restringir el principio de no injerencia de los poderes públicos contenido en el art. 28.1 CE a “evitar indebidas interferencias de éstos en el despliegue de la acción del sindicato, cuando ejercita sus derechos 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”.

sindical es lo suficientemente amplio como para abarcar los aspectos organizativos y funcionales, y aunque ciertamente ello sería lo acertado, de la doctrina constitucional parece derivarse una concepción excesivamente restrictiva que refiere el concepto al plano estrictamente organizativo³¹³.

No obstante, y a pesar de la diferenciación tajante que a efectos dispositivos se realiza entre contenido esencial y adicional, el Tribunal considera que el contenido del derecho protegido mediante el recurso de amparo, no es sólo el contenido esencial como núcleo indisponible para el legislador, sino también los derechos o facultades que constituyen el contenido adicional y que se reconocen en virtud de otros instrumentos jurídicos, principalmente, la LOLS³¹⁴. La gran contradicción de la doctrina constitucional radica en que termina integrando en el contenido constitucional del derecho de libertad sindical la mayoría de las medidas de promoción sindical desarrolladas libremente por el legislador, bien a través del concepto de representación institucional o de representatividad sindical³¹⁵.

Esta operación tiene como única finalidad (así lo ha destacado la doctrina más atenta) residenciar ante el amparo constitucional todas las cuestiones suscitadas en el seno de los derechos sindicales con objeto de proteger constitucionalmente la posición privilegiada que el legislador ha otorgado a los sindicatos más representativos³¹⁶. No otra cosa puede significar que se legitime al legislador para ampliar

³¹³ Existen autores que sostienen que la libertad de organización sindical implica un poder autónomo de determinación de fines generales y específicos y de estructuración sobre los que adecuar la vida organizativa. A estas manifestaciones habría que añadir el poder de fijar la propia esfera de representación de intereses, es decir, el derecho de la organización sindical de delimitar libremente su campo de actuación y con él el conjunto y naturaleza del interés tutelado. Por otro lado, en esta libertad de autoorganización también estaría integrado el derecho a una acción sindical libre en el marco de la dinámica propia de la autonomía colectiva (Navarro Nieto, F., *La representatividad...* op. cit., pág. 71). En el mismo sentido, otros autores consideran que la autonomía sindical se conforma por la facultad constitutiva colectiva (derecho del grupo a autoestructurarse en sindicato y derecho de los sindicatos a agruparse entre sí); la autonomía interna (derecho a adoptar determinadas estructuras, autoridades y funcionamiento interno) y autonomía externa o autonomía de acción (derecho a ejercitar sus actividades y funciones sindicales): Ermida Uriarte, O., y Villavicencio Ríos, A., *Sindicatos en libertad sindical*, Lima, Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC, 1991, pág. 43. En el ámbito jurisprudencial, STC 173/1992, de 29 de octubre (F. J. 4º).

³¹⁴ SSTC 61/1989, de 3 de abril (F. J. 2º); 145/199, de 22 de julio (F. J. 3º y 4º).

³¹⁵ La síntesis más clara sobre la doctrina constitucional y sus consecuencias en Diéguez Cuervo, G., "Elecciones sindicales...", op. cit., págs. 252 y ss. De conformidad con el autor, la doctrina del contenido adicional del derecho de libertad sindical encubre el papel de agente constitucionalizante provisional que tanto la Ley como el Reglamento pueden desempeñar a la hora de desarrollar el derecho fundamental. Efectivamente, el desarrollo normativo puede ampliar el contenido (esencial) del derecho y que dicha ampliación (contenido adicional) adquiera naturaleza constitucional. De hecho, también podría cumplir la función inversa, esto es, desconstitucionalizar contenido constitucional (Carmona Contreras, A. M., *La conflictiva relación...*, op. cit., págs. 95 y ss.).

³¹⁶ Fernández López, M. F., "El contenido esencial de la libertad sindical...", op. cit., pág. 611.

o suprimir facultades sindicales adicionales, mientras que el resto de órganos estatales se encuentran constreñidos en sus actuaciones por el contenido esencial y adicional (de naturaleza legal), de forma que si se limita cualquiera de estas facultades se produce una lesión del derecho de sindicación. Si adicionalmente tenemos en cuenta que el mismo resultado se consigue a través del principio de jerarquía normativa y del principio de sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y a la Ley, tendremos que concluir que la finalidad de la doctrina es, en primer lugar, eximir de estas prescripciones al legislador y al propio Tribunal Constitucional y, en segundo lugar, evitar que el Poder Judicial rectifique al legislador aplicando directamente la concepción de los derechos sindicales que deriva del texto constitucional.

2.3. La necesidad de articular un razonamiento distinto que garantice una efectiva protección de los derechos de sindicación

Las consideraciones realizadas en los apartados anteriores, ponen de manifiesto que las diferencias entre organizaciones sindicales se han analizado y legitimado aplicando los parámetros que requiere el principio de igualdad, primero la objetividad y después la razonabilidad. Sólo cuando se percibe que las diferencias pueden lesionar los contenidos materiales de los derechos de sindicación, a los parámetros anteriores se añade el principio de proporcionalidad en sentido estricto que, aunque como norma general se aplica para analizar la coherencia de la medida diferenciadora para conseguir la finalidad perseguida, ocasionalmente se vincula al contenido del derecho de libertad sindical, exigiendo que el recorte de derechos practicados a las organizaciones excluidas no sean imprescindibles para desarrollar su actividad. El problema entonces se localiza en qué han de entenderse por mecanismos imprescindibles para que las organizaciones sindicales puedan desempeñar sus funciones, quedando referido el concepto a la esfera organizativa. Para aquellos casos en que se susciten dudas, las facultades organizativas se consideran contenido esencial, que, por no estar disponible para el legislador, no es susceptible de regulación promocional, por lo que, independientemente de que la regulación incida sobre él, ha de proclamarse su legitimidad constitucional.

Llegados a este punto, la cuestión se debe centrar en las razones que justifican que las diferencias introducidas en el ámbito colectivo del derecho de libertad sindical reciban, o hayan recibido hasta el momento, un tratamiento tan peculiar, consistente en enfocar la cuestión desde el principio de igualdad sin efectuar un análisis desde el contenido del derecho de libertad sindical y, en caso de efectuarlo, exigiendo para declarar su lesión que las medidas diferenciadoras anulen por completo la libertad sindical de las organizaciones sindicales excluidas. Esta circunstancia sólo es explicable por simple conveniencia de política legislativa. Las diferencias entre organizaciones sindicales en el ámbito de la acción sindical

constituyen el núcleo duro de la promoción sindical; ésta debe ser una competencia exclusiva y libre del legislador³¹⁷; por tanto, ni las facultades sindicales sobre las que incide pueden formar parte del contenido constitucional del derecho de libertad sindical colectiva, ni la política promocional puede ser objeto de un control constitucional desde la perspectiva de un derecho de libertad sindical que esté integrado por facultades organizativas y funcionales pues, en último término, esta circunstancia podría acarrear la inconstitucionalidad del sistema promocional³¹⁸.

Ésta y no otra es la concepción que subyace en la doctrina constitucional, que, como es fácil percibir, parte de concepciones que ya se creían superadas en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, la absoluta libertad del legislador al configurar el contenido adicional de los derechos fundamentales. La integración de los mecanismos considerados (garantía del contenido esencial y aplicación del juicio de razonabilidad, en los términos expuestos), lejos de ser una cuestión sin relevancia jurídica, implica que las materias que son objeto de la promoción sindical, que en definitiva es lo que se discute cuando se analizan las diferencias entre los distintos sindicatos, no forman parte del contenido constitucional de los derechos de libertad sindical y, precisamente por ello, ni es obligatoria su atención por parte de los poderes públicos ni constituyen límites para la libertad de configuración del legislador³¹⁹.

Desde esta perspectiva, la doctrina sobre diferencias legislativas entre organizaciones sindicales altera los fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico al permitir, primero, que el legislador disponga libremente de la regulación constitucional no esencial, y segundo, que la doctrina constitucional identifique variantes distintas en el contenido esencial y constitucional de un mismo derecho en función del sujeto que pretende limitarlo. La mencionada garantía se concibe en términos indisponibles y absolutos con objeto de evitar un análisis de constitucionalidad sobre la incidencia de la promoción sindical en el contenido material de los derechos sin-

³¹⁷ En este sentido, STC 99/1983, de 11 de noviembre (F. J. 2°).

³¹⁸ Las reticencias a realizar el análisis desde las exigencias del contenido son palpables en todos los pronunciamientos. Es paradigmática la STC 99/1983, de 16 de noviembre (F. J. 5°), pues a pesar de reconocer, como ya hemos visto, que las actuaciones promocionales pueden lesionar los derechos de sindicación en ambas dimensiones, individual y colectiva, se afana por resolver el supuesto desde el punto de vista de la igualdad, reiterando en varias ocasiones que la vulneración del derecho de libertad sindical no se ha producido porque se hayan realizado atribuciones de locales a determinadas organizaciones sindicales, sino porque se han realizado en un régimen de exclusividad, sin que la diferencia de trato se base en un criterio objetivo, constitucionalmente válido. Incluso en los pronunciamientos en los que se exige la proporcionalidad en sentido estricto se rechazan las diferencias sin realizar un examen del contenido del derecho de libertad sindical [La STC 20/1985, de 14 de febrero, admite la inconstitucionalidad de un sistema de subvenciones estatales para los sindicatos más representativos, argumentando que la diferenciación no es proporcionada con respecto a su finalidad, cuando de lo que se trata realmente es de que la diferencia no es adecuada para conseguir la finalidad].

³¹⁹ STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 2° ap. a y c).

dicales. Todo ello con la única finalidad de permitir al legislador perfilar el sistema de relaciones laborales a su voluntad, sin que el Poder Judicial pueda dismantelar, aplicando directamente los preceptos constitucionales, un contenido adicional de la libertad sindical que se atribuye principalmente a los sindicatos representativos.

Además, la doctrina del contenido adicional, al convertir en disponibles todas aquellas facultades que excedan del ámbito organizativo, obvia por completo la dimensión constitucional de los derechos de sindicación y la de aquellos otros derechos que constituyen manifestaciones esenciales de la autonomía colectiva, independientemente de la relación que guarden con los derechos de sindicación, como el derecho de negociación colectiva o el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo. De esta forma, por mucho que la promoción sindical pudiera constituir un bien protegido constitucionalmente (lo cual, cuando menos, es dudoso), el establecimiento de medidas diferenciadoras debe respetar el contenido constitucional de los derechos de sindicación así como el resto de disposiciones consagradas en el texto constitucional. Y desde nuestro punto de vista esto es precisamente lo que se ha omitido al aplicar el juicio relativo al derecho de igualdad y la doctrina del contenido adicional, ignorando, en muchas ocasiones, el derecho de libertad sindical, su contenido constitucionalmente garantizado, así como otra serie de valores y principios constitucionales con gran trascendencia en el ámbito colectivo de las relaciones laborales.

Efectivamente, el análisis efectuado nos lleva a la conclusión de que la promoción sindical a través del criterio de representatividad, limita y condiciona una libre y plural acción sindical³²⁰, provoca injerencias sobre las organizaciones sindicales favorecidas, produce consecuencias negativas sobre los sindicatos preteridos, condiciona la opción sindical de los trabajadores que, ante las posibilidades de afiliación, optarán por una organización más representativa y es contraria al principio de pluralismo sindical³²¹. Y siendo así, la política promocional, en cuanto limita los derechos de libertad sindical en sus diversas manifestaciones y contradice derechos y valores constitucionales, debe someterse a un control más riguroso que el que supone la mera diferencia objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad perseguida, e incluso, más riguroso que el que supone aplicar el principio de proporcionalidad en sentido estricto desde la perspectiva del contenido de los derechos de sindicación, que lo único que impide es que el legislador anule por completo la capacidad operativa del resto de organizaciones sindicales.

³²⁰ Por todos, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., "Contenido y alcance de la acción sindical", *VV. AA., Las transformaciones del Derecho del Trabajo...*, op. cit., págs. 276 y ss.

³²¹ "Supone por, consiguiente, un intervención estatal en el desarrollo de la vida sindical y, a fin de cuentas, en el sistema de relaciones laborales", mientras que, por otro lado, implica una injerencia "en el desenvolvimiento de la representación sindical, puesto que pone unos límites a la actuación de determinados sindicatos" (García Murcia, J., "La actividad sindical y los criterios de representatividad", *RL*, núm. 16, 1987, pág. 166).

Ello no significa que la ley no pueda limitar, en ningún caso, el contenido de los derechos sindicales en general o facultades concretas que se integran en su contenido; lo que queremos poner de manifiesto es que la acción promocional habrá de observar unos parámetros determinados, con objeto de garantizar que la satisfacción del interés constitucional que se persigue, a costa del sacrificio de derechos constitucionales, sea completamente legítima. En este sentido, es necesario un sistema promocional acorde con los derechos constitucionales laborales, y respetuoso con el pluralismo sindical, que es, en definitiva lo que vienen exigiendo las transformaciones ocasionadas en el sistema productivo y lo que no ha sabido proporcionar un sistema promocional inmerso en el principio de igualdad.

Desde esta perspectiva, esto es, partiendo de un sistema de libertad y pluralidad sindical, en principio la actividad sindical debe estar reconocida por igual a todas las organizaciones sindicales. Sólo en aquellos casos en que las organizaciones sindicales deban desarrollar funciones de interés general y de relevancia pública, como es el caso de la participación institucional y de la negociación colectiva de eficacia general (en las que los efectos de la representatividad excede del ámbito de los trabajadores afiliados para extenderse a todos los trabajadores), se podrá acudir a la selección de organizaciones sindicales a través del criterio de representatividad, y ello porque en estos casos, y en atención a finalidades constitucionales, es necesario que se produzca dicha selección³²². Y este razonamiento se plasma en el ámbito de los controles materiales a los que debe someterse la política promocional en la exigencia y observancia del principio de proporcionalidad en sentido amplio, si bien para ello es necesario partir de una concepción abierta de los derechos sindicales que englobe las facultades de libertad pero también las facultades prestacionales.

³²²A esta conclusión llega García Murcia, J., "La actividad sindical...", op. cit., pág. 191. Más recientemente, Cruz Villalón, J., "La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español", *RL*, núm.1, 2005, págs. 175-176.

CAPÍTULO QUINTO

LAS DIFERENCIAS ENTRE ORGANIZACIONES SINDICALES INTRODUCIDAS POR SUJETOS PRIVADOS

Como se deducía claramente de la regulación contenida en la LOLS (art. 6.3 g), la atribución de funciones adicionales en virtud de criterios de representatividad sindical constituye una opción que puede ser desarrollada por sujetos distintos al legislador. Y con ello no queremos destacar la posibilidad de que sean las distintas Administraciones públicas, o sus organismos especializados, los encargados de ejecutar o desarrollar esas funciones de conformidad con el marco legal, sino más bien la de que otros sujetos del sistema de relaciones laborales, que no tienen naturaleza pública, atribuyan funciones adicionales a las designadas en el marco legal aplicable.

Y la primera cuestión que hemos de plantarnos es la necesidad de que en nuestro ordenamiento jurídico, y a partir de la interpretación que hace el Tribunal Constitucional de las diferencias por razones sindicales, exista una habilitación legal para que los sujetos privados puedan establecer diferencias entre organizaciones sindicales, sobre todo cuando dicha interpretación, centrada en un principio de igualdad relativo, garantiza esta posibilidad. De hecho, como hemos tenido ocasión de mencionar en varias ocasiones, es la doctrina constitucional sobre el contenido del derecho de libertad sindical la que alienta a los distintos sujetos que intervienen en el sistema de relaciones laborales a añadir facultades adicionales a los derechos de actividad sindical con el único límite aparente de no vulnerar su contenido.

Dejando al margen, por tanto, la cláusula genérica que contiene la LOLS (en cuanto podría restringir, como de hecho hace, su ámbito de actuación a otras disposiciones normativas), la verdadera habilitación para diferenciar entre organiza-

ciones sindicales se encuentra en la interpretación que del derecho fundamental de libertad sindical ha efectuado el Tribunal Constitucional. No obstante, hay que tener en cuenta que la doctrina constitucional no es muy precisa a la hora de determinar los sujetos privados que pueden introducir diferencias adicionales entre las organizaciones sindicales. Así, mientras unos pronunciamientos parecen legitimar única y exclusivamente al legislador y a la autonomía colectiva, bien por menciones expresas, bien por alusiones más genéricas a normas infraconstitucionales¹, otros mantienen las diferencias introducidas en virtud de decisiones unilaterales del empresario en una situación de incertidumbre jurídica².

Con carácter general, el planteamiento adoptado por la doctrina constitucional para la resolución de los distintos supuestos sigue siendo el mismo que el utilizado para analizar las actuaciones de los poderes públicos, aunque sea necesario realizar algunas matizaciones. Ciertamente, en el ámbito de las diferencias practicadas por poderes privados no es posible realizar una separación tajante entre facultades esenciales y adicionales. Y ello porque, de conformidad con la doctrina constitucional, en el ámbito privado, ya se trate de la autonomía colectiva o individual, las facultades adicionales del derecho de libertad sindical no puede recibir el mismo tratamiento otorgado a los poderes públicos, puesto que la pretendida falta de vinculación de estos poderes no es predicable de los privados, que se encuentran obligados por todas las facultades que derivan del derecho de libertad sindical, ya sean constitucionales, legales o convencionales³. Desde esta perspectiva, los poderes privados han de respetar el conjunto de normas que desarrollan el contenido del derecho, de forma que su falta de observancia constituye una lesión de su contenido.

Problemas distintos presentan aquellos supuestos en que los poderes privados, más que negar facultades ya reconocidas por una norma jurídica, introducen nuevas diferencias entre las organizaciones sindicales, añadiendo contenidos adicionales a los derechos sindicales. Ello, además de suponer una habilitación genérica para que dichos poderes regulen y desarrollen los derechos sindicales (circunstancia que si parece razonable respecto de la autonomía colectiva presenta contornos muy dudosos en relación con los poderes empresariales), vuelve a plantear el problema de los controles materiales que aseguran la eficacia de los derechos sindicales.

En este sentido, es decir, en cuanto a los criterios materiales que controlan las injerencias en el derecho de libertad sindical, el panorama será muy parecido al que acabamos de exponer respecto de los poderes públicos, sobre todo cuando se

¹ SSTC 201/1999, de 8 de noviembre (F. J. 4º); 132/2000, de 16 de mayo (F. J. 2º); 269/2000, de 13 de noviembre (F. J. 4º).

² Ha rechazado que estas medidas formen parte del contenido (adicional) del derecho de libertad sindical la STC 132/2000, de 16 de mayo (F. J. 3º y 4º). En sentido contrario, y admitiendo que dichas facultades constituyen contenido adicional, STC 281/2005, de 7 de noviembre (F. J. 3º).

³ STC 263/1994, de 8 de noviembre (F. J. 5º).

trata de analizar las distintas manifestaciones que derivan de la autonomía colectiva. Sin embargo, hay que advertir que la mayoría de los supuestos examinados por la doctrina constitucional responden a diferencias introducidas por conductas empresariales, sin que se hayan podido encontrar pronunciamientos significativos que examinen, de forma pormenorizada, las diferencias introducidas por la autonomía colectiva. Quizá dicha circunstancia se deba a que, todavía en la actualidad, y pese a lo dicho, no existe una doctrina lo suficientemente clara sobre su capacidad para regular y limitar derechos fundamentales, como veremos en seguida.

La preponderancia de la perspectiva igualitaria, que deriva de la faceta colectiva del derecho, impregnará también el control de las diferencias introducidas por el empresario, que, durante mucho tiempo, se han analizado desde el prisma de la diferencia objetiva y razonable más que desde el contenido o la represalia por el ejercicio colectivo de los derechos sindicales. No obstante, el punto de inflexión se produce al acoger para la protección de la dimensión colectiva de los derechos de sindicación la garantía de indemnidad sindical, tradicionalmente utilizada para tutelar el derecho cuando es ejercitado por un sujeto individual.

Todo ello justifica, junto a otras razones de no menor importancia, que el análisis se efectúe diferenciando entre autonomía individual y colectiva, incluyendo en este segundo supuesto la negociación colectiva en el ámbito empresarial. Lógicamente, ello responde a que la autonomía colectiva, a pesar de constituir una manifestación de la autonomía de la voluntad, tiene unas características propias que la diferencian de la autonomía individual, siendo mucho más razonable, a los efectos que estamos considerando, realizar una clasificación en virtud del poder regulador⁴.

1. LA INCIDENCIA DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA SOBRE LOS DERECHOS SINDICALES

La doctrina científica ha reconocido (desde el momento en que se produce la recuperación de los derechos sindicales en nuestro ordenamiento jurídico) la capacidad de los convenios colectivos para regular las relaciones colectivas entre empresarios y trabajadores y su incidencia en el ámbito colectivo de la libertad

⁴ Desde el principio de este trabajo hemos sostenido que las limitaciones o injerencias sobre los derechos sindicales y, por tanto, su eficacia no dependen del sujeto que los limite, sino del título competencial que tenga dicho sujeto para realizar la limitación. No obstante, existen en el ámbito doctrinal excelentes estudios que clasifican las injerencias y discriminaciones por razones sindicales en función del sujeto que las ejercita, y a ellos nos remitimos con objeto de clarificar las distintas conductas que pueden provocar lesiones en los derechos de sindicación. En este sentido, Del Rey Guanter, S., "La conducta antisindical: principios generales...", op. cit., "La conducta antisindical del empresario" y "La conducta antisindical de sujetos distintos al empresario", todos ellos en *RL*, T. I, 1987, págs. 242 y ss.

sindical⁵, sobre todo en lo que se refiere a la representación de los trabajadores y a la acción sindical en la empresa, aspectos que, debido a los avatares de la época, carecieron de regulación normativa durante un periodo considerable de tiempo⁶.

El resurgir de un sistema democrático de relaciones laborales con reconocimiento de los derechos sindicales y de la autonomía colectiva constituirá el punto determinante para una progresiva ampliación de los contenidos de la negociación, que deja de centrarse exclusivamente en el ámbito de la distribución (trabajo-salario) y pasa a regular cuestiones relativas a la producción empresarial, a las relaciones colectivas de trabajo, a la actuación de la empresa como sujeto económico y a la situación social de los trabajadores⁷.

Esta posibilidad, consentida por la amplitud y generalidad que presenta la regulación constitucional del derecho a la negociación colectiva, se refuerza adicionalmente con la garantía de su contenido esencial, que determinados autores han concebido como un ámbito material reservado constitucionalmente a la autonomía colectiva y, por tanto, imposible de suprimir por el legislador⁸. Sobre esta base, la doctrina ha considerado que la amplitud que caracteriza la regulación constitucional debe considerarse también de sus posibles contenidos, de forma que sólo podrán vedarse por el legislador aquellas materias para las que se encuentre justificación constitucional⁹.

No obstante, hay que tener en cuenta que, al igual que ocurre con el resto de derechos fundamentales, el derecho de negociación colectiva no puede concebirse

⁵ Durán López, F., “El contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema (constitucional) de relaciones laborales”, en VV. AA., *Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, op. cit., págs. 524 y ss., que vislumbraba la potencial riqueza en el contenido de la negociación, incluyendo los derechos sindicales, la representación de los trabajadores, la acción sindical en la empresa, los comportamientos conflictivos entre los sujetos colectivos y el propio proceso de negociación colectiva.

⁶ Un análisis de la regulación convencional en estas circunstancias, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Negociación colectiva sobre representación...”, op. cit., págs. 409 y ss.

⁷ Durán López, F., “El contenido de la negociación colectiva...”, op. cit., págs. 524 y ss.

⁸ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Notas sobre la regulación actual...”, op. cit., pág. 448; García Murcia, J., *La revisión de los convenios colectivos...*, op. cit., pág. 97; Desdentado Bonete, A., y Valdés de la Vega, B., *La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo. Una síntesis de Jurisprudencia*, Madrid, Trotta, 1998, pág. 64; Monereo Pérez, J. L., “El derecho a la negociación...”, op. cit., págs. 653 y ss. No obstante, existen posturas más matizadas que, a pesar de reconocer que la Ley debe dejar un espacio a la autonomía colectiva, inciden en que no existe en el ámbito constitucional una reserva de materias a la autonomía colectiva (Montoya Melgar, A., “El Estado y la autonomía colectiva”, *DL*, núm. 22, 1989, págs. 281 y ss.). En el ámbito jurisprudencial, STC 58/1985, de 30 de abril (F. J. 3º); STS de 8 de junio de 1995, RJ 1995/4772 (F. J. 5º).

⁹ Durán López, F., “El contenido de la negociación colectiva...”, op. cit., pág. 532; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Los límites constitucionales...”, op. cit., págs. 55 y ss.

de forma absoluta, lo que posibilita que pueda ser objeto de restricciones legislativas en aras de salvaguardar otros valores, bienes o derechos constitucionales, convirtiéndose el art. 37 CE en un límite relativo a la actividad realizada por el legislador¹⁰. Lógicamente, la intervención del Estado, mediante el desarrollo de facultades normativas, puede limitar la autonomía colectiva estableciendo mínimos y máximos que encuadren su correcto funcionamiento e, incluso, sustrayendo de su ámbito de actuación determinadas materias (orden público laboral)¹¹, pero siempre que ello responda a bienes o derechos constitucionalizados, cuya satisfacción se haya encomendado, expresamente, al legislador o, más genéricamente, a los poderes públicos¹².

Ello descartaría, desde nuestro punto de vista, la vigencia de un principio de jerarquía entre ambas fuentes normativas, situándonos en un plano más apropiado de reparto de materias que, en todo caso, ha de reconocer un cierto pluralismo normativo que en el ámbito de las relaciones laborales procede de la Constitución¹³; pero, por otro lado, no significa que el convenio colectivo esté legitimado por la Constitución para regular y limitar los derechos fundamentales, pues es bien sabido que esta regulación, en principio, se encomienda al legislador¹⁴.

No obstante, y en virtud de una cierta confusión jurisprudencial entre derechos subjetivos y derechos fundamentales, se encuentra ampliamente consagrada aquella línea doctrinal y jurisprudencial que reconoce la capacidad de la autonomía colectiva para regular (por no existir en la norma constitucional una regla expresa o implícita que lo prohíba) las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales¹⁵. El pro-

¹⁰ García Murcia, J., *La revisión de los convenios colectivos...*, op. cit., págs. 96 y ss.

¹¹ SSTC 201/1992, de 19 de noviembre (F. J. 1º) y 135/1996, de 23 de julio (F. J. 5º), ambas respecto del plazo de caducidad para impugnar las sanciones empresariales y su falta de disposición por parte de la autonomía colectiva, que, como pone de manifiesto el primer pronunciamiento, no puede establecer un plazo distinto al establecido en la regulación legal, mientras que sí puede complementar dicha regulación, por ejemplo, estableciendo un procedimiento de reclamación previa en sede empresarial que no sea alternativo a la reclamación judicial.

¹² STC 210/1990, de 20 de diciembre (F. J. 2º y 3º).

¹³ Valdés dal Ré, F., "Relaciones entre norma estatal y norma colectiva. Una aproximación", VV. AA., *El trabajo en la Constitución*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1982, págs. 55 y ss.; Monereo Pérez, J. L., "El derecho a la negociación...", op. cit., pág. 639. En sentido contrario, Montoya Melgar, A., "El Estado y la autonomía...", op. cit., pág. 281.

¹⁴ STS de 8 de junio de 1995, RJ 1995/4772 (F. J. 4º).

¹⁵ García Murcia, J., *La revisión de los convenios colectivos...*, op. cit., pág. 170; Monereo Pérez, J. L., "El derecho a la negociación...", op. cit., 633; Rivero Lamas, J. y de Val Tena, A. L., "El derecho a la negociación colectiva...", op. cit., pág. 663; García Blasco, J., "La Jurisprudencia constitucional...", op. cit., pág. 74; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "Los límites constitucionales...", op. cit., págs. 55 y ss. A estos efectos, la doctrina constitucional ha intentado establecer una diferenciación entre regulación y disposición de derechos sin llegar a más concreción que la que deriva de la aplicación, en

blema estará en la extensión con que se realice esa regulación y, sobre todo, en la capacidad de la autonomía colectiva para limitar los derechos fundamentales.

En términos tajantes se ha pronunciado la doctrina constitucional, en cuanto los ha considerado, al menos cuando se trata de derechos fundamentales del trabajador, una manifestación de derecho necesario absoluto que resulta infranqueable por el convenio colectivo¹⁶, aunque, a efectos prácticos, la doctrina se suele aplicar con más rotundidad respecto de derechos fundamentales inespecíficos, es decir, aquellos que no tienen carácter laboral¹⁷. Una concepción más flexible mantiene la doctrina especializada, que ha reconocido dicha posibilidad, si bien exigiendo que las restricciones sean estrictamente necesarias para el cumplimiento de las funciones que, además de ser propias de la negociación colectiva, vengán establecidas en el texto constitucional¹⁸.

Y esta circunstancia hay que tenerla muy presente, porque si bien es verdad que los convenios colectivos proceden de la autonomía colectiva y actúan en un ámbito donde la regulación legal no puede ser exhaustiva, por estar en juego la autonomía sindical, no es menos cierto que los sujetos negociadores ni son los titulares exclusivos de la autonomía colectiva, por tanto no pueden disponer en cualquier forma del derecho ni restringir, a través de su regulación, los derechos de sindicación como mejor convenga a sus intereses, siendo responsables los poderes públicos (y, muy especialmente, el legislador) de garantizar estos intereses a través de una regulación legal que pondere los distintos intereses en juego¹⁹. Desde esta perspec-

el ámbito de la regulación de las condiciones de trabajo, de los principios generales que rigen las relaciones entre autonomía colectiva e individual. El pronunciamiento paradigmático es la STC 58/1985, de 30 de abril (F. J. 6º), que sobre la base de la diferenciación mencionada (se discute la posibilidad de que mediante convenio se fije la edad de jubilación), concluye que el convenio colectivo puede regular los derechos individuales de los trabajadores siempre que las relaciones entre autonomía individual y colectiva se mantengan en los límites que conlleva el mutuo respeto que debe existir entre ellas. En términos similares, STC 95/1985, de 29 de julio (F. J. 2º).

¹⁶ SSTC 177/1988, 10 de octubre (F. J. 3º y 4º) y 51/2003, de 17 de marzo (F. J. 5º *in fine*).

¹⁷ STC 189/1993, de 14 de junio (F. J. 5º y 7º), respecto a la limitación que supone la regulación convencional que computa como faltas de asistencia, a efectos de devengar un incentivo económico por asistencia al trabajo, el ejercicio de derechos fundamentales, como la huelga o el derecho a participar en elecciones políticas. Destacan las diferentes consideraciones que se realizan sobre uno y otro derecho, pues, mientras se encuentra lesión del art. 23 CE, no se produce la misma apreciación respecto del art. 28.2 CE.

¹⁸ Singularmente, García Murcia, J., *La revisión de los convenios colectivos...*, op. cit., pág. 116. Sobre la necesidad de la limitación, STC 58/1985, de 30 de abril (F. J. 6º).

¹⁹ Mantiene esta concepción la STC 58/1985, de 30 de abril (F. J. 7º) respecto al establecimiento mediante convenio colectivo de un límite de edad para la jubilación forzosa. No obstante, la doctrina parece haber variado sustancialmente a lo largo de los años, así si el pronunciamiento alude a la ponderación efectuada por el legislador a través de una habilitación legal (DA 10ª ET); una vez desaparecida ésta, el Tribunal empieza a considerar que la posibilidad de regular la jubilación forzosa constituye

tiva, que además de estar presente en algunos pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional es acogida mayoritariamente por el Tribunal Supremo, la limitación de derechos fundamentales a través de la autonomía colectiva requiere de una habilitación legal expresa en ese sentido²⁰.

Y efectivamente, esa era la pretensión del legislador con la regulación contenida en la LOLS, si bien, hay que tener en cuenta que la realidad es mucho más compleja que la que parece derivar de los pronunciamientos constitucionales y de las proclamaciones doctrinales. En este sentido, es necesario destacar que, por mucho que los derechos fundamentales vinculen a la autonomía colectiva (aspecto que actualmente parece unánimemente aceptado por doctrina y jurisprudencia), lo

una manifestación derivada directamente del derecho constitucional a la negociación colectiva. Como tal, su establecimiento ni es contrario al principio de igualdad ni al derecho al trabajo, siempre que observe una serie de condiciones que la vinculan a la política de empleo [SSTC 280/2006, de 9 de octubre (F. J. 6º) y 341/2006, de 11 de noviembre (F. J. 3º)]. Las exigencias del Tribunal, a pesar de que eluda pronunciarse expresamente sobre la posibilidad de que los convenios colectivos limiten el derecho al trabajo una vez desaparecida la habilitación legal (en ambos casos se escuda en que la regulación era anterior a la desaparición de dicha habilitación), giran en torno a la idea de la innecesaria habilitación legal para la limitación de los derechos fundamentales, a la que sólo exigiría un fin constitucional y un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Tanto el giro como el enfoque en la resolución del asunto habían sido previstos por Mercader Uguina, J. R., y Nogueira Guastavino, M., “El fin de la validez de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa. Comentario a la STS de 9 de marzo de 2004”, *AS*, núm. 12, 2004, pág. 1086, antes de que la Ley 14/2005, de 1 de julio, reintrodujera la nueva habilitación legal (DA 10 del ET).

²⁰ Ha sido, sobre todo, la doctrina del TS la que ha incidido en esta circunstancia. Así, la STS 21 de junio de 1994, RJ 1994/5465 (F. J. 2º), sobre la imposibilidad de que el convenio establezca exclusiones, preferencias o reservas en materia de contratación; STS de 10 de junio de 2003, RJ 2005/4881 (F. J. 2º *in fine*), respecto de la participación institucional y a la imposibilidad de que sus diversas manifestaciones se regulen por convenio colectivo. Pero sin duda, la capacidad de la autonomía colectiva para limitar derechos fundamentales se ha planteado en su máxima extensión en el ámbito de la jubilación forzosa y la posibilidad de su regulación mediante convenio colectivo. Las SSTs de 9 de marzo de 2004, RJ 2004/841 (F. J. 5º), y de 16 de enero de 2006, RJ 2006/2293 (F. J. 6º), niegan la posibilidad de que mediante convenio colectivo se establezcan edades de jubilación forzosa una vez desaparecida la habilitación legal contenida en la DA 10 del ET. Las razones para vedar esta materia a la negociación colectiva son muy diversas, pero la fundamental, en los razonamientos del TS, es la circunstancia de que el establecimiento de una edad de jubilación forzosa constituye un límite al derecho al trabajo que, a pesar de encontrar justificación en otros valores y derechos constitucionales, requiere, para ser efectuado (dado que ambos preceptos tienen un reconocimiento constitucional y quedan encomendados al desarrollo legislativo), una habilitación legislativa que marque la pautas para limitar convencionalmente el derecho constitucional. Siendo así, una vez desaparecida la habilitación legal, la negociación colectiva no está capacitada por sí misma para establecer limitaciones a los derechos constitucionales, y ello porque los Convenios Colectivos están obligados a respetar no sólo las disposiciones legales de derecho necesario sino también el mandato de reserva de Ley que impone la Constitución. Se muestran conformes con esta línea doctrinal, Mercader Uguina, J. R., y Nogueira Guastavino, M., “El fin de la validez de las cláusulas convencionales...”, *op. cit.*, págs. 1081 y ss.; Rivero Lamas, J., “Jurisprudencia Constitucional y garantías...”, *op. cit.*, pág. 1034.

cierto es que la ponderación legislativa de la que se habla no se ha realizado respecto de todas las facultades que integran los derechos de libertad sindical, circunstancia que terminará provocando múltiples problemas en la regulación convencional de los derechos sindicales.

La vinculación de la autonomía colectiva a las distintas facultades que integran los derechos sindicales ha sido una constante desde el reconocimiento de la libertad sindical, aunque, al igual que ocurre con el ejercicio de la función legislativa, siempre se ha dejado sentir con más rotundidad respecto de las facultades individuales que integran el derecho de libertad sindical. Así se infiere de la inmediata respuesta que obtuvo en el ámbito doctrinal y jurisdiccional la legalidad de las denominadas “cláusulas de seguridad sindical” por su incidencia en la libertad de afiliación positiva y negativa²¹ y el establecimiento de una serie de requisitos necesarios para que las modalidades menos agresivas, como el canon de negociación colectiva o la cláusula de descuento sindical, se pudieran establecer en nuestro ordenamiento jurídico²².

Mucho más problemática se presenta la cuestión en el ámbito de la libertad sindical colectiva, y ello porque esta dimensión no se limita, como todos sabemos, a las facultades organizativas (ámbito que, por conformar el contenido esencial de los derechos sindicales, no puede ser objeto de regulación convencional), sino que

²¹ Dichas cláusulas constituyen compromisos, alcanzados en la negociación colectiva, mediante los que representantes de los trabajadores y empresarios condicionan el acceso o el mantenimiento del empleo a que los trabajadores se afilien o mantengan la afiliación al sindicato firmante del convenio. Una clasificación pormenorizada de este tipo de cláusulas en Sala Franco, T., y Albiol Montesinos, I., *Derecho sindical*, op. cit., págs. 64 y ss., y Ojeda Avilés, A., *Derecho sindical*, op. cit., pág. 164.

²² La finalidad principal del canon de negociación, como por todos es conocido, consiste en conseguir que los trabajadores a los que se les aplica el convenio colectivo firmado por una organización sindical a la que no se encuentran afiliados, realicen una aportación económica para sufragar los gastos generados por el procedimiento de negociación. La cláusula hizo su aparición en nuestro ordenamiento con el AMI, de forma que cuando se aprobó la LOLS ya habían recaído diversos pronunciamientos jurisprudenciales que indicaban las líneas generales que debía seguir la futura regulación legal [SSTCT de 24 de julio de 1981 (AR 5050) y de 6 de mayo de 1982 (AR. 3226); Martínez Emperador, R., “Ley de Libertad Sindical. Breve estudios exegético (II)”, *AL*, núm., 50, págs. 2490 y ss.]. La cláusula, cuya regulación convencional posibilitó expresamente la LOLS (art. 11), se declaró constitucional siempre que su articulación respetase dos requisitos, el consentimiento expreso del trabajador y la necesidad de que la cuantía total retraída no exceda de los gastos que ocasiona el proceso de negociación [STC 98/1985, de 29 de julio (F. J. 18^o)]. La interpretación efectuada por el Tribunal no tuvo buena acogida entre la doctrina científica, que mayoritariamente consideró que la exigencia de un consentimiento expreso por parte del trabajador anulaba el sentido promocional de la cláusula sindical (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Puntos clave de la Ley Orgánica de Libertad Sindical”, *VV. AA., Comentarios a la Ley de Libertad Sindical...*, op. cit., pág. 15; más descriptivamente, De Soto Rioja, S., *La Sindicación Forzada: las presiones a la afiliación y la objeción sindical en el Derecho Comparado*, Sevilla, Mergablum, 1999, pág. 260; Borrajo Dacruz, E., “La Ley Orgánica de Libertad Sindical en la interpretación del Tribunal Constitucional”, *AL*, núm. 43, 1983, págs. 2144 y ss).

se extiende a los distintos derechos que integran la acción sindical. Y es en este ámbito de la acción sindical colectiva donde con mayor frecuencia se producen injerencias sobre los derechos sindicales, quizá porque en ocasiones los sujetos negociadores se creen titulares exclusivos de este conjunto de facultades.

El problema se complica porque en el ámbito colectivo de la libertad sindical la doctrina sobre la limitación de los derechos colectivos puede confundirse o mezclarse con la disposición de derechos²³, circunstancia que, actualmente, sólo puede producirse cuando y en la medida en que el sujeto negociador es titular de los mismos. Sin embargo, el tratamiento no siempre ha sido tan claro como debiera, pues, en un primer momento, se consideraron legítimas, desde el punto de vista constitucional, las renunciaciones convencionales al ejercicio de derechos colectivos, aunque ostentaran una doble titularidad, sobre todo en lo que se refería a las medidas de conflicto colectivo²⁴. Progresivamente, la doctrina constitucional, en consonancia con la posición doctrinal mayoritaria, irá aceptando que la renuncia temporal al ejercicio de estos derechos sólo podrá realizarse por sus legítimos titulares²⁵, siempre que, redundando en beneficio del interesado, se formule de manera explícita e inequívoca²⁶.

²³ Así ocurre, por ejemplo, con el derecho de huelga, cuyo ejercicio, en virtud de previsiones legales expresas, puede regularse por el convenio colectivo. En este sentido, el art. 82.2 ET permite a los trabajadores y empresarios establecer mediante convenio colectivo cláusulas de paz laboral. Con un contenido algo más amplio, el art. 8.2 RDRT faculta al convenio colectivo para regular normas complementarias relacionadas con los procedimientos de solución de conflictos que den origen a la huelga, así como la renuncia, durante su vigencia, al ejercicio del derecho.

²⁴ La STC 11/1981, de 8 de abril (F. J. 14^o) salva la constitucionalidad del 8.2 RDRT sobre la base de diferenciar, desde nuestro punto de vista artificiosamente, entre renuncia permanente al derecho y asunción de la obligación de no ejercerlo temporalmente.

²⁵ Las cláusulas de paz laboral han sido consideradas inconstitucionales por la mayoría de la doctrina científica en cuanto desconocen la titularidad individual del derecho de huelga que reconoce el art. 28.2 CE, de forma que la obligación que imponen quedaría circunscrita al sujeto sindical firmante del Convenio, que, desde ese momento, con carácter voluntario y transitorio, quedaría privado de la facultad para convocarla (Durán López, F., "El contenido de la negociación colectiva...", op. cit., pág. 533; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., "Negociación colectiva sobre representación...", op. cit., pág. 435; García Murcia, J., *La revisión de los convenios colectivos...*, op. cit., pág. 172. En sentido contrario, Montoya Melgar, A., "El contenido de los convenios colectivos", *RL*, T. I, 1989, págs. 174 y 183, que atribuye a este tipo de cláusulas la naturaleza de normativas).

²⁶ SSTC 27/1981, de 20 de julio (F. J. 9^o); 183/2000, de 10 de julio (F. J. 4^o), asumiendo con ello la doctrina del TEDH [SSTEDH de 6 de diciembre de 1988, (TEDH 1988, 1), párr. 82 (Casos Barberá, Messegué y Jabardo); de 23 de mayo de 1991 (TEDH 1991, 31), párr. 51 (Caso Oberschlick); de 23 de noviembre de 1993 (TEDH 1993, 53), párr. 31 (Caso Poitrimol); de 25 de noviembre de 1997 (TEDH 1997, 96), párr. 70 (Casos Zana c. Turquía); de 22 de abril de 1998 (TEDH 1998, 15), párr. 49 (Richard c. Francia) y de 13 de febrero de 2001 (TEDH 2001, 89), párr. 48 (Schöps c. Alemania)]. Más esclarecedora resulta la STC 51/2003, de 17 de marzo (F. J. 5^o *in fine* y 6^o), que permite la renuncia expresa, mediante un acuerdo de fin de huelga, a las acciones judiciales de tutela de los derechos fundamentales que puedan derivar del conflicto colectivo a favor de las organizaciones sindicales implicadas.

No obstante, no hay que perder de vista que la mayor complejidad en el ámbito de las injerencias convencionales sobre las facultades que integran la dimensión colectiva de los derechos sindicales deriva de las relaciones que existen entre negociación colectiva y libertad sindical, sobre todo si tenemos en cuenta que en este contexto los derechos de libertad sindical van a desempeñar una doble función: por un lado, erigirse como límites a la actividad negociadora y del contenido del convenio; por otro, servir de fundamento para la protección de determinadas manifestaciones de la negociación colectiva desarrolladas por organizaciones sindicales²⁷.

De hecho, como veremos seguidamente, en la mayoría de los supuestos planteados ante la jurisdicción constitucional, los derechos de libertad sindical en su dimensión colectiva aparecerán desempeñando ambas funciones por cuanto que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva puede, precisamente, limitar el contenido de la acción sindical desarrollada por otras organizaciones sindicales, bien excluyéndolas del proceso negociador, o bien regulando diferencias respecto al ejercicio de la más genérica acción sindical en la empresa. En ambos casos, se generan diferencias entre las organizaciones sindicales, en el primero diferenciando entre organizaciones sindicales firmantes y no firmantes, en el segundo atribuyendo o negando facultades sindicales en virtud de distintos criterios, especialmente el de representatividad sindical.

1.1. La exclusión de organizaciones sindicales del sistema de negociación colectiva de eficacia general

Los obstáculos a la participación en el procedimiento de negociación de determinados sujetos legitimados para negociar convenios colectivos de eficacia general se pueden establecer a través de diversos mecanismos, bien mediante la exclusión directa de la mesa negociadora, bien mediante mecanismos más sutiles que reserven posibilidades de negociación futura a las organizaciones firmantes del convenio colectivo, siendo esta segunda posibilidad la que con mayor frecuencia ha examinado la doctrina constitucional. En estos casos, dada la conexión que existe entre negociación colectiva y libertad sindical, las eventuales limitaciones que pueda sufrir un sindicato en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de eficacia general pueden constituir una lesión de los derechos sindicales, siempre que la exclusión sea arbitraria, esto es, no tenga una justificación razonable²⁸.

²⁷ Dicha circunstancia se ponía de manifiesto por García Murcia, J., *La revisión de los convenios colectivos...*, op. cit., págs. 110 y ss.

²⁸ Significativas a estos efectos son las SSTC 137/1991, de 20 de junio (F. J. 3º); 184/1991, de 30 de septiembre (F. J. 4º). La STS de 15 de julio de 2005, RJ 2005/8929 (F. J. 5º), resuelve uno de esos supuestos de lesión directa en el que el sindicato mayoritario (con 5 de los 10 miembros que integran

1.1.1. *Los distintos supuestos en la doctrina constitucional*

De conformidad con la doctrina constitucional, las reglas de legitimación establecidas en el ET (art. 87) no sólo facultan para iniciar el proceso de negociación sino que tutelan la facultad concreta de formar parte de la comisión negociadora; en consecuencia, la protección de los derechos sindicales se debe dispensar también en aquellos supuestos en que, bien por consistir en una modificación de las condiciones de trabajo pactadas (revisión del convenio colectivo), bien en una regulación *ex novo*, las organizaciones sindicales legitimadas para negociar quedan excluidas del procedimiento negociador²⁹.

El problema se presenta porque, en estos casos, tanto si se trata de supuestos de revisión como en aquellos otros en que se pretende el estudio de determinadas materias con objeto de fijar las directrices de una futura negociación, la participación de las organizaciones sindicales se suele arbitrar mediante la designación de distintas comisiones en las que se integran, únicamente, representantes de las partes firmantes³⁰. La cuestión se complica si tenemos en cuenta que estas facultades

la Comisión negociadora) se atribuye la capacidad de convocar las reuniones con objeto de desarrollar el procedimiento de negociación, omitiendo convocar a las organizaciones sindicales minoritarias, lo que permite, finalmente, que dicho sindicato desarrolle exclusivamente el proceso negociador. En el ámbito constitucional, la STC 80/2000, de 27 de marzo, resuelve un recurso de amparo presentado por la Confederación Internacional Galega (CIG) al resultar excluida del procedimiento de negociación colectiva (a pesar de ser sindicato más representativo en la Comunidad Autónoma) por no haber desconvocado una huelga, cosa que sí hicieron el resto de organizaciones sindicales participantes. El Tribunal considera que el hecho de que la ponencia negociadora se constituyese en virtud de un pacto de desconvocatoria de huelga no supone la existencia de un título válido para restringir el derecho a la negociación colectiva, siendo, por tanto, lesivo del derecho de libertad sindical [STC 80/2000, de 27 de marzo (F. J. 8º)].

²⁹ El primer pronunciamiento que aborda el asunto se contiene en la STC 73/1984, de 27 de junio que resuelve el recurso de amparo de CC.OO. ante la exclusión de la que es objeto por negársele su participación en la Comisión Negociadora que había de revisar el XIII Convenio Colectivo de Cajas de Ahorros, instrumento que la organización reclamante no había firmado. A este pronunciamiento le siguen las SSTC 184/1991, de 30 de septiembre y 213/1991, de 11 de noviembre, que analizan la exclusión de dos organizaciones sindicales de distintas Comisiones para el análisis de materias concretas (Seguridad y Salud Laboral, reintegración de la Ordenanza Laboral en el Convenio Colectivo, elaboración de un Plan de Formación Profesional, estudio del sistema de primas y de clasificación profesional, etc.) cuya creación se había previsto en Convenios colectivos que las organizaciones excluidas no habían firmado. En el mismo sentido se pronunciará la jurisprudencia del TS [SSTS de 1 de julio de 1999, RJ 1999/5272 (F. J. 6º) y de 15 de marzo de 1999, RJ 1999/2917 (F. J. 3º)].

³⁰ Para que este tipo de prácticas lesionen el derecho de libertad sindical de las organizaciones excluidas es necesario que el Proyecto que surja de las Comisiones tenga fuerza vinculante por sí mismo, puesto que, desde el momento en que requiera la aprobación obligatoria por parte de la comisión negociadora, ya no se puede predicar su carácter normativo o negociador [STS de 29 de abril de 1997, RJ 1997/3554 (F. J. 3º)]. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 6 de julio de 2006, RJ 2006/6636 (F. J. 4º), al reconocer que la constitución de comisiones de estudio y análisis dedicadas a facilitar las ta-

se mezclan con otras previsiones convencionales sobre la administración de lo pactado que, al tratarse de meras funciones de vigilancia y control, y no de verdadera negociación material, se encomiendan a la Comisión Paritaria en la que, de nuevo, sólo están representadas las organizaciones firmantes.

La convergencia de funciones de tan variado signo en organismos de estas características, sobre todo por lo que respecta a su composición restringida, obligó a establecer la diferenciación entre negociación (regulación) y administración de lo pactado. De conformidad con ello, la administración del convenio consiste en la mera interpretación, aplicación o adaptación de las cláusulas pactadas a realidades no previstas o sus contenidos a datos objetivos y prefijados; en cambio, la revisión, pretende modificar las condiciones de trabajo pactadas estableciendo nuevas reglas con objeto de regular las relaciones laborales que se encuentran en su ámbito de aplicación³¹. De esta forma, las distintas comisiones que se pueden establecer en un Convenio Colectivo podrán desarrollar funciones negociadoras, de forma que la exclusión de sujetos legitimados, a pesar de no ser firmantes, constituye un atentado a la libertad sindical ó, comisiones aplicadoras, en las que la exclusión es lícita, y por tanto conforme al derecho de libertad sindical³².

reas de los órganos decisorios, aportando datos, argumentos y reflexiones en relación con las decisiones que haya que adoptar, no implica que asuman funciones negociadoras ni facultades decisorias sobre las materia que examinan. La doctrina ya había sido establecida por el TC, que consideró no lesivas de los derechos sindicales la exclusión de comisiones que no tienen facultades decisorias vinculantes [STC 184/1991, de 30 de septiembre (F. J. 7º)].

³¹ SSTC 73/1984, de 27 de junio (F. J. 3º); 137/1991, de 20 de junio (F. J. 5º); 184/1991, de 30 de septiembre (F. J. 5º); la doctrina se ha seguido de forma continua por la jurisprudencia del TS (por todas, STS de 10 de junio de 2003, RJ 2003/4881). Una aportación crítica en Rodríguez Crespo, M. J., *La administración del convenio colectivo*, Sevilla, CESA, 2006, págs. 122 y ss., que pone en evidencia cómo de la doctrina constitucional se infiere una identificación entre negociación y regulación, privando al concepto de administración de naturaleza negocial y, como consecuencia, excluyendo toda posibilidad de que la comisión negociadora o las comisiones paritarias se reserven cualquier tipo de función normativa o reguladora. La autora propone un concepto de administración que integre contenidos de gestión y de regulación. De conformidad con esta posición, las facultades reguladoras formarán parte de la administración del convenio colectivo siempre que exista una norma convencional explícita que reconozca esta posibilidad respecto de materias que se hayan regulado expresamente en el convenio y existan circunstancias que determinen la inadecuación práctica de lo regulado a la realidad social.

³² En el ámbito jurisprudencial, SSTS de 10 de junio de 2003, RJ 2005/4881 (F. J. 2º); de 30 de mayo de 2007, RJ 2007/4808 (F. J. 4º) y, especialmente, STS de 11 de julio de 2000, RJ. 2000/7208 (F. J. 2º). La doctrina más reciente ha concretado que una decisión tiene contenido normativo cuando introduce una ordenación general que, como tal, innova el conjunto de reglas aplicables en el ámbito de la unidad de negociación, mientras que se trata de administrar lo pactado cuando se aplica una regla existente o simplemente se prevén determinadas vías de colaboración sin asunción de competencias normativas. Sobre esta base, las SSTS de 5 abril de 2001, RJ 2001/4886 (F. J. 4º B), y de 30 de octubre de 2001, RJ 2002/2391 (F. J. 3º), consideran de carácter normativo el acuerdo sobre modificaciones retributivas, la creación de nuevas categorías profesionales y la aprobación del nomenclator, la ratificación de la aplicación del convenio a otros colectivos no incluidos en su ámbito de aplicación, la aprobación

Los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional para considerar que la legitimación de las organizaciones sindicales no firmantes sigue vigente cuando procede la revisión de lo pactado encuentran eco en la propia noción del convenio colectivo de eficacia general, que no se estructura sobre la base de un acuerdo de naturaleza privada sino que, en virtud de la regulación legal, se convierte en un acuerdo articulado sobre la representación institucional que ostentan los sujetos legitimados, con el único objeto de asegurar que en el proceso de negociación estén representados el conjunto de trabajadores que se verán obligados por el mismo. Y es esta concepción la que justifica, de conformidad con esta doctrina, que las normas sobre legitimación establecidas por el legislador sean indisponibles para las partes negociadoras y que la revisión del convenio sea un nuevo supuesto de negociación colectiva de eficacia general, del que las partes firmantes no pueden excluir a los sujetos legitimados³³.

No obstante, no son éstas las únicas conductas que pueden lesionar los derechos sindicales vía restricción del derecho de negociación colectiva; también se pueden establecer diferencias de trato en el ámbito de las relaciones laborales al designar la composición de la comisión negociadora si no se respetan los índices de representatividad sindical. Efectivamente, la conexión entre libertad sindical, negociación colectiva y sistema de representatividad también produce una cierta constitucionalización de las reglas que, a este respecto, establece el art. 88 ET³⁴.

de incrementos salariales y la aplicación de mejoras retributivas. Por otro lado, la STS de 6 de julio de 2006, RJ 2006/6636 (F. J. 3º), designa como facultades normativas el establecimiento de un nuevo modelo de clasificación profesional y la creación de un comisión de empleo que tiene por objeto crear un foro para debatir la reubicación de recursos humanos, permitiendo que sus acuerdos puedan modificar las condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo. Menos exigente se ha mostrado la doctrina constitucional, que sólo puntualmente ha reconocido la naturaleza negociadora de algunos tipos de comisiones. La STC 184/1991, de 30 de septiembre (F. J. 7º), considerará exclusión de la negociación la elaboración de Plan de Salud e Higiene en el trabajo, en cuanto conlleva, incluso, la designación de un delegado de salud laboral en cada centro de trabajo, provocando, mediante la exclusión, una reducción de la acción sindical de la organización excluida.

³³ STC 73/1984, de 27 de junio (F. J. 3º y 4º). En sentido contrario se pronuncia Rodríguez Crespo, M. J., *La administración del convenio...*, op. cit., págs. 166 y ss.

³⁴ La STC 187/1987, de 24 de noviembre (F. J. 4º), resuelve un recurso de amparo presentado por CC. OO. que considera vulnerada su libertad sindical, dado que el hecho de computar en los resultados electorales de otro sindicato los obtenidos por las organizaciones afiliadas o federadas, aun habiéndose presentado a las elecciones con sus propias siglas, disminuyó la representatividad del recurrente en la Comisión negociadora. Muy interesante se muestra el supuesto analizado en la STC 137/1991, de 20 de junio, que resuelve un recurso de amparo de CC.OO., impugnando la composición de la mesa negociadora por no respetar los índices de representatividad sindical. Con objeto de negociar un Convenio empresarial, los siete miembros del Comité Intercentros pertenecientes a UGT (58.33%) acordaron una composición de la mesa negociadora formada por 10 representantes (seis de UGT y cuatro de CC.OO.), que fue rechazada por los cinco miembros del Comité Intercentros pertenecientes a CC. OO. (41.66%), alegando que no se respetaba el criterio de proporcionalidad y abandonando, por ello, las ne-

En consecuencia, del mismo modo que la exclusión de un sindicato de las negociaciones supone un atentado contra la libertad sindical, la asignación de un menor número de representantes en la Comisión Negociadora y la reducción consiguiente de su capacidad de acción como resultado de una minoración injustificada de su índice de representatividad sindical, podría calificarse también como lesión del derecho reconocido en el artículo 28 de la Constitución³⁵. No obstante, aun siendo éstos los argumentos que esgrime el Tribunal, puntualiza que para que dicha reducción sea lesiva de los derechos sindicales es necesario que se produzca de manera arbitraria o antijurídica, pues no cualquier reducción de la representatividad, aunque conlleve aminoramiento de la participación en la Comisión Negociadora, ha de afectar al derecho de libertad sindical, ya que dichas reducciones pueden estar justificadas y fundarse en un motivo jurídico aceptable³⁶.

La complejidad que presentan estos casos en los que son los propios sujetos negociadores los que excluyen, a través de diversos mecanismos, a los sindicatos que se encuentran legitimados para participar en la negociación colectiva, reside en dos circunstancias distintas. En primer lugar, y a pesar de las diversas alegaciones efectuadas en base a la discriminación sindical, en estos supuestos, más que una diferencia de trato, lo que se da es una exclusión de un sujeto sindical, que ve negado su derecho a la negociación colectiva, por lo que la generalidad de los pronunciamientos marginan, en una u otra forma, el análisis del principio de igualdad³⁷. En

gociaciones, que fueron concluidas por UGT. La cuestión que se suscita es si la decisión adoptada por el Comité Intercentros vulnera los derechos sindicales de CC.OO. desde el momento en que el número de representantes asignados permitía que UGT negociara unilateralmente un convenio colectivo de eficacia general, excluyendo con ello del proceso de negociación a CC.OO.

³⁵ STC 187/1987, de 24 de noviembre (F. J. 4º). Como también reconocerá el TS, la fijación de un número inferior al máximo legal, a efectos de determinar la composición del banco social, no puede realizarse con objeto de excluir a determinadas organizaciones sindicales, puesto que ello vulneraría el derecho de libertad sindical [STS de 18 de enero de 1993, RJ 1993/94 (F. J. 3º)].

³⁶ Esta salvedad le lleva a concluir, sobre todo, dada la inexistencia de reglas claras y precisas sobre la composición de la mesa negociadora, que una interpretación que adicione a los resultados electorales de una determinada organización los obtenidos por los sindicatos que la integran no es contraria al art. 28.1 CE [STC 187/1987, de 24 de noviembre (F. J. 6º)]. La misma consideración le llevará a determinar que la composición del banco social designada por UGT, computando el 60 por ciento requerido sobre los miembros de la comisión y no sobre los porcentajes de representatividad sindical, se hizo con la única finalidad de posibilitar que una representación sindical pudiera suscribir en solitario un Convenio Colectivo de eficacia general, cuando en virtud de su índice de representatividad en la Empresa debía negociarlo conjuntamente con la organización sindical que resultó excluida del procedimiento de negociación [STC 137/1991, de 20 de junio (F. J. 3º)].

³⁷ García Murcia, J., *La revisión de los convenios colectivos...*, op. cit., pág. 139. Los distintos enfoques de la cuestión en el ordenamiento jurídico Italiano, Bellochi, P., "Parità di trattamento e discriminazione tra sindacati nella contrattazione collettiva", *Il Diritto del Lavoro*, Fasc. 5º, 1992, págs. 456-461.

segundo lugar, porque más que en el análisis del contenido del derecho a la negociación colectiva como manifestación de los derechos sindicales, la cuestión debe centrarse en el sistema de negociación colectiva que consagra nuestro ordenamiento jurídico y su relación con los derechos sindicales. Estudiaremos brevemente las consecuencias que a estos efectos tiene la doctrina analizada.

1.1.2. Las pautas para la resolución de los supuestos

En la mayoría de los pronunciamientos, sobre todo en aquellos en los que se alega una discriminación por razones sindicales, la lesión de los derechos de igualdad y de libertad sindical se analizan por separado. Por un lado, el principio de igualdad de forma autónoma e independiente, y, por otro, el derecho a la negociación colectiva, como facultad que se integra en los derechos sindicales. Si bien es verdad que también en estos casos las exigencias del principio de igualdad se integran en el derecho de libertad sindical, la diferenciación sólo es relevante en cuanto supone un recorte ilegítimo de los derechos de libertad sindical, independientemente de que la facultad afectada constituya contenido esencial o adicional³⁸. Desde esta perspectiva, y como se pone de manifiesto en los pronunciamientos más importantes, la diferencia practicada sobre las organizaciones sindicales provoca un recorte ilegítimo en el derecho de libertad sindical del sindicato excluido, al restringirse su derecho a la negociación colectiva³⁹.

La consideración del principio de igualdad de forma autónoma se reduce a examinar si el criterio utilizado para establecer la diferenciación, sujetos firmantes y no firmantes del convenio, es viable a efectos de determinar la participación en las

³⁸ No obstante, existen pronunciamientos en los que se considera que si hay vulneración del art. 37 CE y, en consecuencia, del art. 28 CE, no es necesario analizar las exigencias que impone el principio constitucional de igualdad [SSTC 73/1984, de 27 de junio (F. J. 1º)]; en otros casos, en cambio, basta con la afirmación de que el principio de igualdad no vincula a los poderes privados [STC 108/1989, de 8 de junio (F. J. 1º)].

³⁹ STC 184/1991, de 30 de septiembre (F. J. 3º). La STC 80/2000, de 27 de marzo (F. J. 3º y 8º) considera que el hecho de desconvocar o no la huelga constituye por sí mismo un criterio objetivo y razonable que justifica la diferencia de trato, centrando la cuestión en que con la diferenciación se lesiona el derecho de libertad sindical, por lo que termina analizando la diferencia de trato desde esta perspectiva. La consideración autónoma de la lesión del principio de igualdad justifica que, en este caso, no se haga referencia a la sanción que dicha conducta implica respecto al ejercicio del derecho de huelga, sobre todo al considerarla causa objetiva y razonable para establecer la diferenciación, puesto que, como levemente afirma al final, no resulta convincente que la actitud adoptada por un sindicato en el ejercicio de un derecho fundamental como la huelga pueda ser justificación constitucionalmente aceptable para la limitación de su derecho a la negociación colectiva, cuando ésta tiene lugar entre otros titulares del derecho. De hecho, los últimos pronunciamientos sólo analizan la lesión desde la perspectiva de los derechos de sindicación [STC 222/2005, de 12 de septiembre (F. J. 8º)].

distintas comisiones cuestionadas⁴⁰. Y, en este sentido, la doctrina constitucional considerará que la mencionada distinción constituye un criterio objetivo, razonable y proporcionado en relación con la finalidad que se persigue, eso sí, siempre que se trate de delimitar la participación en comisiones de control y seguimiento de lo pactado en un convenio colectivo⁴¹.

Mucho más interesante se muestra el análisis desde la perspectiva del derecho de libertad sindical. Aquí el problema fundamental está en determinar cuándo el establecimiento de este tipo de comisiones por la autonomía colectiva supone un obstáculo ilícito al ejercicio del derecho a participar en la negociación colectiva que ostentan determinadas organizaciones sindicales⁴². Desde esta perspectiva, y siempre que las Comisiones creadas tengan encomendadas funciones negociadoras, esto es, el establecimiento de modificaciones del convenio o nuevas reglas no previstas en la regulación convencional, la exclusión de un sindicato legitimado para negociar y que no haya firmado el Pacto en el que se crean constituye una lesión del derecho de libertad sindical, en cuanto supone una limitación o desconocimiento del derecho a la negociación colectiva⁴³.

Y ello porque el ejercicio de la autonomía colectiva, independientemente de que se manifieste a través de un convenio colectivo estatutario o extra-estatutario, está sometido a los límites que imponen los derechos sindicales y, muy especialmente, a la legitimación para negociar, legalmente reconocida al sindicato en base a su representatividad⁴⁴. El límite legal, que finalmente se traduce en comprobar que las comisiones creadas no tengan atribuidas funciones negociadoras, impide considerar que la no suscripción de un convenio colectivo pueda excluir la participación de determinadas organizaciones sindicales en la negociación de cuestiones nuevas que no estén conectadas ni sean conectables directamente con dicho acuerdo.

En consecuencia, salvando el límite impuesto por las reglas de legitimación, que no es otro que el derecho de los sindicatos representativos a negociar convenios colectivos de eficacia general, la autonomía colectiva (en cuanto poder colectivo privado que genera un conjunto de obligaciones y compromisos asumidos mutuamente por las partes que lo celebran) podrá establecer derechos contractuales entre las partes (cláusulas obligacionales), sin que se pueda considerar que los

⁴⁰ STC 184/1991, de 30 de septiembre (F. J. 3º); STS de 13 de marzo de 2002, RJ 2002/5143 (F. J. 3º).

⁴¹ STS de 22 de mayo de 2001, RJ 2001/5477 (F. J. 5º).

⁴² STC 184/1991, de 30 de septiembre (F. J. 3º).

⁴³ SSTC 213/1991, de 11 de noviembre (F. J. 1º), y 222/2005, de 12 de septiembre (F. J. 8º).

⁴⁴ STC 213/1991, de 11 de noviembre (F. J. 1º); STS de 29 de abril de 1997, RJ 1997/3554 (F. J. 2º).

sujetos no firmantes queden sujetos a las obligaciones y compromisos que dimanen del acuerdo, ni, por supuesto, pretendan gozar de los derechos que el convenio reconoce a sus partes firmantes⁴⁵. A estos efectos, la doctrina constitucional ha reconocido la posibilidad de que los convenios establezcan comisiones *ad hoc* que, en tanto no tengan funciones de regulación en sentido propio, no han de restringirse a la mera función de interpretación o administración de las reglas establecidas en el convenio⁴⁶. Se trata, como han aclarado otros pronunciamientos, de la posibilidad de regular derechos de información, consulta y participación, siempre que estos mecanismos vengan a mejorar la regulación legal⁴⁷.

Desde esta perspectiva, los convenios colectivos, en cuanto constituyen un instrumento transaccional, pueden crear instancias comunes de consulta y participación (lo que la doctrina constitucional ha denominado, sin demasiada fortuna, “*cláusulas institucionales*”, que ni vinculan ni legitiman para acceder a su seno a aquellas organizaciones que no han aceptado los compromisos y objetivos subyacentes de su creación), que sólo serán legítimas en la medida en que no desconozcan facultades legalmente establecidas (y, por tanto, indisponibles) de otros sujetos sindicales.

⁴⁵ Estas cláusulas, afirmará el Tribunal refiriéndose a las cláusulas obligacionales, no vinculan a quienes no sean partes del convenio, que no resultan obligados en la lógica cooperativa subyacente en este tipo de organismos, pero por ello mismo tampoco tienen derecho a acceder a ese tipo de comisiones quienes no aceptan los compromisos y objetivos subyacentes de su creación, y serán legítimas en cuanto no desconozcan facultades legales establecidas y, por ello, indisponibles de otras representaciones colectivas [STC 213/1991, de 11 de noviembre (F. J. 1º)].

⁴⁶ STC 184/1991, de 30 de septiembre (F. J. 6º). La doctrina es asumida en las SSTs de 21 de abril de 1997, RJ 1997/3411 (F. J. 3º); de 29 de abril de 1997, RJ 1997/3554 (F. J. 2º); de 13 de marzo de 2002, RJ 2002/5143 (F. J. 3º) y de 19 de octubre de 2004, RJ 2004/7143 (F. J. 2º).

⁴⁷ La STC 184/1991, de 30 de septiembre (F. J. 7º), al analizar una cláusula del Convenio que establece una Comisión del Plan de Formación, entiende que ésta es reflejo de la instauración de un mecanismo de participación que constituye una auto-limitación empresarial como contrapartida de la negociación, de forma que, como no es contraria ni sustitutiva de la regulación legal (sólo exige informe de los representantes unitarios), no es lesiva del derecho de libertad sindical en cuanto el sindicato reclamante no ha de estar presente en esta Comisión. En la misma línea se pronunciará la STC 213/1991, de 11 de noviembre (F. J. 1º), al considerar que un sindicato firmante no ha de gozar de los derechos contractuales que el convenio reconoce a las partes firmantes, entre los que cabe incluir derechos de información, consulta y participación reconocidos voluntariamente y en la medida en que el empresario no esté obligado a ellos. La doctrina ha sido acogida por la Jurisprudencia social; así la STS de 21 de abril de 1997, RJ 1997/3411 (F. J. 3º), considerará que la constitución de Comisiones Provinciales con objeto de planificar las actividades de formación de acuerdo con el Plan Anual de Formación establecido anualmente por el Ministerio, y cuya función principal es proponer anualmente el Plan de Formación con objeto de garantizar una oferta suficiente para todo el profesorado y remitirlo a los Centros Educativos, no constituye regulación de cuestiones nuevas; al contrario, el Tribunal considera innegable su relación directa con el contenido del Acuerdo y su finalidad de ejecución de los pactado. El hecho de que las funciones asignadas no se puedan restringir a la mera interpretación de lo pactado, no significa que se trate de comisiones negociadoras. En base a ello, la exclusión de la organización reclamante no se puede considerar lesiva del derecho de sindicación.

Por tanto, y ésta es la conclusión a la que hemos de llegar, la autonomía colectiva, en cuanto poder privado que deriva directamente de la Constitución, se encuentra limitada por el derecho de libertad sindical, que, a estos efectos, se integra por su contenido esencial, pero con mucha más evidencia por el contenido adicional establecido por el legislador, tanto a través de la LOLS como de las reglas del ET conectadas con el derecho fundamental. Es este factor, y no la diferencia de trato, lo que determina que las cláusulas obligacionales contenidas en los convenios sólo puedan regular facultades encuadrables en la gestión o aplicación de los convenios colectivos o mecanismos de información, consulta o participación que sean adicionales a los que vienen reconocidos por la legislación, lo que, como ya sabemos, debería recibir la consideración de contenido adicional de los derechos de libertad sindical. Y ello supone partir de una concepción que supedita por completo la autonomía colectiva a todos los contenidos legales que puedan estar relacionados con la libertad sindical y, muy especialmente, a aquellos que reconocen facultades en función de la representatividad⁴⁸.

1.1.3. La preferencia por el modelo de negociación colectiva de eficacia general

Centrada la cuestión sobre el contenido de los derechos de sindicación, el problema que plantea la exclusión de organizaciones sindicales de la negociación colectiva, sobre todo, debido a la especial relación que existe entre ambos derechos, es que en el sistema de negociación colectiva que deriva de nuestro ordenamiento jurídico, laten dos concepciones distintas del convenio colectivo: una primera, calificada de jurídico-pública, que concibe el convenio como una norma oficial o cuasi-corporativa (al estar negociado por representaciones institucionales); y una segunda, jurídico-privada, que ve en el convenio una norma jurídica privada, estructurada sobre la base del apoderamiento o representación voluntaria de los trabajadores⁴⁹.

⁴⁸ Curiosa resulta la STS de 16 de enero de 2006, RJ. 2006/2293 (F. J. 7º), en cuanto resuelve la impugnación de un Convenio Colectivo que entre sus diversas cláusulas contenía una en la que se reservaba la negociación colectiva de empresa a las secciones sindicales intercentros de aquellos sindicatos que ostentasen un mínimo del 20% de representantes de personal, y ello porque, además del hecho de que erigir un porcentaje a las secciones sindicales es contrario a la normativa legal que no establece más que los exigidos en los arts. 87 ET y 8. 2 b. de la LOLS, dicha regulación facultaba a las mencionadas secciones sindicales para negociar obviando y desconociendo la facultad negociadora que dichos preceptos atribuyen al resto de secciones sindicales. De esta forma, la cláusula puede llevar a la exclusión de la mesa negociadora de otras secciones legitimadas para negociar y, por ello, constituir una lesión de su derecho a la negociación colectiva.

⁴⁹ García Murcia, J., *La revisión de los convenios colectivos...*, op. cit., pág. 138; Borrajo Dacruz, E., "Negociación colectiva y libertad...", op. cit., pág. 352.

El enfrentamiento entre dos modelos de negociación que, en principio, tienen el mismo cobijo constitucional, requiere realizar una serie de matizaciones que derivan de la doctrina constitucional sobre el contenido de los derechos sindicales⁵⁰. La negociación colectiva de eficacia limitada constituye un derecho que emana del contenido esencial del derecho de libertad sindical y que, por ello, es ostentado por cualquier organización sindical. En cambio, el derecho a negociar convenios colectivos de eficacia general corresponde única y exclusivamente a las organizaciones sindicales que hayan sido designadas por el legislador (contenido adicional), pero que, en virtud de la doctrina constitucional, y frente a determinados supuestos, se insertan en el contenido constitucional del derecho.

Siendo así, se podría sostener, por tanto, que ambos modelos de negociación se encuentran en un plano de igualdad; y entonces el problema estaría en la dificultad de articular un modelo de negociación colectiva de eficacia general respetuoso con los derechos de negociación de la generalidad de organizaciones sindicales, sobre todo considerando que el sistema articulado por el Estatuto ha pretendido establecer un modelo de negociación articulada y centralizada que condiciona la negociación colectiva extraestatutaria (por muy *extra legem* que se quiera ubicar)⁵¹. No obstante, en virtud de cierta doctrina constitucional y de las interpretaciones realizadas por el poder judicial, ha sido la negociación colectiva de eficacia general la que ha recibido tradicionalmente una especial protección frente a la negociación colectiva de eficacia limitada⁵². La doctrina constitucional ha se-

⁵⁰ El problema en el enfrentamiento entre ambos sistemas ya se había destacado por la doctrina científica. En este sentido, Desdentado Bonete, A., y García-Perrote Escartín, I., “En torno a los problemas...”, op. cit., págs. 553 y ss., ponían de manifiesto cómo un uso abusivo o fraudulento de la negociación colectiva podía albergar prácticas contrarias a la libertad sindical y a la negociación colectiva de eficacia general, en cuanto existe la posibilidad de que se firme un convenio colectivo de eficacia limitada con una organización minoritaria, extenderlo con carácter posterior a toda la empresa y marginar con ello a la organización u organizaciones representativas con capacidad de negociar un convenio colectivo de eficacia general. STC 136/1987, de 22 de julio (F. J. 5º).

⁵¹ El art. 83.2 y 3 ET, desde su redacción originaria, apostaba por un modelo de negociación colectiva centralizada al exigir que todo convenio colectivo respetará los convenios marco o acuerdos interprofesionales. La rigidez se suavizó, incluso antes de aprobar la regulación legal, permitiendo la participación de los sindicatos más representativos en ámbitos autonómicos. Posteriormente, se contempló la posibilidad de que convenios colectivos de ámbito inferior pudiesen afectar lo establecido en convenios de ámbito superior (art. 84.2 ET). Es lo que la doctrina científica ha denominado “descuelgue territorial o sectorial” (Borrajó Dacruz, E., “Dos décadas de experiencia...”, op. cit., págs. 144 y ss.).

⁵² El convenio colectivo de eficacia limitada ha permanecido durante muchos años en una situación de incertidumbre jurídica (Quintanilla Navarro, Y., Los convenios colectivos irregulares, Madrid, CEC, 1998, págs. 13 y ss.). Con respecto a la regulación estatutaria, salvando la previsión del art. 82.1 ET que aludía a la posible existencia de convenios colectivos al margen de la regulación legal [STS de 30 de noviembre de 1998, RJ 1998/10047 (F. J. 4º)], la mención más importante se introduce con la reforma de 1994, que, en virtud de las modificaciones introducidas en el art. 41 ET en orden a la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos de trabajo, diferencia entre convenios

guido dos argumentaciones distintas y, en cierto sentido, divergentes sobre tan espinosa cuestión.

La primera sostendría, siguiendo determinadas líneas doctrinales, una prevalencia absoluta de la negociación colectiva de eficacia general sobre la negociación colectiva de eficacia limitada⁵³. Ni que decir tiene que esta postura concibe el derecho de negociación colectiva de eficacia general, si no como la única manifestación del derecho constitucional, al menos sí como preferente, lo que requiere, por otro lado, de la intervención legislativa para concretar los cauces para su ejercicio. Y ello, además de un problema de discriminación sindical y de lesión o desconocimiento de los derechos sindicales de las organizaciones sindicales preteridas, que lo es, podría constituir, en último término, una alteración del principio de jerarquía normativa, pues se otorga preferencia a una regulación legal que excluye opciones más conformes con la norma constitucional.

A raíz de estos planteamientos, se produce, por tanto, una constitucionalización del sistema legal de negociación colectiva, que, integrado en el art. 28 CE, se convierte en un mecanismo de protección de la situación privilegiada que a los sindicatos más representativos ha otorgado el legislador⁵⁴. Hasta tal punto es así que no se tardará mucho tiempo en considerar que la exclusión de un sindicato legitimado para participar en la negociación colectiva de eficacia general vulnera su derecho a la actividad sindical al verse privado de una de sus funciones esenciales, sin que suponga solución distinta el hecho de que se trate de una revisión salarial de un convenio colectivo cuya negociación había abandonado el sindicato recurrente, ni las posibilidades que todavía tiene con respecto a la negociación de convenios colectivos de eficacia limitada, facultad que, al parecer y de conformidad con el poco valor que se le otorga, no conforma el contenido esencial del derecho de libertad sindical de un sindicato representativo⁵⁵. Es esa preponderancia del convenio co-

colectivos del Título III y los demás pactos colectivos de trabajo. El verdadero avance para la aclaración del régimen jurídico aplicable se ha producido en el ámbito jurisprudencial, que les ha reconocido fundamento constitucional (art. 37 CE) y eficacia obligacional [por todas, STS de 12 de diciembre de 2006, RJ 2007/283 (F. J. 4º y 5º) y STC 121/2001, de 4 de junio (F. J. 5º)]. A favor de la protección constitucional de estos instrumentos y de garantizar su carácter imperativo y automático sobre las relaciones laborales que regula, Valdés dal Ré, F., “La eficacia de los convenios colectivos...”, op. cit., pág. 58.

⁵³ Sobre esta prevalencia se inclinaba inicialmente la mayoría de la doctrina científica, que atribuía al convenio colectivo de eficacia limitada un rango jerárquico inferior (Ojeda Avilés, A., *Derecho sindical*, op. cit., pág. 394) o se referían a dicha modalidad como negociación colectiva irregular (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La negociación colectiva como derecho...”, op. cit., págs. 52 y ss.; García Blasco, J., “La Jurisprudencia constitucional...”, op. cit., pág. 73).

⁵⁴ En este sentido, Valdés dal Ré, F., “El paradigma legal...”, op. cit., págs. 270 y ss.; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Los límites constitucionales...”, op. cit., pág. 60.

⁵⁵ SSTC 74/1984, de 27 de junio (F. J. 4º); 184/1991, de 30 septiembre (F. J. 2º y 7º); 213/1991, de 11 de noviembre (F. J. 1º).

lectivo de eficacia general frente al convenio colectivo de eficacia limitada la que resulta contraria a un sistema de libertad y pluralismo sindical⁵⁶.

Y no se trata de que la negociación colectiva de eficacia limitada se considere inconstitucional, pero sí se advierte cómo el desarrollo de modelos marginales de negociación, entre ellos la negociación colectiva de eficacia limitada, susceptible de ser ejercitada por cualquier sindicato, podría lesionar, en determinadas circunstancias, la libertad sindical de los sindicatos mayoritarios al obstaculizar o impedir la negociación de un convenio colectivo de eficacia general⁵⁷. Y en este sentido, la concepción abierta que emana de la consagración constitucional del derecho a la negociación colectiva aconseja apartarse de aquellas posiciones que criminalizan la negociación colectiva de eficacia limitada hasta convertirla en lesiva del derecho de libertad sindical de las organizaciones más representativas, y ello porque, como ha puesto de manifiesto la doctrina, la generalización de un sistema de negociación colectiva donde prime el convenio colectivo de eficacia limitada pudiera ser más conforme a un sistema de libertad y pluralismo sindical⁵⁸.

La presunción de ilicitud que pende sobre el convenio colectivo de eficacia limitada ha llegado hasta tal punto que el examen de su vigencia se ha efectuado desde distintas perspectivas y ello porque su naturaleza de pacto privado entre las partes determina, en principio, que las mejoras conseguidas en la negociación se apliquen únicamente a los trabajadores afiliados al sindicato firmante. Esta reserva se ha analizado desde tres perspectivas distintas: en primer lugar, desde la posición de los trabajadores no afiliados, que, precisamente por ello, no se van a ver beneficiados por el resultado de la negociación⁵⁹; en segundo lugar, desde la perspectiva de aquellos trabajadores que se encuentren afiliados a otro sindicato; y, por

⁵⁶ Borrajo Dacruz, E., “La obligatoriedad general de los convenios colectivos...”, op. cit., pág. 30.

⁵⁷ Fernández López, M. F., “El contenido esencial de la libertad sindical...”, op. cit., pág. 597. La STC 4/1983, de 28 de enero (F. J. 4º), analiza la posibilidad de que representaciones *ad hoc* de los trabajadores negocien un convenio colectivo en el ámbito supraempresarial. El Tribunal advierte que el legislador, al regular con carácter exclusivo la legitimación para negociar de carácter sindical, ha tenido en cuenta el perjuicio que una negociación directa entre empresarios y trabajadores produzca en el principio que, desde el ámbito nacional e internacional, obliga a fomentar y estimular la negociación colectiva laboral entre sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales.

⁵⁸ Desdentado Bonete, A., y García-Perrote Escartín, I., “En torno a los problemas del convenio colectivo...”, op. cit., pág. 545; García Murcia, J., *La revisión de los convenios colectivos...*, op. cit., pág. 155.

⁵⁹ Las SSTCT de 21 de febrero de 1986, RTCT 1986/1333, y de 6 de septiembre de 1986, RTCT 1986/8705 (F. J. 2º), ya habían considerado que la eficacia limitada de un pacto no supone trato discriminatorio para los trabajadores que no se benefician de su contenido, dado que los efectos limitados son consustanciales a la propia naturaleza de esta clase de pactos, cuya celebración encuentra fundamento en el art. 37 CE y son consecuencia del ejercicio de la actividad sindical que comprende, en todo caso, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva.

último, desde la lesión que puede ocasionar sobre la acción sindical de otros sindicatos, al no poder negociar un convenio colectivo de eficacia general⁶⁰.

No obstante, debemos advertir que no todos los pronunciamientos han seguido esta vía. Existen sentencias que, partiendo de la base del pluralismo sindical y de la finalidad del reconocimiento de la libertad sindical, manifiestan que el derecho de negociación colectiva podría llevarse a cabo a través de distintos modelos sin que del texto constitucional pueda deducirse la prevalencia de alguno de ellos⁶¹. De esta forma, siempre que exista la posibilidad de utilizar algunos de estos medios, la libertad sindical del sujeto afectado estaría a salvo⁶². Ello significa que la negociación colectiva de eficacia general no excluye la negociación de eficacia limitada realizada por cualquier sindicato, salvo que se incurra en conducta antisindical, y, por supuesto, que los sindicatos más representativos no pueden tener el monopolio en la negociación colectiva⁶³.

⁶⁰ Sobre estas tres cuestiones se ha pronunciado la STC 108/1989, de 8 de junio, que resuelve un recurso de amparo interpuesto por un sindicato más representativo, al quedar excluido de la negociación colectiva. La exclusión se produce porque otro sindicato negocia un convenio colectivo de eficacia limitada que, por el carácter abierto que presenta y a través de la adhesión, se aplica de forma generalizada a los trabajadores. El pronunciamiento resuelve todas las cuestiones planteadas en sentido negativo, dado que el convenio colectivo de eficacia limitada, aun aplicándose en principio a los afiliados, está abierto a la adhesión de todo trabajador individual que lo solicite a pesar de que no exista referencia expresa en el texto del convenio; por tanto, el trabajador que no se adhiera no puede sentirse discriminado por la no aplicación del convenio.

⁶¹ STC 108/1989, de 8 de junio (F. J. 2º); SSTs de 8 de junio de 1999, RJ 1999/5208 (F. J. 3º a) y de 12 de diciembre de 2006, RJ 2007/283 (F. J. 3º y 4º). Un análisis de la jurisprudencia referida en Desdentado Bonete, A., "Negociación colectiva y poder judicial: Un panorama reciente sobre el convenio colectivo", VV. AA., *Diez años de negociación colectiva. De la regulación legal a la experiencia negociada*, Madrid, MTAS, 2001, págs. 118 y ss. Sin embargo, existen autores que directa o indirectamente dan cierta preferencia al convenio colectivo de eficacia limitada, al conformar contenido esencial, bien del derecho de libertad sindical o bien del derecho de negociación colectiva (Ojeda Avilés, A. "Un contenido esencial..." , op. cit., pág. 603; Borrajo Dacruz, E., "La obligatoriedad general de los convenios colectivos..." , op. cit., pág. 15). Para otros, el convenio colectivo de eficacia limitada sería más coherente con la libertad sindical y un sistema de pluralidad sindical (Desdentado Bonete, A., y García-Peñero Escartín, I., "En torno a los problemas del convenio colectivo..." , op. cit., pág. 545).

⁶² La jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene que la negociación de un convenio colectivo de eficacia limitada no vulnera los derechos sindicales de los sindicatos representativos, puesto que no implica la imposibilidad de negociar un convenio colectivo de eficacia general [SSTs de 30 de mayo de 1991, RJ 1991/5233 (F. J. 4º-5º); de 12 de diciembre de 2006, RJ 2007/283 (F. J. 3º)]. El asunto se resuelve con una simplicidad asombrosa, consistente en no aplicar ninguno de los aspectos del régimen jurídico establecido en el Título III ET a los convenios colectivos de eficacia limitada, con la única excepción de los acuerdos que ponen fin a un conflicto [SSTs de 28 de junio de 1994, RJ 1994/5496 (F. J. 4º) y de 2 de noviembre de 1999, RJ 1999/9183 (F. J. 3º)]. De esta forma, tanto el deber de negociar que pesa sobre el empresario como las excepciones que se regulan en la normativa legal sólo son aplicables respecto de los convenios colectivos de eficacia general; en consecuencia, el empresario no se puede negar a negociar un convenio colectivo de eficacia general alegando que ya se aplica en la empresa uno de eficacia limitada [STs de 30 de septiembre de 1991, RJ 1999/8395 (F. J. 2º, ap. 3)].

Pero para que ello sea así no hay más remedio que considerar que el modelo legal de negociación colectiva no es el único viable desde el ámbito constitucional y que, si bien es posible que el legislador promocióne un determinado modelo legal, no resulta constitucionalmente legítimo que excluya los demás. De hecho, como ha señalado la doctrina, la constitucionalidad del modelo de negociación colectiva plasmado en el Estatuto depende del reconocimiento y licitud de los convenios colectivos de eficacia limitada⁶⁴. La negación de estos instrumentos sería inconstitucional, por contraria a la libertad sindical y al propio derecho de negociación colectiva, al monopolizar el derecho en manos de los sindicatos más representativos, por mucho que se considere necesario establecer requisitos para garantizar la eficacia general del convenio colectivo⁶⁵. En este sentido habría que dar la razón a aquellos autores que advertían de cómo el Tribunal Constitucional, en vez de proteger un genérico derecho a la negociación colectiva, se inclinaba por consagrar el derecho a negociar de una determinada manera, que es lo mismo que decir a través del convenio colectivo de eficacia general o la negociación de los sindicatos más representativos⁶⁶.

Y el problema no es tanto la constitucionalidad del modelo de negociación colectiva de eficacia general, sino que su articulación como contenido constitucional incide sobre la totalidad del sistema de relaciones laborales⁶⁷, llegando a modular,

⁶³ De forma muy tenue en STC 98/1985, de 29 de Julio (F. J. 10º). Un reconocimiento expreso de la cuestión en STC 108/1989, de 8 de junio (F. J. 2º), comentada por Fernández López, M. F., "El contenido esencial de la libertad sindical...", op. cit., págs. 605 y ss.

⁶⁴ Desdentado Bonete, A., y García-Perrote Escartín, I., "En torno a los problemas del convenio colectivo...", op. cit., págs. 545 y ss.; Serrano Martínez, J. E., "Titularidad y ejercicio...", op. cit., pág. 192; Valdés dal Ré, F., "El paradigma legal...", op. cit., pág. 272; Vida Soria, J., "Todavía sobre el Estatuto de los Trabajadores (1980-2000)", *TL*, núm. 57, 2000, pág. 33; García Blasco, J., "La Jurisprudencia constitucional...", op. cit., pág. 71.

⁶⁵ Desdentado Bonete, A., y García-Perrote Escartín, I., "En torno a los problemas del convenio colectivo...", op. cit., pág. 551; más reciente resulta el estudio realizado por Valdés dal Ré, F., *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo sindical*, Madrid, MTSS, 1996.

⁶⁶ Fernández López, M. F., "El contenido esencial de la libertad sindical...", op. cit., pág. 598; García Amado, J. A., "Los derechos de los trabajadores en la Constitución", en VV. AA., *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004, págs. 847 y ss. La misma pretensión se deduce del tratamiento jurisprudencial de la "contratación individual en masa": González Biedma, E., "Constitución, movilidad y vicisitudes de la relación individual de trabajo", en VV. AA., *El modelo social...*, op. cit., pág. 402. Muestra de esta pretensión jurisprudencial la constituye el supuesto analizado y resuelto en la STC 235/1988, de 5 de diciembre (F. J. 2º), donde una organización sindical minoritaria reclama el amparo por vulneración de la libertad sindical al haberse negociado un convenio colectivo por el sindicato mayoritario sin contar con la mayoría requerida para ello. La alta representatividad del sindicato determina que se le otorgue eficacia general, suprimiendo las posibilidades de los sindicatos minoritarios para negociar un convenio colectivo de eficacia limitada. Lo grave, desde nuestro punto de vista, es que era la segunda vez que sucedía, por lo que al menos se debía haber considerado un indicio de conducta antisindical.

⁶⁷ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., "Notas sobre la regulación actual...", op. cit., pág. 449; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "La negociación colectiva y el sistema...", op. cit., pág. 68.

limitar y restringir el resto de derechos fundamentales laborales sin que exista una razón constitucional que lo justifique⁶⁸.

1.2. La regulación convencional de la acción sindical en la empresa

Del análisis efectuado hasta el momento podemos extraer una conclusión fundamental: la capacidad de la autonomía colectiva para regular los derechos sindicales, a pesar de su reconocimiento generalizado, no está nada clara en el ordenamiento jurídico español, y ello porque, si bien, como hemos visto, existe una cierta tendencia a admitir las posibilidad de regulaciones convencionales en este sentido, la constricción de la autonomía colectiva a los preceptos legales relacionados con el derecho reduce su ámbito de actuación a la creación de contenido adicional de los derechos sindicales.

La posibilidad de que los sujetos privados, en especial los propios agentes sociales, pueden establecer diferenciaciones entre los distintos sujetos sindicales se ha visto especialmente respaldada por la aplicación del principio de igualdad y los efectos de la doctrina constitucional del contenido adicional sobre el derecho de libertad sindical. Ambas circunstancias, como ya sabemos, permiten enriquecer el contenido de los derechos sindicales con otras facultades adicionales, aun reconociéndose de forma diferenciada, atribuidas mediante convenio colectivo o cualquier otro instrumento normativo.

Por otro lado, como también hemos tenido ocasión de mencionar, existe un principio jurisprudencial que designa al legislador, en cuanto poder encargado de desarrollar los derechos fundamentales, como único responsable de aquella habilitación que permite a la autonomía colectiva regular los derechos de sindicación. En este sentido, la LOLS contiene una habilitación genérica que permite diferenciar en función del criterio de representatividad y una serie de habilitaciones específicas que tienen por objeto permitir una regularización particularizada, por parte de la autonomía colectiva, de la acción sindical en la empresa. El problema estará en determinar los distintos límites que, de conformidad con estas regulaciones, debe respetar la autonomía colectiva.

La habilitación legal genérica permite regular facultades adicionales a las que se mencionan en la LOLS (Art. 6.3 g LOLS), por lo que, en principio, ni es posible que la negociación colectiva incida sobre el contenido esencial de los derechos sindicales, ni puede atribuir en forma distinta las facultades que, formando parte del contenido adicional del derecho, vienen atribuidas por la norma legal en virtud de la representatividad⁶⁹. Por otro lado, y esta es la segunda cuestión que plantea el

⁶⁸ Borrajo Dacruz, E., "Dos décadas de experiencia...", op. cit., pág. 140.

⁶⁹ STC 188/1995, de 18 de diciembre (F. J. 8°).

precepto, también hay que tener en cuenta que la habilitación legal parte de la premisa de que la diferenciación se hace en virtud del criterio de representatividad, por lo que, en principio, la autonomía colectiva no está capacitada, al menos en virtud de ésta específica regulación legal, a utilizar criterios distintos.

Mucho más genéricas son las menciones que se hacen a la negociación colectiva al reconocer la acción sindical en la empresa, puesto que en todos los supuestos parece otorgarse un amplio papel a la regulación convencional, eludiendo una mención expresa sobre los límites que ha de respetar. Así, el art. 8.2 LOLS menciona los derechos de las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan presencia en los órganos de representación unitaria, sin perjuicio de lo que establezcan los convenios colectivos. Más singular resulta la regulación del art. 10 LOLS, que, tras reconocer que las secciones sindicales con presencia en el comité de empresa estarán representadas a todos los efectos por delegados sindicales, permite que se pueda ampliar su número, bien por acuerdo, bien por convenio colectivo.

La interpretación de estos preceptos ha llevado a sostener una postura intermedia que, centrándose en el principio de igualdad, y es éste un dato fundamental, permite a la autonomía colectiva establecer, con carácter general, diferencias en el ámbito colectivo del derecho de libertad sindical, siempre que sean objetivas, razonables y proporcionadas a la finalidad perseguida, considerándolas, en caso contrario, discriminatorias⁷⁰; mientras que, por otro lado, se insiste en el carácter de mínimos que caracteriza a la regulación legal, de forma que no será posible privar de facultades adicionales a organizaciones sindicales que las tenga reconocidas en virtud de norma jurídica⁷¹.

La consecuencia lógica es que la autonomía colectiva sólo podrá regular y atribuir de forma diferenciada contenido adicional de los derechos sindicales, siempre

⁷⁰ Hay que tener en cuenta que la mayoría de los pronunciamientos aceptan la introducción de otros criterios al margen de los mencionados en la regulación legal. Así ocurre, por ejemplo, con la ampliación del número de delegados sindicales que corresponden a las secciones sindicales de empresa con presencia en el comité en virtud del criterio de representatividad [STC 188/1995, de 18 de diciembre (F. J. 6º)] o del grado de implantación de la organización sindical [STC 145/1999, de 22 de julio (F. J. 5º)]. No obstante, la práctica demuestra que también es relativamente común establecer ciertas mejoras, sobre todo a efectos de acción sindical, en favor de los sindicatos firmantes del Convenio, criterio que, como ya hemos visto, ha ocasionado un rechazo jurisprudencial en el ámbito de la negociación colectiva y está suscitando dudas en el ámbito más general de la acción sindical en la empresa [sobre este aspecto, STS de 10 de junio de 2003, RJ 2005/4881 (F. J. 2º)].

⁷¹ STC 188/1995, de 18 de diciembre (F. J. 5º-8º). No obstante, hay que tener en cuenta que la existencia de una regulación de mínimos no significa, en ningún caso, que la regulación convencional deba ceñirse a la simple mejora, puesto que puede modalizar los derechos sindicales estableciendo requisitos y condicionamientos [STS de 22 de junio de 1992, RJ 1992/4607 (F. J. 3º)]. En el mismo sentido, aunque respecto de la regulación contenida en el art. 68 ET, San Martín Mazzuconi, C., "El tratamiento en la negociación colectiva...", op. cit., pág. 831.

que observe dos requisitos: por un lado, respeto del principio de igualdad entre organizaciones sindicales que deriva del art. 28 CE; por otro, que dichas facultades adicionales no hayan sido atribuidas a las organizaciones sindicales en virtud de norma legal⁷². Por tanto, la cuestión se mueve, de nuevo, entre los dos preceptos constitucionales, si bien la doctrina que aplicábamos respecto de las diferencias establecidas por los poderes públicos debe ser objeto de matizaciones.

En primer lugar, porque las facultades integradas en el contenido de los derechos de sindicación se han ampliado considerablemente respecto de los poderes privados, que han de respetar tanto el contenido esencial como todas aquellas facultades adicionales que ha establecido el legislador⁷³. En segundo lugar, porque las exigencias que integran el principio de igualdad dejan de legitimar determinados criterios que se consideraron admisibles en el ámbito de las diferencias legislativas, y si esta circunstancia no ha sido objeto de valoración por la doctrina constitucional, sí ha empezado a adquirir relevancia en la Jurisprudencia Social, sobre todo cuando el convenio colectivo se negocia en el ámbito empresarial.

Nos referimos al criterio de mayor representatividad sindical, que para el ámbito nacional y autonómico deriva de la LOLS. En este sentido, se ha considerado que no constituye un criterio objetivo y razonable para atribuir facultades sindicales en el ámbito empresarial, por múltiples razones, entre las que cabe destacar la fractura entre representatividad e implantación⁷⁴. Y ello porque el concepto que

⁷² Sobre la obligación de que la autonomía colectiva respete el principio de igualdad entre las organizaciones sindicales, SSTS de 23 de noviembre de 1993, RJ 1993/8933 (F. J. 2º); de 25 de abril de 2005, RJ 2005/6285 (F. J. 2º). Exigirá el cumplimiento de los dos requisitos la STS de 16 de enero de 2006, RJ 2006/2293 (F. J. 7º), que, como ya hemos mencionado, anula una cláusula convencional que reservaba la negociación colectiva de empresa a las secciones sindicales intercentros de aquellos sindicatos que ostentasen un mínimo del 20% de representantes de personal por dos razones: porque implicaba una diferencia de trato entre las secciones sindicales presentes en la empresa sin justificación objetiva y razonable, y porque la regulación contradecía la normativa legal (arts. 87 ET y 8. 2 b. de la LOLS), provocando una restricción de los derechos de acción sindical del resto de secciones sindicales en cuanto se eliminaban los derechos de negociación colectiva de las secciones sindicales legitimadas para negociar.

⁷³ Sáez Lara, C., “El control de legalidad del convenio colectivo”, *TL*, núm. 76, 2004, pág. 373; Sala Franco, T., “El derecho constitucional a la negociación...”, *op. cit.*, pág. 328.

⁷⁴ La STS de 23 de noviembre de 1993, RJ 1993/8933 (F. J. 2º), analiza las atribuciones realizadas mediante un convenio colectivo estatutario a los sindicatos más representativos en el ámbito estatal que ostenten representación institucional ante las Administraciones Públicas. Las facultades reservadas se centran en la realización de un estudio comparativo sobre el empleo en el sector, el establecimiento de programas de colaboración con el empresario a efectos de instaurar Programas de Formación y, finalmente, la posibilidad de llegar a acuerdos en materia de representación colectiva y derechos sindicales. El examen de las previsiones convencionales se efectúa partiendo de que dichas cláusulas conforman un compromiso ajeno a la negociación colectiva que repercute negativamente en la acción sindical de las organizaciones que resultan excluidas. Y ello supone que la diferenciación establecida (organizaciones sindicales más representativas y organizaciones que no lo son) carece de

deriva de la LOLS tiene en cuenta los resultados electorales que derivan del conjunto del sistema productivo, por lo que carece de fundamento para dispensar un trato privilegiado en el ámbito de la empresa, sobre todo si se considera que el grado de representatividad se ha obtenido en un ámbito externo a la organización productiva. La condición de sindicato más representativo constituye una calificación que tiene sentido en el ámbito supra-empresarial, de forma que su utilización para atribuir ventajas adicionales en el ámbito empresarial constituye una vulneración del principio de igualdad integrado en la libertad sindical⁷⁵.

De conformidad con ello, el único criterio válido para diferenciar entre organizaciones sindicales en la empresa será aquel que tenga en cuenta, explícita y únicamente, la presencia de los sindicatos en los órganos unitarios, criterio al que los convenios colectivos suelen aludir con la denominación de “implantación sindical” y frente al que la jurisprudencia se ha de mantener alerta por su versatilidad y las conexiones que mantiene con el criterio de representatividad, pues, a pesar de ser pocos los pronunciamientos recaídos en este sentido, han sido suficientes para poner en evidencia cierta utilización artificiosa por parte de la autonomía colectiva⁷⁶.

No obstante, recientes estudios doctrinales han puesto de manifiesto cómo, en ocasiones, la regulación convencional de la acción sindical en la empresa raya en la inconstitucionalidad, sobre todo por atribuir facultades sindicales en virtud de la representatividad, obviando que constituyen manifestaciones esenciales del derecho de libertad sindical⁷⁷. Efectivamente, en los supuestos en los que los convenios colectivos regulan la acción sindical en la empresa suelen establecer diferencias en virtud de la representatividad, ocasionalmente acuden a criterios distintos, justamente para ejercitar facultades que derivan del contenido esencial de los derechos sindicales.

justificación objetiva porque el ámbito en el que han de desarrollarse estas acciones es la empresa, por lo que la selección efectuada tiene por único objeto excluir a las organizaciones sindicales que no son más representativas en el ámbito estatal, independientemente de la representatividad que ostenten en la empresa.

⁷⁵ SSTs de 25 de abril de 2005, RJ 2005/6285 (F. J. 2º); de 16 de enero de 2006, RJ 2006/2293 (F. J. 7º).

⁷⁶ Significativa a estos efectos es la STS de 15 de julio de 2005, RJ 2005/9236, que ha de analizar la atribución, mediante convenio colectivo, de una serie de fondos dirigidos a mejorar la actividad sindical. La importancia, a los efectos que estamos considerando, recae en que el Convenio había designado como beneficiarios a los sindicatos con mayor implantación, es decir, aquellos que en el ámbito de aplicación hubiesen obtenido el 15% de los representantes unitarios, negando el derecho al resto de organizaciones sindicales. Atendiendo a los fines genéricos de la subvención, a la doctrina sobre subvenciones públicas a las organizaciones sindicales y al principio de no injerencia en las mencionadas organizaciones, el Tribunal considera la cláusula lesiva del derecho de libertad sindical.

⁷⁷ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Negociación colectiva sobre representación de los trabajadores en la empresa”, *RMTAS*, núm. 68, 2007, op. cit., págs. 137 y ss.

En este sentido, es frecuente encontrar, por ejemplo, injerencias a la hora de constituir las secciones sindicales de empresa⁷⁸ o al realizar la designación de los delegados sindicales⁷⁹, facultades que, claramente, constituyen una manifestación del plano autoorganizativo de la libertad sindical; e, incluso, medidas dirigidas a restringir el ejercicio de actividades sindicales tan trascendentales como la distribución de información sindical⁸⁰. Sólo excepcionalmente, y así lo ha puesto de manifiesto la doctrina, se encuentran regulaciones convencionales dirigidas a establecer verdaderos derechos adicionales a los reconocidos en la normativa legal⁸¹, práctica que se ha centrado, fundamentalmente, en ampliar el número de delegados sindicales establecidos en la LOLS⁸², siendo en este ámbito donde con más frecuencia se regulan diferencias en función de la representatividad con objeto de atenuar los índices de representatividad requeridos legalmente para designar delegados sindicales⁸³.

⁷⁸ Existen convenios colectivos que exigen numerosos requisitos para establecer secciones sindicales de empresa, para determinar su ámbito de actuación e, incluso, su estructura interna, contrariando con ello la autonomía sindical que debe regir estas cuestiones [SSTS de 22 de junio de 1992, RJ 1992/4607 (F. J. 3º); de 8 de noviembre de 1994, RJ 1994/9066 (F. J. 2º) y de 15 de julio de 1996, RJ. 1996/6158 (F. J. 3º)]. Así, por ejemplo, para constituir una sección sindical de empresa con carácter nacional, además del criterio de representatividad, se suelen imponer otra serie de condiciones, como la necesidad de contar con el 25% de los órganos unitarios en la totalidad de la empresa, el mismo porcentaje en más de dos delegaciones y, por último, que tengan constituidas, al menos, 10 secciones sindicales provinciales [art. 37 del Convenio Colectivo de Seguritas (BOE de 29 de junio de 2005) y art. 65 del Convenio Colectivo de Vigilancia Integrada (BOE de 20 de julio de 2005)]. Por otro lado, existen convenios que designan el ámbito de actuación de la sección sindical y las figuras que las pueden representar, llegando incluso a delimitar el colectivo de trabajadores que pueden desempeñar dichas funciones: trabajadores fijos que hayan superado el periodo de prueba [art. 81 del Convenio Colectivo de Transformación Agraria, S.A. (BOE de 1 de abril de 2005)]. Un análisis de estos convenios en Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Negociación colectiva sobre representación de los trabajadores...”, op. cit., págs. 151 y ss.

⁷⁹ Así, por ejemplo, se exige que el delegado sindical sea miembro del comité de empresa [art. 73 del Convenio Colectivo de Vega Mayor S.A. (BOE de 20 de septiembre de 2005)].

⁸⁰ El art. 64 del Convenio Colectivo de Puntocash S.A (BOE de 31 de agosto de 2005) condiciona el derecho a distribuir información sindical a que el sindicato que la envía tenga presencia en los órganos unitarios y a que en el centro de trabajo receptor exista suficiente y apreciable afiliación. En sentido muy parecido se pronuncia el art. 76 del Convenio Colectivo Sectorial de Grandes Almacenes (BOE de 27 de abril de 2006).

⁸¹ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Negociación colectiva sobre representación de los trabajadores...”, op. cit., pág., 151. Con respecto a la representación en general, Durán López, F., y Sáez Lara, C., “Representación y participación de los trabajadores...”, op. cit., pág. 295.

⁸² La actuación más común consiste en disminuir el número de trabajadores necesarios para designar delegados sindicales, oscilando entre un número superior a 50 trabajadores [art. 48 del Convenio Colectivo de Mahon S. A. (BOE de 1 de Noviembre de 2005)] e inferior a 200 trabajadores [art. 9 del Convenio Colectivo de Rampa de Spanair S. A. (BOE de 14 de abril de 2006)]. Esta posibilidad se había considerado legítima por la jurisprudencia social [STS de 14 de diciembre de 1990, RJ 1990/9790 (F. J. 5º)].

Las novedades más significativas destacadas por la doctrina se refieren al ejercicio de derechos que, si en principio no tenían naturaleza sindical, pasan a formar parte de su contenido adicional en virtud de la regulación convencional. Así ocurre, por ejemplo, con el derecho de asamblea, cuya estricta regulación legal (arts. 77 y ss. del ET) ha provocado que los convenios colectivos establezcan un régimen distinto al contenido en la normativa estatutaria. A los efectos que ahora nos interesan, conviene destacar que algunos convenios reconocen el derecho de convocatoria bien a los órganos sindicales con carácter general (secciones sindicales y delegados de personal), bien, en sentido más restringido, a los sindicatos más representativos⁸⁴.

Todas estas prácticas, además de constatar los peligros que encierra la noción de contenido adicional, evidencian la necesidad de un mayor rigor en el control de legalidad de los convenios colectivos y de prestar una especial atención a las diferencias entre organizaciones sindicales, de forma que su fiscalización vaya más allá del control que imponen los parámetros del principio de igualdad. Es necesario someter el convenio a controles materiales que protejan el contenido de los derechos sindicales, porque, al fin y al cabo, la negociación colectiva no es más que un poder compartido entre representantes de los trabajadores y de los empresarios, por lo que sus regulaciones pueden encubrir una injerencia de las organizaciones empresariales en la autonomía sindical, cuando no una limitación de los derechos sindicales por parte de las organizaciones sindicales firmantes.

Y esta circunstancia aconseja controlar las diferenciaciones desde parámetros más estrictos, por mucho que se trate de contenidos adicionales a los establecidos en la regulación legal, práctica que hasta el momento sólo se ha desarrollado parcialmente a través de la especial consideración del canon de proporcionalidad inserto en el principio de igualdad, realizándose su comprobación desde el contenido de los derechos de sindicación⁸⁵. Más interesante, como hemos tenido ocasión de

⁸³ Así, por ejemplo el art. 50 del Convenio Colectivo de Iberdrola Energías Renovables. S. A. (BOE de 25 de mayo de 2005), permite la designación de un delegado sindical a las organizaciones sindicales que hayan obtenido el 8% de los representantes unitarios en el ámbito nacional, las organizaciones sindicales de Comunidad Autónoma que hayan obtenido el 15 % y las organizaciones sindicales firmantes del convenio. El art. 57.2 del Convenio Colectivo de St. Gobain Vicasa (BOE de 14 de septiembre de 2005), reconoce la designación de delegado sindical a las organizaciones sindicales que cuenten con el 15 % de los miembros del comité de empresa, y a los sindicatos más representativos a nivel estatal que cuenten con el 15% de los representantes unitarios en la empresa, la designación de un delegado sindical adicional.

⁸⁴ Art. 37.4 del Convenio Colectivo de Seguros Groupama S. A. (BOE de 4 abril de 2006) y art. 19 del Convenio Colectivo de Unipost S. A (BOE de 17 de abril de 2006), referidos a las Secciones sindicales y art. 95 del Convenio Colectivo de Finanzauto S. A., (BOE de 22 de febrero de 2006) relativo al delegado sindical. Sobre esta facultad, STS de 5 de febrero de 2004, RJ 2004/2198.

⁸⁵ STC 188/1995, de 18 de diciembre (F. J. 7º), que al analizar el establecimiento de diferencias entre organizaciones sindicales mediante la atribución de facultades adicionales aplica el principio de

analizar, se muestra la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, desde la consideración de que dichas medidas diferenciadoras, sobre todo aquellas que se dirigen a dotar económicamente a los sujetos firmantes o a atribuirles facultades especiales en la acción sindical, pueden encubrir injerencias en la autonomía sindical.

En este sentido, y partiendo del principio de igualdad, la jurisprudencia del TS siempre ha considerado un concepto de razonabilidad mucho más estricto que el de la doctrina constitucional, considerando que la distinción entre organizaciones firmantes y no firmantes no constituye criterio objetivo ni razonable para otorgar un tratamiento diferenciado entre organizaciones sindicales, sobre todo porque el hecho de no firmar un convenio o acuerdo colectivo constituye manifestación de una estrategia y actividad sindical que debe ser libre⁸⁶.

De hecho, ha considerado, en varias ocasiones, que dicha distinción puede suponer un acto de injerencia empresarial prohibido por la legislación interna (art. 13 LOLS) y la normativa internacional [art. 2 del Convenio núm. 98 de la OIT (1949)]⁸⁷, llegando a establecer una curiosa doctrina sobre las posibles injerencias empresariales a través de la negociación, pues aunque las facilidades otorgadas no implican una fórmula de control directo, sí concurren dos elementos importantes incluidos en la prohibición de injerencia sobre las organizaciones sindicales. Por un lado, la creación de incentivos, económicos o de otra índole, para la aceptación del convenio que operan sobre el interés particular de la organización sindical y al margen de los intereses generales de los trabajadores representados, que en la mayoría de los supuestos no van a coincidir con los afiliados (convenio colectivo de eficacia general), y, por otro, la imposición de una desventaja para los sindicatos que no suscriben el convenio, medidas que, además de no tener una clara justificación, alteran la situación de igualdad en la que ha de fundarse la concurrencia de organizaciones sindicales en un sistema de pluralismo sindical, con el consiguiente riesgo de que el empresario pueda actuar promoviendo el sindicato que más convenga a sus intereses⁸⁸.

proporcionalidad en sentido estricto, primero directamente, respecto del contenido del derecho de libertad sindical, aunque concebido de forma muy restrictiva (para que exista lesión es necesario privar a las organizaciones sindicales de los instrumentos imprescindibles y necesarios para cumplir las funciones que les otorga el texto constitucional), y después en relación con el análisis de la diferencia de trato en idénticos términos.

⁸⁶ Por todas, STS de 22 mayo 2001, RJ 2001/5477 (F. J. 5º) en cuanto sintetiza la doctrina anterior en el principio de que la negociación colectiva estatutaria no puede ser cauce para obtener ventajas para los sindicatos firmantes del convenio.

⁸⁷ STS de 22 de octubre de 1993, RJ 1993/7856 (F. J. 5º); de 8 de noviembre de 1994, RJ 1994/9066 (F. J. 2º), y, muy especialmente, de 10 de junio de 2003, RJ 2005/4881 (F. J. 2º).

⁸⁸ SSTS de 10 de junio de 2003, RJ 2005/4881 (F. J. 2º), de 15 de julio de 2005, RJ 2005/9236 (F. J. 6º).

2. LAS DIFERENCIAS ESTABLECIDAS EN VIRTUD DE DECISIONES EMPRESARIALES

La variedad de facultades introducidas en el ámbito colectivo de la libertad sindical, sobre todo por lo que respecta a la acción sindical en la empresa, así como la doble dimensión que presenta su ejercicio (individual o colectivo), son susceptibles de provocar una serie de distorsiones importantes a la hora de analizar las diferencias por razones sindicales originadas en la empresa, que nos obligan a realizar una serie de precisiones previas.

El primer aspecto que hay que tener en consideración es que las injerencias empresariales en el ámbito colectivo del derecho de libertad sindical pueden consistir en un rechazo, más o menos definido, respecto de determinadas organizaciones sindicales; o, en otro tipo de conductas más sutiles, que lejos de consistir en actuaciones obstruccionistas, se manifiestan en medidas de apoyo, aparentemente incondicionado, pero con la finalidad de controlar determinadas organizaciones sindicales. En este sentido, y de forma parecida a lo que ocurre con la autonomía colectiva, el empresario está condicionado y, en consecuencia, debe respetar, todas las facultades que deriven de la regulación constitucional, legal y convencional de los derechos sindicales y, muy especialmente, las “facultades promocionales” que, tanto el legislador como el convenio colectivo, hayan podido establecer en el ámbito empresarial⁸⁹.

De las escasas ocasiones en que los pronunciamientos se han referido al asunto se puede concluir que, desde el punto de vista empresarial, el contenido promocional de los derechos de sindicación emana del texto constitucional y, por ello, es susceptible de limitar las distintas facultades empresariales⁹⁰. En consecuencia, la doctrina constitucional ha reconocido que la regulación promocional supone una limitación de las facultades empresariales, por lo que sólo puede justificarse en atención a valores de importancia acorde a la limitación sufrida, esto es, valores constitucionales⁹¹.

⁸⁹ Para algunos autores esto no significa que la obligación de promocionar a los sujetos sindicales que parece derivar del texto constitucional se imponga al empresario con la misma intensidad que obliga a los poderes públicos (Del Rey Guanter, S., “Conducta antisindical de sujetos distintos al empresario”, *RL*, T. I., 1987, pág. 301).

⁹⁰ Esta consideración nos aporta un argumento más para rechazar una promoción sindical libre por parte del legislador. Lógicamente si la promoción sindical afecta a la libertad de empresa, habrá de tener un fundamento constitucional tan evidente que le permita limitar los distintos poderes empresariales que derivan del art. 38 CE, y si existe ese fundamento constitucional, obviamente el desarrollo legislativo ya no puede ser tan libre como se deriva de la doctrina constitucional.

⁹¹ No obstante, hay que tener cuenta que la referencia se hace con objeto de justificar que el reconocimiento de estas medidas se haga de forma restrictiva (a las organizaciones sindicales más representativas), como aclara el razonamiento: “*Al ser un derecho que incide sobre derechos ajenos al*

Al margen de la trascendencia que tiene dicho razonamiento sobre la libertad de configuración de legislador, debemos advertir que la aplicación del principio de igualdad en estos supuestos (es decir, en los supuestos en que se reconozcan de forma diferenciada facultades que, en virtud de regulación legal o convencional, hayan de beneficiar a distintos sindicatos) no sólo supondría negar que dichas facultades integran el contenido del derecho frente al empresario, sino que resultaría contrario a la propia doctrina sobre el contenido del derecho de libertad sindical. De conformidad con ella, toda regulación promocional pasa a engrosar el contenido constitucional de los derechos sindicales, por lo que el empresario, a la hora de limitarla, debería estar lesionando el contenido constitucional del derecho.

No obstante, y de forma muy similar a lo que ocurría con la promoción sindical practicada por el legislador, el contenido del derecho de libertad sindical no impide al empresario, reconocer otra serie de facultades adicionales, siempre que no sean discriminatorias. Especial atención, en este sentido, van a requerir aquellas conductas empresariales que al reconocer ventajas en la acción sindical manifiesten una cierta predilección por determinadas organizaciones sindicales, razón por la que, desde nuestro punto de vista, además de estar sujetas al principio de igualdad en las mismas condiciones que lo está el poder público deben observar los requisitos materiales que protegen el contenido de los derechos de sindicación. No en vano la normativa internacional ha incidido en la necesidad de impedir todas aquellas conductas que se dirijan a manipular o controlar a las organizaciones de trabajadores, especialmente las que consistan en sustentar o contribuir económicamente a las organizaciones sindicales⁹².

La cuestión se complica si tenemos en cuenta que, en ambos casos, el ámbito (empresarial) en que se ejercitan los derechos de sindicación, así como el desarrollo legal del derecho de libertad sindical contenido en la LOLS y adicionalmente en el ET, propician que las diferencias entre los sujetos sindicales colectivos se materialicen en los trabajadores afiliados al sindicato o en sus respectivos representantes⁹³, permitiendo, por tanto, diferenciar dos supuestos distintos cuya delimitación no está exenta de complejidad: aquellos casos, la gran mayoría, en

sindicato, el mismo ha de ser objeto de un reconocimiento excepcional que sólo beneficie de aquellas organizaciones que asumen una especial carga organizativa en beneficio de todos los trabajadores afiliados o no. Por lo que existe una justificación objetiva y razonable que justifica la diferencia de trato” [STC 263/1994, de 8 de noviembre (F. J. 5º)].

⁹² El supuesto de la preferencia de determinadas organizaciones sindicales sobre otras ha sido examinado por los órganos de control de la OIT, que considera que dicha decisión no puede implicar, en ningún caso, el control directo o indirecto del sindicato (OIT, *Estudio General. Libertad sindical...*, op. cit. pág. 13).

⁹³ Aspecto que se ponía de manifiesto, de forma muy temprana por la doctrina italiana (Treu, T., “Attività antisindacale ed interessi collettivi”, *Politica del Diritto*, 1971, T. II, núm. 4-5, pág. 568).

que la lesión del derecho de sindicación, en su faceta colectiva, se produce de forma refleja, esto es, cuando las injerencias privadas en el ámbito individual del derecho inciden sobre la faceta colectiva; y aquellos otros en que se producen injerencias directas sobre la dimensión colectiva del derecho, sin que exista lesión de facultades sindicales individuales, o, caso de existir, no sean determinantes para la resolución del supuesto. En otras palabras, los casos en que la lesión del derecho se produce de forma directa y aquellos otros en que la lesión se produce de forma indirecta⁹⁴.

Esta diferenciación es importante, en cuanto va a permitir que la “tutela antidiscriminatoria” que el ordenamiento dispensa al sujeto individual que ejercita derechos sindicales (sobre todo a raíz de su transformación a lo largo de los años en garantía de indemnidad sindical, dirigida a impedir que conductas empresariales amparadas en la regulación legal sancionen el ejercicio de los derechos sindicales) se aplique a los titulares colectivos del derecho, esto es, a las organizaciones sindicales. Y esta extensión constituye la prueba más palpable de que, desde el inicio, la tutela antidiscriminatoria por razones sindicales se ha dirigido a proteger el contenido de los derechos de sindicación, con independencia de que existan o no diferencias de trato. No obstante, el hecho de que permita la extensión de la garantía de indemnidad a aquellos supuestos en que se lesiona la libertad sindical de los sujetos colectivos no significa que la clasificación tenga por sí misma consistencia suficiente como para establecer una clasificación a efectos expositivos; llegado el momento, optaremos por aquella que permite diferenciar entre conductas obstructivas y conductas favorecedoras que son, en último término, las que pueden tener incidencia en la tutela de los derechos de libertad sindical⁹⁵.

Por ello, antes de analizar el tratamiento que están recibiendo las injerencias empresariales en el ámbito colectivo del derecho, es necesario hacer una alusión a los fundamentos que han posibilitado esta extensión, así como un análisis de la mencionada garantía y de las transformaciones que ha sufrido en los últimos años. Y para ello hay que partir de que la prohibición de discriminación sindical no puede concebirse única y exclusivamente desde una perspectiva individualista, en la medida en que el sujeto protegido no es únicamente el trabajador; muy al contrario, la tutela antidiscriminatoria por razones sindicales, tal como se concibe en nuestro

⁹⁴ La clasificación que proponemos, aunque referida única y exclusivamente al ámbito colectivo del derecho de libertad sindical, es similar a la formulada por Del Rey Guanter, S., “La conducta antisindical: principios generales...”, op. cit., págs. 255-256, al diferenciar entre violaciones directas (medio y efecto se encuentran en una relación directa de causalidad) y violaciones subyacentes (la conducta antisindical se escuda en una conducta contemplada por la Ley).

⁹⁵ De hecho, la mencionada clasificación, nacida en la doctrina científica italiana, va a ser desechada al considerarse un mero artificio formalista que en ningún caso evita considerar que la lesión producida en el ámbito individual lesiona necesariamente el interés colectivo (Treu, T., “Attività antisindacale...”, op. cit., pág. 570).

ordenamiento jurídico, también se dirige a proteger la acción sindical en la empresa y, como tal, es susceptible de aplicarse en aquellos casos en que el que ejercita el derecho es un ente colectivo.

2.1. La protección de la acción sindical en la empresa: relaciones entre aspectos individuales y colectivos

La idea de que las distintas garantías reguladas en el ET y en la LOLS para la protección de los representantes de los trabajadores se configuran como un conjunto de medidas dirigidas a tutelar la acción representativa en la empresa está ampliamente consolidada en la doctrina científica⁹⁶. Esta noción institucional del sistema de garantías, que deriva claramente del derecho internacional, siempre ha estado inserta en la doctrina constitucional, bien indirectamente, a través del tratamiento de las numerosas instituciones sindicales (y, muy especialmente, al dispensar la protección de los derechos de sindicación a sujetos que, en principio, no se consideran titulares del derecho)⁹⁷, bien directamente, admitiendo que las lesiones sobre la libertad sindical de sujetos individuales pueden constituir una injerencia en la libertad sindical, primero como institución y, más tarde, como derecho colectivo de una determinada organización sindical.

Ambas líneas doctrinales convergen en la misma finalidad: la protección de la acción sindical en la empresa y de los sujetos colectivos que han de ejercerla. Ya hemos comentado cómo a raíz de de la promulgación de la LOLS se impone una

⁹⁶ Durán López, F., “Despido y sanción...”, op. cit., págs. 52 y 53, más recientemente, Durán López, F., y Sáez Lara, C., “Representación y participación de los trabajadores...”, op. cit., págs. 308 y ss.; Sempere Navarro, A. V., y Pérez Campos, A. I., *Las garantías de los representantes...*, op. cit., págs. 81 y ss.; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en despido colectivo por causas económicas. Su integración en el derecho de libertad sindical y admisibilidad de su renuncia”, en VV. AA., *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XIV, Civitas, 1996, págs. 302 y ss., destaca que el conjunto de garantías contenidas en la regulación legal (si bien incide de manera directa en la relación jurídica personal del trabajador-representante) adquiere pleno sentido como protección del órgano representativo materialmente considerado. En el mismo sentido, San Martín Mazzucconi, C., “El tratamiento en la negociación colectiva...”, op. cit., pág. 831. No obstante, existen autores que se inclinan por considerar que el sistema de garantías se dirige a proteger el ejercicio de actividades representativas más que a los propios trabajadores (Durán López, F., “Despido y sanción...”, op. cit., págs. 58 y ss; García-Perrote Escartín, I., y Sastre Ibarreche, R., “Art. 68. Garantías...”, op. cit., pág. 778). En el ordenamiento jurídico italiano, por todos, SIMI, V., “Art. 28. Repressione della condotta antisindacale”, VV. AA., *Commentario dello Statuto dei Lavoratori...*, op. cit., págs. 931 y ss.

⁹⁷ Por ello, no es extraño que el sistema de garantías se extendiera desde el principio a todos los trabajadores, precisamente porque son garantías del contenido del derecho y no de los sujetos que lo ejercitan [SSTC 38/1982, de 23 de noviembre (F. J. 3º); 114/1989, de 22 de junio (F. J. 4º)].

lectura orgánica de la libertad sindical que restringe el concepto de actividad sindical a la realizada por las organizaciones sindicales y por los trabajadores que se encuentran afiliados a las mismas. No obstante, la protección constitucional del derecho se extenderá a sujetos que, en principio, no son titulares del derecho, bien por tratarse de trabajadores no afiliados que participan en actividades promovidas por una organización sindical, bien porque, siendo tales, realizan actos preparatorios de la actividad sindical u ostentan la condición de candidatos en las elecciones sindicales⁹⁸.

Como ya hemos advertido, la protección del trabajador no afiliado a la organización sindical se produce, sobre todo, en aquellos casos en que los trabajadores participan en actividades que, siendo promovidas por la organizaciones sindicales, tienen una proyección externa, en cuanto se dirigen a la generalidad de los trabajadores, afiliados y no afiliados⁹⁹. En estas circunstancias, la libertad de acción sindical, normalmente restringida a los trabajadores afiliados, debe proteger a todos los trabajadores participantes; de lo contrario, además de producirse una diferencia en la protección de los trabajadores dependiendo de su afiliación, se lesionarían, al menos indirectamente, los derechos sindicales de las organizaciones promotoras, especialmente por lo que respecta 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 constitucional¹⁰⁰.

En la misma línea, y tratándose de acción sindical de trabajadores no afiliados, también se protegen los actos preparatorios a la libertad sindical en determinadas circunstancias, sobre todo cuando se trata de organizar elecciones a órganos unitarios. En estos casos, la doctrina constitucional permite y protege un cierto grado de actividad sindical por parte de los trabajadores no afiliados, puesto que, en último término, su obstrucción puede dificultar irrazonablemente y hacer innecesariamente arriesgada la elección de órganos de representación, frustrándose la función que los sindicatos tienen atribuida en la elección¹⁰¹. Y ello porque en caso contrario,

⁹⁸ Por todas, STC 191/1996, de 26 de noviembre.

⁹⁹ STC 134/1994 de 9 de mayo (F. J. 4º C). La sentencia resuelve un recurso de amparo interpuesto contra sanción impuesta a un miembro del Comité de Empresa, por participar en un paro de cinco minutos en protesta a la Guerra de Irak, promovido por los sindicatos más representativos, sobre la base de que no había comunicado a sus compañeros la opinión negativa que le merecía al empleador dicha convocatoria. El recurrente alegaba la inexistencia de causa real para la sanción más allá de la represalia empresarial por ejercicio de actividad sindical.

¹⁰⁰ STC 134/1994, de 9 de mayo (F. J. 4º C y D).

¹⁰¹ STC 197/1990, de 29 de noviembre (F J 3º). En el caso de una trabajadora no afiliada que resulta despedida por convocar una reunión con objeto de organizar las elecciones a órganos de representación en la empresa, el Tribunal otorga el amparo al no entender correcta la exclusión radical de los momentos previos y preparatorios del ámbito de aplicación y protección de la libertad sindical, y ello aun admitiendo que la titularidad del derecho de sindicación en su vertiente colectiva pertenece a los

esto es, en caso de inexistencia de garantías para estos actos, sería muy fácil para el empresario, a través de conductas intimidatorias, impedir que la acción sindical penetre en la organización productiva¹⁰². Hasta tal punto esta tutela se dirige a proteger la acción sindical en la empresa que de los diversos pronunciamientos se puede extraer la conclusión de que se dispensa siempre y cuando la actuación del trabajador no pretenda sustituir o marginar la acción de una supuesta representación unitaria de los trabajadores o de las secciones sindicales, pues en los casos en los que el trabajador no afiliado actúe soslayando y obviando la actuación de estos órganos, a los que la Constitución y la ley atribuyen la representación de los trabajadores, el sistema de protección variaría considerablemente¹⁰³.

También en el ámbito de la legislación positiva existen preceptos que reflejan esa dualidad, sobre todo aquellas normas que regulan la tutela de la libertad sindical. A estos efectos, es significativo que la redacción contenida en el art. 13 LOLS legitime para accionar tanto al trabajador como al sindicato cuando consideren vulnerados sus derechos sindicales con independencia, obviamente, de que la vulneración se produzca mediante una diferencia de trato o de cualquier otro acto de los distintos sujetos que vienen relacionados en el precepto legal. En relación con el precepto, la doctrina ha reconocido que existe una indudable presencia del interés colectivo incluso en aquellos casos en que se trate de vulneración de derechos individuales de los trabajadores¹⁰⁴. Desde esta perspectiva, todas las conductas lesivas de los derechos sindicales son pluriofensivas, en el sentido de que son susceptibles de lesionar el ámbito individual pero también el ámbito colectivo, en cuanto pueden lesionar el interés de una organización sindical; de hecho, como ha advertido la doctrina, la lesión de los derechos sindicales individuales siempre tiene, por la propia naturaleza de la libertad sindical, una trascendencia colectiva¹⁰⁵.

sindicatos y no a otros sujetos colectivos y que la vertiente individual del derecho consiste en constituir organizaciones sindicales, afiliarse a las mismas y que los afiliados desarrollen libremente actividad sindical. No obstante, si en un ámbito concreto no existen representantes electivos ni cauces sindicales, permitir que una trabajadora sea despedida por convocar una reunión dirigida a elegir los hasta entonces inexistentes órganos de representación (actividad presindical) implica dificultar el desarrollo de la actividad propiamente sindical, que no es compatible con la relevancia constitucional atribuida a los sindicatos y con su carácter de organismos básicos del sistema político y piezas económicas y sociales indispensables para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores.

¹⁰² STC 197/1990, de 29 de noviembre (F. J. 3º).

¹⁰³ STC 197/1990, de 29 de noviembre (F. J. 2º y 4º). De esta forma la tutela de los actos preparatorios del ejercicio de los derechos sindicales sólo se dispensa cuando no existan iniciativas adoptadas por las propias organizaciones sindicales.

¹⁰⁴ Del Rey Guanter, S., "La conducta antisindical: principios generales...", op. cit., pág. 250. Un tratamiento más específico en Montoya Melgar, A., "La posición del sindicato en el proceso laboral", *DL*, núm. 38, 1992, págs. 19 y ss.

¹⁰⁵ Del Rey Guanter, S., "La conducta antisindical: principios generales...", op. cit., pág. 265; Treu, T., *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974, pág. 579. En este sentido, desta-

De conformidad con ello, el art. 14 LOLS faculta a los sindicatos más representativos, así como a la organización sindical a la que pertenezca el trabajador afectado, para participar como coadyuvantes en los procesos iniciados por los trabajadores con objeto de impugnar comportamientos antisindicales. Así mismo, el art. 175.2 de la LPL reconoce la misma facultad respecto del proceso especial de tutela de los derechos de libertad sindical y del resto de derechos fundamentales. La regulación responde a la idea de que en los litigios por lesión de la libertad sindical no sólo resulta afectado el interés individual del trabajador sino que también queda afectado un interés propio y colectivo del sindicato en cuanto titular de la dimensión colectiva del derecho que ha resultado conculcado.

El reconocimiento de esta facultad al sindicato de pertenencia responde claramente a estos planteamientos, mientras que su atribución a los sindicatos más representativos se sustenta sobre la idea de que éstos ostentan la representación institucional de la clase trabajadora¹⁰⁶, por lo que, más que una facultad procesal, la regulación contiene una manifestación del derecho de libertad sindical¹⁰⁷. Ello determinará que la obstaculización de su ejercicio se vincule materialmente a la lesión del derecho de libertad sindical independientemente de la naturaleza del acto lesivo y, por tanto, del proceso judicial que se utilice para su impugnación; y precisamente es esta circunstancia la que determina que la falta de reconocimiento expreso de la mencionada facultad en los distintos procesos que se regulan en la LPL, no deba interpretarse en el sentido de impedir su ejercicio por parte de los sujetos legitimados, aunque la lesión del derecho se sustancie por un proceso distinto al de la tutela de los derechos sindicales¹⁰⁸.

Sin embargo, el dato más importante que hay que tener en cuenta, sin duda, es que los instrumentos de la tutela antidiscriminatoria en el ámbito de la libertad sindical, se han utilizado, más que para evitar diferencias de trato, para proteger el contenido del derecho de libertad sindical¹⁰⁹, sobre todo cuando es ejercitado por

cará el autor que la acción sindical siempre se ejercita en un ámbito colectivo independientemente de que se trate de facultades propiamente colectivas (derecho de huelga o negociación colectiva) o de otras facultades susceptibles de ejercicio individual (libertad de expresión), dado que su reconocimiento se realiza con carácter instrumental en aras de proteger el interés colectivo del grupo de los trabajadores (Treu, T., "Attività antisindacale...", op. cit., pág. 569).

¹⁰⁶ Durán López, F., y Sáez Lara, C., "Representación y participación de los trabajadores...", op. cit., pág. 306.

¹⁰⁷ García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J. R., "La legitimación procesal del sindicato en la reciente Jurisprudencia Constitucional", *JS*, núm. 22, 2005, pág. 8.

¹⁰⁸ STC 257/2000, de 30 de octubre (F. J. 6°).

¹⁰⁹ En este sentido, parece pronunciarse, González Ortega, S., "La tutela antidiscriminatoria nel diritto...", op. cit., pág. 488, al advertir que la discriminación por motivos sindicales tiene una lógica propia, ligada a la tutela del concreto derecho lesionado.

un sujeto individual, como veremos en seguida. Y siendo así, aspecto que quedará demostrado en el apartado siguiente, no debemos perder de vista que la libertad sindical es un derecho de titularidad compartida, que viene reconocido desde el texto constitucional a sujetos individuales y colectivos.

Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta que las facultades integradas en el ámbito colectivo también constituyen una manifestación constitucional de los derechos de sindicación, no debe extrañar que la garantía de indemnidad sindical se aplique respecto del ejercicio de facultades sindicales colectivas por parte de las organizaciones sindicales, ya se trate de facultades organizativas o funcionales, y que no constituya un obstáculo la perspectiva individualista que siempre se ha pregonado de la tutela antidiscriminatoria en el ámbito de la libertad sindical (art. 17 ET). De hecho la confusión en este sentido, así como la relativa relajación en la protección de las facultades sindicales colectivas, ha llevado a una tortuosa evolución que sólo en los últimos años, al menos en el ámbito de la doctrina constitucional, parece haber adquirido una cierta claridad.

2.2. La doctrina de la nulidad de los actos lesivos del derecho de libertad sindical

La protección frente a los actos empresariales lesivos del derecho de libertad sindical se estructura, una vez promulgada la Constitución y aprobado el Estatuto de los Trabajadores, conforme a los rasgos característicos de la tutela que se propone desde instancias internacionales, especialmente, como ya hemos visto, los Convenios de la OIT¹¹⁰. De conformidad con estos planteamientos y con la regulación nacional sobre la materia, los primeros pronunciamientos sobre actos lesivos del derecho a la libertad sindical, a pesar de centrarse en decisiones empresariales extintivas, sentarán las bases jurisprudenciales necesarias para re-

¹¹⁰ No obstante, hay que advertir que algunos de los mecanismos característicos en la tutela del derecho de libertad sindical, especialmente la nulidad de los denominados “*despidos discriminatorios*”, son de elaboración doctrinal anterior al texto constitucional y a la propia ratificación de los Convenios 87 y 98 OIT. Con ocasión de la regulación contenida en el art. 32 del RDRT, que vetaba la consideración de causas justas para el despido la pertenencia a asociaciones sindicales y la participación en sus actividades lícitas, la simple condición de representante de los trabajadores o el ejercicio de sus funciones, la presentación de reclamaciones ante incumplimientos empresariales, o razones de raza, color, sexo, estado matrimonial, religión, opinión pública u origen social, algunos autores afirmaron, oponiéndose así a la regulación contenida en el art. 36.3 de la misma norma legal (que asimilaba en efectos el despido nulo al despido improcedente), que los despidos basados en esas causas constituyen un acto ineficaz, por lo que ha de conllevar “*la declaración de ineficacia ex tunc [...] con readmisión del despedido o pago indefinido de los salarios si esta no ocurre*”. En este sentido, Alonso Olea, M., *Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 23-25. Sobre el carácter limitado del precepto, López López, J., “Despidos discriminatorios”, en VV. AA, *Jurisprudencia Constitucional y Relaciones Laborales*, Madrid, CEC, 1983, pág. 343.

solver el problema de las injerencias empresariales en los derechos fundamentales de los trabajadores¹¹¹.

Efectivamente, a partir de este momento la doctrina sobre los despidos y otros actos empresariales lesivos del derecho de libertad sindical (despidos o conductas empresariales discriminatorias por ejercicio del derecho de libertad sindical) se orientará, siguiendo las directrices internacionales y las elaboraciones doctrinales en la materia, a la resolución de dos problemas fundamentales, íntimamente relacionados. Por un lado, la necesidad de hacer efectivos en la empresa los derechos fundamentales del trabajador, especialmente aquellos que tienen contenido laboral; por otro, el papel que ha de desempeñar el poder judicial en la consecución de dicha efectividad¹¹².

El primer objetivo se conseguirá a través de la nulidad de los actos lesivos de los derechos fundamentales, si bien, para ello, es necesario determinar la causa real de las conductas empresariales, teniendo en cuenta que ésta no sólo ha de existir, sino que ha de ser completamente ajena a todo criterio discriminatorio o lesivo del derecho de libertad sindical. La indagación sobre la causa incide, por otro lado, sobre las posibles actuaciones judiciales en el ámbito de la prueba, puesto que la determinación de la causa real requiere intervenciones judiciales incisivas de resultados inciertos. Esta segunda cuestión se solventará con la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, o prueba de indicios, en virtud de la cual se designa al empresario como sujeto responsable de probar que sus decisiones no constituyen vulneraciones de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Ambos mecanismos, convertidos en instituciones nucleares de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito privado, están estrechamente relacionados. El punto en común está en su origen, que no es otro que la existencia de un derecho fundamental (en nuestro caso, la libertad sindical) que despliega su eficacia en la empresa, por lo que cualquier acto empresarial susceptible de vulnerarlo debe considerarse, en principio, nulo de pleno derecho por atentatorio a un derecho constitucionalizado, salvo que se demuestre que está justificado.

2.2.1. *La nulidad de los despidos lesivos del derecho de libertad sindical*

Tradicionalmente, salvando la regulación contenida en el art. 32 del RD 17/1977, en cuanto no produjo alteración alguna sobre la doctrina judicial, la san-

¹¹¹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "Despido discriminatorio antisindical...", op. cit., pág. 139; Palomeque López, M. C., *Despidos discriminatorios...*, op. cit., pág. 16.

¹¹² Ambos problemas fueron identificados por la doctrina laboral antes de la aprobación del ET. Así Baylos Grau, A., "Despidos por motivos políticos y sindicales ante el Proyecto de Ley sobre el Estatuto de los Trabajadores. El tema de la causa real del despido", *RPS*, núm. 123, 1979, págs. 249 y ss. En el mismo sentido, pero respecto del art. 68c) ET, Durán López, F., "Despido y sanción de los representantes...", op. cit., pág. 56.

ción de nulidad de los actos empresariales lesivos del derecho de libertad sindical se ha limitado, en nuestro ordenamiento jurídico, al acto de despido cuando afectaba a un representante sindical de los trabajadores y, durante mucho tiempo, sólo por incumplimiento de los requisitos formales establecidos en los distintos instrumentos normativos¹¹³.

Una vez aprobado el Estatuto de los Trabajadores (redacción originaria), la regulación se sigue manteniendo en sus líneas básicas, si bien se introducen dos excepciones que preludian un giro trascendental en la doctrina de los despidos lesivos del derecho de libertad sindical. Y decimos que las líneas esenciales de la doctrina legal se siguen manteniendo porque la norma de 1980 regulaba dos supuestos de despido vinculado con defectos formales en los que procedía declarar la nulidad radical: en primer lugar, cuando se acreditara por parte del trabajador la falta de comunicación escrita del empresario o, habiéndose practicado, se realizase de forma incorrecta por falta de consignación de los datos fundamentales, esto es, la indicación de fecha para el despido o la designación de los hechos que lo motivaron¹¹⁴; en segundo lugar, en aquellos supuestos en que, afectando el despido a un representante de los trabajadores, no se hubiese observado la obligación legal de abrir expediente contradictorio¹¹⁵.

¹¹³ En el ordenamiento preconstitucional más inmediato la protección contra la discriminación sindical se establecía en el art. 6.1 del Decreto 1484/1966, de 2 de junio, que regula las garantías de los trabajadores con cargos electivos de origen sindical, y en el art. 8.1 del Decreto 1878/1971, de 23 de julio. Ambas disposiciones establecían la prohibición de discriminación en el ejercicio de las funciones propias de los distintos cargos sindicales tal como señaló la doctrina del momento: Rodríguez de la Borbolla, J., “Medidas discriminatorias adoptadas con respecto a cargos sindicales”, *RPS*, 1972, núm. 96, págs. 310 y ss. No obstante, y a pesar de la regulación, fueron pocos los pronunciamientos judiciales que reconocieron la eficacia de dicha normativa, a nuestro juicio por dos razones distintas: en primer lugar, por las objeciones jurisprudenciales al control del poder disciplinario (en este sentido, ver el análisis detallado que realiza Palomeque López, M. C., *Despidos discriminatorios...*, op. cit., págs. 29 y ss.); por otro, la circunstancia, nada desdeñable, de que el análisis de las injerencias empresariales se enfoca desde la perspectiva del principio de igualdad y no desde el derecho de libertad sindical, inexistente en el ordenamiento jurídico del momento. La efectividad se restringía, por tanto, al supuesto de despido nulo por incumplimiento empresarial de abrir expediente contradictorio para los dirigentes sindicales. Tras unos años de incertidumbre sobre la vigencia de dicha normativa, sobre todo a raíz de la promulgación del RD 17/1977, de 4 marzo de 1977, la cuestión se zanja con el Decreto 3149/1977, de 6 de diciembre, que remite directamente al Decreto 1878/1971, de 23 de julio, para regular el sistema de garantías de los representantes de los trabajadores. Un estudio detallado sobre la figura en el ordenamiento preconstitucional, Almansa Pastor, J. M., *El despido nulo*, Madrid, Tecnos, 1968. Sobre la obligación empresarial de abrir expediente contradictorio, Durán López, F., “Despido y sanción...”, op. cit., págs. 57 y ss.

¹¹⁴ Art. 55.3 ET y art. 102.2 LPL (1980). Existían otros supuestos de incumplimientos que provocaban la nulidad del despido. Así ocurría, en el ámbito del despido objetivo, con la falta de ofrecimiento empresarial de indemnización al trabajador (redacción originaria del art. 109 LPL) o la ausencia de autorización administrativa en los casos de despido por fuerza mayor (art. 113 LPL en su redacción original).

¹¹⁵ Art. 68 a) ET y 111 LPL.

No obstante, la regulación estatutaria introduce dos supuestos en los que la calificación de nulidad no se relaciona con el incumplimiento de los distintos requisitos formales sino con la causa real del despido. El primero de ellos prevé la calificación de nulidad para los despidos de trabajadores que se encuentre en una situación de suspensión del contrato, siempre que no se demuestre su procedencia¹¹⁶, inciso legal que limita las posibilidades de calificación a procedente, si se prueba la existencia de causa legal, o a nulidad si no se prueba causa legal, o se prueba pero bien no es legal, bien es insuficiente¹¹⁷. El segundo supuesto deriva de la prohibición de discriminación establecida en el art. 17 ET, precepto que sanciona con la nulidad las decisiones unilaterales del empresario, entre ellas el despido, que discriminen a los trabajadores, entre otras circunstancias, por el ejercicio de los derechos de libertad sindical.

Por tanto, la categoría del despido nulo afectaba a tres deficiencias distintas: despido por defecto de forma (53.3 y 53.4 ET y 113 LPL), despido durante la suspensión del contrato (art. 55.6 ET) y despido discriminatorio (art. 17 ET)¹¹⁸. Las diferencias entre despido nulo y despido improcedente se agudizan en razón de los efectos que el propio Estatuto prevé para uno y otro caso. Así, para el despido improcedente se consagra la opción empresarial entre readmisión e indemnización (art. 56.1 ET), mientras que para el despido nulo se establece con carácter obligatorio la readmisión (art. 55.4 ET). Ello implica, por un lado, que se rompe con el tradicional paralelismo entre nulidad-defectos formales, improcedencia-causa ilegítima de despido¹¹⁹; por otro, que el tratamiento del despido nulo en sus efectos es homogéneo, en cuanto no se diferencian en virtud de la causa que provoca la nulidad, manteniéndose con ello la línea tradicional de nuestro ordenamiento laboral que siempre ha diferenciado distintos efectos entre las dos categorías de ilicitud (nulidad-improcedencia)¹²⁰.

No obstante, la regulación se enturbia sólo unos meses más tarde, cuando se promulga la Ley de Procedimiento Laboral. Dicha norma preveía la posibilidad de

¹¹⁶ Art. 55.6 ET y 102 LPL.

¹¹⁷ Alarcón Caracuel, M. R., "El despido nulo en el Estatuto de los Trabajadores y el Texto Reunificado de la Ley de Procedimiento Laboral", en *I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, V.I., Los convenios colectivos y la extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, 1981, pág. 282; Blasco Segura, B., "El despido nulo en el Derecho del Trabajo Español", en VV. AA., *El derecho del trabajo y la Seguridad Social...*, op. cit., págs. 69 y ss.

¹¹⁸ Palomeque López, M.C., *Despidos discriminatorios...*, op. cit., pág. 64; Blasco Segura, B., "El despido nulo...", op. cit., págs. 75 y ss. Diez años más tarde, la LPL (1990) acogerá en su art. 108.2 las cinco causas de la nulidad del despido.

¹¹⁹ Alarcón Caracuel, M. R., "El despido nulo...", op. cit., pág. 284. Un estudio de este paralelismo en el ordenamiento jurídico anterior a la Constitución, en Almansa Pastor, J. M., *El despido...*, op. cit., págs. 57 y ss.

¹²⁰ Almansa Pastor, J. M., *El despido...*, op. cit., págs. 57 y ss.

sustituir la readmisión obligatoria del trabajador por el pago de una indemnización en aquellos casos en que, siendo el despido nulo, el empresario se negase a readmitir al trabajador (art. 211 LPL), por lo que, en último término, se produce una coincidencia entre los efectos de ambos despidos: readmisión o pago de indemnización. Si bien en el caso del despido improcedente la opción es ejercitada por el empresario, en el caso del despido nulo la decisión se adopta mediante resolución judicial una vez que el empresario se ha negado a readmitir al trabajador¹²¹.

La heterogeneidad de causas aportadas por el ET para la calificación de la nulidad del despido, así como la asimilación de los efectos entre despido improcedente y nulo, provocará, sólo un año más tarde, la creación jurisprudencial de una nueva categoría de despido, el despido discriminatorio, y, con ella, la diferenciación de dos tipos de nulidad: la nulidad simple, que corresponde al despido con defectos formales, y que tendrá como efecto la readmisión inmediata del trabajador o el pago de la misma indemnización que corresponde al despido improcedente cuando aquella no se produce (art. 211 LPL)¹²²; y la denominada nulidad radical, que será la que corresponda a los despidos discriminatorios o lesivos de un derecho fundamental, a los que, en virtud de la asimilación con el despido improcedente de un representante de los trabajadores que haya rechazado la indemnización, corresponde la readmisión inmediata del trabajador y, cuando ésta sea impracticable, suspensión

¹²¹ Como ha señalado la doctrina, en el ámbito de la ejecución de las sentencias los efectos de un despido nulo o improcedente terminaban asimilándose desde el momento en que el art. 211 LPL de 1980 permitía al magistrado declarar extinguida la relación laboral y condenar al empresario a pagar un indemnización de la misma cuantía que en el despido improcedente (45 días por año, con máximo de 42 mensualidades, adicionando a esta cantidad los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta la fecha de la resolución). Dicha regulación fue, en su tiempo, ampliamente criticada por la doctrina, que consideró que dicho precepto vaciaba de contenido el art. 17 ET respecto a la nulidad de los despidos discriminatorios. En este sentido, Blat Mellado, C., "Comentario al art. 55 ET", en VV. AA, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid, EDERSA, 1981, pág. 431; Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 421-422; Alarcón Caracuel, M. R., "El despido nulo...", op. cit., pág. 279.

¹²² Se acoge dicha concepción en la Jurisdicción Social [SSTS de 25 de marzo de 1985, RJ 1985/1389 y 5 de mayo de 1988, RJ 1988/3561] con el beneplácito de la Jurisprudencia Constitucional, que se negaba a conocer sobre el asunto al ser una mera cuestión de legalidad [SSTC 38/1981, de 23 de noviembre (F. J. 7º); 58/1983, de 29 de julio (F. J. 3º); 69/1983, de 26 de julio (F. J. 3º)]. La cuestión sólo se solucionará con el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril (LPL 1990), que, en su art. 279.1, unifica los efectos de las distintas categorías de nulidad, abogando por la readmisión tanto para los supuestos de nulidad simple como para los de nulidad radical, previendo los efectos que contemplaba el antiguo art. 212 LPL (1980) y añadiendo dos novedades importantes: la obligación empresarial de respetar la realización de las funciones y actividades propias de los representantes de los trabajadores (art. 281. b LPL) y la regulación de sanción empresarial consistente en el pago de una cuantía, no inferior al salario diario del trabajador ni superior a cuatro veces dicha cantidad, por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación de readmisión (art. 282 LPL). Un análisis de esta regulación, De la Villa Gil, L. E., "Los efectos del despido nulo", en VV. AA, *Estudios sobre el despido disciplinario...*, op. cit. págs. 575 y ss.

judicial de la obligación de prestación de servicios, obligación empresarial de retribuir y mantener en alta al trabajador durante todo el período que perdure la negativa a la readmisión, salvo que las partes acuerden una indemnización mayor que la que corresponde al despido improcedente (arts. 212-213 LPL).

Es este pronunciamiento, que reconoce la figura del despido discriminatorio, el que sienta las bases fundamentales sobre la nulidad de los actos lesivos de los derechos fundamentales, en especial de los derechos fundamentales laborales, como la libertad sindical. La STC 38/1981, de 23 de noviembre¹²³, tiene la virtualidad de corregir los desajustes ocasionados entre la regulación contenida en el ET y la LPL, al considerar que la vulneración o desconocimiento de un derecho fundamental, por ser un acto contrario al texto constitucional, ha de conllevar la nulidad radical, y eso debe significar, en caso de despido, la obligación de readmisión, sin que en ningún caso pueda el órgano judicial sustituir dicha obligación por indemnización¹²⁴. Con ello, la jurisprudencia constitucional inicia la delimitación del ámbito de aplicación del art. 17 ET, y con él, el grado de aplicación de los derechos fundamentales en la empresa.

El criterio fundamental sobre el que basa el Tribunal Constitucional su elaboración de la categoría del despido discriminatorio por razones sindicales no reside tanto en una diferencia de trato a causa de dichas razones como en la lesión que determinadas conductas producen en el derecho fundamental de libertad sindical. Por ello, como veremos enseguida, más que un acto discriminatorio se trata de un acto contrario a alguno de los derechos constitucionales que se reconocen en nuestra norma fundamental, y, por tanto, contrario también al texto constitucional¹²⁵. Que la Jurisprudencia Constitucional, a la hora de elaborar la doctrina de la nulidad radical, estaba pensando en la vulneración de derechos, bien sea la libertad sindical o el derecho a la no discriminación, es algo que se desprende claramente de sus pri-

¹²³ La sentencia se pronuncia, como por todos es conocido, sobre el despido objetivo de dos trabajadores que alegan vulneración de sus derechos a la igualdad, a la libertad sindical y a la tutela judicial efectiva basándose en que la medida empresarial se debe realmente a la condición de candidatos que ostentan los trabajadores para las elecciones a representantes unitarios convocadas unos días antes. Análisis de dicha sentencia en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Despido discriminatorio antisindical...”, op. cit., págs. 139 y ss.; Alonso Olea, M., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1981”, en *Las fuentes del derecho...*, op. cit., págs. 178 y ss.; Martínez Emperador, R., “Despido discriminatorio y recurso de amparo constitucional”, *REDT*, núm. 10, 1982; Álvarez Alcolea, M., “El despido discriminatorio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en VV. AA, *El Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80...*, op. cit., págs. 49 y ss.

¹²⁴ STC 38/1981, de 23 de noviembre (F. J. 7º).

¹²⁵ Palomeque López, M. C., *Despidos discriminatorios...*, op. cit., pág. 64; Álvarez Alcolea, M., “El despido discriminatorio...”, op. cit., pág. 64; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Sobre la nulidad radical del despido por represalia”, *RL*, T. II, 1987, pág. 82; Ojeda Avilés, A., “Los despidos radicalmente nulos por fraude de ley”, *RL*, T. II, 1987, pág. 346; Suárez González, F., “El contenido adicional...”, op. cit., págs. 578 y ss.

meros pronunciamientos, pues se advierte que la categoría de la nulidad no sólo quedará limitada a los despidos, sino que abarcará todos aquellos supuestos en que los actos empresariales limiten injustificadamente los derechos fundamentales de los trabajadores.

La misma consideración podemos realizar respecto de la evolución en el plano normativo, puesto que la cada vez mayor importancia que van adquiriendo los derechos fundamentales en la empresa determinará en el futuro la regulación de la institución del despido nulo. En este sentido, es necesario recordar que la generosidad de la LPL de 1990 en la regulación de las causas de nulidad del despido producirá efectos durante un período muy limitado de tiempo. Las modificaciones introducidas en los arts. 55.5 ET y 108.2 LPL mediante la Ley 11/1994 reducen drásticamente las causas de nulidad, al menos en lo que atañe al despido disciplinario, que sólo procede en dos supuestos: cuando el despido tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución y en la Ley, o cuando el despido se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas¹²⁶.

Las ulteriores modificaciones de la regulación, propiciadas por la aparición de una serie de Directivas Comunitarias, añadirán nuevas causas de nulidad dirigidas a especificar manifestaciones de la prohibición de discriminación por razón de sexo o cargas familiares, introduciendo de nuevo supuestos de nulidad por extinción durante la suspensión del contrato de trabajo, por lo que, más que alterar las causas enfocadas a la lesión de derechos, se dirigen a concretar nuevas manifestaciones de la tutela antidiscriminatoria por razón de género¹²⁷. Con respecto a los efectos del despido nulo, la normativa posterior continúa en la misma línea de regulación, con pequeñas modificaciones, entre las que se ha de resaltar la posibilidad de exigir, en los casos de extinción de la relación laboral (independientemente de que se trate de despido o extinción por parte del trabajador), una indemnización adicional reparadora de daños morales y materiales si se ha producido lesión de los derechos fundamentales¹²⁸.

¹²⁶ Sobre los efectos producidos por la reforma sobre la institución del despido, Palomeque López, M. C., “La calificación del despido como improcedente o nulo”, VV. AA, *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García*, Madrid, AEDT-Marcial Pons, 1995, págs. 403 y ss.; Casas Baamonde, M. E., “La nulidad del despido y sus efectos”, en VV. AA, *Reforma de la legislación...*, op. cit., págs. 429 y ss.

¹²⁷ Especialmente, Directivas 92/85/CCE, de 19 de octubre, 96/34/CE, de 3 junio y 2002/73/CE, de 23 de septiembre, introducidas por diversas disposiciones internas (Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y, más recientemente, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

¹²⁸ Esta posibilidad, que ya había sido reconocida por la Jurisprudencia [STS de 12 de junio de 2001, RJ 2001/5931 (F. J. 2º), para un caso de despido improcedente de representante de los trabajadores, y STS de 17 de mayo de 2006, RJ 2006/7176, (F. J. 4º y 6º), respecto de una acción resolutoria del contrato en base a una situación de acoso laboral en la que resulta afectado el derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 CE)], se contempla expresamente con la modificaciones introducidas en los arts.

Dejando al margen la regulación normativa, y con objeto de clarificar las cuestiones que venimos comentando realizaremos un breve análisis de la Jurisprudencia Constitucional, centrándonos única y exclusivamente en las cuestiones fundamentales que, a nuestro juicio, favorecen la comprensión de la noción “discriminación sindical” utilizada en nuestro ordenamiento jurídico. El primer aspecto, del que necesariamente hemos de partir, hace referencia a la asimilación que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se produce entre las categorías “actos discriminatorios” y “actos lesivos del derecho de libertad sindical”, sobre todo en cuanto sus efectos se reconducen a la nulidad radical, el segundo se refiere al mecanismo de la inversión de la carga de prueba y como a través de esta institución se exige al empresario la justificación material de aquellas decisiones que pudieran resultar lesivas de los derechos de libertad sindical.

2.2.2. *La similitud entre conductas discriminatorias y conductas antisindicales*

El punto de partida para el análisis de la discriminación sindical por ejercicio de derechos sindicales debe consistir en una advertencia previa: tanto la jurisprudencia constitucional como la doctrina científica han utilizado y utilizan la denominación de despido o acto discriminatorio independientemente de que exista o no una diferencia de trato. Es más, en la mayoría de los pronunciamientos y de los análisis doctrinales sobre la cuestión se utiliza la acepción “discriminación sindical” para designar conductas antisindicales del empresario, por lo que, como veremos, no es extraño encontrar, al menos en la jurisprudencia constitucional, puntualizaciones dirigidas a precisar que en semejantes supuestos lo que se plantea no es un problema de igualdad sino de libertad sindical¹²⁹.

Desde los primeros pronunciamientos emitidos, el Tribunal parece tener muy claro que el problema planteado no se centra en una simple diferencia de trato, sino en la lesión del derecho de libertad sindical. Al tratarse mayoritariamente de supues-

27, 180.1 y 181 de la LPL por la LO 3/2007, de 22 de marzo, DA 13 (García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J. R., “Afinidades entre la Ley y Jurisprudencia: El ejemplo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *JL*, núm. 30, 2007, págs. 9 y ss.). Un análisis más amplio de esta disposición en VV. AA., *La Ley de Igualdad: Consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, Lex Nova, 2007.

¹²⁹ SSTC 38/1981, de 23 de noviembre (F. J. 1º); 114/1989, de 22 de junio (F. J. 2º). No obstante, existen supuestos de medidas discriminatorias que son analizadas desde la perspectiva del principio de igualdad, conectando a éste los mecanismos de protección de la libertad sindical. Así ocurre con la STC 82/1997, de 22 de abril, que resuelve el supuesto de una trabajadora que es discriminada en su promoción económica por ser miembro del comité de empresa y afiliada a CC.OO. La cuestión se resuelve sin analizar el derecho de libertad sindical exigiendo la inversión de la carga de la prueba para justificar el trato desigual.

tos de despido, las sentencias empiezan a referirse al fenómeno, siguiendo determinados planteamientos doctrinales, con la denominación “*despido discriminatorio*”¹³⁰. Con el paso de los años, aunque la expresión no llega a desaparecer, sobre todo en el ámbito de la libertad sindical, se acoge la más general “*despidos lesivos de derechos fundamentales*”¹³¹ o “*despido como represalia por el ejercicio legítimo del derecho de libertad sindical*”, mucho más adecuada a la realidad referida por la institución¹³².

El enfoque del despido como un acto lesivo del derecho de libertad sindical es patente en los pronunciamientos del Tribunal, donde, de forma reiterada, aparecen expresiones tales como “*injerencias empresariales atentatorias a la libertad sindical*” o “*la nulidad de un acto conculcador de un derecho fundamental*”¹³³. En varias ocasiones, el Tribunal acentúa que la cuestión a examinar “*es más que un problema de igualdad, un problema de libertad sindical [...] La libertad de afiliarse a cualquier Sindicato y la libertad de no afiliarse, y el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la Empresa, para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones obreras, necesita de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad*”¹³⁴. No obstante, y con independencia de que se realicen dichas declaraciones, el aspecto más importante, en este sentido, es que los asuntos se resuelven desde el punto de vista de la injerencia en los derechos sindicales, partiendo de la

¹³⁰ Como ya hemos adelantado, la expresión “*despidos discriminatorios*” se debe a Alonso Olea, M., *Derecho del Trabajo*..., op. cit., págs. 23-25, y se refiere a los supuestos que se contemplaban en el art. 32 del RDRT, como el autor explicará en obras posteriores: Alonso Olea, M., *Las fuentes del derecho*..., op. cit., págs. 79 y 170.

¹³¹ La expresión emerge, por primera vez, en casos de despidos por vulneración de derechos laborales inespecíficos [STC 47/1985, de 27 de marzo (F. J. 5º), sobre despido de profesora en centro docente privado por divergir ideológicamente de los criterios del Centro y no realizar su actividad profesional conforme a éstos; el despido se considera nulo por lesión del derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE). STC 88/1985, de 19 de junio (F. J. 4º), para el despido de un trabajador por realizar críticas en TV sobre la asistencia que se prestaba en el Centro Psiquiátrico donde desempeñaba su prestación de servicios; el despido se considera nulo por lesionar el derecho a la libertad de expresión y difusión de ideas y opiniones (art. 20 CE)]. Otros pronunciamientos interesantes, SSTC 99/1994, de 11 de abril, sobre la lesión del derecho a la propia imagen del trabajador, y 106/1996, de 12 de junio, sobre vulneración del derecho a la libertad de expresión.

¹³² En el ámbito de la libertad sindical, la expresión no se utiliza hasta la STC 104/1987, de 16 de junio (F. J. 1º). Con carácter posterior, la mayoría de los pronunciamientos se inclinan por acoger dicha denominación [SSTC 107/1987, de 17 de junio (F. J. 3º); 197/1990, de 29 de noviembre (F. J. 1º); 180/1994, de 20 de junio (F. J. 2º); 17/1996, de 7 de febrero (F. J. 2º)].

¹³³ La STC 114/1989, de 22 de junio (F. J. 2º) resulta muy clarificadora, pues frente a la alegación del art. 14 CE, responde: “*Tampoco cabe apreciar en este caso lesión del derecho a la igualdad por una supuesta discriminación sindical, puesto que no se trata propiamente de una distinción de trato frente a otro trabajador por este motivo, sino de una sanción impuesta por el mero ejercicio de la libertad sindical, lo cual constituiría, en su caso, un atentado a este derecho*”.

¹³⁴ SSTC 38/1981, de 23 de noviembre (F. J. 5º *in fine*); 55/1983, de 22 de junio (F. J. 1º).

determinación del contenido de estos derechos y sin hacer observación alguna sobre la existencia de una diferencia de trato o, en caso de hacerse, excluyendo su relevancia jurídica¹³⁵.

Para que se trate propiamente de una discriminación sindical es necesario que se produzca una diferencia de trato entre trabajadores por razón del ejercicio del derecho de libertad sindical, requisito que la mayoría de los supuestos no observan, impidiendo con ello que se pueda establecer el *tertium comparationis* necesario para que exista una discriminación en sentido propio¹³⁶. La diferencia de trato no se tiene que producir necesariamente, sólo constituye un mecanismo a través del que, en ocasiones, se produce la lesión del derecho fundamental¹³⁷. Por ello, lo determinante para la nulidad es que se lesione el derecho de libertad sindical, independientemente de que haya diferencia de trato¹³⁸. Cuestión distinta será determinar si la diferencia de trato ha de lesionar el derecho para que se considere ilegítima, pero este es un problema que, como veremos posteriormente, depende de la forma en que interaccionen los derechos de igualdad y de libertad sindical.

Siendo así, es la lesión del derecho de libertad sindical, y no la diferencia de trato, lo que provoca la nulidad del acto empresarial por ser incompatible con el texto constitucional¹³⁹. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha adver-

¹³⁵ STC 197/1990, de 29 de noviembre (F. J. 1°).

¹³⁶ Así se reconoce en las SSTC 114/1989, de 22 de junio (F. J. 2°); 197/1990, de 29 de noviembre (F. J. 1°); 85/1995, de 6 de junio (F. J. 1° *in fine*). Son excepcionales los casos en que se puede establecer un término de comparación; no obstante, cualquier diferencia entre los supuestos alegados es utilizada por el Tribunal para rechazar dicha comparación. Así, la STC 21/1992, de 14 de febrero (F. J. 5°), en la que se analiza el caso de un trabajador, afiliado a UGT y conocido por sus actividades sindicales, que es despedido por faltas de puntualidad, cuando algunos de sus compañeros, aún teniendo más retrasos pero menos faltas, habían sido solamente apercibidos de forma privada. El Tribunal rechaza la desigualdad, al no haberse podido acreditar la existencia de situaciones equiparables.

¹³⁷ Palomeque López, M.C., “La calificación del despido...”, *op. cit.*, pág. 412.

¹³⁸ La diferencia de trato podría jugar un papel importante cuando no queda demostrada la lesión del derecho de libertad sindical. Por ejemplo, en la STC 21/1992, de 14 de febrero (F. J. 4°), el TC no considera el despido lesivo de los derechos de libertad sindical por existir causas suficientes, reales y serias que lo justifican (faltas de puntualidad). Sin embargo, y ahí está la cuestión más importante que plantea el supuesto, no parece que se le dé demasiada importancia al dato de que sólo se despida a este trabajador aun siendo muchos otros los que habían incurrido en la misma infracción (la cuestión de la igualdad se solventa negando las exigencias del principio en supuestos de ilegalidad). En contraposición, hay supuestos donde la conducta supera el juicio de igualdad, pero no la lesión del derecho de libertad sindical [STC 191/1998, de 29 de septiembre (F. J. 5°)].

¹³⁹ SSTC 38/1981, de 13 de febrero (F. J. 7°); 114/1989, de 22 de junio (F. J. 4°); 134/1994, de 9 de mayo (F. J. 4° d); 266/1993, de 26 de octubre (F. J. 5°); 180/1994, de 20 de junio (F. J. 2°). Entre la doctrina científica, Palomeque López, M. C., “La calificación del despido...”, *op. cit.*, pág. 412; Casas Baamonde, M. E., “La nulidad del despido...”, *op. cit.*, pág. 438. Más recientemente, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales”, *VV. AA., Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, MTAS-La Ley, 2004, págs. 637 y ss.

tido, de forma reiterada, que su función es reconocer y restablecer la integridad del derecho de libertad sindical, y para conseguir dicha finalidad es necesario declarar nulo el acto lesivo, negarle cualquier efecto y restablecer la situación a los momentos anteriores a la producción de la lesión, respetando incluso, dado que se trata de una nulidad *ex nunc*, los efectos que del ejercicio del derecho debieran derivar durante el período afectado¹⁴⁰.

Con ello, la jurisprudencia constitucional no hace sino reconocer la eficacia directa de los derechos fundamentales que deriva de su plasmación constitucional¹⁴¹, lo que explica que algunos autores hayan señalado, refiriéndose a la institución del despido nulo, el carácter declarativo que presentan la regulación legal, en cuanto la nulidad de los actos lesivos de los derechos fundamentales deriva directamente del texto constitucional y desde ese ámbito se irradia a todas las instituciones laborales, sin que sea determinante, por tanto, que sólo se regule legalmente para determinadas instituciones¹⁴².

Por ello no puede extrañar que, en esta primera fase de la jurisprudencia constitucional, la nulidad se vaya extendiendo de forma paulatina a otros actos empresariales distintos del despido. Sin embargo, el procedimiento de extensión, en contraste con el camino seguido en el ámbito de la discriminación por razón de género, se produce de forma bastante tardía y con innumerables deficiencias que no permiten establecer una evolución lineal en el reconocimiento de la eficacia directa del derecho de libertad sindical. En el sentido de proclamaciones generales, contenidas en la doctrina constitucional, comienzan a producirse, al hilo del análisis de los supuestos de despido, declaraciones que van más allá de la simple de-

¹⁴⁰ SSTC 38/1981, de 23 de noviembre (F. J. 7º); 104/1987, de 17 de junio (F. J. 1º).

¹⁴¹ Eso es precisamente lo que sugiere el Tribunal cuando afirma que las injerencias en el derecho de libertad sindical "están también proscritas mediante el reconocimiento de los derechos constitucionales" [STC 38/1981, de 23 de noviembre (F. J. 4º)], o que "la literalidad de los artículos 212 y 213 LPL no son un obstáculo a la plena efectividad del derecho o libertad conculcada, pues [...] constituye cauce analógicamente aplicable a los otros supuestos de nulidad "ab radice", sanción que comporta la violación de derechos constitucionales fundamentales" [STC 38/1981, de 23 de noviembre (F. J. 7º)]. Especialmente importantes, a estos efectos, son las SSTC 107/1987, de 17 de junio (F. J. 1º) y 180/1994, de 20 de junio (F. J. 2º), que vinculan la nulidad radical del despido con la STC 88/1985, de 19 de julio, paradigma de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

¹⁴² Casas Baamonde, M. E., "La nulidad del despido...", op. cit., págs. 438 y 451, considera que el hecho de que las previsiones legales sobre la nulidad se realicen con respecto a los despidos disciplinarios y objetivos no impide la declaración de nulidad cuando a través de otras modalidades de despidos se lesiona un derecho fundamental. Es más, considera que los defectos formales de cualquier modalidad de despido, incluido el disciplinario, en cuanto ocasionen indefensión, habrán de calificarse como nulos por lesionar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Aduce la autora, en este sentido, la regulación contenida en el art. 108.3 de LPL, que obliga al juez a pronunciarse sobre la nulidad de un despido si se acredita móvil inconstitucional, y el art. 178.2 LPL, que obliga a declarar el despido de nulo si el trabajador acredita indicios de que se ha producido discriminación.

signación de las medidas extintivas. Así, se alude a que la nulidad que impone el reconocimiento de la libertad sindical se extenderá a “*la correspondiente medida empresarial*”¹⁴³ o se declara que “*los poderes o facultades empresariales no pueden usarse como pretexto para quebrantar el ámbito de libertad protegido en el art. 28.1 CE*”¹⁴⁴.

Pronto la doctrina abarca otras decisiones empresariales que no se encuadran en las facultades disciplinarias (que, por su naturaleza, están fuertemente condicionadas por la regulación legal y convencional), hasta llegar a esos ámbitos del poder de dirección empresarial donde rigen mayores dosis de discrecionalidad, como, por ejemplo, facultades organizativas o de gestión, si bien en estos pronunciamientos el Tribunal omite pronunciarse sobre la doctrina de la nulidad o sobre la inversión de la carga de la prueba, sancionando indirectamente la nulidad de los actos¹⁴⁵. Así, paulatinamente, los instrumentos de la tutela antidiscriminatoria se van extendiendo a supuestos de lesión de otros derechos fundamentales, pasando de los derechos específicamente laborales a los derechos fundamentales inespecíficos, comenzando por el derecho de igualdad y no discriminación¹⁴⁶, hasta incluir

¹⁴³ STC 104/1987, de 17 de junio (F. J. 1°).

¹⁴⁴ STC 134/1994, de 9 de mayo (F. J. 5°). Otros pronunciamientos aluden a “*cualquier acto empresarial, en particular el despido disciplinario, que encubran una conducta lesiva de los derechos fundamentales del trabajador, o una represalia por su ejercicio*” [STC 180/1994, de 20 de junio (F. J. 2°)].

¹⁴⁵ La STC 55/1983, 22 de junio (F. J. 5°), resuelve el supuesto de un trabajador que, en virtud de su condición de afiliado y representante, es objeto de cambios constantes de puestos de trabajo, asignación de tareas distintas a su categoría, etc. El Tribunal considera lesionado el derecho de libertad sindical por el órgano judicial al no haberse pronunciado sobre la discriminación sindical. De mayor envergadura se presenta el supuesto analizado en la STC 292/1993, de 18 de octubre (F. J. 6°), en la que, para el reconocimiento de las garantías y prerrogativas que se han de conceder a los delegados sindicales, el empresario exige del delegado el listado de trabajadores afiliados al sindicato con objeto de comprobar la implantación en la empresa, amenazándolo con no reconocer su condición. Al exigir la vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores para reconocer el derecho de libertad sindical, el Tribunal estima vulnerado dicho derecho. Otro ejemplo de la afectación lo constituye la STC 134/1994, de 9 de mayo (F. J. 5°), en la que el empresario sanciona a un trabajador no por participar en una actividad sindical organizada por un sindicato, como se empeña el Tribunal por entender, sino por la injerencia que supone en la actividad representativa la orden al representante (no sindicado) de que transmita a sus representados la disconformidad empresarial con la participación en un paro de 5 minutos, al no haberse realizado la notificación requerida.

¹⁴⁶ Es en el ámbito del derecho a la no discriminación, sobre todo por razón de género, donde se produce una evolución más acelerada, pues de la prohibición de despido, decisión causal por autonomía, se pasa a la rescisión del contrato durante el período de prueba, ámbito en el que rige el principio de autonomía de la voluntad. Pero como libertad o discrecionalidad no significa arbitrariedad, las decisiones empresariales no pueden producir resultados inconstitucionales, resultado que se produciría si se permite la rescisión del contrato por embarazo de la trabajadora [STC 94/1984, de 16 de octubre (F. J. 3°)]. Esta línea jurisprudencial se consolidará en pronunciamientos posteriores [SSTC 166/1988, de 26 de septiembre (F. J. 4°); 136/1996, de 23 de julio (F. J. 7°)].

el derecho al honor¹⁴⁷, el derecho a la libertad ideológica¹⁴⁸ y el derecho a la libertad de expresión del trabajador¹⁴⁹.

La doctrina de la nulidad de los actos lesivos del derecho de libertad sindical ha obtenido en los últimos años un fuerte impulso dirigido a esclarecer algunos de los aspectos más conflictivos que venimos destacando. Si bien los resultados no se pueden considerar plenamente satisfactorios, sí ha conseguido abrir líneas interpretativas interesantes en torno al concepto de discriminación sindical que rige en el ámbito de la libertad sindical. Ello se debe, fundamentalmente, a la garantía de indemnidad sindical, que no constituye más que una reelaboración o formulación de la doctrina de la nulidad, aunque, eso sí, con algunas matizaciones importantes que veremos en seguida.

2.2.3. *La inversión de la carga de la prueba*

La doctrina de la inversión de la carga de la prueba presenta una evolución que bien se puede considerar pareja a la reflejada respecto de la doctrina del despido nulo. La noción que rige en el momento en que se aprueba la Constitución consiste en la aplicación de la regla civil contenida en el art. 1214 del CC, que, según general opinión, impone la obligación al sujeto que alega de probar las circunstancias para hacerlas valer a su favor¹⁵⁰. No existe, en el momento en que inicia su labor el Tribunal Constitucional, norma jurídica que reconozca una alteración o variación de la norma civil en el ámbito laboral. Será la jurisdicción social anterior a la promulgación de la Constitución, fundamentalmente la jurisprudencia de la década de los sesenta y setenta, la responsable de elaborar una doctrina judicial que, basándose en el carácter compensador del Derecho del Trabajo, corrige la regla del art. 1214 del CC en el sentido de invertir la carga de la prueba como principio que juega a favor del trabajador¹⁵¹.

¹⁴⁷ STC 114/1989, de 22 de junio (F. J. 4º).

¹⁴⁸ SSTC 47/1985, de 27 de marzo (F. J. 4º); 135/1990, de 19 de julio (F. J. 3º y 4º); 292/1993, de 18 de octubre (F. J. 4º y 5º).

¹⁴⁹ STC 88/1985, de 19 de julio (F. J. 1º y 2º).

¹⁵⁰ La doctrina científica suele reseñar como antecedentes de nuestro ordenamiento jurídico el art. 10 del RD 1878/1971, de 23 de julio, que regula las garantías de los cargos sindicales electivos: Palomeque López, M. C., *Despidos discriminatorios...*, op. cit., pág. 73; López López, J., "Despidos discriminatorios...", op. cit., pág. 353; Sagardoy Bengoechea, J. A., "El despido discriminatorio", op. cit. pág. 613. En cuanto a las perspectivas doctrinales, eran muchos los autores que habían incidido en el papel activo que debía desempeñar la jurisdicción, así como en la necesidad de establecer dicho mecanismo (Baylos Grau, A., "Despidos por motivos políticos...", op. cit., págs. 250-253 y ss.).

¹⁵¹ Un análisis de esa doctrina en Palomeque López, M. C., *Despidos discriminatorios...*, op. cit., págs. 75 y ss.

Partiendo de esta base jurisdiccional, la inexistencia de una norma jurídica al respecto no supone obstáculo alguno para que el Tribunal realice, en los supuestos de los despidos discriminatorios, una traslación de la carga de la prueba, que quedará encomendada al empresario en virtud de las dificultades existentes para probar la existencia de una “motivación antisindical”¹⁵². En este sentido, resulta curioso señalar los argumentos utilizados para justificar la construcción de esta doctrina en los primeros pronunciamientos que recaen sobre libertad sindical. En orden a la importancia dada, el primer argumento hace referencia a la existencia de normativa internacional sobre la materia que impone, desde distintas perspectivas, dicha solución, especialmente las prescripciones contenidas en los Convenios 87, 98 y 135 OIT, y en la Recomendación 143 OIT¹⁵³; el segundo alude al valor superior de justicia que nuestra norma fundamental recoge en el art. 1.1., dado que las consecuencias que desencadena en el orden procesal, “*apoya la conclusión de que asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral*”¹⁵⁴.

Las bases jurídicas a las que acude el Tribunal para fundamentar la inversión de la carga de la prueba, han sido ampliamente criticadas por la doctrina científica, que, sin menoscabar la importancia de los instrumentos internacionales, no ha encontrado razones para explicar la omisión de apoyos más sólidos en nuestro ordenamiento¹⁵⁵.

Particularmente, las principales objeciones a la doctrina constitucional se centraron en el carácter absoluto y general con que concibe la institución. Absoluto, porque en los primeros pronunciamientos la construcción jurisprudencial se centra en un rotunda inversión de la carga de la prueba, rechazada desde el plano doctrinal y, precisamente por ello, objeto de matización en pronunciamientos posterior-

¹⁵² STC 38/1981, de 23 de febrero (F. J. 3º).

¹⁵³ STC 38/1981, de 23 de abril (F. J. 3º), aludiendo incluso a las Decisiones del Comité de Libertad Sindical (Informe núm. 130, caso núm. 673, párrafo 65).

¹⁵⁴ STC 38/1981, de 23 de abril (F. J. 3º).

¹⁵⁵ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Despido discriminatorio antisindical...”, op. cit., pág. 153. De las críticas realizadas hay que destacar la cuidadosa elaboración realizada por Alonso Olea, M., *Las fuentes del derecho...*, op. cit., págs. 170 y ss. Para dicho autor la regla aplicable en los supuestos de despido debe ser, como regla general, la contenida en el art. 1214 CC. Sólo excepcionalmente, cuando exista la presunción de despido discriminatorio, es decir, en aquellos casos en que existan “*hechos de los que emerge la sospecha vehemente de que se está discriminando*”, corresponde probar a quien niega esa presunción, es decir, al empresario. Para el autor, estas consideraciones constituyen la aplicación de los arts. 1214, 1249 y 1250 y ss. del CC, por lo que considera innecesario acudir a la normativa internacional, ya que lo que realmente se debe aplicar es la prueba de presunciones prevista en el art. 1253 de CC. En el mismo sentido, Sanguineti Raymond, W., *Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales*, Madrid, MTSS, 1993, pág. 229. En sentido contrario, García-Perrote Escartín, I., “El despido en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *CDJ*, núm. 17, 1996, págs. 119 y ss.

res. En este sentido, se estimó exagerado derivar de la normativa de la OIT la traslación de la carga de la prueba al empresario, sobre todo por la ambigüedad que caracteriza sus preceptos y porque, en definitiva, el mecanismo deriva de una Recomendación sin efectos vinculantes para los Estados y no de un Convenio, que es el instrumento adecuado para imponer obligaciones exigibles¹⁵⁶.

El carácter general con que se concibe la institución, en cuanto es extensible a todos los despidos discriminatorios por razones sindicales, también fue objeto de polémica, si bien no es más que consecuencia necesaria de la concepción funcional del derecho que emana del pronunciamiento. Efectivamente, de la lectura funcional del derecho de libertad sindical se debe extraer la conclusión (así lo hace el Tribunal) de que el sistema de protección que conlleva la inversión de la carga de prueba, reconocido por las normas de la OIT para proteger la acción de los representantes de los trabajadores, se ha de extender a todos los supuestos de despido lesivo del derecho de libertad sindical, ya se trate de un representante de los trabajadores, de un candidato a las elecciones o de un simple trabajador que se limite a ejercitar algunos de los derechos sindicales reconocidos en la norma constitucional¹⁵⁷.

Ciertamente, ante la falta de norma jurídica expresa, el Tribunal debería haber profundizado en los fundamentos de su construcción, evitando con ello las fuertes críticas doctrinales que se vertieron al efecto. Desde distintas perspectivas, se aportaron reglas o construcciones que pudieran servir de base a la construcción jurisprudencial, siendo la más interesante, a nuestro juicio, aquella que insiste en considerar su naturaleza de garantía frente a la limitación de los derechos fundamentales. Desde esta posición, se considera que los despidos lesivos de un derecho fundamental suponen una injerencia en su contenido y, por tanto, es aquél que limita el que debe probar el carácter justificado de la limitación¹⁵⁸.

Por ello, el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba, al igual que ocurrió respecto de la nulidad, se introduce en nuestro ordenamiento jurídico como un instrumento propio de la tutela antidiscriminatoria¹⁵⁹, para derivar después en

¹⁵⁶ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Despido discriminatorio antisindical...”, op. cit., pág. 153. Para Martínez Emperador, R., “Despido discriminatorio...”, op. cit., pág. 270, “la sentencia constitucional parece llegar a conclusiones más avanzadas que las que preconiza la Recomendación que invoca”, pues produce un salto cualitativo considerable al transformar la inversión de la carga de la prueba “en un criterio interpretativo respecto de las reglas del onus probandi en España”.

¹⁵⁷ Martínez Emperador, R., “Despido discriminatorio...”, op. cit., pág. 270.

¹⁵⁸ Palomeque López, M. C., *Despidos discriminatorios...*, op. cit., págs. 86 y ss.; Blasco Segura, B., “El despido nulo...”, op. cit., págs. 69 y ss.

¹⁵⁹ En la década de los ochenta el mecanismo se aplicaba sólo en aquellos casos en que se enjuiciaba una “discriminación por motivos sindicales” [SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 94/1984, de 16 de octubre; 47/1985, de 27 de marzo (F. J. 5º); 166/1988, de 26 de septiembre; 114/1989, de 22 de junio].

un mecanismo de protección del derecho de libertad sindical y, como consecuencia, del resto de derechos fundamentales¹⁶⁰. Así se constata en la evolución que ha sufrido su plasmación positiva, pues si bien su aplicación, como consecuencia de la doctrina constitucional, se ceñía en la década de los noventa a la discriminación por razón de género y a la lesión del derecho de sindicación, se extiende, con la regulación actual, a la vulneración de cualquier derecho fundamental¹⁶¹.

En el mismo sentido incide la jurisprudencia constitucional que, de forma paralela a la clarificación de la doctrina de la nulidad, ha elaborado los fundamentos constitucionales de la institución, pasando de las exigencias del principio de justicia a las dificultades probatorias en la discriminación, y de éstas al verdadero problema que subyace en la discriminación sindical: la eficacia directa de los derechos constitucionales en el ámbito privado, especialmente los derechos fundamentales, la obligación de respetarlos por parte del empresario y la necesidad de justificar todas la conductas empresariales susceptibles de limitarlos o lesionarlos¹⁶².

En consecuencia, la institución de la inversión de la carga de la prueba en el ámbito de la libertad sindical es consecuencia de la consagración constitucional de

¹⁶⁰ A pesar de que la doctrina constitucional venía enfocando la inversión de la carga de la prueba hacia el ámbito de la limitación del derecho de libertad sindical [SSTC 293/1993, de 18 de octubre (F. J. 6°); 85/1995, de 6 de junio (F. J. 4°); 82/1997, de 22 de abril (F. J. 3°); 29/2002 de 11 de febrero (F. J. 3°)], sólo a raíz de la construcción de la doctrina de la indemnidad sindical la reconocerá expresamente como un mecanismo esencial en el ámbito de la limitación de los derechos sindicales. La STC 111/2003, de 16 de junio (F. J. 5°), se refiere a ella “*como una medida necesaria y apropiada para salvaguardar la libertad sindical de los trabajadores*” o, en términos más genéricos, al considerar el cumplimiento de todas sus exigencias como “*requisitos necesarios en los casos de actos que limiten [...] derechos fundamentales*”. En la misma línea, SSTC 66/2002, de 21 de marzo (F. J. 8°); 171/2003, de 29 de septiembre (F. J. 3°) y 168/2006, de 5 de junio (F. J. 4°); Lillo Pérez, E., y Martín, A., “El derecho a la no discriminación y los despidos radicalmente nulos”, en VV. AA, *El Principio de Igualdad en la Constitución...*, Vol. II, op. cit., págs. 1259 y ss.; Sagardoy Bengoechea, J. M., “El despido discriminatorio”..., op. cit., págs. 617 y 621. Consideraciones en sentido contrario, como mecanismo que deriva del principio de igualdad en STC 34/1984, de 9 de marzo (F. J. 3°).

¹⁶¹ La LPL (1990) reconocía, aunque de forma indirecta, la aplicación de la institución cuando existían indicios de discriminación sexual y de lesión del derecho de sindicación, exigiendo al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (arts. 96 y 178.2). Un amplio análisis de dicha normativa en VV. AA., *Ley de Procedimiento Laboral. Análisis y Comentarios al Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril*, Bilbao, Deusto, 1990, págs. 263 y ss. La regulación actual, en virtud de las reformas introducidas por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, además de ampliar el listado de causas de discriminación, extiende el proceso de tutela del derecho de libertad sindical al resto de derechos fundamentales, incluyendo, por supuesto, la aplicación del mecanismo de inversión de carga de la prueba (Arts. 96, 108.3 y 181), omisión que había sido criticada ampliamente por la doctrina. Por todos, García-Perrote Escarpín, I., “El despido...”, op. cit. págs. 119 y ss.

¹⁶² Palomeque López, M. C., *Despidos discriminatorios...*, op. cit., págs. 86 y ss.; López López, J., *Despidos discriminatorios...*, op. cit., pág. 351.

este derecho que, en virtud de su eficacia, exige que todas aquellas medidas empresariales restrictivas estén justificadas. Será la justificación y el cumplimiento de los requisitos que la integran lo que dote a la decisión empresarial de legitimidad constitucional, y ello convierte la mencionada institución en un mecanismo imprescindible para preservar el contenido constitucional de los derechos sindicales¹⁶³. El hecho de que las primeras conductas empresariales examinadas fuesen despidos, que, más que lesionar, suponen sancionar el ejercicio legítimo de la libertad sindical, añadido a que la doctrina laboral acogió la noción global de “*despido discriminatorio*” para designar decisiones empresariales extintivas de distinta naturaleza (discriminatorias y lesivas de derechos), ha provocado la confusión que venimos examinando y que, a estas alturas, todavía existan estudios que consideran dicho mecanismo, junto con la nulidad, instrumentos propios de la tutela antidiscriminatoria¹⁶⁴.

Determinado el verdadero fundamento de la institución en el ámbito de la discriminación sindical, la protección del derecho de sindicación, es necesario analizar su formulación concreta con vista a reforzar la postura que estamos manteniendo. El problema se encuentra en que, estando en juego el derecho de libertad sindical (o el ejercicio de cualquier otro derecho fundamental), es necesario establecer la causa real de la conducta empresarial, ya se trate de una decisión extintiva o de cualquier otra que perjudique el derecho fundamental, pues bajo la apariencia de causa legal se pueden encubrir “*injerencias patronales vulneradoras del derecho de libertad sindical*”¹⁶⁵.

Para evitar precisamente las lesiones encubiertas de los derechos sindicales se acude a la inversión de la carga de la prueba, imponiendo la obligación de probar al empresario. Es éste el que tendrá que demostrar que su decisión (en la mayoría de los casos, despidos) obedece a razones razonables, extrañas a todo propósito atentatorio a la libertad sindical, lo que implica que ha de probar que existe causa legal para adoptar su decisión (procedencia) o que la causa que la motiva, aún no siendo legal, es ajena a todo propósito discriminatorio (improcedencia)¹⁶⁶. Por

¹⁶³ Así lo ha reconocido de forma expresa la doctrina constitucional: “*el cuadro de injerencias empresariales atentatorias a la libertad sindical, sujetas a interdicción y para las que se demanda un protección eficaz, de la que forma parte el imponer al empresario la carga de probar que el despido está justificado*” [SSTC 38/1981, de 23 de noviembre (F. J. 4º); 114/1989, de 22 de junio (F. J. 4º); 21/1992, de 14 de febrero (F. J. 3º b), 266/1993, de 26 de octubre (F. J. 2º); 180/1994, de 20 de junio (F. J. 2º); 111/2003, de 16 de junio (F. J. 3º)].

¹⁶⁴ En este sentido, Giménez Gluck, D., *Juicio de igualdad y Tribunal...*, op. cit., pág. 273, considera que la protección del derecho de libertad sindical se realiza a través de los instrumentos propios del juicio de igualdad, refiriéndose a la proporcionalidad, así como de los específicos de la tutela antidiscriminatoria, aludiendo a la inversión de la carga de la prueba, la doctrina sobre los despidos lesivos de los derechos fundamentales y a la noción de discriminación indirecta.

¹⁶⁵ STC 38/1981, de 23 de noviembre (F. J. 2º).

¹⁶⁶ SSTC 293/1993, de 18 de octubre (F. J. 6º); 85/1995, de 6 de junio (F. J. 4º); 82/1997, de 22 de abril (F. J. 3º).

tanto, lo determinante será la prueba de que la decisión es ajena a todo propósito discriminatorio, ya que, si no se demuestra esta circunstancia, la decisión empresarial será calificada con la nulidad¹⁶⁷.

Para que se produzca la inversión de la carga de la prueba es necesario no sólo que se alegue la existencia de una discriminación o de un acto lesivo del derecho fundamental, sino que se aporten datos racionales que indiquen que la discriminación se ha podido producir; en palabras de la doctrina, que quede demostrado “*un fondo o panorama discriminatorio general [...] o la presencia de hechos de los que emerge la sospecha vehemente de que se está discriminando*”¹⁶⁸. Con ello el trabajador sólo ha de aportar indicios racionales y fundados de los que se pueda extraer, al menos presumirse, la existencia de la lesión invocada, teniendo el demandado la obligación de destruir dicha presunción, por lo que más que una inversión de la carga de la prueba, ha precisado doctrina y jurisprudencia posterior, lo que se exige es una prueba de indicios¹⁶⁹, donde el demandante debe alegar, con carácter previo, hechos que induzcan a pensar que el despido se produce por ejercicio de un derecho fundamental¹⁷⁰.

La exigencia de alegación de indicios capaces de trasladar la prueba al empresario ha evolucionado bastante en la jurisprudencia constitucional, sobre todo

¹⁶⁷ SSTC 114/1989, de 22 de junio (F. J. 4º); 21/1992, de 14 de febrero (F. J. 3º b) y 180/1994, de 20 de junio (F. J. 2º).

¹⁶⁸ Alonso Olea, M., *Jurisprudencia Constitucional...*, op. cit., pág. 56. La expresión es acogida por la doctrina constitucional, aunque extendiéndola a la lesión de los derechos sindicales [SSTC 17/1996, de 7 de febrero (F. J. 5º); 29/2002, de 11 de febrero (F. J. 5º); 111/2003, de 16 de junio (F. J. 1º); 168/2006, de 5 de junio (F. J. 4º)].

¹⁶⁹ Por todos, Montoya Melgar, A., “De sospechas a indicios en la discriminación antisindical”, en VV. AA., *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, Madrid, MTAS-La Ley, 2004, págs. 217 y ss. El autor llama la atención sobre la necesidad de diferenciar las meras sospechas (desconfiar, dudar, recelar) de los indicios de discriminación sindical (sospecha fundada en factores objetivos o conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad). En sentido similar, García-Perrote Escartín, I., “El despido...”, op. cit., pág., 122, se refiere a un principio de prueba que garantiza la seriedad de la alegación de lesión de un derecho fundamental, evitando alegatos temerarios o totalmente infundados.

¹⁷⁰ SSTC 114/1989, de 22 de junio (F. J. 5º); 266/1993, de 20 de septiembre (F. J. 2º). Existen pronunciamientos más descriptivos que aluden a la alegación de hechos que indiquen una correlación directa o conexión lógica entre la decisión empresarial y el ejercicio del derecho de libertad sindical [SSTC 87/1998, de 21 de abril (F. J. 4º); 29/2002, de 11 de febrero (F. J. 5º); 30/2002, de 11 de febrero (F. J. 5º)]. Parece quedar claro que las alegaciones del demandante deben inducir al juez no a la convicción de que existen hechos lesivos del derecho, sino a la simple creencia racional de que la lesión se ha podido producir [SSTC 111/2003, de 16 de junio (F. J. 3º)]. Siendo así, no es extraño encontrar pronunciamientos recientes que relativizan dichas exigencias probatorias, anunciando que son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba de la parte actora, a partir de un umbral mínimo de la conexión necesaria entre ejercicio del derecho y conducta empresarial [Por todas, STC 171/2003, de 29 de septiembre (F. J. 4º)].

en lo que se refiere a la tutela antidiscriminatoria, y dentro de ella, respecto a la discriminación por razón de género. Las modificaciones en este sentido se han introducido, sobre todo, a través de reformas legislativas dirigidas a eximir al trabajador que se encuentre en determinadas circunstancias de la obligación de presentar indicios de discriminación¹⁷¹, a endurecer la tutela antidiscriminatoria, ampliando los supuestos de discriminación e incluyendo las exigencias del principio de proporcionalidad¹⁷².

Ni que decir tiene, que la exoneración de la alegación no ha alcanzado al derecho de libertad sindical, donde se ha exigido que la actividad alegatoria sea lo suficientemente concreta y precisa en torno a las actividades sindicales realizadas, de forma que, excluyendo referencias genéricas, induzcan a la sospecha de que se ha producido represalia antisindical¹⁷³. En este sentido, se detecta que lo importante es la realización de actividades sindicales, sin que haya una definición precisa de las que han de considerarse como tales; con carácter general, ni la condición de afiliado ni la representante es suficiente para justificar la inversión de la carga de

¹⁷¹ En virtud de Ley 39/1999 sobre Conciliación de la vida laboral y familiar, las trabajadoras que se encuentren en estado de gestación, por ejemplo, no tienen que demostrar que las decisiones empresariales son discriminatorias por razón de género. Produciéndose el despido en estas circunstancias, las posibilidades se reducen a la procedencia, siempre que se demuestre que existía causa y que es ajena a todo comportamiento discriminatorio; o a la nulidad, en aquellos casos en que no se demuestren las anteriores circunstancias. En este sentido, Martínez Moya, J., y Buendía Jiménez, J. A., “Aspectos procesales del despido. Una visión jurisprudencial”, en VV. AA., *El despido. Aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, pág. 817. La misma línea parece haberse adoptado en el art. 13 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, especialmente después de la STC 74/2008, de 23 de junio.

¹⁷² El reforzamiento se ha producido con dos disposiciones normativas. Por un lado, la Ley 51/2003, introduce el principio de proporcionalidad en la tutela antidiscriminatoria (art. 20). Por otro, la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, que a través de la reforma de la LPL (arts. 96 y 181), amplía los supuestos de discriminación, introduce el acoso sexual dentro de la tutela de los derechos fundamentales y reitera las exigencias del principio de proporcionalidad en la tutela antidiscriminatoria.

¹⁷³ Las SSTC 21/1992, de 14 de febrero (F. J. 5º) y 266/1993, de 26 de octubre (F. J. 3º), rechazan la alegación genérica de “*ser muy conocido como miembro de un determinado sindicato*” o “*la realización de actividades sindicales, en general*”. Por el contrario, se han considerado indicios suficientemente concretos y precisos la correlación y temporalidad entre los hechos alegados y la conducta empresarial [SSTC 87/1998, de 21 de abril (F. J. 4º); 101/2000, de 10 de abril (F. J. 5º); 111/2003, de 16 de junio (F. J. 6º); 171/2003, de 29 de septiembre (F. J. 6º); 79/2004, de 5 mayo (F. J. 5ºL)]; la existencia de conflictividad previa [STC 90/1997, de 6 de mayo (F. J. 6º)]; las diferencias en la contratación con respecto al resto de trabajadores [STC 80/2001, de 26 de marzo (F. J. 3º)]; e incluso la idoneidad objetiva de la conducta empresarial para lesionar el derecho [STC 114/2002, de 20 de mayo (F. J. 6º), aunque unida a otros indicios]. No obstante, hay que tener en cuenta, a efectos de correlación y temporalidad de los hechos alegados, que no es necesario que la conducta de represalia por la actuación sindical del trabajador se manifieste de manera inmediata después de haberse producido dicho hecho [STC 216/2005, de 12 de septiembre (F. J. 7º)].

la prueba¹⁷⁴. Por otro lado se requiere que las circunstancias alegadas, sobre todo la condición de candidato y la realización de actividades sindicales, sean anteriores a la medida empresarial lesiva del derecho. Sólo cuando se reconoce expresamente que la conducta empresarial vulnera la dimensión colectiva de la libertad sindical y afecta los intereses de las organizaciones sindicales se produce una extrema relajación de los requisitos, que va desde la exención de la alegación hasta la aplicación de la nulidad directamente sin dejar posibilidad al empresario para que justifique su decisión¹⁷⁵.

Con respecto a la obligación empresarial respecto de la prueba, se ha de advertir que la formulación de la doctrina ha sido siempre lo suficientemente ambigua como para sostener que el empresario ha de probar la existencia de causa justificada, o que la obligación empresarial consiste en probar que la adopción de su decisión es completamente ajena a todo propósito discriminatorio o lesivo del derecho de la libertad sindical. Las exigencias en uno u otro caso son distintas. En el primero, se trataría de demostrar que la medida extintiva u acto lesivo obedece a una causa, prueba que no tiene gran dificultad y que lo único que evidencia es que existe una causa para el despido y no que se haya producido por dicha causa. Puede existir una o varias causas para el despido pero que éste se produzca única y exclusivamente por causas antisindicales¹⁷⁶. Es el problema ocasionado por los despidos pluricausales, supuestos en los confluyen diversas causas para justificar la conducta empresarial, unas que pueden ser contrarias al derecho de libertad sindical y otras de carácter disciplinario, pero sin entidad suficiente para proceder al despido¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Por todas, STC 14/2002, de 28 de enero (F. J. 6º). No obstante, existen excepciones por las que se considera que la simultaneidad entre determinadas garantías como consecuencia del ejercicio del derecho de libertad sindical, por ejemplo la condición de liberado sindical y el cese en un cargo de libre designación, manifiesta una relación causa-efecto que provoca por sí misma la inversión de la carga de la prueba [STC 17/1996, de 7 de febrero (F. J. 6º)].

¹⁷⁵ STC 134/1994, de 9 de mayo (F. J. 5º). De hecho existen correcciones de esta línea doctrinal en la que se afirma que la correlación temporal entre las dos circunstancias, es decir, el ejercicio del derecho (en este caso, afiliación) y la medida empresarial adoptada como consecuencia, sólo provocarán la inversión de la carga de la prueba cuando quede constatado que el empresario tenía conocimiento de dicha afiliación, teniendo en cuenta, y esto es lo fundamental, que es el empresario el que ha de probar que no conocía dicha circunstancia [STC 87/1998, de 21 de abril (F. J. 4º)]. También la STC 48/2002, de 25 de febrero (F. J. 6º), considera suficiente, a efectos de probar un panorama discriminatorio, que de los 23 trabajadores despedidos (se trata de extinción por circunstancias objetivas) 19 estaban afiliados a UGT.

¹⁷⁶ Advertía dicha circunstancia Baylos Grau, A., "Despidos por motivos políticos...", op. cit., págs. 253 y ss.

¹⁷⁷ La figura de los despidos pluricausales surge en la jurisprudencia constitucional con la STC 104/1987, de 16 de junio, que plantea el despido de una trabajadora, afiliada a CCOO, por instar la celebración de elecciones sindicales. Las causas alegadas por la empresa, y reconocidas por la trabajadora, hacen referencia a conductas que pudieran constituir supuestos de indisciplina y desobediencia frente a sus superiores, pero que no tenían entidad suficiente para justificar el despido. El análisis de la institución, entre otras, en SSTC 7/1993, de 18 de enero (F. J. 4º) y 138/2006, de 8 de marzo (F. J. 7º).

El problema que se plantea es que el empresario puede probar la existencia de causas que no tengan entidad suficiente para justificar el despido y que, como consecuencia, el despido sea calificado de improcedente, quedando oculta la causa real lesiva del derecho de libertad sindical. Por ello, el contenido del derecho quedará mucho más protegido si la exigencia al empresario consiste en demostrar que el despido es ajeno a toda causa discriminatoria o lesiva del derecho fundamental¹⁷⁸. Ciertamente, la prueba negativa podría llevar, habiendo indicios de discriminación o lesión, a la imposibilidad de despido, dadas las dificultades de probar la inexistencia de un móvil lesivo del derecho de libertad sindical; por ello, esa ausencia de discriminación se ha traducido, con el tiempo, en la exigencia al empresario de probar la existencia de una causa real de despido y de que ésta tiene suficiente entidad para justificarlo, llevando, por tanto, al juzgador a la convicción de que el despido no constituye una represalia respecto del ejercicio del derecho de libertad sindical¹⁷⁹. En definitiva, que el despido o cualquier otra medida empresarial que limite el derecho de libertad sindical, requiere de una causa que la justifique que sea adecuada y proporcionada a los hechos que sanciona¹⁸⁰.

Por tanto, y esto es lo importante, la inversión de la carga de la prueba es el mecanismo que permite que el empresario justifique materialmente las decisiones que inciden sobre los derechos sindicales de los trabajadores. El problema fundamental es que durante demasiado tiempo la doctrina constitucional sobre la discriminación sindical ha basado la protección del derecho de sindicación precisamente en ese mecanismo, sin prestar demasiada atención a los criterios materiales exigidos para la justificación de las decisiones lesivas. Ello ha propiciado una variedad de proclamaciones formales que, además de obviar el análisis de cada uno de los requisitos con objeto de esclarecer su contenido e impedir una formulación doctrinal uniforme en este sentido, ha marginado completamente el problema que subyace en la discriminación por motivos sindicales¹⁸¹.

¹⁷⁸ Así lo exige la doctrina constitucional [SSTC 104/1987, de 16 de junio (F. J. 2º y 3º); 114/1989, de 22 de junio (F. J. 4º) y 266/1993, de 20 de septiembre (F. J. 2º)].

¹⁷⁹ SSTC 21/1992, de 14 de febrero (F. J. 3º b); 82/1997, de 22 de abril, (F. J. 3º); 87/1998, de 21 de abril (F. J. 5º). En la misma línea, aunque algo más descriptivos, se muestran los pronunciamientos más recientes al exigir la prueba de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable, desde la perspectiva disciplinaria, la decisión extintiva [SSTC 14/2002, de 28 de enero (F. J. 3º) y 84/2002, de 22 de abril (F. J. 3º)]. Un comentario a ésta última en Montoya Melgar, A., "De sospechas a indicios...", op. cit., pág. 218 y ss.].

¹⁸⁰ La STC 197/1990, de 29 de noviembre (F. J. 1º), constituye el primer pronunciamiento que alude a la razonabilidad y proporcionalidad de la medida extintiva. Posteriormente, SSTC 293/1993, de 18 de octubre (F. J. 6º); 85/1995, de 6 de junio (F. J. 4º); 82/1997, de 22 de abril (F. J. 3º).

¹⁸¹ En algunas ocasiones, el análisis de la discriminación sindical desde la perspectiva de la igualdad ha permitido legitimar conductas empresariales por ser objetivas y razonables [SSTC 82/1997, de 22 de abril (F. J. 5º) y 135/1990, de 19 de julio (F. J. 3º y 4º)]; otros pronunciamientos se han inclinado por una justificación razonable y proporcionada, sin ni siquiera analizar la diferencia entre ambos re-

2.3. La garantía de indemnidad sindical y su aplicación al ámbito colectivo del derecho de libertad sindical

La garantía de indemnidad supone un tratamiento mucho más acertado de los actos de discriminación sindical, y ello porque sienta las bases necesarias para resolver algunos de los problemas que nos venimos planteando, fundamentalmente en lo que se refiere a la relación entre diferencias de trato y libertad sindical y, como consecuencia, respecto de los criterios materiales que deben utilizarse para la protección de los derechos sindicales.

En primer lugar, la garantía de indemnidad dejará zanjada la cuestión sobre la relación entre los arts. 14 y 28 CE, puesto que la interacción entre ambos preceptos ha de resolverse en el ámbito del art. 28 y, por tanto, desde el punto de vista del contenido del derecho de libertad sindical. Ello, en virtud de los pronunciamientos constitucionales que hemos analizado sobre el despido nulo, no constituye una novedad, pues ya se venía practicando desde las primeras sentencias del Tribunal; sin embargo, existe una gran diferencia, pues si bien los primeros resolvían en líneas generales la cuestión sobre la base del contenido del derecho de libertad sindical, ahora se irá un poco más allá, al plasmarse expresamente el rechazo de que entre las causas de discriminación prohibidas por el texto constitucional se encuentre el ejercicio del derecho de libertad sindical¹⁸².

El planteamiento, además de otras importantes manifestaciones, tiene gran trascendencia en cuanto implica que la doctrina sobre la nulidad de los despidos y la inversión de la carga de la prueba constituyen mecanismos de protección del derecho de libertad sindical y, más concretamente, de las diversas facultades que lo integran, como venimos afirmando desde el principio de nuestro estudio¹⁸³. Por tanto, las conductas empresariales son lesivas por ser contrarias no al principio de igualdad sino al derecho de libertad sindical, consolidándose la separación entre cada uno de los preceptos constitucionales implicados y garantizando con ello la plena eficacia de los derechos sindicales en el ámbito privado¹⁸⁴.

quisitos [SSTC 293/1993, de 18 de octubre (F. J. 6º); 202/1997, de 25 de noviembre (F. J. 4º)]; y los que han llegado más lejos se han referido a una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas, así como de su proporcionalidad [en estos términos se pronuncian las SSTC 21/1992, de 14 de febrero (F. J. 3º c); 29/2002 de 11 de febrero (F. J. 3º); 30/2002, de 11 de febrero (F. J. 3º); 114/2002, de 20 de mayo (F. J. 7º); 111/2003, de 16 de junio (F. J. 7º); 17/2005, de 1 de febrero (F. J. 3º)].

¹⁸² Dicha afirmación es una constante en los pronunciamientos sobre indemnidad sindical. Por todas, SSTC 191/1998, de 29 de septiembre (F. J. 4º); 30/2000, de 31 de enero (F. J. 1º); 14/2002, de 28 de enero (F. J. 2º); 17/2005, de 1 de febrero (F. J. 1º).

¹⁸³ Véanse las declaraciones que en este sentido se contienen en la STC 326/2005, de 12 de diciembre (F. J. 4º).

¹⁸⁴ STC 87/1998, de 21 de abril (F. J. 2º y 3º). La vinculación entre garantía de indemnidad y eficacia horizontal de los derechos fundamentales en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio del poder disciplinario", *RL*, núm. 14, 2003, págs. 8 y ss.

Mayor relevancia adquiere este dato, si consideramos que la institución tiene por objeto establecer un sistema de protección frente a represalias por el ejercicio de los derechos de libertad sindical¹⁸⁵. En este sentido, la garantía de indemnidad sindical se define como la prohibición de que el trabajador sufra menoscabo alguno en su situación profesional y económica en la empresa por razón de su afiliación o el ejercicio de actividad sindical¹⁸⁶, y, aunque algunos pronunciamientos han intentado, de nuevo, introducir la existencia de diferencias de trato respecto del resto de trabajadores al definirla como la prohibición de “*cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes con el resto de los trabajadores*”¹⁸⁷, la resolución de los supuestos se ha seguido enfocando desde el contenido del derecho de libertad sindical o las represalias a su ejercicio¹⁸⁸.

En segundo lugar, la garantía de indemnidad extiende la doctrina de la nulidad a todos los actos lesivos del derecho de libertad sindical. El primer pronunciamiento que se refiere a la institución se centra precisamente en determinar el ámbito de aplicación, especificando que se contiene en el art. 28 de la Constitución y es aplicable respecto de todas las facultades empresariales, desde las facultades disciplinarias ejercitadas con el máximo rigor (esto es, el despido) hasta las facultades organizativas¹⁸⁹. Es, por tanto, a través de esta garantía como se consolida la san-

¹⁸⁵ La doctrina laboral, en los diversos estudios que viene realizando sobre la garantía de indemnidad, la relaciona, mayoritariamente, con las represalias empresariales frente a las reclamaciones judiciales interpuestas por los trabajadores para la defensa de sus derechos [González-Posadas Martínez, E., “La garantía de indemnidad y sus perfiles”, *RGDTSS*, núm. 11, 2006, pág. 6 (<http://www.iustel.com>)], por lo que la indemnidad en el ámbito de las relaciones laborales se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, la institución viene a proteger a los trabajadores frente a represalias por el ejercicio de cualquier derecho fundamental, incluida la libertad sindical, por lo que, dependiendo del derecho afectado, las exigencias serán distintas. En la misma línea, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Tutela Judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias...”, op. cit., pág. 637; García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J. R., “Las nuevas dimensiones de la denominada garantía de indemnidad”, *JL*, núm. 20, 2004, págs. 5 y ss.; García Murcia, J., “Igualdad y no discriminación...”, op. cit., pág. 398; Casas Baamonde, M. E., “Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad. El derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional”, *VV. AA., Las transformaciones del Derecho del Trabajo...*, op. cit., págs. 697 y ss.

¹⁸⁶ SSTC 87/1998, de 21 de abril (F. J. 3º); 30/2000, de 31 de enero (F. J. 2º).

¹⁸⁷ SSTC 74/1998, de 31 de marzo (F. J. 3º); 191/1998, de 29 de septiembre (F. J. 4º).

¹⁸⁸ Los pronunciamientos que han aplicado el principio de igualdad responden a supuestos en los que, además de alegarse la diferencia de trato, la empleadora era una Administración Pública. El TC analiza la lesión desde las dos perspectivas, desde el derecho de libertad sindical, normalmente desde el punto de vista del perjuicio objetivo, y desde el principio de igualdad, aunque no exista el término de comparación necesario para llevar a efecto el análisis [STC 191/1998, de 29 de septiembre (F. J. 5º)].

¹⁸⁹ STC 87/1998, de 21 de abril (F. J. 3º). Sobre facultades organizativas, STC 90/1997, de 6 de mayo (F. J. 4º y 6º); 168/2006, de 5 de junio (F. J. 8º).

ción de nulidad respecto de todos los actos que sean lesivos del derecho de libertad sindical.

No pretendemos decir con ello que, con carácter anterior, no existieran pronunciamientos en esta línea, sino que se producían sin acogerse a un planteamiento razonable y sistemático. Por tanto, y por mucha importancia que tenga la doctrina de la nulidad de los despidos lesivos de los derechos sindicales, no se puede afirmar que suponga una teoría compacta sobre la nulidad de las injerencias en dichos derechos, pues, aunque sienta los principios nucleares de la institución, no lo hace de forma ordenada y coherente, sobre todo, en los casos en que se aplica de forma implícita a actos distintos de despidos. Esta circunstancia cambiará radicalmente a partir de la reformulación como doctrina de la indemnidad sindical, momento en que la doctrina de la nulidad, aplicada expresamente y de forma metódica, se extiende a actos empresariales que no derivan de la potestad sancionadora.

En este sentido, el dato fundamental será la proclamación de la doctrina de la nulidad respecto de decisiones discrecionales del empresario que no tengan encomendada ni en la regulación legal o convencional una enumeración de causas para su adopción, circunstancia que no significa (sobre todo estando el peligro un derecho fundamental) que el empresario no deba aportar una justificación que demuestre el carácter no lesivo de su decisión. Es, por tanto, el ámbito de las facultades discrecionales del empresario el contexto más propicio para la lesión de los derechos de libertad sindical, ya que, en principio, no requieren motivación¹⁹⁰ y carecen de un marco normativo expreso que, observando las exigencias constitucionales, encaucen su adopción; sin embargo, en ningún caso debe esto traducirse en la inobservancia de los límites que, a través del reconocimiento del los derechos de sindicación, impone la Constitución¹⁹¹.

¹⁹⁰ Han incidido en este aspecto las SSTC 94/1984, de 16 de octubre (F. J. 3º) y 198/1996, de 3 de diciembre (F. J. 4º), sobre la extinción de la relación laboral en periodo de prueba; STC 90/1997, de 6 de mayo (F. J. 4º) y 87/1998, de 21 de abril (F. J. 5º), sobre facultades organizativas.

¹⁹¹ SSTC 114/2002, de 20 de mayo (F. J. 7º) y 171/2003, de 29 de septiembre (F. J. 6º). Sobre la base de diferenciar discrecionalidad y arbitrariedad, se someten a los principios derivados del derecho las facultades empresariales con mayores dosis de discrecionalidad, por ejemplo, las facultades de selección y contratación de trabajadores [las SSTC 29/2002 y 30/2002, ambas de 11 de febrero, analizan los supuestos de dos trabajadoras afiliadas a CC. OO. que, tras la finalización de su contrato en prácticas, no son contratadas con carácter indefinido por la realización de actividades sindicales. La no contratación de un trabajador por razones sindicales se asimila al despido, al igual que anteriormente sucedió con los despidos discriminatorios por razón de género (STC 173/1994, de 7 de junio) y que posteriormente sucederá respecto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 87/2004, de 30 de septiembre)]; y, como supuestos más numerosos, diversas decisiones empresariales que implican perjuicios para el trabajador en el ámbito de su promoción profesional y salarial [la STC 82/1997, de 22 de abril, analiza el caso de una trabajadora que, por ser miembro del comité de empresa por el sindicato CC.OO., ha sido perjudicada en su promoción al no haber sido acogida, tal como sus funciones aconsejan, a la clasificación profesional que se refiere al Grupo III y, como consecuencia, haber sido

Por último, y en tercer lugar, la toma de conciencia de que lo se está juzgando en los casos de discriminación sindical es una limitación del derecho fundamental a la libertad sindical propiciará un refuerzo de los criterios materiales exigidos para justificar los actos lesivos. Así, a partir de la formulación de la garantía, el Tribunal empieza a incidir sobre la necesidad de una justificación objetiva, razonable, suficiente y proporcionada, mezclando los criterios típicos de la discriminación o del juicio de igualdad con los propios de las injerencias en los derechos fundamentales¹⁹². No obstante, y a pesar de que no se hayan aclarado completamente la procedencia o improcedencia de la aplicación de estos criterios, el hecho de que la garantía no se haya desarrollado todavía en toda su extensión y la existencia de pronunciamientos que empiezan a clarificar la cuestión auguran para los próximos años una nueva concepción de la eficacia que ha de desplazar en el ámbito privado los derechos de sindicación.

2.3.1. La aplicación de la garantía de indemnidad sindical a las injerencias empresariales en el ámbito colectivo

Como ya hemos mencionado, la idea concreta de que las “discriminaciones sindicales” sobre los representantes de los trabajadores pueden constituir una injerencia en el derecho de libertad sindical de la organización sindical de pertenencia ha estado presente desde los inicios de la jurisprudencia constitucional, si bien durante un periodo determinado de tiempo dicha protección se dispensó sin necesidad de extenderla al sujeto colectivo que ostentaba la titularidad del derecho¹⁹³.

perjudicada económicamente. El asunto se enfoca como una cuestión de igualdad, más que como discriminación sindical, exigiendo a través de la inversión de la carga de la prueba que el empresario demuestre la objetividad y razonabilidad de la conducta empresarial. En términos muy parecidos se pronuncia la STC 111/2003, de 16 de junio (F. J. 5º), que resuelve el recurso presentado por varios dirigentes sindicales al haber sido excluidos de la lista de aprobados en un Concurso-oposición para ocupar plazas de sargento en el Servicio de Extinción de Incendio y Salvamento del Ayuntamiento de Barcelona, debido a los cargos sindicales y a las críticas vertidas en los medios de comunicación sobre el funcionamiento del servicio].

¹⁹² STC 87/1998, de 21 de abril (F. J. 5º).

¹⁹³ El primer pronunciamiento lo constituye la STC 78/1982, de 20 de diciembre (F. J. 5º), que sostiene, apoyándose en el derecho internacional, que el sistema de protección que se dispensa a los representantes de los trabajadores no constituye más que una aplicación del principio de no injerencia empresarial en la actividad representativa, de forma que el derecho de opción que tienen los representantes de los trabajadores en caso de despido se dirige a facilitar el ejercicio de los derechos de representación. Desde esta perspectiva, la licitud de una decisión empresarial que opte por prescindir de los servicios del trabajador representante conllevaría una disposición unilateral sobre el ejercicio de la actividad representativa en la empresa, lo que, en último término, supone una injerencia empresarial sobre el ejercicio de la actividad sindical. Obviamente, el objeto del recurso propicia una declaración en este sentido, puesto que al centrarse en la negativa de acceso al centro de trabajo permite individualizar la acción sindical en su modalidad representativa de la relación laboral que une al representante con la organización productiva.

No obstante, la evolución de la doctrina sobre discriminación sindical hacia la más elaborada garantía de indemnidad se irá haciendo un hueco en el ámbito colectivo de los derechos de sindicación¹⁹⁴, hasta que, finalmente, se produce una expresa conexión entre vulneración de la libertad sindical individual a través de la represalia por el ejercicio de actividad sindical y lesión de la dimensión colectiva del derecho de libertad sindical¹⁹⁵.

Para sostener que en este caso se ha producido una lesión objetiva del derecho de sindicación, el Tribunal argumenta que un liberado de la obligación de prestar servicios por realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando presta efectivamente su trabajo, y ello supone un obstáculo, objetivamente constatable, para la efectividad del derecho de libertad sindical por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Obstáculo que no sólo repercute en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse asimismo sobre la organización sindical correspondiente afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Más significativa pudiera resultar la STC 134/1994, de 9 de mayo (F. J. 4a y 5ª), que, como ya hemos comentado, resuelve el recurso de amparo presentado por un miembro del comité de empresa al que se le había impuesto una sanción por participar en un paro simbólico de 5 minutos y no transmitir a sus compañeros la opinión empresarial contraria a su realización. Junto a la argumentación que sostiene todo el pronunciamiento y que se basa en que la participación de un trabajador en actividades promovidas por los sindicatos constituyen ejercicio de la actividad sindical, late un argumento bien distinto que define la libertad de acción sindical en términos amplios, comprensivo de todos aquellos medios de acción necesarios para que el sindicato pueda cumplir las funciones que le ha encomendado la Constitución (art. 7 CE), entre ellos, la difusión de la realización de actividades sindicales de forma pacífica y por medios lícitos, por lo que se debe considerar que también integra el derecho a no difundir las opiniones contrarias de los empleadores, constituyendo esta conducta una injerencia constitucionalmente ilícita en cuanto obstaculiza el ejercicio del derecho de libertad sindical. En toda la argumentación se mezclan los dos ámbitos de la libertad sindical, individual y colectivo, ofreciendo la protección al ámbito individual porque, de lo contrario, se lesionaría la libertad sindical en el ámbito colectivo. La interpretación amplia que se realiza de los derechos sindicales determina que, finalmente, la resolución del supuesto se produzca a través de la ponderación de bienes [STC 134/1994, de 9 de mayo (F. J. 4º ap. d y 5º)].

¹⁹⁵ El primer pronunciamiento que hace mención expresa es la STC 191/1998, de 29 de septiembre, que, como ya hemos destacado, resuelve un recurso de amparo presentado por un representante sindical liberado de su obligación de prestar servicios que, precisamente por ello, deja de percibir los complementos de peligrosidad, penosidad y toxicidad.

¹⁹⁶ SSTC 191/1998, de 29 de septiembre (F. J. 5º); 30/2000, de 31 de enero (F. J. 4º). También la STC 173/2001, de 26 de julio (F. J. 5º *in fine*) parece inclinarse por esta opción al resolver el recurso de amparo presentado por un liberado sindical de CC.OO. al que la empresa le negaba el percibo de un plus compensatorio recibido por el resto de los trabajadores como consecuencia del cambio de jornada (de jornada continuada a jornada partida). Lo relevante del pronunciamiento es que el mencionado plus se negaba únicamente a los dos liberados sindicales de CC.OO. En términos similares se pronuncian las SSTC 92/2005, de 18 de abril (F. J. 3º), y 326/2005, de 12 de diciembre (F. J. 4º).

No obstante y como hemos advertido desde el principio, esta conexión entre la lesión del ámbito individual y colectivo del derecho de libertad sindical también se produce en aquellos casos en que la conducta empresarial suprime una ventaja adicional previamente concedida a las organizaciones sindicales o a sus representantes, puesto que, al igual que en el caso anterior, dicha conducta podría constituir una sanción por el ejercicio de actividad sindical, por mucho que el empresario no esté obligado a otorgar determinados beneficios a las organizaciones sindicales¹⁹⁷.

A pesar de que el problema es sustancialmente el mismo, la represalia por el ejercicio de los derechos sindicales por parte de una organización sindical, la evolución sufrida en uno y en otro caso ha variado considerablemente a lo largo del tiempo. Y aunque se pueden encontrar indicios de convergencia, hemos apostado por tratarlas por separado, pues, en definitiva, entre un tipo de conductas y otras existe una gran diferencia: en las primeras el empresario desconoce contenidos sindicales previamente establecidos por otras disposiciones normativas (constitucionales, legales o convencionales), mientras que en las segundas actúa al margen de esos contenidos, lo que no implica que sus decisiones no puedan lesionar la dimensión colectiva que impone el reconocimiento constitucional de los derechos sindicales, como veremos enseguida.

2.3.1.1. Obstrucciones empresariales en el ámbito colectivo de la libertad sindical

En el ámbito de obstrucciones empresariales al ejercicio de facultades sindicales, el análisis de lo que hemos denominado lesiones indirectas o reflejas, resulta muy revelador, pues desde el momento en que la doctrina constitucional considera que la medida empresarial puede lesionar la dimensión colectiva, el tratamiento de la discriminación sindical abandona el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba para analizarse desde los parámetros que ofrece el principio de igualdad, y ello porque en muchos de estos casos lo que se analiza no es tanto la dimensión individual del derecho como su dimensión colectiva.

En este sentido, las soluciones basculan entre la adopción de soluciones salomónicas, que al constatar la lesión objetiva del derecho de libertad sindical san-

¹⁹⁷ La STC 132/2000, de 16 de mayo (F. J. 3º y 4º) resuelve el recurso de amparo presentado por un Delegado Sindical de CNT, al que desde 1990 se le venía reconociendo la garantía del crédito horario, siéndole suprimida en 1995 por decisión empresarial. El Tribunal rechaza la lesión por no haber presentado el demandante indicios de que la conducta empresarial responda a la sanción por el ejercicio de la acción sindical desarrollada por su organización. De conformidad con el pronunciamiento, el art. 28 CE veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, las diferencias de trato entre afiliados y representantes sindicales por razón del sindicato en el que se integren o representan, pues son, en todo caso, las consecuencias negativas, por incentivación o disuasión, respecto de la libertad sindical del trabajador, las que determinan que el derecho de libertad sindical (de la organización) también resulte afectado en estos casos.

cionan con la nulidad la medida lesiva, hasta aquellas otras en que la confluencia de una lesión individual y colectiva se resuelve, independientemente del mecanismo utilizado, con la declaración de legitimidad o ilegitimidad de la primera, obviando el tratamiento de la segunda¹⁹⁸. No obstante, dentro de este contexto existe una tercera vía que somete un elenco variado de conductas empresariales a las exigencias del principio de igualdad, produciéndose con ello un planteamiento coincidente con el tratamiento de las conductas lesivas directas, tradicionalmente resueltas desde ésta perspectiva¹⁹⁹.

De nuevo, el enfoque de la cuestión, al igual que ocurría en el ámbito individual del derecho, podría realizarse desde dos perspectivas: desde los parámetros de la igualdad, que exigirán del empresario una justificación objetiva y razonable, y desde los controles de la injerencia en el derecho fundamental, que deben traducirse en el cumplimiento de los criterios materiales que justifican la limitación del derecho de libertad sindical. Pues bien, el salto cualitativo que supone analizar la conducta empresarial, más que como diferenciación, como limitación de un derecho de libertad, se inicia con la STC 17/2005, de 1 de febrero, que aplica por primera vez la garantía de indemnidad sindical a la esfera colectiva del derecho cuando las limitaciones o injerencias se producen en virtud de una conducta empresarial²⁰⁰.

Las aportaciones de la doctrina de la indemnidad en el ámbito colectivo se reducen nada más y nada menos que a la aplicación de la inversión de la carga de la prueba sobre las injerencias empresariales que se producen en la faceta colectiva

¹⁹⁸ Ejemplo de ello lo constituyen algunos pronunciamientos ya comentados. La STC 74/1998, de 31 de marzo (F. J. 3º), a pesar de reconocer que las diferencias empresariales entre representantes en función del sindicato de pertenencia pueden lesionar la dimensión colectiva del derecho de libertad sindical, pues producen consecuencias negativas, incentivando o disuadiendo de la afiliación, resuelve la lesión individual del derecho desde la perspectiva de la igualdad, obviando por completo las injerencias empresariales en la libertad sindical colectiva y cualquier mención a las posibles manipulaciones empresariales de las organizaciones sindicales. En términos similares, STC 132/2000, de 16 de mayo (F. J. 4º-5º).

¹⁹⁹ STC 173/2001, de 26 de julio (F. J. 6º).

²⁰⁰ El pronunciamiento resuelve recurso de amparo interpuesto por CC.OO. ante diversas conductas empresariales obstaculizadoras de su derecho a la acción sindical, entre ellas los despidos de los dos delegados de personal con los que contaba el sindicato. No obstante, anteriormente las SSTC 132/2000, de 16 de mayo (F. J. 5º) y 269/2000, de 13 de noviembre (F. J. 5º), habían preparado el terreno. El primer pronunciamiento, separándose de los recaídos con anterioridad, argumentará para justificar su decisión denegatoria que el recurrente no había alegado ni probado indicios de que la decisión empresarial respondiera a motivaciones antisindicales constituyendo una sanción por ejercicio de actividad sindical por parte del recurrente o de la organización sindical a la que pertenece, lo que puede considerarse, claramente, una alusión a la garantía de indemnidad sindical. La misma argumentación utilizará el segundo pronunciamiento para rechazar la lesión del derecho de libertad sindical de un Delegado Sindical de CNT que, sin cumplir los requisitos exigidos en el art. 10.1 LOLS, había disfrutando de esa condición durante 10 años; una vez transmitida la empresa, el nuevo empresario no reconoce su condición.

del derecho, lo que no es más que una consecuencia lógica de enfocar la discriminación sindical colectiva como una limitación o sanción al ejercicio del derecho de libertad sindical. La aplicación de esta doctrina supone el reconocimiento pleno de la faceta colectiva del derecho y de las consecuencias que sobre esta dimensión pueden producir las distintas conductas empresariales.

Se produce, con ello, una gran diferencia respecto del análisis realizado respecto de las injerencias públicas, puesto que de aquellas se requería que produjesen consecuencias negativas en el ámbito individual, lo que no supone sino ahondar en el marcado carácter individualista de la prohibición de discriminación y en la imposibilidad de aplicarla respecto de injerencias públicas. Ahora el enfoque es distinto, pues se centra en determinar si las injerencias empresariales en el ámbito individual, esto es, lo que tradicionalmente se ha llamado discriminación sindical, puede vulnerar la dimensión colectiva del derecho de libertad sindical.

Para examinar este extremo, el Tribunal, aun considerando que las conductas contrarias al derecho se producen frente a los delegados de personal y que los despidos de estos habían sido declarados nulos, diferencia entre indicios mediatos e inmediatos, con objeto de determinar si ha habido lesión del ámbito colectivo. Los indicios mediatos son aquellos hechos que perjudican indirectamente al sindicato al producirse sobre sus afiliados o representantes (en el caso examinado, sobre los delegados de personal). Los indicios inmediatos son aquellos que se dirigen directamente contra las actividades del sindicato, es decir, contra los derechos colectivos de la organización sindical y que vienen a expresar un conflicto directo entre el sindicato y la empresa²⁰¹.

A pesar de la diferenciación, el mayor peso de los indicios mediatos en la determinación de la conducta antisindical es evidente, y ello sin que constituya inconveniente que se trate de actos empresariales lesivos de la actuación de representantes unitarios, puesto que las actuaciones empresariales contra los órganos de representación unitaria pueden ser lesivos de los derechos de libertad sindical colectiva debido a tres circunstancias. La primera de ellas se refiere a la utilización de las representaciones unitarias para el desarrollo de la acción sindical en la empresa, por lo que su obstaculización produciría lesión del derecho de actividad sindical. En segundo lugar, por el carácter necesario de dichas estructuras organizativas para que las organizaciones sindicales obtengan los niveles de implantación requeridos para desarrollar determinadas facultades sindicales. Por último, también hay que tener en cuenta que las organizaciones sindicales ejercitan determinados derechos adicionales sobre las estructuras organizativas, de forma que las alteraciones sobre las primeras pueden incidir sobre el reconocimiento de los segundos²⁰².

²⁰¹ STC 17/2005, de 1 de febrero (F. J. 6º y 7º).

²⁰² STC 17/2005, de 1 de febrero (F. J. 7º).

Es significativo, a estos efectos, el esfuerzo doctrinal en justificar la posibilidad de que actos contrarios a las representaciones unitarias vulneren el derecho de libertad sindical de la organización, sobre todo si tenemos en cuenta que el panorama conflictivo entre empresa y sindicato era suficiente para determinar la lesión de derecho de actividad sindical colectiva por injerencias empresariales no justificables, sin necesidad de convertir en determinante el valor de los indicios mediatos. En virtud de esta argumentación, se podría llegar a la conclusión de que la vulneración de los derechos de los delegados de personal, además de constituir un atentado contra su derecho de libertad sindical individual, ocasiona automáticamente una lesión en el derecho a la actividad sindical de la organización a la que pertenecen, sin necesidad de examinar las repercusiones de las conductas empresariales sobre la organización sindical²⁰³.

El enfoque de la cuestión es novedoso y constituye un paso adelante en la tutela de la libertad sindical colectiva frente a conductas empresariales lesivas, pues si bien hasta el momento las injerencias empresariales lesionaban el contenido del derecho por causar un perjuicio objetivo ó sólo requerían una justificación objetiva y razonable, con la aplicación de la inversión de la carga de la prueba el empresario ha de demostrar que la causa alegada para su conducta acredita objetiva, razonable y proporcionadamente su decisión, entrando a valorar la justificación material de las medidas empresariales.

No obstante, y a pesar de que los avances considerados equilibran el tratamiento dado a la faceta individual y colectiva de los derechos de libertad sindical, faltan por extraer importantes consecuencias de la doctrina constitucional. El enfoque desde un análisis correcto y exhaustivo de la doctrina sobre los límites a los derechos fundamentales, con todas las consecuencias que de ello derivan, debe llevar a superar las reticencias del Tribunal a introducir en sus análisis el principio de no injerencia en el seno de las organizaciones sindicales, que es, en definitiva, la cuestión fundamental sobre la que ha de girar la resolución de los supuestos²⁰⁴.

Un paso más se dará en el ámbito de las lesiones directas sobre los derechos sindicales colectivos, al analizar las obstrucciones empresariales en la utilización

²⁰³ A pesar de que el pronunciamiento no entra a examinar las conductas empresariales obstructivas como injerencias en la libertad de acción colectiva, rechaza implícitamente la lesión automática del derecho al afirmar el valor indiciario de los despidos, tanto en el ámbito individual como colectivo, y reconocer la existencia de un interés propio de la organización sindical (manifestación de la dimensión colectiva de la libertad sindical, como derecho fundamental) que es distinto y autónomo del interés individual.

²⁰⁴ Por ello, no deja de resultar sorprendente que después de haber declarado que la garantía de indemnidad sindical protege el derecho de las organizaciones sindicales a una libre acción sindical sin injerencias de terceros, declare la inconstitucionalidad de las conductas represivas del empresario, centrándose, fundamentalmente, en los despidos de los delegados de personal pertenecientes al sindicato [STC 17/2005, de 1 de febrero (F. J. 2º y 6º *in fine*)].

de mecanismos que facilitan el ejercicio de la acción sindical, con independencia de que vengan reconocidos o no por disposiciones infraconstitucionales, pues aunque en ningún momento se reconoce que la facultad que se discute (la utilización por parte de un determinado sindicato del sistema de correo electrónico instalado para funciones productivas en la empresa) forme parte del contenido esencial (ni siquiera se dice que sea adicional, ya que en realidad, no existe instrumento que haya reconocido su uso sindical), las posibles obstaculizaciones en su utilización, a falta de desarrollo legal, constituirán un acto lesivo del derecho de libertad sindical²⁰⁵.

El problema, por tanto, no está en que se trate de la supresión de un mecanismo adicional de la acción sindical, sino en que su utilización, una vez instalado por la empresa, constituye un cauce efectivo para ejercitar la acción sindical y, significativamente, una de sus facultades esenciales, la libertad de información sindical que tienen reconocidas todas las organizaciones sindicales, de forma que la falta de reconocimiento o la obstrucción empresarial constituye una lesión de los derechos de sindicación²⁰⁶. Ahora bien, la concepción amplia de los derechos sindicales que deriva del pronunciamiento, y cuya restricción criticábamos respecto del tablón de anuncios, conlleva una serie de consecuencias importantes sobre la capacidad de actuación que tiene el empresario sobre los medios de acción sindical²⁰⁷.

En este sentido, el empresario, en virtud de su poder de dirección empresarial, puede atribuir facultades sindicales distintas a las que conforman el contenido esencial del derecho, o bien establecer precondiciones para el ejercicio de facultades integradas en el núcleo mínimo e indisponible e implantar instrumentos de acción positiva para favorecer y dotar de mayor intensidad los derechos que integran el contenido esencial²⁰⁸. Y ello supone reconocer la posibilidad de articular, a través de decisiones empresariales, facultades promocionales de los derechos sindicales, sin que sea un obstáculo que con ello se incida sobre el contenido esencial de estos derechos, echando abajo la doctrina sobre el contenido esencial concebido en términos absolutos y la posibilidad de que el empresario establezca medidas adicionales, cuando hubiese sido más coherente seguir en la línea de reconocer con amplitud los derechos sindicales y, en cuanto entren en contradicción con los derechos de libertad de empresa, aplicar el juicio de ponderación necesario para res-

²⁰⁵ STC 281/2005, de 7 de noviembre (F. J. 6º). El pronunciamiento resuelve un recurso de amparo presentado por CC. OO. ante la práctica empresarial consistente en impedir el ejercicio de su derecho a transmitir noticias de interés sindical mediante la utilización del sistema de correo electrónico implantado en la empresa.

²⁰⁶ STC 281/2005, de 7 de noviembre (F. J. 4º).

²⁰⁷ STC 281/2005, de 7 de noviembre (F. J. 6º).

²⁰⁸ STC 281/2005, de 7 de noviembre (F. J. 3º).

tablecer un ejercicio equilibrado entre ellos, que es lo que terminará haciendo el pronunciamiento²⁰⁹.

La ponderación efectuada por el Tribunal pivota sobre dos circunstancias, en primer lugar; que el flujo de información sindical puede ser objetivamente perjudicado si los instrumentos materiales que pueden favorecerla resultan obstruidos; en segundo lugar, que la garantía del contenido esencial, consistente en evitar obstáculos más allá de lo razonable no es ajena al empresario que también la debe respetar evitando obstaculizar arbitrariamente (es decir, injustificadamente), el ejercicio del derecho. Por todo ello, no resulta compatible con la efectividad del derecho fundamental negar el acceso a los instrumentos de transmisión de información que existen en la empresa si la negativa constituye una mera resistencia que no encuentra justificación en razones productivas o en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas legalmente al empresario²¹⁰. Y ello porque un acto de resistencia en este sentido, tendría como resultado la mera obstaculización al ejercicio fluido, eficiente y actualizado de las funciones representativas sin que, por otro lado, aporte provecho alguno a la actividad empresarial²¹¹.

Y siendo un problema de ponderación, los límites al uso del correo serán de carácter subjetivo, en cuanto el derecho pertenece a las organizaciones sindicales en el ejercicio de sus funciones representativas en la empresa y su objeto ha de ser la transmisión de información sindical y laboral; y de carácter material, en tanto la protección constitucional de los intereses empresariales se concretan en que la comunicación sindical no perturbe la actividad normal de la empresa (ello no significa que los trabajadores no puedan recibir las comunicaciones en horario laboral); que el uso sindical de la herramienta se armonice con la consecución del objetivo empresarial que originó su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última en caso de conflicto (con este objeto la empresa podrá regular la utilización con fines sindicales de las comunicaciones electrónicas siempre que no las excluya en tér-

²⁰⁹ El razonamiento del Tribunal parte de la necesidad de ponderar los dos derechos implicados [STC 281/2005, de 7 de noviembre (F. J. 7º- 8º)]. En este sentido, afirmará, “*tratándose de la utilización de los medios preexistentes en la empresa y eficaces para la comunicación, la cuestión estará en los límites a que debe sujetarse su utilización puesto que el derecho de libertad sindical no es un derecho ilimitado. Entre los derechos y bienes constitucionalmente protegidos que deben tenerse en cuenta los derechos de los empleadores y otros bienes de índole económica y empresarial, y teniendo en cuenta que los límites a los derechos fundamentales habrán de ser interpretados con carácter restrictivo y en el sentido más favorable para la eficacia y conforme a la exigencia de esos derechos*”.

²¹⁰ STC 281/2005, de 7 de noviembre (F. J. 7º).

²¹¹ STC 281/2005, de 7 de noviembre, (F. J. 7º). Y aunque ello supone un juicio de proporcionalidad en sentido estricto inmerso en un proceso de ponderación de derechos enfrentados, lo cierto es que cuando hay que referirse, al menos nominalmente, a los mecanismos de control utilizados, el Tribunal se refiere al juicio de razonabilidad (F. J. 9º).

minos absolutos) y, por último, que su utilización no conlleve gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes²¹².

2.3.1.2. Medidas prestacionales reconocidas por voluntad unilateral del empresario

Un camino similar parece haber seguido la evolución respecto de las facultades adicionales que puede reconocer el empresario a las organizaciones sindicales directamente o indirectamente a través de sus representantes o de los trabajadores afiliados en la empresa. La aplicación del principio de igualdad como noción distinta a la discriminación sindical, aunque también la doctrina sobre el contenido adicional del derecho de libertad sindical, permiten al empresario establecer diferencias entre las organizaciones sindicales o sus integrantes siempre que, sin recaer sobre facultades constitucionales, legales y convencionales, sean objetivas, razonables y proporcionadas.

Desde esta perspectiva, los casos más significativos y recientes recaen sobre decisiones empresariales que pretenden mejorar las garantías sindicales reconocidas legal o convencionalmente a los representantes de los trabajadores. En este marco, la doctrina constitucional aplicable afirma que la mejora empresarial de dichas condiciones, aun sin formar parte del derecho de libertad sindical, puede incidir sobre algunos aspectos de su contenido, por lo que su adopción no es ajena al control constitucional que impone el art. 28 CE. Como norma general, las atribuciones realizadas por voluntad unilateral del empresario no se integran en el contenido adicional de los derechos de sindicación, circunstancia que no permite excluir que las facultades atribuidas puedan lesionar los derechos sindicales de la propia organización beneficiada o del resto de organizaciones sindicales, por lo que deben ser examinadas desde la perspectiva constitucional que ofrece el art. 28 CE²¹³.

El problema se presentará con el canon de control impuesto por el art. 28 CE, que se materializa, con carácter general, en los parámetros que impone el principio de igualdad²¹⁴, incluso, en ocasiones, obviando todo criterio de control material y acudiendo a la delimitación del derecho de libertad sindical, que permite rechazar la lesión desde el momento en las facultades examinadas, por tanto, tampoco su desconocimiento o su atribución indiscriminada, no constituyen contenido del derecho de sindicación²¹⁵. Con respecto a la faceta colectiva del derecho, que

²¹² STC 281/2005, de 7 de noviembre, (F. J. 8º).

²¹³ SSTC 132/2000, de 16 de mayo (F. J. 3º) y 269/2000, de 13 de noviembre (F. J. 4º y 5º).

²¹⁴ STC 132/2000, de 16 de mayo (F. J. 3º y 4º).

²¹⁵ Este es el razonamiento utilizado en la STC 269/2000, de 13 de noviembre (F. J. 4º y 5º), aunque la delimitación practicada sobre el derecho de libertad sindical no impedirá que la doctrina constitucional exija que la supresión de la condición de delegado sindical, que había venido siendo tolerada

es el que ahora nos interesa, las mejoras introducidas por el empresario deberán respetar el derecho a la igualdad de trato entre sindicatos y entre representantes, por lo que, sin lugar a dudas, las exigencias que derivan del precepto constitucional aluden a las establecidas por el principio de igualdad, aunque, eso sí, integradas en el contenido de la libertad sindical²¹⁶.

Siendo así, no deja de resultar sorprendente que el análisis de este tipo de conductas empresariales se realice desplegando el principio de igualdad sobre las organizaciones sindicales, sin que ello permita considerar otros aspectos importantes del ámbito colectivo de la libertad sindical, máxime cuando dichos aspectos vienen contemplados expresamente en la regulación legal. Nos referimos a la prohibición de practicar injerencias en el ámbito colectivo de la libertad sindical, especialmente de aquellas que tienen por finalidad, independientemente de la forma que adopten, controlar, directa o indirectamente, las organizaciones sindicales (art. 13.2 LOLS).

La consideración de que las conductas empresariales pueden constituir una injerencia, un intento de influir o condicionar la actividad sindical desarrollada por las organizaciones de trabajadores permitiría analizar la lesión desde los parámetros impuestos por el contenido del derecho de libertad sindical, como ya hemos advertido, mucho más rigurosos que los exigidos para establecer desigualdades entre las organizaciones sindicales. En este contexto, las posibles desigualdades entre los distintos sujetos sindicales, la supresión de garantías o facilidades consentidas durante algún tiempo, deberían constituir un indicio de que la conducta empresarial constituye un acto de represalia frente al ejercicio de la acción sindical²¹⁷, y ello porque no existe explicación para que, tratándose del mismo asunto (esto es, sanción por ejercicio de derechos sindicales, ya sea su faceta individual o colectiva), las injerencias que provienen del ámbito privado deban tener, a efectos del sistema de garantías, un tratamiento diverso.

Ciertamente, a semejanza de lo que ocurre con otras instituciones de la práctica laboral (pactos individuales en masa), el establecimiento y supresión por parte del empresario de derechos sindicales puede encubrir conductas dirigidas a minar o a favorecer determinadas organizaciones sindicales en función del grado de colaboración que mantengan con la empresa. El problema está, en que al igual que aparece una mejora para una determinada organización sindical, en un determinado momento, dicha mejora puede desaparecer y encubrir un sanción por las ac-

por la empresa, no constituya un supuesto de conducta antisindical. Desde esta perspectiva, se mezclan dos concepciones distintas de la forma en que se ha de resolver el supuesto, delimitación del derecho de libertad sindical y aplicación de la garantía de indemnidad sindical.

²¹⁶ SSTC 132/2000, de 16 de mayo (F. J. 4º).

²¹⁷ De hecho, así se considera en otros ordenamientos jurídicos (Vidiri, G., "La parità di trattamento tra le organizzazioni sindacali", *La parità di trattamento. Il lavoro femminile*, Milano CEDAM, 1997, pág. 34).

ciones reivindicativas o no colaboracionistas que haya podido desarrollar la organización sindical, quizá por ello, los primeros pronunciamientos que se emitieron en este sentido, declaraban la lesión de los derechos de sindicación sin tener en cuenta si las secciones sindicales a las que se les suprimían derechos sindicales, reconocidos con anterioridad por el empresario, tenían derecho a ellos en virtud de la regulación legal o convencional²¹⁸.

De estas primeras consideraciones, que no constituyen más que supuestos de lesión objetiva de los derechos de sindicación, pasando por una delimitación del derecho fundamental que excluye toda posibilidad de tutela²¹⁹, la doctrina constitucional pasará a realizar una interpretación mucho más matizada, empezando por considerar que las atribuciones empresariales a las organizaciones sindicales forman parte del contenido del derecho, aunque sin saber muy bien donde deben integrarse, puesto que, ni forman parte del contenido adicional legal ni convencional²²⁰. Lo que sí parece estar bastante claro es que, al igual que ocurría con la promoción sindical realizada por el legislador, las facultades empresariales pueden ser suprimidas por el mismo sujeto que las creó, siempre que se respete el límite que supone el art. 28 CE, que para estos casos exige que la supresión de la ventaja, ahora ya de una forma mucho más concreta, no constituya una conducta

²¹⁸ Así, por ejemplo, la STC 292/1993, 18 de octubre (F. J. 4º B), analiza un requerimiento empresarial sobre los índices de afiliación del sindicato CNT en la empresa con objeto de comprobar que la designación del delegado sindical que había realizado dicha organización cumplía con los requisitos exigidos legalmente (art. 10.3 LOLS). El problema no es sólo que la designación de delegados sindicales (salvo que diga otra cosa el convenio colectivo) no depende del número de afiliados, ni de los índices de audiencia electoral, en cuanto sólo es necesario que la sección sindical tenga presencia en el comité de empresa; sino que quince meses antes la empresa había reconocido expresamente esa condición, confiriéndole el sistema de garantías y derechos del art. 10 LOLS. El hecho de que la sección sindical no cumpliera los requisitos para designar delegado sindical no constituye un obstáculo para reconocer la vulneración del derecho de libertad sindical, puesto que se niega la condición de delegado sindical y las garantías que conlleva, reconocidas previamente por el empresario, por el simple hecho de negarse a aportar una lista de afiliados a la organización. En consonancia con ello, el TC reconoce el derecho a la libertad sindical y, en consecuencia, a mantener su condición de delegado sindical con idénticos derechos a los que venía disfrutando con anterioridad. El mismo supuesto vuelve a plantearse en la STC 168/1996, de 29 de octubre (F. J. 1º). El Tribunal, como no podía ser de otra forma, ratifica la condición de delegado sindical LOLS que ostenta el recurrente sobre la base de ser cosa juzgada y centra la resolución del recurso en la capacidad del delegado sindical para convocar asambleas de trabajadores en la empresa, extremo que resulta rechazado por falta de legitimación legal. Una transmisión de empresa, tras la que el empresario adquirente se niega a reconocer la condición de delegado sindical que no deriva de la LOLS pone fin a la cuestión, basando la falta de reconocimiento y de lesión del derecho de libertad sindical en que las facultades sindicales atribuidas unilateralmente por el empresario no forman parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical, por lo que su negación no lesiona los derechos sindicales del recurrente [STC 269/2000, de 13 de noviembre (F. J. 4º)].

²¹⁹ STC 269/2000, de 13 de noviembre (F. J. 4º).

²²⁰ STC 281/2005, de 7 de noviembre (F. J. 3º).

antisindical, o lo que es lo mismo, que con ello no se pretenda sancionar el ejercicio de derechos sindicales²²¹.

Esta consideración tiene una importancia inusitada, al margen de otras críticas que se puedan realizar al pronunciamiento, pues si bien, la introducción de una diferencia de trato entre organizaciones sindicales sólo debe respetar el principio de igualdad entre las distintas organizaciones existentes; su supresión, por existir la posibilidad de que se trate de una injerencia en la organización sindical favorecida debe estar justificada en los términos que requiere la conducta antisindical. Así y de conformidad con la doctrina de indemnidad ya comentada, se debe exigir al demandante la prueba de la existencia de un panorama lesivo del derecho de libertad sindical, realizada ésta, y en virtud del estado actual de la doctrina constitucional, el empresario habrá de probar que la medida cuenta con una justificación objetiva, razonable y proporcionada que legitima la limitación que se impone al derecho fundamental, pues de lo contrario, se presumirá, al igual que ocurre en el ámbito individual por el ejercicio de los derechos de libertad sindical, que la medida empresarial se adopta con el objetivo de limitar o sancionar el ejercicio de los derechos sindicales por parte de las organizaciones sindicales.

Y ello, además de confirmar que se está produciendo una acercamiento entre la tutela del ámbito individual y colectivo del derecho de libertad sindical, pone de manifiesto que la prohibición de discriminación sindical, a través de la garantía de indemnidad, se ha utilizado para proteger el contenido de este derecho y afianzar progresivamente su eficacia en el ámbito de las relaciones privadas, circunstancia que se puede sostener independientemente de la naturaleza del sujeto que lo ejerce, ya sea éste un ente colectivo o un sujeto individual. Siendo así, lo único que nos queda por abordar es la cuestión relativa a los parámetros utilizados para la protección del contenido del derecho, así como las consecuencias que derivan de su utilización.

2.3.2. Los controles materiales dirigidos a proteger el contenido de los derechos de libertad sindical

Como indicábamos anteriormente una de las grades aportaciones de la garantía de indemnidad sindical, consecuencia además de la separación que, en principio, se establece entre los derechos implicados en la discriminación por razones sindicales, recae sobre la importancia que adquieren los controles materiales que, en el ámbito jurisprudencial, van a proteger el contenido de los derechos sindicales frente a las injerencias empresariales. Habiendo constatado que dicha garantía se dirige a preservar el contenido de los derechos de sindicación, tanto en su faceta

²²¹ STC 281/2005, de 7 de noviembre (F. J. 3°).

individual como colectiva, debemos analizar las distintas formas de protección que ha dispensado con objeto de determinar cuál de ellas es la más adecuada. Téngase en cuenta, a estos efectos, que los distintas perspectivas que vamos analizar se desarrollan sobre todo en aquellos casos en que el ejercicio de los derechos sindicales se lleva a cabo por sujetos individuales, lo que no debe excluir, por todo lo que hasta ahora hemos mencionado, su aplicación en los supuestos en que la lesión se produce sobre los derechos que ostentan las organizaciones sindicales, de hecho, como ya hemos tenido ocasión de mencionar, cada una de ellas se puede encontrar en los distintos pronunciamientos que analizan las lesiones del derecho cuando el titular que lo ejerce es un sujeto colectivo.

La lesión de los derechos sindicales se ha analizado desde tres perspectivas distintas, con amplias repercusiones sobre los criterios materiales que controlan las injerencias en los derechos de sindicación, circunstancia que, como veremos en seguida, depende en gran medida de las relaciones efectivas entre los derechos de libertad sindical y el principio de igualdad. Desde este punto de vista, se podría considerar que la separación entre libertad sindical y principio de igualdad debería haber producido una nítida diferenciación entre los criterios materiales que protegen el contenido del derecho de libertad sindical y aquellos otros que se dirigen a controlar las diferencias de trato, sin embargo, no siempre ha sido así, sobre todo, desde el momento en que se advierte la posibilidad de que las conductas antisindicales frente a los representantes pueden lesionar los derechos sindicales de las organizaciones de procedencia.

La primera fórmula para resolver la lesión de los derechos sindicales, ampliamente utilizada en la jurisprudencia anterior, consiste en la constatación de que la conducta lesiva lesiona objetivamente el derecho de libertad sindical, por lo que se considera su nulidad en todo caso, sin necesidad de aplicar la inversión de la carga probatoria que posibilitaría la justificación empresarial²²². Se trata de supuestos donde la medida lesiva, además de lesionar el derecho individual del trabajador,

²²² En esta línea se encuadran las SSTC 197/1990, de 29 de noviembre (F. J. 3º) y 134/1994, de 9 de mayo (F. J. 4ºc y 5º), ambas sobre la protección constitucional que han de recibir los trabajadores no afiliados al sindicato por ejercicio de actividades sindicales. La mayoría de los supuestos posteriores recaen sobre perjuicios económicos sufridos por los representantes sindicales que, en virtud de un mejor desarrollo de sus funciones representativas, han quedado liberados de su obligación de trabajar. Así ocurre con la STC 191/1998, de 29 de septiembre (F. J. 5º), que analiza la procedencia del percibo de un complemento por peligrosidad, toxicidad y penosidad de un trabajador que disfruta de un permiso para realizar funciones sindicales. Las mismas consideraciones se pueden hacer de las SSTC 30/2000, de 31 de enero (F. J. 4º), sobre la falta de percepción por un liberado sindical del complemento de trabajo a turnos, y 92/2005, de 18 de abril, que se pronuncia sobre el derecho de un funcionario destinado en Melilla, que recibía por ese hecho una indemnización específica, a mantener la mencionada indemnización incluso después de haber sido trasladado a Murcia por necesidades internas de la organización sindical de procedencia. Un comentario a dicha sentencia en Nogueira Guastavino, M., "La progresiva ampliación de la garantía de indemnidad...", op. cit.

trasciende de dicho ámbito para producir un perjuicio en la faceta colectiva del derecho, como sería potenciar un efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales o, incluso, afectar, en el sentido de obstaculizar, las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos.

Ello supondría partir de una concepción absoluta del derecho de libertad sindical, que despliega plenamente sus efectos en el ámbito privado sin que quepa la posibilidad de limitar su ejercicio bajo ninguna circunstancia. Lo sorprendente, es que, contrariamente a lo que pudiera pensarse, en dichos supuestos no se parte de la doctrina del contenido del derecho, como sería lo lógico, pues la única forma de llegar a ese resultado es a través de la aplicación de la doctrina del contenido esencial, concebido en términos absolutos, sobre el que no puede practicarse limitación alguna, circunstancias que, en virtud de las facultades sindicales afectadas, no pueden predicarse de ninguno de los supuestos²²³.

No obstante, e incluso siendo una postura que se ha aceptado dentro de la doctrina de la indemnidad sindical, hay que reconocer que los pronunciamientos recaen mayoritariamente en el ámbito de la indemnidad retributiva que protege al representante, donde es fácilmente constatable la existencia de un perjuicio económico, lo que no debe significar, por sí mismo, la vulneración del derecho de libertad sindical²²⁴. En nuestra opinión, la existencia de un perjuicio objetivo del derecho de

²²³ Es significativo que en los casos analizados en las SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, y 92/2005, de 18 de abril, la condición de liberado ni siquiera nace del art. 68 ET en la modalidad de acumulación de crédito de horas, sino de la concesión de un permiso por actividad sindical que deriva de un Pacto entre la Administración del Estado y las organizaciones sindicales UGT y CSIF sobre elaboración de relaciones de puestos de trabajo, participación sindical en resoluciones de concursos, plan de trabajo en la Mesa General de Negociación para la Administración del Estado y permisos para la realización de funciones sindicales (13 de mayo de 1988).

²²⁴ Resulta curioso señalar, a estos efectos, que por derroteros completamente distintos se han encauzado los pronunciamientos que, más que perjuicio económico, han detectado un perjuicio profesional. Sobre la promoción profesional, SSTC 74/1998, de 31 de marzo (F. J. 3º); 87/1998, de 21 de abril (F. J. 3º); 171/2003, de 29 de septiembre (F. J. 6º); 17/2005, de 1 de febrero (F. J. 5º). En este ámbito, es significativa la STC 70/2000, de 13 de marzo (F. J. 6º), por cuanto resuelve la lesión del derecho de sindicación, provocada por la imposición empresarial de optar entre una plaza de mayor categoría profesional en situación especial en activo y la condición de liberado sindical atribuida con posterioridad al recurrente, desde la limitación del derecho fundamental de libertad sindical. Desde esta perspectiva, sería la Administración, basándose en la protección de otros bienes o intereses constitucionales dignos de tutela, la que ha de probar que la decisión cuestionada es razonable, adecuada y proporcionada a la finalidad perseguida, exigiendo con ello la mayoría de los parámetros que requiere la justificación de una limitación o injerencia en los derechos fundamentales. De hecho, los requerimientos del TC para legitimar la decisión restrictiva se centran en la indispensabilidad o necesidad de la medida empresarial para el adecuado funcionamiento de los servicios, de forma que el interés general que se pretende proteger a través de la restricción sólo pueda ser preservado mediante el desempeño por determinados empleados públicos de su actividad profesional. La importancia de este pronunciamiento radica en que es uno de los pocos en que el TC ha entrado a analizar las posibilidades con que contaba la Administra-

libertad sindical, incluidos los casos en que produce sobre la dimensión colectiva, debe representar, como mucho, un indicio suficiente de que se ha podido producir por razones sindicales, por lo que, más que provocar la nulidad, lo que debe desencadenar es la inversión de la carga de la prueba, de forma que sea el empresario el que haya de justificar que el perjuicio es completamente ajeno al ejercicio del derecho de actividad sindical, dando entrada a la exigencia de los distintos criterios materiales cuyo cumplimiento permite legitimar la medida empresarial²²⁵.

La aplicación de la tesis del perjuicio objetivo provoca de forma inmediata su rechazo, por lo que desde distintas perspectivas se han vertido opiniones disidentes proponiendo la aplicación de criterios más matizados²²⁶. La matización ha consistido, principalmente en la aplicación del juicio de igualdad, sobre todo, aprovechando que en algunos de los pronunciamientos se alegaba diferencias de trato con respecto al resto de trabajadores u organizaciones sindicales. En estos casos la doctrina constitucional ha utilizado la diferencia de trato en distintos sentidos y con distinta intensidad.

De forma minoritaria ha optado por aplicar el principio de igualdad retributiva entre los trabajadores, de forma que la presunta lesión del art. 28 y la presentación de indicios en este sentido han provocado una inversión de la carga de prueba que obligaba al empresario a demostrar que la desigualdad tenía una causa objetiva y razonable²²⁷. Con estos planteamientos, el Tribunal ignora el contenido del art.

ción, con objeto de demostrar que existían otras posibilidades menos lesivas del derecho fundamental, como por ejemplo, que el interés público podría ser satisfecho a través de la prestación de servicios desempeñado por otro empleado. La Administración se limitó a alegar la necesidad de la prestación efectiva del servicio, propia de la configuración estatutaria de la situación especial en activo, resultando dicha justificación en extremo abstracta, general y formalista y claramente desproporcionada en relación con la pérdida de facultades de acción del representante sindical. En el mismo sentido, STC 241/2005, de 10 de octubre (F. J. 6º), sobre un trabajador del SAS al que se le comunica la posibilidad de acceder en situación especial en activo a la categoría de celador. Con carácter previo a la firma del nombramiento, el trabajador comunica su condición de liberado sindical y la pretensión de continuar en tal situación, lo que motiva que la Dirección del Hospital deniegue el nombramiento.

²²⁵ En términos correctos estructuran la tutela las SSTC 70/2000, de 13 de marzo (F. J. 6º), 66/2002, de 21 de marzo (F. J. 8º); 241/2005, de 10 de octubre (F. J. 6º) y 326/2005, de 12 de diciembre (F. J. 7º y 8º). Una situación intermedia puede observarse en la STC 173/2001, de 26 de julio, ya que al constatar la objetividad de la lesión hace referencia, aunque sin analizarla, a la inversión de la carga de la prueba.

²²⁶ La relación con el contenido del derecho de libertad sindical, el carácter automático de la lesión y la incorrecta aplicación que se hace respecto del principio de igualdad, constituyen los argumentos centrales en los se basan los votos particulares a cada una de la sentencias. Con respecto a la STC 191/1998, de 29 de septiembre, formulados por los Magistrados, Cruz Villalón, P., y García Manzano, P.; con respecto a la STC 92/2005, de 18 de abril, formulados por los Magistrados Jiménez Sánchez, G., y Conde Martín de Hijas, V.

²²⁷ La STC 82/1997, de 22 de abril (F. J. 3º-5º) se pronuncia sobre reclamación de cantidad adeudada a una trabajadora, miembro del Comité de empresa en representación del sindicato CC.OO, por

28 CE, centrando la lesión en el art. 14.I CE y, por tanto, obviando el vínculo sindical del trabajador perjudicado así como la posible lesión de los derechos de sindicación en su dimensión colectiva²²⁸.

Más numerosos son los pronunciamientos que interiorizan las exigencias del principio de igualdad en el art. 28 CE, si bien dicha operación puede hacerse de distintas formas: o bien extrapolando única y exclusivamente los criterios exigidos por la igualdad (esto es, sin añadir criterio material alguno que derive del derecho de libertad sindical)²²⁹, o bien exigiendo junto con los parámetros de la igualdad otros criterios específicos para la protección del contenido del derecho de libertad sindical. En el primer supuesto, la conducta empresarial no habría de lesionar el contenido del derecho de libertad sindical para considerar infringido el art. 28 CE, bastaría con no observar los criterios propios de la igualdad²³⁰; en el segundo, la infracción del precepto requeriría, en principio, lesión material del derecho de libertad sindical²³¹.

no haber sido incluida en la categoría profesional que le correspondía en virtud de la actividad sindical desarrollada. Se requiere también justificación objetiva y razonable para justificar la lesión del derecho de sindicación producida por las retenciones empresariales a abonar un plus compensatorio del cambio de jornada continuada a jornada partida a un liberado sindical [STC 173/2001, de 26 de julio (F. J. 6º)].

²²⁸ La resolución conforme a los parámetros de la igualdad, sin hacer alguna referencia respecto de los propios del contenido del derecho afectado, no se amolda a la doctrina que sobre este aspecto ha elaborado el Tribunal. De conformidad con dicha jurisprudencia, el empresario podrá establecer diferencias retributivas entre los trabajadores obviando el principio de igual salario para trabajo igual, siempre que respete los mínimos legales y convencionales y la diferencia no constituya un supuesto de discriminación o lesión de un derecho fundamental [SSTC 34/1984, de 9 de marzo (F. J. 2º): 2/1998, de 12 de enero (F. J. 2º); 119/2002, de 20 de mayo (F. J. 6º); 39/2003, de 27 de febrero (F. J. 4º); 34/2004, de 8 de marzo (F. J. 3º)].

²²⁹ En esta segunda línea podríamos enmarcar la STC 74/1998, de 31 de marzo (F. J. 3º-6º), que analiza una serie de diferencias salariales y profesionales realizadas entre representantes sindicales en función del sindicato de pertenencia (CC.OO., UGT, FASGA y FETICO). La cuestión se enfoca desde la perspectiva del art. 28 CE, que contiene una prohibición de establecer diferencias entre afiliados y representantes sindicales por razón del sindicato en el que se integren. Aunque el Tribunal considera que dichas actuaciones son susceptibles de vulnerar el derecho de libertad sindical, resuelve la cuestión aplicando el principio de igualdad si hacer la más mínima alusión al contenido del derecho de libertad sindical.

²³⁰ Las consecuencias de esta integración resultan visibles en la STC 132/2000, de 16 de mayo (F. J. 3º y ss.). El pronunciamiento versa sobre conductas empresariales que mejoran las garantías sindicales de los representantes, ampliando los supuestos de disfrute establecidos legal y convencionalmente. El razonamiento parte de que la adopción de decisiones de este tipo, aun sin formar parte del contenido del derecho de libertad sindical, no deben ser ajenas al control constitucional que impone el art. 28, que integra la exigencia de igualdad entre organizaciones y representantes sindicales, esto es, prohíbe la posibilidad de introducir decisiones empresariales discriminatorias. El problema es que la tutela de esa discriminación no integra garantías dirigidas a preservar el contenido de los derechos sindicales.

²³¹ Las distintas posibilidades y sus consecuencias son patentes en algunos pronunciamientos, como, por ejemplo, la STC 132/2000, de 16 de mayo (F. J. 3º y ss.). Si consideramos que el recurrente,

La similitud entre la primera posibilidad que estamos barajando y la vista con anterioridad, es decir, resolver los supuestos desde el punto de vista de la igualdad, implica pocas diferencias en cuanto a las exigencias materiales para justificar las medidas empresariales; éstas se encontrarán únicamente en el precepto constitucional que se considera vulnerado, en el primer caso el art. 14 CE, en el segundo el art. 28 CE²³².

No obstante, hay que reconocer que la relación así establecida perturba, de algún modo, la doctrina sobre la vigencia del principio de igualdad en el ámbito privado. Como poníamos de manifiesto en el Capítulo dedicado al principio de igualdad, es el sujeto que introduce la diferencia de trato el que debe probar que la desigualdad obedece a motivos objetivos y razonables, correspondiendo al sujeto que se considera perjudicado la carga de probar la existencia de una regla que imponga la igualdad. Pues bien, la inclusión de la igualdad en el ámbito del derecho de libertad sindical modifica dicha regla, ya que ahora es el trabajador el que ha de probar no ya que hay indicios de desigualdad, sino que los que hay lo son de discriminación o de represalia por el ejercicio del derecho, cuestión que, a efectos probatorios, implica la necesidad de probar circunstancias distintas²³³.

La mayoría de los pronunciamientos han optado por interiorizar las exigencias del principio de igualdad, adicionando criterios materiales destinados a proteger el

portavoz de una Sección Sindical, alegaba vulneración del derecho de libertad sindical por supresión de un crédito horario que se le venía reconociendo desde hacía cinco años, sin que entre sus alegaciones hubiese mención alguna sobre diferencia de trato respecto de otros delegados sindicales, debemos concluir que esa diferencia, en este supuesto, no tiene razón de ser y que el asunto se debía haber enfocado desde la perspectiva de la sanción impuesta (supresión de crédito horario) por ejercicio del derecho de libertad sindical. Sorprendentemente, el Tribunal consideró, a través de la integración de los parámetros del art. 14 CE en el art. 28 CE, que si la adopción de una decisión empresarial en el sentido comentado (mejora de las garantías de los representantes) no forma parte del contenido del derecho de libertad sindical, su supresión no puede lesionar el precepto constitucional [SSTC 132/2002, de 16 de mayo (F. J. 3º y 4º); 269/2000, de 13 de noviembre (F. J. 4º)].

²³² Un ejemplo de esta segunda vía lo constituye la STC 214/2001, de 29 de octubre, que se pronuncia sobre el trato recibido por un trabajador, delegado de personal y miembro de CC.OO, que aun realizando tareas propias de una determinada categoría, no le ha sido reconocida, sufriendo un perjuicio económico por ello, además de habersele compensado y absorbido un incremento retributivo en mayor medida que al resto de trabajadores. La resolución del supuesto, aunque parte de que la retribución del recurrente es inferior a la del resto de trabajadores y que la técnica de absorción, instaurada desde 1992, ha afectado en mayor medida al recurrente, se basa en el carácter objetivo de las diferencias retributivas, que están en función de la categoría profesional y de la antigüedad en la empresa, así como en el carácter complejo que presenta el sistema retributivo aplicable a todos los trabajadores desde su instauración en 1980. Argumentación que, aun produciéndose en el ámbito del art. 28, aplica únicamente algunos de los parámetros de la igualdad, concretamente objetividad, para descartar la lesión del art. 28 CE.

²³³ Así ocurre en el supuesto que venimos examinando, pues el trabajador no logra demostrar los indicios de que se haya producido una lesión del derecho de libertad sindical, a pesar de que sí los hay de lesión del derecho de igualdad [STC 214/2001, de 29 de octubre (F. J. 5º y 6º)].

contenido del derecho de libertad sindical. En este sentido, desde fechas muy tempranas abundan pronunciamientos que, junto a la objetividad y razonabilidad de la medida, han exigido el criterio de proporcionalidad, si bien el número se acrecienta a raíz de la construcción de la garantía de indemnidad²³⁴. En estos supuestos donde la lesión de los derechos sindicales, bien por injerencia o bien por desconocimiento, ya es palpable, el papel que cumple la diferencia de trato, cuando se alega, se reduce al de simple indicio de existencia de vulneración²³⁵. No obstante, y a pesar de los criterios exigidos, su encauzamiento a través de una justificación que ha de probar la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada sigue encuadrando el asunto en el ámbito de las exigencias del principio de igualdad, a pesar de que en la mayoría de los supuestos ni se alega ni se produce la diferencia de trato necesaria para ello.

La tercera forma de enfocar la cuestión de la discriminación sindical es a través de un entendimiento escrupuloso de la doctrina sobre la limitación de los derechos fundamentales. A estos efectos, los pronunciamientos emitidos son muy escasos y no han resultado unánimes, pero denotan la construcción de una doctrina coherente y sistemática con la concepción que actualmente se mantiene respecto del valor y vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito privado²³⁶. Por ello

²³⁴ SSTC 29/2002, de 11 de febrero (F. J. 3º y 7º); 30/2002, de 11 de febrero (F. J. 3º); 111/2003, de 16 de julio (F. J. 7º). No obstante, existen pronunciamientos en los que ni siquiera se mencionan los criterios materiales a los que estamos haciendo referencia, aludiéndose tan sólo a una justificación suficiente o apta de la medida empresarial, que al menos incluye la alegación de una causa objetiva y razonable. La utilización de términos tan genéricos no se ha podido relacionar ni con el carácter público o privado del empleador, ni con el grado de discrecionalidad que afecta a la decisión empresarial [SSTC 171/2003, de 29 de noviembre (F. J. 7º), en el caso de cese de un cargo de libre designación en empresa privada; 188/2004, de 2 de noviembre (F. J. 6º), para el caso de dos trabajadores sindicados y miembros de los órganos de representación que, a través de distintas conductas, entre ellas movilidad funcional y asignación de puestos de trabajo sin funciones reales, son sancionados por el ejercicio de su actividad sindical en empresa privada; 216/2005, de 12 de septiembre (F. J. 8º), para el cese en un cargo de libre designación de la Administración pública]. Otros pronunciamientos se centran en analizar alguno de los criterios, como por ejemplo la objetividad de la decisión empresarial [STC 114/2002, de 20 de mayo (F. J. 7º)]. Por otro lado, existen pronunciamientos que junto a los mencionados añaden como característica de la justificación la suficiencia [STC 87/1998, de 21 de abril (F. J. 5º)].

²³⁵ SSTC 29/2002, de 11 de febrero (F. J. 6º); 30/2002, de 11 de febrero (F. J. 6º); 114/2002, de 20 de mayo (F. J. 7º);

²³⁶ Aunque la mayoría de los supuestos resueltos responden a acciones de empresarios privados lesivas de los derechos de libertad sindical, ha sido precisamente en el ámbito de la función pública donde se han producido los avances más considerables, con la aplicación en toda su extensión de la doctrina mencionada [SSTC 70/2000, de 13 de marzo, 265/2000, de 13 de noviembre y 241/2005, de 10 de octubre]. Por otro lado, existen pronunciamientos en los que, aun sin reconocer expresamente dicha doctrina, resuelven con argumentos muy similares a sus exigencias. Así, por ejemplo, la STC 79/2004, de 5 de mayo (F. J. 6º *in fine*), afirma que “no se habían concretado las necesidades que obligarían a reforzar la plantilla ni la necesidad de que fuera con el funcionario demandante de amparo cuando existían otros puestos ocupados con arquitectos superiores con menos nivel y antigüedad”, que

es importante advertir que, independientemente de la conducta examinada, cada uno de los pronunciamientos que se encuadran en esta línea procede a determinar, con carácter previo al análisis de la cuestión, si la facultad sindical afectada forma parte del contenido constitucional del derecho, para, una vez hecho esto, advertir que no todas las injerencias en el contenido del derecho de libertad sindical están prohibidas, sino que la lesión del derecho se producirá cuando surjan impedimentos y obstaculizaciones que no obedezcan a la protección de otros derechos e intereses constitucionalizados²³⁷.

Este planteamiento supone una concepción completamente distinta de los derechos de libertad sindical, en la que ya no son tributarios de un contenido absoluto e imperturbable por los poderes públicos y privados, como se sugería con la tesis del perjuicio objetivo, sino que su vigencia ha de compatibilizarse con otras derivaciones de la norma constitucional²³⁸. En virtud de ello, las injerencias en los derechos sindicales sólo serán legítimas (esto es, constitucionalmente permitidas) si se han realizado cumpliendo una serie de requisitos dirigidos a preservar su contenido garantizado. En este contexto la existencia de un perjuicio objetivo con ocasión del ejercicio de funciones sindicales no determina *ipso facto* la lesión del

alude claramente a la existencia de causa objetiva, razonable y necesaria. En el ámbito de los trabajadores asalariados, no hemos encontrado ningún pronunciamiento sobre libertad sindical en que se haya desarrollado expresa y claramente dicha concepción, aunque existen casos de adopción parcial [STC 292/1993, de 18 de octubre (F. J. 5º), en la que se rechaza la necesidad de la limitación empresarial que supone exigir una lista de los afiliados a un determinado sindicato] e, incluso, de formulación doctrinal completa sin realizar un análisis riguroso de cada uno de los criterios [STC 118/2004, de 15 de noviembre (F. J. 8º)].

²³⁷ SSTC 70/2000, de 13 de marzo (F. J. 4º); 265/2000, de 13 de noviembre (F. J. 5º); 241/2005, de 10 de octubre (F. J. 3º). Los tres pronunciamientos resuelven cuestiones similares, trabajadores representantes que ostentan la condición de liberados sindicales y que, en virtud de diversos mecanismos, todos ellos legítimos en el seno de la Administración, tienen la posibilidad de acceder a otros puestos de trabajo, posibilidad que finalmente se ve cercenada por su condición de liberados. Independientemente de la norma que reconoce dicha garantía, ya se trate de norma legal o convencional, la condición de liberado sindical, en principio, y de conformidad con los pronunciamientos constitucionales, forma parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical, por lo que su desconocimiento o limitación exige el cumplimiento de los requisitos que estamos considerando. Incluso la STC 118/2004, de 15 de noviembre, puede inscribirse en esta trayectoria a pesar de que bascule constantemente entre las doctrinas de limitación y delimitación de los derechos sindicales. Efectivamente, y dejando al margen dicha diferenciación, al final del fundamento jurídico octavo la cuestión se plantea desde la doctrina de los límites a las injerencias en los derechos, estableciendo que, en aras de la protección de los legítimos intereses empresariales, los límites impuestos a las facultades sindicales (en este caso, legítimo ejercicio de la acción sindical a través de los derechos de expresión e información) deberán ser adecuados, imprescindibles y proporcionados para la protección del derecho invocado, esto es, la libertad de empresa.

²³⁸ El carácter limitado se reconoce expresamente respecto de la garantía de indemnidad sindical, pues el reconocimiento de otros bienes y derechos constitucionales pueden justificar ciertas restricciones de la garantía, siempre que no sean desproporcionadas [STC 265/2000, de 13 de noviembre (F. J. 5º)].

derecho, sino la obligación de demostrar que, a pesar de ello, la conducta empresarial obedecía a otros intereses jurídicos que, en virtud de la norma constitucional, eran igualmente atendibles²³⁹.

Constatada, por tanto, la posibilidad de lesión del derecho de libertad sindical a través de la prueba de indicios, corresponde al empresario probar la legitimidad de su injerencia en el contenido del derecho a través de la adecuación, razonabilidad y proporcionalidad de la medida lesiva. Aunque, en principio, los criterios parecen ser los mismos a los que se exigen respecto de las diferencias de trato, existen algunas diferencias sustanciales. La primera, que ya no se trata de que la justificación aportada cumpla con dicho requisitos, sino de que la medida adoptada cumpla objetivamente con ellos, por lo que se traspasa el ámbito formal de la motivación para entrar en el material de la adopción de decisiones racionales y legítimas; en segundo lugar, que junto a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido estricto se añaden otros, adicionales o implícitos en los anteriores, como son la adecuación de la medida lesiva y la necesidad de la limitación practicada²⁴⁰.

Aplicada en este sentido, la doctrina de indemnidad sindical da un paso más al desvincular efectivamente la lesión del derecho de libertad sindical de la diferencia de trato a través del reconocimiento de un espacio autónomo para cada uno de los derechos implicados. Como comentábamos anteriormente, la diferencia de trato pasa a un plano secundario, al considerarse indicio de que la medida se ha adoptado lesionando los derechos de libertad sindical²⁴¹. Vistas así las cosas, se aplican

²³⁹ STC 70/2000, de 13 de marzo (F. J. 6º).

²⁴⁰ STC 70/2000, de 13 de marzo (F. J. 7º). El análisis de la prueba empresarial se centra en los siguientes aspectos: en primer lugar, en la existencia de un interés público que aconseje la efectiva prestación de servicios; en segundo lugar, que la realización efectiva de las funciones sea indispensable para el adecuado funcionamiento de los servicios, de tal forma que el interés general protegido sólo pueda ser preservado mediante el desempeño por determinados empleados públicos de su actividad profesional; en tercer lugar, que la medida sea proporcionada. En la STC 265/2000, de 13 de noviembre, el fin constitucional que se persigue a través del ejercicio de las potestades organizativas de la Administración se encuentra en el principio de especial eficacia que ha de regir la actividad administrativa (103.3 CE); ahora bien, para que la medida lesiva del derecho de libertad sindical que persigue dicha finalidad sea legítima es necesario que sea adecuada, indispensable y ponderada. El criterio de adecuación o idoneidad se salva fácilmente, puesto que, en verdad, la decisión de que el puesto de trabajo lo ocupe un no liberado es una medida adecuada para obtener el fin; no obstante, la medida no era indispensable, en cuanto existían medidas alternativas disponibles para conseguir la misma finalidad sin el sacrificio desproporcionado del derecho fundamental [STC 265/2000, de 13 de noviembre (F. J. 8º)]. Al margen de la claridad de los criterios (pues parece que la necesidad está englobada en la proporcionalidad; no otra cosa indicarían la siguiente afirmación: “*La pretensión del recurrente es desproporcionada, por no resultar imprescindible para el fin perseguido*”), los pronunciamientos acogen claramente la doctrina sobre las injerencias en los derechos fundamentales.

²⁴¹ STC 79/2004, de 5 de mayo (F. J. 7º).

los mismos controles materiales a los actos de injerencia, impositivos o que se adoptan como represalia por el ejercicio de los derechos sindicales²⁴², y ello porque en todos estos supuestos resulta sumamente difícil determinar el verdadero motivo de la conducta empresarial, por lo que, en el momento en que se aprecien indicios de lesión o represalia, debe ser el empresario quien demuestre la legitimidad de su decisión.

No obstante, no es el reseñado el único sentido en que se manifiesta una nueva noción de los derechos de libertad sindical; a lo largo de la exposición hemos tenido la ocasión de comprobar que la idea de derechos sindicales que deriva de los distintos pronunciamientos constituye una noción relativamente amplia de su contenido, que no sólo se integra por el contenido esencial y adicional, de obligada observancia para el empresario, sino que, además, existen mecanismos útiles para la manifestación o ejercicio de esos derechos, cuya obstaculización, a pesar de no constituir facultades reconocidas por la normativa legal o convencional, pueden constituir una lesión de los derechos de sindicación.

Y ello, además de basarse en la concepción amplia que comentamos, constituye una prueba palpable de que lo importante, también a efectos de ejercitar los derechos sindicales por parte de sujetos colectivos frente a los poderes empresariales, es que no se utilicen las distintas facultades empresariales para sancionar su ejercicio, independientemente de que los mecanismos a través de los que se ejercitan vengan o no reconocidos por disposiciones legales o convencionales; si bien es cierto que desde esta perspectiva, y por lo que respecta al ámbito estrictamente colectivo, no es la concesión de ventajas adicionales por parte del empresario lo que se somete a los controles que impone el art. 28 CE (que de nuevo resultan soslayados al aplicar el principio de igualdad), sino su supresión, al considerar que puede encubrir una conducta antisindical.

Y aunque otra vez la tutela del derecho de libertad sindical resulta obstaculizada cuando se trata de reconocer facultades adicionales a las reguladas en la norma legal o convencional, lo cierto es que se establece una diferenciación entre estas facultades y aquellos mecanismos que permiten un eficaz ejercicio de los derechos de actividad sindical. Desde esta perspectiva, el empresario debe asumir las obligaciones y cargas que las normas legales o pactadas o sus previos actos le impongan para promocionar la eficacia del derecho de libertad sindical en la empresa, sin que se puedan demandar actos positivos de esa naturaleza promocional si no existe una fuente generadora de la obligación. Sin embargo, la ausencia de una obligación promocional, que lo único que implica es que el empresario no está obligado a facilitar los medios materiales pretendidos, no puede confundirse con la posibilidad de que se adopten decisiones de carácter meramente negativo, disuasorias

²⁴² STC 87/1998, de 21 de abril (F. J. 3º).

o impeditivas del desarrollo del derecho, dirigidas únicamente a entorpecer su efectividad²⁴³. Así, el requerimiento de justificar, en términos que excluyan el carácter antisindical, una negativa a reconocer la utilización de un mecanismo que facilita el ejercicio de la actividad sindical en la empresa constituye una decisión empresarial susceptible de limitar el contenido esencial del derecho de libertad sindical, por lo que su adopción requiere de los parámetros que controlan las injerencias en el contenido de este derecho.

²⁴³ STC 281/2005, de 7 de noviembre (F. J. 3º y 5º.)

CAPÍTULO SEXTO

LESIÓN DE LOS DERECHOS DE SINDICACIÓN Y CRITERIOS MATERIALES DE CONTROL. UNA REFLEXIÓN FINAL

El estudio de las directrices generales contenidas en la doctrina constitucional ha evidenciado, sin lugar a dudas, la preponderancia del principio de igualdad y de los mecanismos que aseguran su vigencia en la tutela del derecho de libertad sindical cuando resulta afectado por diferencias de trato. Como hemos destacado a lo largo del análisis, los parámetros del principio de igualdad aparecen de forma continua, jugando diferentes papeles en la resolución de los supuestos en función de la facultad del derecho de libertad sindical que resulte afectada. No obstante, en la mayoría de los pronunciamientos trasciende un dato común de vital importancia: la inserción del principio en el contenido del art. 28 CE a través de distintos mecanismos y generando distintas consecuencias.

Aparte de las diversas tendencias existentes en el ordenamiento internacional, acogidas por la jurisprudencia constitucional y aplicadas respecto de preceptos constitucionales de estructura completamente diversa¹, la generalización de dicha práctica se debe, desde nuestro punto de vista (además de a causas puramente continuistas que, seguramente, son las de mayor peso), a diversas razones, todas ellas ligadas en una u otra forma a la efectividad de los preceptos constitucionales im-

¹ Existen pronunciamientos, relativamente recientes, que acogen la interpretación del TEDH al considerar que la desigualdad sólo es relevante si produce discriminación o lesión de un derecho fundamental distinto a la igualdad [SSTC 74/1997, de 21 de abril (F. J. 5º), que afirma: “*El acto donde se aplique una norma contraria al art. 14 CE, no queda, sólo por ello, viciado de inconstitucionalidad, salvo que, en sí mismo considerado, resulte discriminatorio o vulnere otros derechos fundamentales*”. En el mismo sentido, STC 67/1998, de 18 de marzo (F. J. 4º)].

plicados. En este sentido, hemos de tener en cuenta que la eficacia directa del derecho de igualdad ha sido y es continuamente cuestionada, de forma que la manera más fácil de evitar el problema es introducirla en el derecho fundamental sustantivo afectado por la diferencia de trato, en nuestro caso la libertad sindical. El ámbito de aplicación propio de la libertad sindical, las relaciones laborales, dota de eficacia horizontal todas sus manifestaciones, incluidas las relativas a la igualdad; por ello, la mayoría de los pronunciamientos se inclinan por trasvasar el contenido del art. 14 CE hacia el art. 28. CE.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que la relación que se establece entre prohibición de discriminación y libertad sindical responde, al menos en el momento en que inicia su labor el Tribunal Constitucional, a la necesidad de extender los mecanismos predicables de la primera a la protección de la segunda, es decir, aplicar los mecanismos utilizados en la tutela antidiscriminatoria para proteger los derechos fundamentales, sobre todo de aquellos que se desenvuelven en el ámbito privado, como la libertad sindical². Y aunque el continuo trasvase de técnicas e instrumentos entre ambos preceptos pueda parecer contradictorio, no debemos perder de vista ni a nadie sorprenderá que el inmediato planteamiento ante la jurisdicción constitucional de asuntos de tan profundo calado (nada más y nada menos que la negación de los derechos fundamentales) haya provocado que el máximo intérprete de la Constitución acuda directamente a los instrumentos más accesibles a su alcance, esto es, a la exigencia de razonabilidad desarrollada por la Jurisprudencia del TEDH, para controlar las injerencias en los derechos sindicales.

No obstante, si dicha integración tuvo en sus orígenes la finalidad de reforzar la tutela de la libertad sindical, con el tiempo producirá precisamente el efecto contrario. Ante la inexistencia de otros más adecuados, los controles materiales a que se someten las diferencias legislativas se consideraron, en general, suficientes para garantizar el contenido de los derechos fundamentales, dejando en un segundo plano la existencia de una diferencia de trato; así, paulatinamente y en virtud de la jurisprudencia constitucional, se van extendiendo al control de las distintas injerencias producidas en el derecho de libertad sindical, cuando todavía no se había atisbado, ni doctrinal ni jurisprudencialmente, un criterio o técnica adecuados para desempeñar esa tarea. Esta conmutación de técnicas propias de un derecho atípico (igualdad) hacía derechos de configuración más o menos cerrada (libertad sindical), se muestra insuficiente cuando empiezan a desarrollarse las distintas teorías referidas a la limitación de los derechos fundamentales, poniéndose pronto de manifiesto que el temido criterio de razonabilidad es menos exigente que los nuevos mecanismos arbitrados para controlar las conductas lesivas de los derechos fundamentales³.

² Del Rey Guanter, S., "Canon de negociación colectiva y discriminación en la relaciones laborales", en VV. AA., *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas...*, op. cit., pág. 875.

³ García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J. R., "Conflicto y ponderación..." op. cit., págs. 249 y ss.

Si junto a ello consideramos que la evolución de las dos grandes categorías de derechos que rigen en el ámbito laboral, derechos fundamentales específicos e inespecíficos, parecen haber seguido caminos distintos (los primeros protegidos por el juicio de razonabilidad y los segundos por el de proporcionalidad⁴), y mantenemos que la aplicación del juicio de proporcionalidad en toda su extensión supone, nada más y nada menos, reconocer la eficacia directa de un derecho fundamental⁵, tendremos que concluir que es necesario revisar y completar los criterios materiales que controlan las injerencias en los derechos colectivos de los trabajadores, especialmente respecto del derecho de libertad sindical.

Y, en este sentido, el dato fundamental que hemos de tener en cuenta es que, en el ámbito de las diferencias por razones sindicales e independientemente de la dimensión del derecho de libertad sindical que resulte afectada, los criterios materiales utilizados para proteger su contenido han sido similares, sin que haya aportado variaciones sustanciales la intervención de las diversas manifestaciones del art. 14 CE (principio de igualdad y prohibición de discriminación)⁶. A estos efectos, hay que tener en cuenta que la tutela de los derechos sindicales, tanto en su dimensión individual como colectiva, se estructura sobre la base del principio de razonabilidad, aunque desde distintos puntos de vista: en el ámbito individual, la razonabilidad juega en un marco de limitación que endurece sus exigencias a través del principio de proporcionalidad en sentido estricto y de la inversión de la carga de la prueba, mientras que en el colectivo el criterio de proporcionalidad en sentido estricto se incorpora como un parámetro más del juicio de igualdad⁷.

⁴ Así, en la evolución del tratamiento por la jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales podemos observar cómo en los primeros pronunciamientos toda limitación a un derecho fundamental requería justificación y razonabilidad, sin que se produjera, en líneas generales, una fractura importante en la doctrina constitucional. En un estadio posterior se empiezan a percibir diferenciaciones importantes; por un lado, las limitaciones a los derechos fundamentales inespecíficos se enfocan desde el prisma de la proporcionalidad en sentido amplio [SSTC 66/1995, de 8 de mayo (F. J. 5º); 202/1999, de 8 de noviembre (F. J. 5º); 98/2000, de 10 de abril (F. J. 6º, 7º y 9º)], mientras que las injerencias en los derechos específicamente laborales se siguen resolviendo mediante la exigencia de justificación y razonabilidad en el caso de la libertad sindical [SSTC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 3º); 183/1992, de 16 de noviembre (F. J. 7º)], o mediante la figura del abuso de derecho para las restricciones del derecho de huelga [SSTC 11/1981, de 8 de abril (F. J. 10º); 26/1981, de 17 de julio (F. J. 13º)]. Sin embargo, también hay que advertir que parece estar produciéndose un cauce de conexión a través de la doctrina del despido nulo, cuando se exige para demostrar la legitimidad de la medida empresarial, sea o no despido, la adecuación y necesidad con respecto a la finalidad legítima perseguida [SSTC 90/1997, de 6 de mayo (F. J. 5º); 66/2002, de 21 de marzo (F. J. 3º)].

⁵ Propugnar la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio como límite a las injerencias sobre los derechos fundamentales implica asumir su eficacia inmediata en el ámbito en que estén llamados a desenvolverse (Valdés del Ré, F., “Contrato de trabajo, derechos fundamentales...”, op. cit., pág. 3; Quadra- Salcedo, T., *El recurso de amparo...*, op. cit., pág. 74).

⁶ En el ámbito general ha destacado la similitud argumentativa que presentan ambos juicios González Ortega, S., “La tutela antidiscriminatoria nel diritto...”, op. cit., pág. 485.

⁷ Giménez Gluck, *Juicio de Igualdad y Tribunal...*, op. cit., pág. 274.

Siendo así, sólo nos quedan por aclarar algunos aspectos fundamentales que nos lleven a la conclusión definitiva sobre el tratamiento que en nuestro ordenamiento jurídico deben recibir las diferencias de trato por razones sindicales. El primer aspecto que debemos considerar gira en torno a la necesidad de que la diferencia de trato lesione los contenidos materiales de los derechos sindicales, cuestión que esclareceremos al hilo de la delimitación entre una conducta lesiva del derecho de la libertad sindical y una conducta discriminatoria por razones sindicales; el segundo, constatar si la aplicación del criterio de razonabilidad, ampliamente utilizado en la jurisprudencia constitucional, es suficiente para la protección del contenido de los derechos de sindicación ante las injerencias públicas y privadas que se pueden producir sobre ellos.

1. LA DIFERENCIA ENTRE CONDUCTAS LESIVAS DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL Y CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS POR RAZONES SINDICALES EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

El problema de la discriminación sindical, al igual que ocurre en otros países de nuestro entorno jurídico, representa una de las cuestiones más escurridizas que se pueden plantear en el ámbito jurídico. Lejos de constituir una simple confluencia entre diversos derechos fundamentales, todos ellos de contenido complejo y controvertido, el análisis de la discriminación sindical tiene la virtualidad de aglutinar un cúmulo de instituciones jurídicas polémicas, con diversos grados de aceptación. No se trata sólo de la noción de derecho fundamental y de las consecuencias que conlleva su plasmación constitucional (mecanismos para desplegar su eficacia, niveles de control para su protección, interacción con otros principios y valores constitucionales, etc.), ni de la ya tradicional diferencia entre igualdad y no discriminación, que acarrea por sí misma importantes consecuencias; sino de la aceptación de ésta última como concepto polivalente que pueda adoptar distintos significados en función de la materia sobre la que se aplique y el criterio diferenciador utilizado⁸, incluyendo la más absoluta neutralidad⁹.

⁸ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Fernández López, M. F., *Igualdad y discriminación...*, op. cit., pág. 168.

⁹ Recordemos, a estos efectos, que el concepto de discriminación se origina en la práctica judicial americana con un doble sentido: el neutro, que alude a una mera diferenciación (*discrimination between*), y el sentido peyorativo, que se refiere a una diferenciación injusta contra un determinado colectivo (*discrimination against*). En este sentido, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Fernández López, M. F., *Igualdad y discriminación...*, op. cit., pág. 88; Bilbao Ubillas, J. M., y Rey Martínez, F., "Veinte años de jurisprudencia...", op. cit., págs. 250 y ss.; Martínez Rocamora, L. G., *Decisiones empresariales...*, op. cit., págs. 164 y ss.

Ante tal complejidad, consideramos que el punto de partida más apropiado para aproximarnos al concepto de discriminación sindical (una vez examinado el contexto creado por la jurisprudencia constitucional) se encuentra en determinar la diferencia entre una conducta lesiva del derecho de libertad sindical y una conducta discriminatoria por razones sindicales. En principio, y quizá por ello constituya una de las grandes cuestiones olvidadas por la doctrina científica, la respuesta a esta cuestión no debería implicar más complejidad que la necesaria para afirmar coherentemente que las conductas discriminatorias por razones sindicales son una especie dentro de la categoría más amplia de conductas antisindicales. A estos efectos, no puede ignorarse que las conductas antisindicales y las conductas discriminatorias por dichas razones coinciden en un espacio muy reducido y que, por tanto, los comportamientos contrarios o lesivos de la libertad sindical incluyen aquellos otros que implican desigualdad o discriminación por razones sindicales¹⁰.

Sin embargo, la obviedad de la afirmación se enturbia en el contexto de la práctica jurídica. El primer problema surge con las diferentes nociones de discriminación que utiliza el Tribunal Constitucional para analizar las diferencias producidas en el ámbito de la libertad sindical. Tanto de su doctrina como de los estudios científicos realizados en materia de sindicación emerge la visión de que, en el ámbito de la libertad sindical, la discriminación sindical se concibe de forma distinta dependiendo de si recae sobre la dimensión individual o colectiva del derecho. Tratándose de la dimensión colectiva, la discriminación sindical no constituye un fenómeno distinto de la desigualdad, por lo que caben diferencias objetivas y razonables entre los distintos sujetos sindicales. En el ámbito individual, por el contrario, las diferencias por razones sindicales se revisten, con carácter general, de las connotaciones de la tutela antidiscriminatoria y, como consecuencia, quedan prohibidas, sancionándose con la nulidad.

Y aunque ello no es exactamente así, pues, como hemos tenido ocasión de analizar, la diferencia se ha establecido, sobre todo, en función de la naturaleza individual o colectiva del sujeto que ejercita el derecho, independientemente de que constituya una facultad individual o colectiva, lo cierto es que el distinto tratamiento, a efectos de tutela del derecho de libertad sindical, entre las diferencias establecidas por el legislador y las diferencias empresariales se encuentra en la aplicación, exclusivamente respecto de las segundas, de la doctrina de la nulidad de los actos lesivos del derecho y de la aplicación del mecanismo procesal de la inversión de la carga de la prueba.

La concepción de estos mecanismos como instrumentos específicos de la tutela discriminatoria, más que como garantías que tienen por objeto proteger el con-

¹⁰ La mayoría de la doctrina entiende que dichas categorías no son equivalentes, incluyendo entre las conductas antisindicales aquellas que suponen discriminación sindical. En este sentido, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "Despido discriminatorio antisindical...", op. cit., pág. 156; Galiana Moreno, J. M., y Cámara Botía, A., "Igualdad y no discriminación...", op. cit., pág. 333.

tenido del derecho de libertad sindical, ha llevado a considerar que las diferencias por razones sindicales efectuadas sobre sujetos individuales constituyen un supuesto de discriminación sindical, mientras que si recae sobre un sujeto colectivo la diferencia de trato se legitima al aportar una justificación objetiva y razonable. De esta forma, el establecimiento de diferencias entre los sujetos colectivos no se valora desde los contenidos del derecho de sindicación porque se presume que no constituyen una conducta lesiva. En contraposición, las diferencias efectuadas sobre sujetos individuales, en cuanto constituyen un supuesto de discriminación sindical, lesionan objetivamente el derecho de sindicación, ya que el ordenamiento jurídico prohíbe el establecimiento de diferencias en virtud de esas circunstancias¹¹.

Y precisamente porque el procedimiento utilizado lleva a resultados diversos, es decir, afectación o no del contenido material del derecho de libertad sindical, ya no se puede sostener, con carácter general, la única afirmación que, a estas alturas, en virtud de las reiteradas alusiones realizadas por la doctrina científica, parece haber sintetizado el estado de la cuestión, y que se formula como que toda discriminación por motivos sindicales es lesiva del derecho de libertad sindical pero no toda conducta antisindical es discriminatoria, ya que para ello es necesario que la conducta lesiva observe los parámetros establecidos para la discriminación¹². A pesar de las connotaciones conclusivas, dicha afirmación no aporta la claridad suficiente para determinar la relación que se ha de establecer entre el principio de igualdad y el derecho de libertad sindical. Es más, un somero análisis de la jurisprudencia constitucional evidencia que es una observación parcial que, aun centrándose en el nivel individual del derecho, no es susceptible de acoger la variedad de comportamientos que se producen en dicho ámbito.

La afirmación de que toda discriminación por razones sindicales es lesiva del derecho de libertad sindical no se puede mantener respecto de las diferencias introducidas en el ámbito colectivo, puesto que la medida diferenciadora ni se considera discriminación ni se le exige la vulneración del contenido del derecho de libertad sindical para proclamar su antisindicalidad, por muy contradictorio que ello parezca. Así, se podría dar el caso de conductas antisindicales que no vulne-

¹¹ La diferencia, por tanto, no estaría en la naturaleza de las distintas manifestaciones de la igualdad sino en las formas de operar. Así, la regla de igualdad actuaría en positivo, permitiendo diferencias de trato, mientras que la regla de no discriminación actúa en negativo en cuanto prohíbe las diferencias (García Murcia, J., "Igualdad y no discriminación...", op. cit., pág. 393).

¹² En este sentido, Martínez Rocamora, L. G., *Decisiones empresariales...*, op. cit., pág. 166; Valdeolivas García, Y., *Las conductas lesivas...*, op. cit., págs. 126 y 127. No obstante, existen autores que no consideran necesario la existencia de un término de comparación, considerando a estos efectos que la discriminación puede consistir en un acto que sanciona el ejercicio de los derechos de sindicación: Puebla Pinilla, A. M., "Igualdad y discriminación en el ejercicio del poder disciplinario", RL, núm. 2, 1994, págs. 11 y 28-39; Sanguinetti Raymond, W., *Lesión de la libertad sindical...*, op. cit., pág. 229; ATC 128/1987, de 4 de febrero (F. J. 2°).

ren el contenido del derecho de libertad sindical cuando la diferencia de trato introducida, aun sin lesionar el contenido material de este derecho, no satisfaga las exigencias del principio de igualdad, circunstancia que es posible cuando se integran los parámetros de la igualdad en el contenido del derecho de libertad sindical con absoluta independencia respecto de los que protegen los contenidos materiales de éste último. Por tanto, dicha afirmación sólo es cierta en términos técnico-jurídicos respecto de las diferenciaciones que afectan a la faceta individual del derecho de libertad sindical, donde la propia consideración de que dicha conducta constituye un supuesto de discriminación conlleva que la diferencia de trato vulnere el contenido de la libertad sindical, aunque ello no se produzca en todos los casos.

La cuestión de si la diferencia de trato debe lesionar el derecho de libertad sindical para constituir una conducta antisindical dependerá de la forma en que actúe el principio de igualdad respecto del derecho de libertad sindical. Y, en este sentido, como ya hemos tenido ocasión de mencionar, no existe una estrategia inquebrantable que se dé en todos los supuestos, ni siquiera cuando las diferencias se producen en el ámbito individual del derecho, que, como ya hemos dicho, constituye el contexto en que se mueve la discriminación sindical propiamente dicha.

Cuando las relaciones que se establecen entre los preceptos implicados es de absoluta independencia, las diferencias establecidas han de lesionar el contenido de los derechos sindicales para que puedan considerarse antisindicales, de forma que, aun sin afectar su contenido, podrían ser ilegítimas, pero no por ser contrarias al derecho de sindicación, sino por vulnerar las exigencias que, de conformidad con la Jurisprudencia Constitucional, impone el art. 14 CE. En estos casos, es decir, cuando la conducta se resuelve desde el art. 14 CE, pierden trascendencia las distintas concepciones de la discriminación sindical que hemos manejado, pues la diferencia por razones sindicales producida en el ámbito individual ya no adquiere las connotaciones negativas de la discriminación y, con ello, desaparece el perjuicio objetivo que necesariamente conlleva o, aun produciéndose, pierde su relevancia jurídica. Esta forma de resolver la cuestión, aplicada tanto en el ámbito colectivo como individual, implica que la prohibición de discriminación por razones sindicales no existe, al menos como concepto distinto de la mera desigualdad.

La segunda posibilidad es que las exigencias del principio de igualdad pasen a engrosar el contenido del derecho de libertad sindical, de forma que el precepto (art. 28 CE) también garantice la igualdad en el ejercicio del derecho de libertad sindical. La integración de los parámetros que requiere la igualdad puede producirse de forma aislada e independiente o mezclándose con los destinados a proteger el contenido material de los derechos de sindicación. En el primer caso, la integración se produciría solamente a efectos formales, y ello permitiría sostener que una diferenciación recaída en materia de libertad sindical que no observe los requisitos exigidos para la desigualdad de trato es contraria al derecho de libertad sindical sin que se produzca una vulneración real de su contenido. En el segundo supuesto, en cambio, la exigencia de que la diferencia de trato supere los controles propios

de la igualdad junto con cualesquiera otros que protejan el contenido del derecho de libertad sindical indica, en principio, que es necesario que se lesione su contenido para que la conducta sea antisindical. No obstante, y además de las razones que señalaremos con carácter posterior, podría ocurrir que la medida infrinja los parámetros de la igualdad dejando intacto el contenido del derecho de libertad sindical, por lo que de nuevo aparecería una conducta antisindical sin lesión material.

Por tanto, y en vistas de las posibilidades que acabamos de barajar, para que una conducta diferenciadora se considere antisindical por vulnerar el contenido material de los derechos de libertad sindical es necesario, bien que los preceptos se conciban de forma autónoma, bien que las exigencias de igualdad se integren y mezclen con los cánones propios del contenido de los derechos de sindicación. No obstante, este segundo procedimiento genera problemas adicionales; entre los más destacados, la forma en que se integran los parámetros de cada uno de los preceptos constitucionales implicados (arts. 14 y 28 CE) para que las conductas discriminatorias que lesionan el derecho de libertad sindical reciban el mismo tratamiento que aquellas conductas antisindicales que no constituyen discriminación, y cómo se explica que se puedan introducir a través del principio de igualdad limitaciones a los derechos de sindicación, que probablemente fueran rechazadas con la aplicación de la doctrina sobre la limitación de los derechos fundamentales.

Dadas las posibilidades de juego del principio de igualdad y de la inexistencia de factores que permitan aglutinar reglas en las distintas dimensiones del derecho de sindicación, no nos parece muy acertado sostener que toda discriminación sindical, esto es, diferenciación en virtud de un factor sindical, sea una conducta antisindical; más bien habría que partir de aseveraciones más flexibles que susciten, al menos, alguna certeza: toda conducta que integre una diferencia por razones sindicales, en cuanto lesione el contenido de los derechos de libertad sindical, constituye una conducta antisindical. Y aunque parezca una afirmación banal, no lo será tanto cuando, ya de principio, nos obliga a adoptar la postura que mantiene la autonomía de ambos preceptos constitucionales; no obstante, antes de explicar nuestras razones, hemos de ocuparnos del segundo problema planteado.

En lo que concierne al segundo inciso (es decir, que no toda conducta antisindical es discriminatoria, ya que para ello es necesario que la conducta lesiva observe los parámetros establecidos para la discriminación), en la mayoría de los supuestos resueltos en el ámbito individual no se produce la diferencia de trato necesaria para hablar de discriminación; tampoco puede considerarse, a estos efectos, la alegación de que el trabajador ha sido sancionado por el ejercicio de derechos sindicales mediante la comparación de su situación con la del resto de compañeros, cuya único rasgo en común será que tienen un contrato de trabajo con el mismo empresario.

Para resolver la cuestión de si la discriminación sindical debe o no encerrar una diferencia de trato debemos hacer necesariamente una leve alusión al concepto de discriminación. Tradicionalmente, en nuestro ordenamiento jurídico se ha acogido un concepto de discriminación flexible y polivalente que permite incluir dos

tipos de diferenciaciones: aquellas que toman como referencia un criterio o circunstancia personal, inherente a la propia naturaleza humana (sexo, raza, etc.); pero también aquellas otras que aluden a las legítimas opciones que se despliegan ante los sujetos en virtud de su personalidad jurídica y de los derechos que de conformidad con ella les asisten (ejercicio de derechos fundamentales)¹³.

Partiendo de esta diferenciación, algunos autores han incidido en un doble objetivo de la tutela antidiscriminatoria: evitar (y, por tanto, prohibir) las diferencias que toman como referencia rasgos innatos de la personas por ser contrarias a su dignidad y tutelar el contenido de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce con objeto de proteger su contenido y evitar su desconocimiento¹⁴. Este segundo enfoque, en lo que respecta a la libertad sindical, permite tratar como discriminación sindical las conductas que tienen por objeto sancionar el ejercicio de los derechos sindicales, sin que sea necesaria la existencia de una diferencia de trato¹⁵.

No obstante, la denominada discriminación por ejercicio de derechos fundamentales, como ha reconocido la doctrina, constituye un problema distinto del que conlleva la discriminación en sentido estricto, y aunque dicha percepción es generalizada, las diferencias que existen entre ambos supuestos no han sido analizadas en profundidad, apareciendo sólo, de forma muy esporádica, leves referencias en distintos estudios realizados por la doctrina científica¹⁶.

En nuestra opinión, la distinción fundamental hay que buscarla en la existencia o no de mecanismos alternativos para la protección del bien jurídico protegido. La prohibición de discriminación en sentido estricto, esto es, la que tiene por objeto impedir que se establezcan diferencias en función de características innatas de las personas, se dirige a proteger la variedad genética del género humano y a evitar que sus caprichosas combinaciones tengan trascendencia negativa en el ámbito jurídico. No existe, aparte de dicha prohibición, el reconocimiento de un conjunto de derechos concretos que se dirijan a proteger las características innatas que presenta cada ser humano y a evitar, por sí mismos, tratamientos vejatorios ocasionados por cada una de estas circunstancias.

En cambio, en el ámbito de los derechos fundamentales existen mecanismos dirigidos a garantizar la libertad de su ejercicio sin que deriven más consecuencias

¹³ En ambos casos, advierte la autora de la distinción, las diferencias son lesivas para la dignidad humana: Fernández López, M. F., "La discriminación en la jurisprudencia...", op. cit., pág. 154.

¹⁴ En este sentido han incidido, sobre todo, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Fernández López, M. F., *Igualdad y discriminación...*, op. cit., pág. 119. Más recientemente, Galiana Moreno, J. M., y Cámara Botia, A., "Igualdad y no discriminación...", op. cit., pág. 333.

¹⁵ Galiana Moreno, J. M., y Cámara Botia, A., "Igualdad y no discriminación...", pág. 333.

¹⁶ Galiana Moreno, J. M., y Cámara Botia, A., "Igualdad y no discriminación...", pág. 333. Algo más detalladamente se refieren a la cuestión, González Ortega, S., "La tutela antidiscriminatoria nel diritto...", op. cit., pág. 482; García Murcia, J., "Igualdad y no discriminación...", op. cit., pág. 398.

negativas que las que nacen de la aleatoriedad. La consagración de un derecho, especialmente cuando tiene rango constitucional, excluye, en principio, todos los actos que le resulten contrarios, esto es, todos los actos que interfieran en su pleno disfrute, independientemente de que consistan en una restricción parcial o total o en conductas más solapadas, como la sanción por su ejercicio. Y siendo así, no existe razón que impida, frente a las represalias por el ejercicio de un derecho fundamental (sea ejercitado por sujeto individual o colectivo), que el sistema de garantías aplicable sea el que deriva de su reconocimiento constitucional, sin que resulte necesario articular su protección a través de las diversas manifestaciones del principio de igualdad.

La problemática que se genera al asegurar la eficacia de los derechos sindicales a través de las distintas manifestaciones del principio de igualdad (sobre todo una vez que se ha constatado que la discriminación por razones sindicales en nuestro ordenamiento jurídico no va más allá, bien de exigir la justificación material de las decisiones a través del juicio de razonabilidad, bien de considerar que las conductas privadas constituyen lesiones objetivas del derecho de libertad sindical, sin ofrecer la posibilidad de que el sujeto justifique su decisión) pone en evidencia que quizá los problemas que surgen en la “discriminación por razones sindicales” puedan recibir una respuesta más coherente si enfocamos la cuestión desde la perspectiva de la limitación de los derechos fundamentales. Efectivamente, desde nuestro punto de vista, tanto las diferencias en el ámbito individual como en el colectivo son reconducibles a un problema de limitación de los derechos sindicales, si bien hay que diferenciar y matizar en función del sujeto y de los mecanismos disponibles para efectuar la limitación.

En este sentido, las limitaciones sobre los derechos sindicales practicadas por los poderes públicos se pueden producir de formas muy variadas, siendo las más reconocibles aquellas que se dirigen a cercenar parte de su contenido con objeto de compatibilizar su ejercicio con el de otros derechos constitucionalizados, o las que pretenden excluir de la titularidad del derecho a determinados colectivos con la finalidad de proteger valores, principios o bienes de interés constitucional. Aunque con connotaciones distintas (las primeras se practican sobre el ámbito objetivo del derecho, mientras que las segundas inciden sobre el ámbito subjetivo), el problema que presentan unas y otras es de ponderación constitucional, por lo que el órgano encargado de realizarla debe respetar, en el nivel máximo posible, el contenido de los distintos intereses en juego¹⁷.

¹⁷ No obstante, tal como reconoce la doctrina constitucional, la protección del derecho de sindicación ha de realizarse respecto de actos que atenten directamente contra el derecho (lo que puede realizarse mediante coacción, mandato imperativo o imposición de obligación) y frente violaciones indirectas “más larvadas” que pueden darse en aquellos casos en que en que se produce una presión para que los trabajadores adopten una determinada actitud, que al nacer de la presión deja de ser libre [STC 20/1985, de 14 de febrero (F. J. 3º in fine)].

En contraposición, los sujetos privados, en especial el empresario, realizarán las conductas lesivas del derecho a través de los distintos mecanismos que, debido a la existencia de una relación laboral, el ordenamiento jurídico reconoce a su favor. Es fácil detectar, por tanto, cómo el empresario cuenta con un abanico variado de facultades, regladas y discrecionales, susceptibles de vulnerar los derechos sindicales. Ciertamente, el ejercicio regular de cada una de ellas puede encubrir conductas antisindicales, desde la represión por el ejercicio legítimo del derecho, pasando por su falta de reconocimiento (esto es, negando u obstaculizando las facultades sindicales que se despliegan en la empresa), hasta conductas más o menos solapadas que tengan como fin la producción de injerencias sobre las organizaciones de trabajadores.

Todas ellas producen en una u otra forma perjuicios sobre los derechos de sindicación y no constituyen más que el reflejo de un mismo fenómeno: la reticencia a aceptar el libre despliegue de los derechos sindicales en la organización empresarial y, con éste, su efectividad. Ésta es la razón de que las diferencias establecidas en función del ejercicio de los derechos sindicales siempre sean lesivas del contenido del derecho, porque se dirigen a sancionar y, por tanto, impedir su ejercicio, por lo que más que producirse una injerencia fácilmente detectable, como sería amputar distintas facultades de su contenido, la lesión del derecho se produce por la falta de reconocimiento¹⁸.

No obstante, el ámbito sobre el que desarrolla el derecho de libertad sindical y las interacciones que puede producir su ejercicio respecto de otros intereses tutelados impiden calificar la discriminación sindical por la simple concurrencia de un perjuicio objetivo¹⁹. La regulación legal, contenida sustancialmente en el Estatuto de los Trabajadores, posibilita al empresario, en virtud de su derecho a la libertad de empresa, el ejercicio de innumerables potestades empresariales para desarrollar su actividad y, precisamente por ello, no se puede impedir que el uso correcto de éstas afecte, en ocasiones, al derecho de libertad sindical de los trabajadores y de sus organizaciones. Lo único que se puede impedir es que el empresario utilice dichas facultades con el objeto de perjudicar los derechos sindicales. Y es precisamente en este punto donde aparece la motivación antisindical de los comportamientos empresariales y donde la tutela de la discriminación sindical engarza con la tutela propia del contenido del derecho de libertad sindical, evitando que los perjuicios objetivos ocasionados al derecho de sindicación obedezcan a razones distintas a las tuteladas por el texto constitucional. Por ello, producida la lesión, independientemente de la forma en que se haya realizado, es el empresario el

¹⁸ Esta perspectiva en STS de 14 de Julio de 2006, R. J. 2006/6337 (F. J. 3º). Un comentario en García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J., "El contenido adicional...", op. cit., págs. 5 y ss.

¹⁹ En el mismo sentido parece pronunciarse Sanguinetti Raymond, W., *Lesión de la libertad sindical...*, op. cit., pág. 226, aunque en un contexto completamente distinto.

que ha de probar que, para la consecución de una finalidad protegida por su derecho constitucional, no ha tenido más alternativa que restringir el derecho de libertad sindical.

Por tanto, es la dificultad en determinar la intención del empresario al adoptar sus decisiones lo que justifica que la tutela antidiscriminatoria en el seno de la relación laboral deba realizarse desde el contenido del derecho que ha sufrido objetivamente la lesión, relegando el papel de la diferencia de trato al de indicio de que la conducta adoptada tiene por objeto lesionar el derecho de libertad sindical.

Ante estas circunstancias, y basándonos en los argumentos esgrimidos, nos inclinamos por un reconocimiento independiente de los dos derechos considerados, la igualdad y la libertad sindical. Desde esta perspectiva, las conductas diferenciadoras que recaen sobre la libertad sindical sólo constituyen conductas antisindicales si vulneran el contenido del derecho; o dicho de otra forma: una diferencia de trato por razones sindicales sólo podrá rechazarse desde el art. 28 si lesiona su contenido, bien por recortar sus facultades, bien por falta de reconocimiento o por la sanción a su ejercicio²⁰.

Si la vulneración no se produce, la diferencia de trato deberá ser analizada desde el juicio de igualdad y, en función de sus parámetros, declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la medida. La desigualdad o diferencia de trato pasa a jugar, incluso en los casos en que realmente se produce, un papel secundario, dirigido a complementar los derechos de sindicación en dos formas. Por un lado, ocasionando la ilegitimidad de conductas que, aun sin afectar su contenido, transforman la diferencia en ilegítima por no observar las exigencias del art. 14 CE; por otro, constituyendo un indicio fundamental de que se ha podido producir la lesión de los derechos sindicales, que se convierte en determinante cuando la conducta empresarial, más que en una acción, consiste en una omisión²¹.

²⁰ Eso explica por qué en los trabajos sobre discriminación sindical los distintos autores tienden a no diferenciar entre igualdad y no discriminación. En este sentido, véase la enumeración de los criterios que caracterizan la discriminación sindical para Palomeque López, M. C., *Despidos discriminatorios...*, op. cit., págs. 52 y ss., que se refiere fundamentalmente a un trato diferenciado injustificado, donde el elemento fundamental no es la diferencia legislativa sino la lesión del derecho de libertad sindical, razón por la que es necesario aplicar de forma prioritaria los instrumentos dirigidos a preservar su contenido y no sólo aquellos instrumentos procesales que ayudan a la tutela del derecho. Pone también el acento en la vulneración del derecho Alonso Olea, M., *Derecho del trabajo...*, op. cit., pág. 335.

²¹ Así lo demuestran las SSTC 29/2002, de 11 de febrero, 30/2002, de 11 de febrero (F. J. 6º), y 79/2004, de 5 mayo (F. J. 5º y 7º), que utilizan la diferencia de trato con objeto de demostrar indicios de que se ha producido una conducta del empresario lesiva del derecho de libertad sindical. No obstante, cuando la desigualdad tiene una causa objetiva y razonable no puede ser considerada como indicio (STC 214/2001, de 29 de octubre).

2. LOS PARÁMETROS DE LA RAZONABILIDAD COMO CRITERIOS INADECUADOS PARA PROTEGER EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD SINDICAL

Como ya hemos tenido ocasión de analizar al hilo del estudio del principio de igualdad, el mecanismo jurídico que controla las diferencias legislativas y judiciales, aunque también, por extensión, gran parte de las conductas privadas diferenciadoras, es el principio de razonabilidad. El marco de referencia en el que nace y se desarrolla el principio, la noción de igualdad, unido a las especiales características que presenta en su ámbito de aplicación, provocan una cierta flexibilidad en su configuración, propensa a posibilitar diferenciaciones por parte de los poderes públicos, especialmente del legislador, absolutamente necesarias en un Estado Social y Democrático de Derecho.

No obstante, por muy justificadas que estén, dichas actuaciones deben respetar los límites que impone el texto constitucional, y ese control constitucional de la ley, cuando actúa en el ámbito de la igualdad, se realiza a través de un juicio de racionalidad dirigido a determinar la coherencia de la norma legal con la norma constitucional, que, en cuanto superior jerárquica, constituye el parámetro de control necesario para asegurar la adecuación de la ley a los distintos preceptos constitucionales²².

Dentro del parámetro de la racionalidad, se suelen diferenciar dos dimensiones distintas: la racionalidad instrumental y la racionalidad axiológica. Mientras la racionalidad axiológica se conecta con los valores y, por tanto, es instrumento indispensable para realizar la elección de los fines que se persiguen con la norma, la racionalidad instrumental hace referencia a la adecuación de los medios utilizados para la consecución de los fines²³. Con ello quedan controlados los dos aspectos fundamentales de cualquier medida legislativa: por un lado los fines, que habrán de ser conformes con el sistema de valores que contempla la Constitución, y, por otro, los medios, que deben ser adecuados para conseguir la finalidad. Ambas dimensiones de la racionalidad, de conformidad con la doctrina más solvente, vienen a integrar el juicio de razonabilidad, criterio de necesario cumplimiento para que las medidas legislativas que introducen diferencias de trato aseguren su legitimidad.

No obstante, hay que tener en cuenta, como ha advertido reiteradamente la doctrina, que el juicio de razonabilidad puede mostrar distintos niveles de exigen-

²² Cerri, A., "Ragionevolezza delle leggi", en *Enciclopedia Giuridica Giovanni Treccani*. Roma, SPA, *Istituto della Enciclopedia Italiana*, 1994, pág. 14. En nuestro ordenamiento jurídico, Laporta, F. J., "Materiales para una reflexión...", op. cit., pág. 322, llega a afirmar que sólo si el enunciado legal es consecuencia deductivamente posible de las premisas constitucionales nos encontraremos con una ley válida.

²³ Perulli, A., "Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro", *GDLRI*, núm. 105, 2005, págs. 3 y ss.

cia en función del contexto en el que inserte la diferenciación legislativa o, lo que es más apropiado, en función de los distintos intereses que se pueden cuestionar por la diferencia legislativa. Y ello porque no tiene las mismas implicaciones una medida que se dirija a establecer diferencias en el ámbito puramente legal, sin que se afecten intereses constitucionales relevantes, que aquellas que introduzcan limitaciones o restricciones en las normas constitucionales, en especial en los derechos constitucionales de los ciudadanos²⁴. En uno y otro caso los parámetros utilizados, primero por el legislador para evaluar su intervención y después por los órganos encargados de la aplicación del derecho con objeto de controlarla, deberán manejar criterios más amplios o más estrictos²⁵.

La diferencia entre los distintos niveles que impone la razonabilidad no siempre ha sido admitida en nuestro ordenamiento, salvo, se podría sostener, en el caso de la libertad sindical. En este sentido, no cabe duda, atendiendo al estudio realizado, que la tutela del derecho de libertad sindical se ha estructurado, con carácter general, sobre el principio de razonabilidad, aunque durante mucho tiempo (y dependiendo de varias circunstancias, como el ámbito individual y colectivo sobre el que recae la diferencia de trato y la naturaleza individual o colectiva del sujeto que ejercitaba el derecho) el principio se ha aplicado desde distintos puntos de vista, destacando como nota común en la generalidad de los supuestos analizados la incorporación del criterio de proporcionalidad como un parámetro más del juicio de igualdad.

En este sentido, hay que tener en cuenta que este criterio de proporcionalidad puede aplicarse desde dos perspectivas distintas: la propia diferencia de trato o el contenido del derecho afectado por la diferenciación. Tratándose de la primera ma-

²⁴ En este sentido, Alonso Olea, M., "Igualdad y desigualdad salarial", *REDT*, núm. 20, 1984, sostenía la existencia de tres tipos de discriminación: las discriminaciones por motivos vedados o diferencias que afectan a principios jurídicos que están en el texto constitucional, desigualdades donde el principio jurídico violado no está en la Constitución sino en la Ley y desigualdades que no lesionan ni principio constitucional ni legal. En este último supuesto el autor distingue dos situaciones: primero, que la diferencia obedezca a causa legítima, y por tanto quepa la libre decisión de las partes; segundo, que la diferencia no obedezca a un motivo justificado y produzca un daño sobre el sujeto afectado, caso en el que el problema no es de igualdad sino de abuso de derecho o de producción de situaciones vejatorias.

²⁵ La consideración más estricta del juicio de razonabilidad cuando la diferencia normativa afecta un derecho fundamental es común en otros ordenamientos jurídicos. Así, en el ordenamiento jurídico norteamericano los precedentes se remontan a 1940, con el caso *Skinner v. Oklahoma*, 316 US 535 (1942), que declara inconstitucional una diferencia normativa por lesionar el derecho a la integridad física de los ciudadanos; *Shapiro v. Thompson*, 394 US 618 (1969); *Saez v. Roe*, 119 S. Ct. 1519 (1999), por lesionar el derecho a la libre circulación de los ciudadanos; *Griffin v. Illinois*, 351 US 12 (1956); *Boddie v. Connecticut*, 401 US 371 (1971), con respecto a la lesión del derecho al acceso a la justicia; *San Antonio Ind. Scholl District v. Rodríguez*, 411 US 1 (1973) y *Plyler v. Doe*, 457 US 292 (1982), respecto del derecho a la educación. Un análisis de dicha Jurisprudencia en Giménez Gluck, D., *Juicio de igualdad y Tribunal...*, op. cit., págs. 266 y ss.

nifestación, no se puede decir que su aplicación aporte un mayor rigor en el análisis de la diferenciación, pues constituye una manifestación del propio juicio de razonabilidad, que, como hemos visto, incluye tanto la racionalidad axiológica como la racionalidad instrumental. La proporcionalidad implícita en el juicio de razonabilidad es un juicio limitado a comprobar la adecuación de los medios utilizados con los fines perseguidos por el legislador y, por tanto, mantiene el control efectuado en la dimensión negativa que supone la aplicación del juicio de razonabilidad. El control de razonabilidad, se afirma, es un juicio negativo que excluye sólo aquellas medidas que imponen un excesivo sacrificio del resto de bienes o intereses protegidos por ser manifiestamente desproporcionadas²⁶.

Por tanto, el parámetro de proporcionalidad que deriva del juicio de razonabilidad se limita a implantar un principio de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, la exigencia de que exista un cierto equilibrio entre los medios empleados y la finalidad perseguida o, lo que es lo mismo, entre la medida diferenciadora y su finalidad, evitando indirectamente que provoque efectos desproporcionados no acordes con la finalidad²⁷. Siendo así, no hay más solución que concluir que el juicio de razonabilidad aplicable a las diferencias normativas, no es suficiente para garantizar el contenido de los derechos sindicales cuando resultan afectados por diferencias de trato, y ello por varias razones²⁸.

En primer lugar, porque por mucho que en el ámbito de las diferenciaciones normativas sea aplicable la libertad de configuración del legislador (o, lo que es lo mismo, que el derecho de igualdad, en virtud de su configuración constitucional abierta - en la que faltan los supuestos de aplicación -, dote al legislador de un amplio poder para concretar los supuestos de igualdad y diferenciación) es necesario realizar un control material más estricto de las acciones legislativas cuando inciden en el contenido de un derecho fundamental como la libertad sindical. En segundo lugar, porque dicho control material no se realiza con el principio de proporcionalidad en sentido estricto que deriva de la razonabilidad, ya que no se puede limitar a comprobar que la diferencia establecida es proporcionada a la finalidad perseguida.

No obstante, y como hemos advertido, el principio de proporcionalidad en sentido estricto incluido en el juicio de razonabilidad, puede aplicarse desde las pers-

²⁶ Cerri, A., "Ragionevolezza...", op. cit., pág., 16; Prieto Sanchís, P., *Justicia Constitucional...*, op. cit., pág. 214.

²⁷ SSTC 209/1988, de 10 de noviembre (F. J. 3º); 50/1991, de 4 de julio (F. J. 4º); 76/1990 (F. J. 2º); 177/1993, de 31 de mayo (F. J. 2º).

²⁸ De hecho, son numerosos los pronunciamientos constitucionales que muestran dudas sobre la aplicación del juicio de razonabilidad para examinar las injerencias que se producen en derechos fundamentales sustantivos como la libertad sindical [entre otras, SSTC 49/2001, de 26 de febrero (F. J. 4º); 14/2002, de 28 de enero (F. J. 5º), y 66/2002, de 21 de marzo (F. J. 8º)].

pectiva del contenido del derecho fundamental sobre el que recae la diferencia de trato, con objeto de comprobar hasta qué punto ha resultado afectado. Esta manifestación, que sólo aparecerá cuando la desigualdad interactúe con otros derechos fundamentales sustantivos, como la libertad sindical, requiere un control más incisivo que la mera comprobación de coherencia lógica de la diferencia jurídica practicada. Aun reconociendo que con ello aumenta el rigor del juicio de razonabilidad, consideramos que ni siquiera con un control de proporcionalidad en sentido estricto enfocado desde el contenido del derecho fundamental, es decir, con la comprobación de que la consecución del fin propuesto es proporcionada a la limitación sufrida por el derecho, se garantiza suficientemente el contenido del derecho fundamental lesionado.

En este sentido se ha de recordar, con objeto de que ello sirva de justificación al rechazo efectuado, que, a pesar de la existencia de una plasmación constitucional expresa del principio de igualdad, las diferencias legislativas están permitidas siempre que tengan una causa objetiva y razonable que, de conformidad con la doctrina constitucional, ni siquiera ha de estar implícitamente plasmada en el texto constitucional. Si se permiten diferencias que limitan el contenido del derecho de libertad sindical sin legitimarlas a través de los mecanismos específicos que garantizan su contenido, estaríamos permitiendo, en definitiva, injerencias en los derechos fundamentales que no tienen justificación constitucional, cuando éste es el requisito imprescindible para proceder a la limitación de los derechos fundamentales sustantivos, como la libertad sindical.

En definitiva, la aplicación del juicio de razonabilidad que deriva de la igualdad no puede proteger el contenido de los derechos sindicales, aunque el principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplique desde la perspectiva de su contenido; es más, la exigencia de dicho parámetro cuando la diferenciación limita o desconoce este derecho fundamental puede encubrir, en ocasiones, limitaciones no permitidas por la Constitución. Con objeto de perfilar el contenido del control necesario en los casos de diferenciaciones que inciden en los derechos sindicales, realizaremos a continuación una pequeña consideración sobre otro principio que está desarrollando un importante papel en la preservación de los derechos fundamentales del trabajador frente a injerencias ilegítimas de los poderes públicos y de los poderes empresariales: el juicio de proporcionalidad en sentido amplio como instrumento fundamental de la ponderación de bienes.

3. EL CONTROL MATERIAL DE LAS INJERENCIAS EN LOS DERECHOS SINDICALES A TRAVÉS DE LA PONDERACIÓN DE BIENES. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO

Además de la razonabilidad, juicio típico de las diferenciaciones legislativas, existe en nuestro ordenamiento constitucional otro principio, el de proporcionali-

dad, arbitrado para controlar las injerencias de los poderes públicos y privados en los derechos fundamentales de los ciudadanos. La conexión del principio con la prohibición de arbitrariedad y con la garantía del contenido esencial permite configurarlo como un mecanismo para evitar las intromisiones arbitrarias en la esfera de los derechos fundamentales, lo que significa que, producida la injerencia, el poder judicial, y en especial el Tribunal Constitucional, han de analizar su legitimidad o ilegitimidad en función de que se cumplan o no las exigencias del principio de proporcionalidad concebido en sentido amplio, esto es, integrado por los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Ello significa que el órgano emisor de una determinada decisión susceptible de lesionar un derecho fundamental ha de observar las exigencias que integran el principio, pues en caso contrario corre el riesgo de que su decisión sea considerada lesiva del derecho afectado, por lo que su primera virtualidad consiste en permitir un tratamiento uniforme de las injerencias, sin diferenciar en función de la naturaleza pública o privada del sujeto que las practica, a la vez que posibilita una consideración exhaustiva de las especialidades que presenta cada supuesto concreto.

Como hemos tenido ocasión de mencionar, el presupuesto básico para la aplicación de este principio entronca con la propia concepción que se maneje del sistema de derechos fundamentales y de las consecuencias que se extraigan de su plasmación constitucional. La eficacia unitaria del texto constitucional y de todos los derechos que contempla requiere de instrumentos interpretativos que equilibren “*los límites externos que se derivan de su interacción recíproca*”²⁹, de forma que todos los derechos o bienes implicados en un determinado conflicto resulten aplicados en el mayor grado posible. Las especiales características del texto constitucional, unidad, sistematicidad y normatividad, hacen que todos sus preceptos, en el momento de la interpretación, hayan de actuar como mandatos de optimización, de forma similar a los principios jurídicos.

Siendo éste el contexto en el que actúa el principio, hay que destacar necesariamente la especial trascendencia que conlleva su aplicación en el ámbito de las relaciones laborales, en las que el ejercicio de cada una de las facultades empresariales, con fundamento constitucional en el art. 38 CE, constituyen fuente potencial para la vulneración de los derechos de libertad sindical del trabajador³⁰. Por otro lado, su carácter accesorio respecto a la garantía del contenido esencial nos debe llevar a la conclusión de que el problema de las diferencias efectuadas en función

²⁹ STC 219/1992, de 3 de diciembre (F. J. 2°).

³⁰ De ahí que las diversas manifestaciones de los poderes empresariales, con fundamento directo en el art. 38 de la CE, que sean susceptibles de limitar los derechos de los trabajadores deban observar el principio de proporcionalidad, especialmente en el ejercicio de aquellas potestades que se les han conferido y que son más propias de un poder público que de un poder privado, a saber: poder de policía y poder disciplinario.

del ejercicio del derecho de sindicación (que, como hemos visto, sólo vulneran el art. 28 CE si lesionan o desconocen su contenido constitucional) requiere necesariamente la determinación del contenido concreto de los derechos sindicales, ámbito sobre el que deben actuar las distintas exigencias que integran el juicio de proporcionalidad en sentido amplio.

Como hemos tenido ocasión de comprobar, la doctrina constitucional ha utilizado frecuentemente el criterio de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto para examinar las injerencias en el derecho de libertad sindical, aunque casi siempre inmersos en el juicio de razonabilidad propio del derecho a la igualdad o, lo que es lo mismo, de la discriminación sindical. Tal como ha quedado constatado, las dos dimensiones del derecho (individual y colectiva) están afectadas por este proceso, si bien la evolución hacia los criterios que impone el juicio de proporcionalidad en sentido amplio ha quedado estancada en la faceta colectiva del derecho. Por ello, el supuesto paradigmático en la utilización del parámetro de razonabilidad, a día de hoy, lo siguen constituyendo las diferencias entre organizaciones sindicales practicadas por el legislador.

Mientras tanto, en el ámbito individual del derecho y frente al ejercicio de poderes empresariales susceptibles de lesionar los derechos sindicales, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, junto a la razonabilidad (objetividad y, en ocasiones, adecuación) se exige en la formulación de la doctrina del despido nulo, que paulatinamente va precisando los criterios que ha de observar la conducta empresarial para ser ajena a todo propósito atentatorio de los derechos de libertad sindical del trabajador. En este sentido, supone un gran avance aplicar la doctrina a decisiones empresariales que gozan de cierta discrecionalidad (como la facultad de seleccionar la plantilla o el *ius variandi*) y que, pese a ello, se han de justificar a través de las exigencias de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en sentido estricto, y también la paulatina introducción, a través de la garantía de indemnidad sindical, de alguno de los parámetros que integran el juicio de proporcionalidad en sentido amplio (idoneidad y, en ocasiones, necesidad).

Las reticencias a aplicar el juicio de proporcionalidad en sentido amplio y, a través de él, la ponderación de bienes frente a las diferencias legislativas que repercuten en el derecho de sindicación se deben, al igual que ocurre en otros ámbitos, a dos circunstancias íntimamente relacionadas. Por un lado, a la existencia de un principio con respaldo constitucional que también ha de ser objeto de ponderación: la libertad de configuración del legislador; por otro, a la conflictiva relación que existe entre el juicio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales³¹. Ambas instituciones jurídicas han justificado, con ca-

³¹ En el ámbito de la libertad sindical colectiva son muchos los pronunciamientos que manifiestan la complejidad de realizar un juicio de las medidas legislativas que vaya más allá del control negativo que supone la razonabilidad [SSTC 53/1982, de 22 de julio (F. J. 3º)], hasta el punto de que existen

rácter general, la omisión o el análisis atenuado de los criterios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto³², agravándose la situación en el ámbito de la libertad sindical debido a la identificación que se produce entre la libertad de configuración del legislador y el contenido adicional del derecho.

Efectivamente, el análisis de la jurisprudencia constitucional nos ha permitido comprobar cómo en los derechos sindicales la diferencia entre contenido esencial y adicional adquiere unos contornos particularizados que llevan a reducir ostensiblemente el primero al hacerlo coincidir con las facultades organizativas, y a identificar el segundo con las facultades reguladas por el legislador, constriñendo o ampliando los contenidos constitucionales de los derechos sindicales en función de las circunstancias. Desde esta perspectiva el contenido constitucional de la libertad sindical presenta la mayor de las paradojas, pues se halla integrado por las instituciones que derivan de la norma constitucional, pero también por las que han sido creadas por el legislador, y, de estas últimas, algunas se integran en el contenido esencial del derecho, con lo que escapan al control que supone utilizar la propia garantía constitucional, y otras conforman el resto del contenido constitucional. De esta forma la garantía que supone el contenido constitucional de un derecho deja de operar frente al legislador, que es el sujeto más propicio para lesionarlo, y actúa sólo respecto del resto de poderes del Estado y de los distintos sujetos que intervienen en el sistema de relaciones laborales³³.

pronunciamientos, sobre todo en las primeras etapas de la jurisprudencia constitucional, que rechazan la aplicación de los parámetros más flexibles, como la adecuación del criterio diferenciador a la finalidad de la medida diferenciadora [STC 65/1982, de 10 de noviembre (F. J. 4º)]. Ni que decir tiene que ocurre lo mismo con el criterio de necesidad [SSTC 65/1982, de 10 de noviembre (F. J. 4º); 55/1996, de 28 de marzo (F. J. 8º); 88/1996, de 23 de mayo (F. J. 4º)]. Estas reticencias son especialmente perceptibles en la STC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 3º), donde declara que “no corresponde a este Tribunal asumir el papel de legislador [...] ni tampoco decidir si el criterio es el más acertado o el más conveniente políticamente, ni tampoco si es el más conforme a la Constitución, sino tan sólo si es discriminatorio por ser irracional o arbitrario”.

³² En este sentido, SSTC 11/1981, de 8 de abril (F. J. 6º); 332/1994, de 19 de diciembre (F. J. 3º); 48/1995, de 14 de febrero (F. J. 2º). Con respecto a cada una de las exigencias que conforman este juicio, el Tribunal ha optado en la mayoría de las ocasiones por aplicar la versión más flexible. Así, con respecto a la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto ha exigido en varias ocasiones que la relación entre medios y fines no sea “absolutamente o evidentemente desproporcionada”, o que no exista un “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable” con el fin [SSTC 199/1987, de 16 de diciembre (F. J. 12º); 209/1988, de 10 de noviembre (F. J. 6º); 66/1991, de 22 de marzo (F. J. 4º); 55/1996, de 28 de marzo (F. J. 9º)]. En cuanto a la exigencia de necesidad, y siguiendo la misma premisa, ha considerado que su labor no puede extenderse a valorar “razones de oportunidad más propias del ámbito político que jurídico, sobre todo considerando que el texto constitucional no impone soluciones unívocas”, y en otros casos sostiene que para la valoración del criterio de necesidad ha de “resultar evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador” [SSTC 19/1988, de 16 de febrero (F. J. 8º); 230/1991, de 10 de diciembre (F. J. 6º)].

³³ En este sentido son ilustrativos los pronunciamientos sobre promoción y participación en las elecciones sindicales [SSTC 164/1993, de 18 de mayo (F. J. 3º); 272/1993, de 20 de septiembre (F. J. 2º)];

La doctrina sobre el contenido del derecho de libertad sindical, elaborada en lo década de los años ochenta, constituye una muestra de las incoherencias en que incurren aquellas posiciones que conciben el contenido esencial en términos absolutos. Desde esta concepción, el contenido esencial es un núcleo intocable por el legislador; por ello, la labor que realiza bajo la forma de promoción sindical es completamente libre y no ha de ser objeto de control desde la perspectiva del contenido del derecho de libertad sindical, aunque sí desde otros parámetros constitucionales, como los exigidos por el principio de igualdad y no discriminación (razonabilidad). Esta es la razón de que la labor legislativa no se pueda someter ni al principio de necesidad ni al principio de proporcionalidad en sentido estricto. Si además consideramos que esta doctrina es la que sustenta nuestro sistema legal de relaciones laborales, comprenderemos la insistencia del Tribunal en alejarse de un control constitucional desde los parámetros que integran el principio de proporcionalidad en sentido amplio y se haya inclinado claramente por analizar las diferencias legislativas aplicando el juicio de razonabilidad.

Como hemos tenido ocasión de verificar a lo largo de la exposición sobre los criterios analizados, razonabilidad y proporcionalidad en sentido amplio, aun siendo criterios materiales para la justificación de decisiones, distan de ser similares³⁴. La razonabilidad implica la realización de un juicio en negativo que sólo desembocará en la ilegitimidad de la medida lesiva cuando sea manifiestamente inadecuada o desproporcionada con respecto al resto del ordenamiento jurídico. En cambio, la proporcionalidad es de carácter positivo al implicar una valoración de los órganos aplicadores del derecho sobre los medios más adecuados para la consecución del fin perseguido. Ello implica que el rechazo de la medida se puede producir, y de hecho se debe producir, cuando existan mecanismos que, siendo igualmente adecuados para la consecución de la finalidad, impongan menos sacrificios para los derechos constitucionales afectados³⁵.

Además como hemos tenido ocasión de comprobar, la razonabilidad puede excluir las medidas desproporcionadas de dos formas distintas. Indirectamente, si aplicamos el juicio de proporcionalidad en sentido estricto desde la perspectiva de la igualdad, o directamente, si junto a la adecuación se exige el juicio de proporcionalidad en sentido estricto desde la perspectiva del contenido del derecho afectado por la diferencia de trato. Aun salvando los inconvenientes que señalábamos anteriormente, esto es, que a través de dicho mecanismo se pueden encubrir limi-

1/1994, de 19 de enero (F. J. 4º), 18/2001, de 29 de enero (F. J. 2º)], respecto de la acción sindical individual [STC 17/1996, de 7 de febrero (F. J. 4º)], respecto de la negociación colectiva de eficacia general [STC 235/1988, de 5 de diciembre (F. J. 2º)].

³⁴ Prieto Sanchís, L., "Los derechos sociales...", op. cit., pág. 26; Barnés Vázquez, J., "El principio de proporcionalidad...", op. cit., pág. 48.

³⁵ Prieto Sanchís, L., *Justicia Constitucional...*, op. cit., pág. 214.

taciones que no están justificadas en un bien o valor constitucionalizado, el juicio de razonabilidad sigue sin incluir uno de los criterios fundamentales para la protección del contenido del derecho: el principio de indispensabilidad o necesidad.

La aplicación del principio de necesidad, constatado que no existen otras medidas alternativas menos gravosas, constituye el mecanismo más acertado para descartar que las medidas adoptadas, por poderes públicos o privados, respondan a razones discriminatorias o lesivas de los derechos de libertad sindical. Sobre todo, su aplicación sería de gran utilidad en el ámbito de las discriminaciones sindicales practicadas por el empresario, cuyas actuaciones se escudan con frecuencia en la existencia de regulación legal que las dota de una legitimidad formal sin que se pueda excluir, *a priori*, la motivación antisindical³⁶. La utilización del principio permitiría excluir las decisiones empresariales que, aun siendo legítimas, aprovechan esta circunstancia para sancionar el ejercicio del derecho de sindicación, lo que se puede controlar mediante la aplicación de los criterios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Por todas estas razones, cuando la diferencia de trato incide sobre los derechos de libertad sindical, el juicio aplicable para analizar su constitucionalidad debe ser el de proporcionalidad en sentido amplio, si bien ello conlleva aceptar y aplicar la doctrina del contenido esencial concebido de forma relativa, es decir, admitiendo la posibilidad de que el contenido constitucional de los derechos fundamentales,

³⁶ De hecho, para cada una de estas facultades, el legislador, a través de la regulación contenida en el ET, introduce ciertas exigencias de proporcionalidad en su ejercicio. Así es claramente perceptible respecto de las facultades de registro. El art. 18 ET exige para el registro la justificación de la medida: la protección del patrimonio empresarial. Con ello nos ubicamos en un plano de confrontación constitucional (art. 18 CE y art. 33 CE), cumpliendo, por tanto, el principio de equivalencia de los bienes jurídicos enfrentados. La segunda exigencia importante del precepto se refiere a la medida limitadora, que ha de ser necesaria para la protección del bien jurídico protegido (principio de necesidad), y la tercera, que la medida ha de respetar al máximo la dignidad e intimidad de los trabajadores, lo que se traduce en el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Un análisis detenido del precepto en Durán López, F., "Inviolabilidad de la persona del trabajador", VV. AA., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. IV, Madrid, EDESA, 1983, pág. 536. A diferencia de la facultad de registro, la regulación que concierne al control de la prestación de trabajo (art. 20.3 ET) es poco garantista con los derechos del trabajador. La única limitación que se establece es la de guardar, tanto en el momento de la adopción como en la aplicación, "*el respeto debido a la dignidad del trabajador*", dejando, en apariencia, una absoluta libertad al empresario en la elección de los medios para desarrollar las actividades de control. No obstante, la regulación, debido a su ambigüedad, puede acoger las exigencias del principio de proporcionalidad, como parece demostrar la SSTC 202/1999, de 8 de noviembre (F. J. 5^o), cuando rechaza la legitimidad de un fichero automatizado, denominado "*absentismo por baja médica*", donde figuran los diagnósticos por enfermedad que ocasionan la incapacidad temporal de los trabajadores sin que conste el consentimiento de éstos. En este sentido, VV. AA., "Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y comunicación", *RL*, núm. 12, 2003; Ramos Luján, H. V., "La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías", *RL*, núm. 17, 2003.

entre ellos, el derecho de libertad sindical, admite limitaciones e injerencias justificadas. Desde esta perspectiva, toda la legislación sobre promoción sindical practicada en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto constituya limitación de derechos sindicales, debería observar los parámetros del juicio de proporcionalidad (fin constitucional legítimo, adecuación, necesidad y principio de proporcionalidad en sentido estricto), pues si centramos la cuestión en la vinculación de todos los poderes públicos a la Constitución, en la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales y en la prohibición de arbitrariedad, debemos admitir que la libertad de configuración del legislador no es absoluta, ni siquiera cuando se trata de un derecho de configuración legal³⁷.

Es la propia eficacia del texto constitucional la que impide que la configuración legislativa quede exenta de observar las prescripciones constitucionales sobre los derechos de sindicación; es más, desde nuestro punto de vista, impone la obligación de un control dirigido a comprobar que las disposiciones legales se adecuan al derecho fundamental afectado. Con ello sólo estamos considerando que la regulación constitucional de los derechos sindicales implica, en principio, un ámbito vedado al legislador y al resto de poderes públicos para que, en aquellos casos en que tengan que intervenir limitando su contenido constitucional, lo hagan observando el principio de proporcionalidad en sentido amplio.

Sin embargo, no ha sido ésta la línea seguida por la doctrina constitucional. Como hemos tenido ocasión de constatar, en el ámbito de las diferencias por razones sindicales, se trate de esfera individual o colectiva, la discriminación sindical no se ha tratado de forma distinta a la mera desigualdad, al menos en lo que respecta a los mecanismos materiales para el control de las lesiones en el contenido de los derechos de libertad sindical. En la dimensión individual, la doctrina constitucional se ha limitado durante dos décadas a adicionar instrumentos y garantías procesales tradicionalmente vinculadas a la tutela discriminatoria, instrumentos que, por otro lado, se justifican por la sujeción empresarial a los derechos fundamentales de los trabajadores. La discriminación, como se avanzaba en el Capítulo Segundo, actúa de forma distinta dependiendo del factor que determina la diferenciación, y en el caso en que se tome en consideración el ejercicio de actividad sindical en sentido amplio, la tutela antidiscriminatoria se reduce, con carácter general, a una comprobación más estricta del test de razonabilidad, adicionando a sus exigencias un principio de proporcionalidad en sentido estricto que unas veces se considera desde el ámbito de la medida diferenciadora y otras desde la perspectiva del contenido del derecho de sindicación.

A ello hay que añadir que el endurecimiento del test de razonabilidad tiene connotaciones distintas dependiendo de que la lesión se haya producido en el ám-

³⁷ Prieto Sanchís, L., "Los derechos sociales...", op. cit., págs. 50 y ss.; Barnés Vázquez, J., "El principio de proporcionalidad...", op. cit., pág. 53. STC 113/1989, de 22 de junio (F. J. 3º).

bito individual o colectivo; así, durante mucho tiempo, el ámbito individual de la libertad sindical se ha visto reforzado por la inversión de la carga de la prueba, permitiendo un endurecimiento progresivo de los criterios que justifican las conductas empresariales lesivas del derecho. El número y variedad de supuestos presentados en sede constitucional ha permitido la evolución del enfoque que, a través de la garantía de indemnidad, ha transformado la discriminación sindical en conductas lesivas del derecho de libertad sindical, potenciando en cierta medida su análisis a través de la ponderación de bienes y aplicando, por tanto, el principio de proporcionalidad en sentido amplio.

Una evolución distinta se ha seguido respecto de las injerencias en el ámbito colectivo del derecho de sindicación. Sin diferenciar en función de la naturaleza pública o privada de la lesión, la cuestión se ha analizado desde la perspectiva del principio de igualdad, analizando si la conducta lesiva responde a una causa objetiva y razonable, y a pesar de que los criterios materiales son muy similares, su aplicación no se requiere respecto del contenido del derecho de libertad sindical. La proporcionalidad exigida es la propia del principio de igualdad y no la que surge del contenido constitucionalmente protegido por el art. 28 CE. Ello explica que en la mayoría de supuestos examinados no se analice si el contenido del derecho de libertad sindical ha quedado afectado. La tradicional marginación de la doctrina de la inversión de la carga de la prueba es muestra de ello.

No obstante, los últimos pronunciamientos del Tribunal, así como los avances logrados por la doctrina científica, anuncian una resolución uniforme de la cuestión. El solapado reconocimiento de determinados mecanismos (nulidad de los actos lesivos e inversión de la carga de la prueba) como instrumentos de protección de los derechos fundamentales está logrando cierta uniformidad en la tutela de los derechos sindicales, ya se trate de facultades individuales o colectivas. Sin embargo, a pesar de la conveniencia de dicha aproximación, hay que tener en cuenta que la uniformidad debe referirse a los instrumentos de tutela y a los garantías o criterios materiales arbitrados para preservar su contenido constitucional, dejando el margen necesario para que los órganos judiciales ponderen todos los principios, valores e intereses susceptibles de tutela, lo que necesariamente habrá de ser distinto en cada supuesto concreto.

Sólo a través de la ponderación de bienes y del control de las injerencias en los derechos fundamentales a través del juicio de proporcionalidad, tal como lo hemos esbozado en los párrafos anteriores, es posible una tutela adecuada de los derechos de sindicación, sin obstruir las distintas facultades que derivan de su plasmación constitucional y reconociendo cada una de sus manifestaciones. El punto de partida ha de fijarse, por tanto, en el contenido constitucional del derecho de libertad sindical, y sólo cuando éste se encuentre libre de injerencias ilegítimas se podrá dar entrada al análisis de la diferenciación con objeto de determinar si, además de ser conforme a los derechos de sindicación, respeta las exigencias del principio de igualdad.

Será entonces cuando el ámbito de aplicación de ambos derechos y su eficacia adquieran completa independencia, pues su integración en el art. 28.1 CE, lejos de reforzar la tutela de los derechos sindicales, la ha debilitado, y ello, como hemos pretendido demostrar con esta investigación, porque el procedimiento de integración ha legitimado injerencias en el derecho de libertad sindical que, al haber sido enfocadas como diferenciación o discriminación sindical, han salido airoso de un control constitucional que, en virtud del juicio de proporcionalidad concebido en sentido amplio, hubiese alcanzado resultados completamente distintos.