



Representación y libertad sindical. Límites a la libertad sindical negativa, la mayor representación sindical y su necesaria revisión

Sebastián de Soto Rioja
Magdalena Nogueira Guastavino
Carlos L. Alfonso Mellado
José María Goerlich Peset
Carmen Ferradans Caramés
Ricardo Escudero Rodríguez
Jesús Lahera Forteza
Fernando Luján de Frías
Juan Carlos Álvarez Cortés
Ana Mejías García
Julio Vega López

En la sociedad española se ha extendido, durante los años de la gran crisis económica que empezó en 2008, un sentimiento de insatisfacción y desconfianza hacia las instituciones democráticas que conforman nuestro sistema político. Gobiernos y partidos políticos son el centro de esas críticas, que alcanzan también a los sindicatos y su papel en el marco democrático fijado por la Constitución de 1978 y su posterior desarrollo legislativo.

Los autores de este libro analizan, desde diferentes puntos de vista, el modelo de representación sindical vigente en nuestro país y las debilidades y fortalezas que ha ido evidenciando a lo largo de sus más de treinta años de funcionamiento. Un modelo basado en la doble representación (organizaciones sindicales por una parte, y órganos de representación unitaria en las empresas surgidos de las elecciones sindicales por otra) y un modelo de negociación colectiva de eficacia general y gratuita que extiende sus efectos a la totalidad de los trabajadores, estén o no sindicados.

Problemas como la exclusión del sistema de representación de una parte de los trabajadores, los desajustes entre la realidad empresarial actual y la referenciación de las elecciones sindicales al centro de trabajo, la hiperprotección de la libertad sindical negativa, la dificultad para la promoción de elecciones sindicales, las dificultades para el retorno de costes invertido por los sindicatos en un sistema de negociación colectiva que beneficia igual al afiliado que al no afiliado, entre otros, se revelan para los expertos e investigadores del Derecho del Trabajo como algunos de los puntos críticos del sistema.

Este libro es una compilación de las ponencias de investigación presentadas por especialistas en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de diferentes universidades españolas en las V y VI Jornadas sobre Representación y Libertad Sindical organizadas por la Unión General de Trabajadores en abril de 2014 y junio de 2015.

ÚNETE
POR TUS DERECHOS



*Representación y
Libertad Sindical.
Límites a la libertad
sindical negativa,
la mayor representación
sindical y su necesaria
revisión*

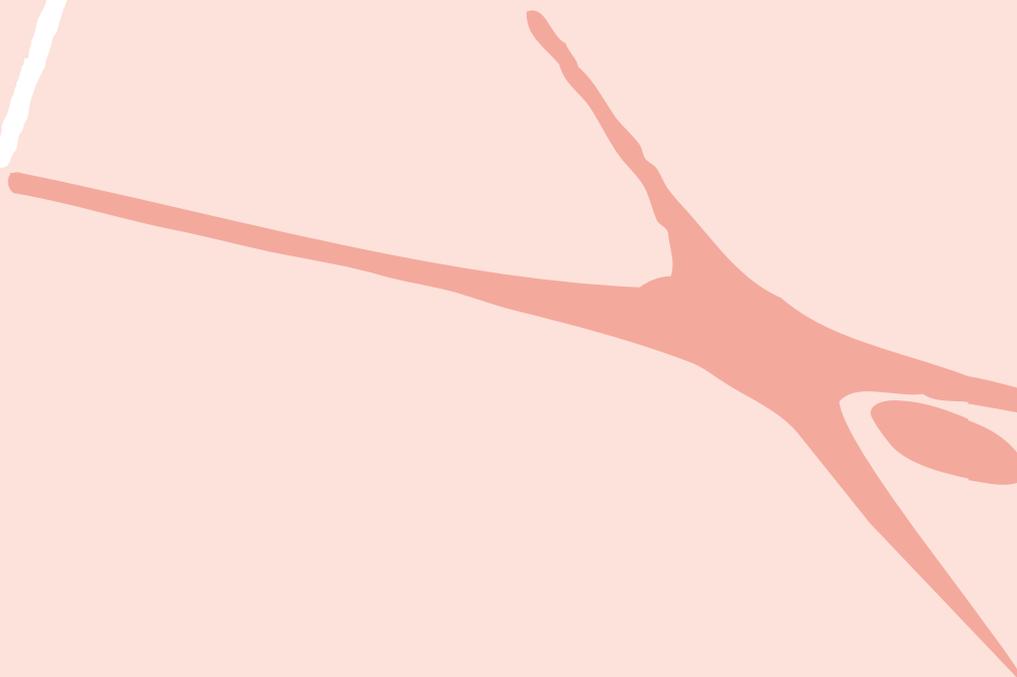
Edita: Comisión Ejecutiva Confederal de UGT
C/ Hortaleza, 88 - 28004 Madrid

Año de edición: 2015
Depósito legal: M-32877-2015

*Representación y
Libertad Sindical.
Límites a la libertad
sindical negativa,
la mayor representación
sindical y su necesaria
revisión*

Sebastián de Soto Rioja
Magdalena Nogueira Guastavino
Carlos Alfonso Mellado
José María Goerlich Peset
Carmen Ferradans Caramés
Ricardo Escudero Rodríguez
Jesús Lahera Forteza
Fernando Luján de Frías
Juan Carlos Álvarez
Ana Mejías García

Prólogo	7
La Libertad Sindical y la promoción de derechos específicos para los afiliados al sindicato en la doctrina académica, en las normativas internacionales y en el derecho comparado	
<i>Sebastián de Soto Rioja</i>	13
Libertad Sindical negativa en EEUU. Del closed shop al Right to work	
<i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	49
La promoción de derechos de los afiliados en la práctica sindical española	
<i>Carlos Alfonso Mellado</i>	103
Libertad Sindical negativa y mejora de las condiciones laborales de los afiliados: un panorama jurisprudencial	
<i>José María Goerlich Peset</i>	119
Cláusulas de seguridad sindical en la Negociación Colectiva: ¿viabilidad de ventajas que fomenten la afiliación sindical?	
<i>Carmen Ferradans Caramés</i>	141
Otras formas de acreditar la mayor representatividad: la dificultad de encontrar un criterio alternativo al de la audiencia electoral	
<i>Ricardo Escudero Rodríguez</i>	167
Reformas y alternativas a la representatividad sindical en España	
<i>Jesús Lahera Forteza</i>	191
La indemnización de la libertad sindical en la jurisprudencia.	
<i>Fernando Luján de Frías</i>	211
La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo más reciente.	
<i>Juan Carlos Álvarez</i>	259
La Libertad de auto-organización Sindical y la designación de Delegados Sindicales/LOLS tras las Sentencias del Tribunal Supremo.	
<i>Ana Mejías García</i>	285



Con la publicación de este libro damos continuidad a una línea de trabajo que pusimos en marcha en el año 2007 consistente en la edición de las ponencias presentadas en las Jornadas sobre Representación y Libertad Sindical que la Unión General de Trabajadores ha venido organizando desde aquel año.

Han sido seis convocatorias en las que se han tratado temas como: el proceso electoral, y el tratamiento que ha de darse a la impugnación de los preavisos electorales, la protección de los candidatos y las prácticas antisindicales; el crédito horario para la actividad sindical y su eficaz administración; la indemnización por daños y perjuicios por conductas antisindicales; las modificaciones legislativas realizadas por el Gobierno del Partido Popular en 2012 en relación con el mercado de trabajo y la negociación colectiva; la representación sindical en la pequeña empresa y las microempresas; y los límites de la libertad sindical negativa.

En esta nueva publicación, la tercera de la serie, recogemos los trabajos presentados en las V y VI jornadas, celebradas en abril de 2014 y junio de 2015, en la que, además de profundizar en el estudio de la libertad sindical negativa, nos centramos en la exclusión de una parte de los trabajadores del sistema de representación sindical, los desajustes entre la realidad empresarial actual y la referenciación de las elecciones sindicales al centro de trabajo, los obstáculos para la promoción de elecciones sindicales, y las dificultades para el retorno de costes invertido por los sindicatos en un sistema de negociación colectiva que beneficia igual al afiliado que al no afiliado.

El trabajo realizado en relación a estos temas no hubiera sido posible sin la colaboración experta y generosa de un grupo de profesionales de distintas ramas del Derecho, todos ellos respaldados por un gran reconocimiento y prestigio en sus ámbitos, que en el año 2012 decidieron constituir con nosotros lo que hemos venido llamando Grupo de Reflexión Permanente sobre Representación y Libertad Sindical. Su implicación y contribución a este espacio de reflexión compartida ha convertido las Jornadas de Representación y Libertad Sindical en un punto de encuentro entre la investigación teórica y la práctica sindical del que creo poder afirmar que ha resultado un enriquecimiento mutuo.

Es por eso que aprovecho esta presentación para expresar nuestro agradecimiento a Carlos L. Alfonso Mellado, Juan Carlos Álvarez Cortés, Ricardo Escudero Rodríguez, Gemma Fabregat Monfort, María Fernanda Fernández López, Carmen Ferradans Caramés, Eva Garrido Pérez, José María Goerlich Peset, Jesús Lahera Forteza, Fernando Luján Frías, Ana Mejías García, José Manuel Morales Ortega, Magdalena Nogueira Guastavino, y Sebastián de Soto Rioja.

Reconocimiento especial merece quien ha sido el coordinador del Grupo de Reflexión, y en gran medida quien lo ha hecho posible, que es el profesor titular de la Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Julio Vega López, que a lo largo de estos años ha coordinado y dinamizado los trabajos del Grupo tanto con su profesionalidad y conocimientos como con su afabilidad personal, con la que se ha ganado nuestro respeto y nuestra amistad.

La Unión General de Trabajadores está a punto de iniciar una nueva etapa de su ya larga historia. La totalidad de las reformas que el Sindicato tiene puestas sobre la mesa del 42 proceso congresual están dirigidas a una sola cuestión, que es adaptar las herramientas de la acción sindical a un mundo en cambio.

Los dos grandes relatos ideológicos, el socialismo y el liberalismo, no son lo que eran hace cincuenta años. El Estado no tiene el papel que tenía hace medio siglo. Aquella economía industrial no se parece a la actual economía del consumo y el conocimiento. El desarrollo tecnológico y la explosión de las telecomunicaciones han cambiado los sistemas productivos y la vida de las personas, también como trabajadores. Pero sigue habiendo precariedad y desempleo. Sigue habiendo explotación

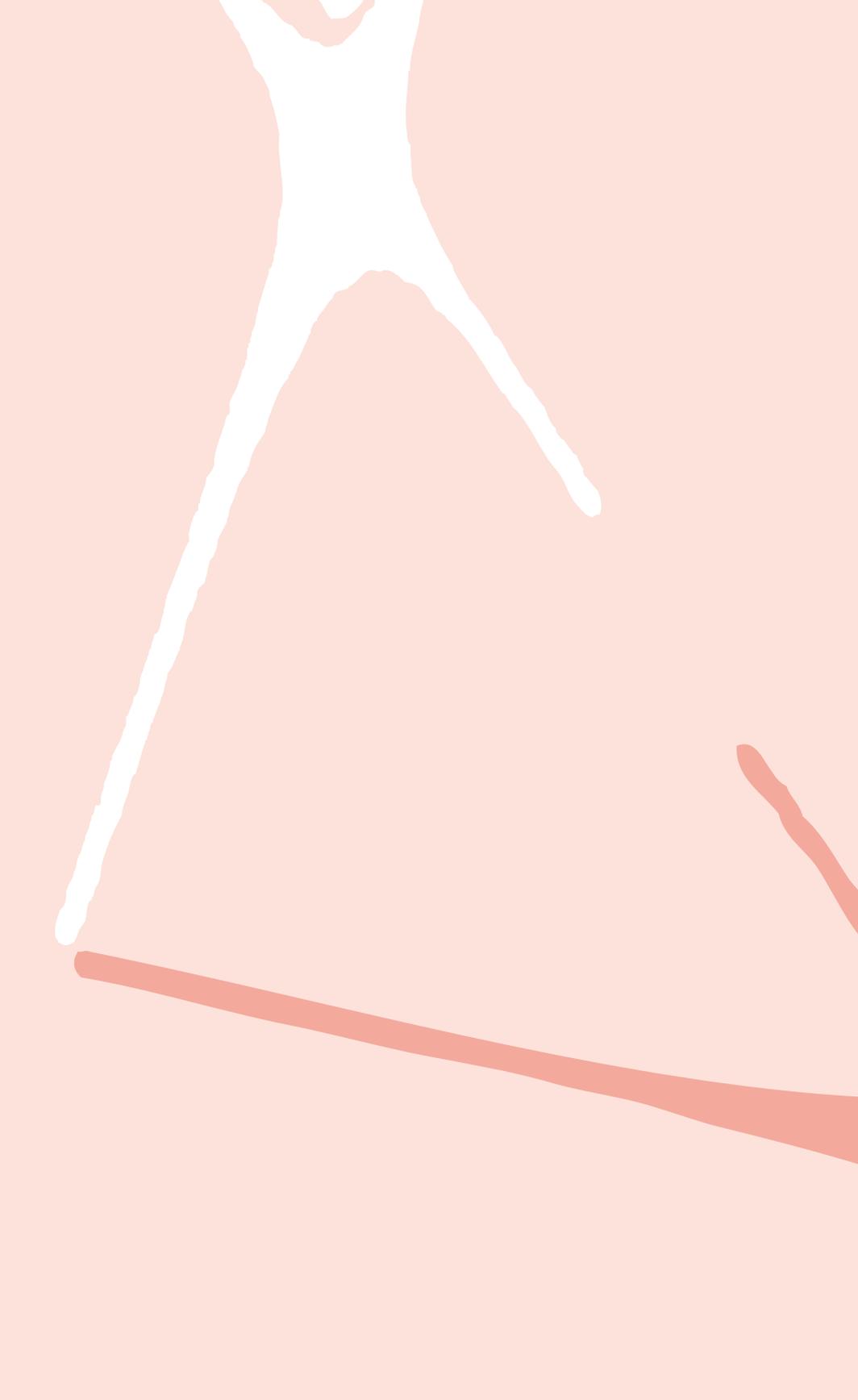
de los trabajadores, condiciones laborales inaceptables, y legislaciones injustas que hay que derogar porque rompen el principio de equilibrio en las relaciones laborales. A pesar de todos los cambios, no ha llegado todavía el momento en que la libertad sindical carezca de sentido, y las organizaciones sindicales somos herramientas imprescindibles para que esa libertad siga cumpliendo su función.

Han pasado más de treinta años desde la Transición democrática, desde el establecimiento de los pilares de nuestro sistema político, y también de la configuración de nuestro sistema de representación sindical. Tenemos por delante la tarea de mejorar la ordenación legal de la actividad sindical y de mejorar la forma de organizarnos para realizar esa actividad. Las Jornadas sobre Representación y Libertad Sindical nos han permitido un diagnóstico sólido sobre el funcionamiento del sistema que nos coloca en inmejorables condiciones para trabajar en su renovación y actualización.

José Javier Cubillo García

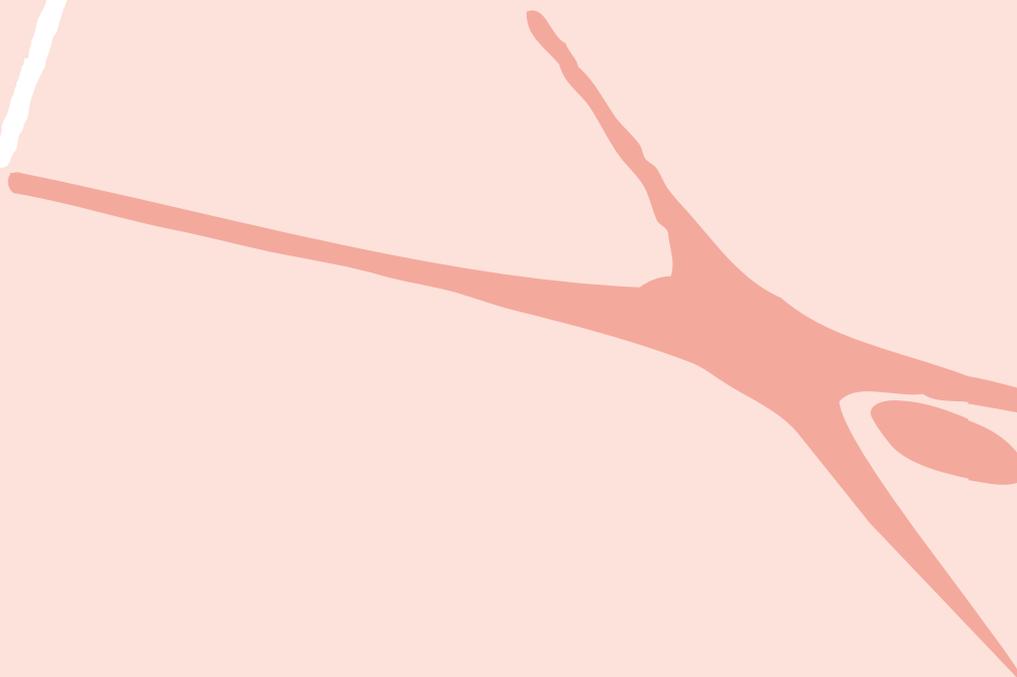
Secretario de Organización y Comunicación
Comisión Ejecutiva Confederal





*LIBERTAD
SINDICAL NEGATIVA
Y MEJORA DE LAS
CONDICIONES
LABORALES DE
LOS AFILIADOS*





La Libertad Sindical y la promoción de derechos específicos para los afiliados al sindicato en la doctrina académica, en las normativas internacionales y en el derecho comparado

Sebastián de Soto Rioja

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva*

1. La libertad sindical negativa, una cuestión conceptual y no sólo terminológica

Toda aproximación a la libertad sindical negativa requiere de la necesidad casi imperiosa de acotar desde un primer momento su exacta significación, pues no son pocas las dificultades y de ahí la posibilidad de caer fácilmente en una importante contradicción. Así, y teniendo en cuenta que la libertad sindical se suele definir en positivo y en sus más estrictos términos, evidentemente por simplificación, como el derecho a fundar y a afiliarse a una organización sindical, en suma, a sindicarse y poner en común los intereses económicos y sociales que le son propios a los trabajadores, en su acepción negativa se tiende a decir que es el derecho que tiene todo trabajador a no afiliarse a ningún sindicato y a que se considere por tanto prohibida toda forma de adscripción al mismo en cuanto que le pueda resultar obligatoria o impuesta.

Las dificultades comienzan a poco que se quiera trasladar esa forma de dotar de significado a un concepto por referencia a lo opuesto o a su contrario de una forma automática y mimética. En este caso, a toda manifestación concreta que pueda predicarse del derecho fundamental de libertad sindical. Algo que suele hacerse al amparo de una supuesta consecuencia lógica del lenguaje o hasta de la propia natura-

leza de las cosas, más que por el propio tenor del texto de las normas, propiciando a veces afirmaciones que tienden a imponerse de forma poco menos que irrefutable, aunque sin reparar en sus consecuencias últimas (AARON, KHAN FREUND, HEPPLÉ), ni en la virtualidad del verdadero concepto a contrastar (HOHFELD, REDMON).

Y es que la libertad sindical es un macro-concepto de contenido muy amplio como otros muchos derechos fundamentales, integrado por diversos tipos de manifestaciones, entre las que se encuentran las que adoptan la forma de auténticas facultades jurídicas, derechos subjetivos y derechos potestativos, pero también las que se comportan como meras libertades, prohibiciones o hasta límites (ALEXY). Manifestaciones que resultan hoy por hoy oponibles frente a todo tipo de sujetos (*drittwirkung*) y que se suelen clasificar desde el prisma más general según supongan un ejercicio individual o colectivo, o conlleven una acción instantánea o de tracto sucesivo. Esto es, en función del carácter de su titular y de sus efectos o consecuencias, así como que representen un acto concreto que se agote con su propio perfeccionamiento o un ámbito dinámico que sirva de título para amparar un tipo de actuación constante y permanente en el tiempo. Por su carácter de derecho fundamental, y no solo en las esferas de los ordenamientos nacionales, aparece también revestido de un régimen jurídico cuando menos dual, con un contenido básico o esencial, irreductible para el propio poder legislativo, además de otro adicional o complementario, cuya concreción y detalle depende del contenido del que se le dote por las respectivas fuentes en cada caso concreto (FERNÁNDEZ; OIT, 2006; OJEDA).

El número de términos jurídicos a emplear, incluidos sus verdaderos opuestos, es así mucho mayor del que en un principio pudiera pensarse: derecho vs. deber u obligación; libertad vs. prohibición; afiliación vs. desafiliación; sindicación vs. autodeterminación individual; Y eso si solo nos fijamos en las nociones primarias, pues junto a éstas se encuentran aquellas otras construcciones complementarias que sirven para definir la naturaleza jurídica de sus principales manifestaciones institucionales o las complejas soluciones con las que se han de solventar los posibles conflictos entre los distintos derechos que le son reconocidos al conjunto de los ciudadanos; como las que diferencian a las asociaciones del resto de formas de organización (RUSCIANO); las que sirven para extender los derechos públicos subjetivos a las relaciones entre particulares o surgidas de una

relación contractual (GARRIDO); la idea de la representación por mandato o apoderamiento voluntario frente a la de la representatividad sindical, establecida directamente por la ley; el contenido propio de un derecho y los límites que representa la existencia de otros de idéntico rango o naturaleza; e, incluso, las que marcan las relaciones y las fronteras entre la autonomía individual y la autonomía colectiva (KIDNER; RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1992).

Evidentemente, una aproximación tan general y abstracta como ésta pronto conduce a una especie de callejón sin salida a poco que se cotejen sus consecuencias últimas como se decía, pues las situaciones finales pueden devenir absurdas -solución hermenéutica que todo intérprete debe rechazar-, de modo que ya debe anticiparse que no todo derecho, menos aún los derechos fundamentales de la persona, tienen un aspecto o significación negativa verdaderamente autónoma, pero menos aún que ésta se haya de predicar con la misma amplitud que el *agere licere* que todo derecho conlleva cuando se presente de una forma explícita en la norma.

Y es que no es lo mismo, evidentemente, el derecho a la vida que el de una asistencia necesaria al suicidio; ni, como llega a recoger el artículo 10.2 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (BOE 251/1999, de 20 de octubre), el derecho a ser informado que n el denominado «derecho a no saber»; o el derecho a la libertad de expresión e información que a guardar silencio y a cumplimentar el deber de sigilo o la obligación de secreto; ni el derecho a la educación con el de la mera potestad de su no aprovechamiento, por mucho que el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH llegue a reconocer el derecho sustantivo con una formulación negativa: “*a nadie se le puede negar el derecho a la instrucción*”. Todo ello, por supuesto, con independencia de la necesidad de dotar de una significación concreta a cualquier mención jurídica que se manifieste por la norma, incluso, cuando pudiera considerarse ya ínsita en el propio texto principal al que complementa, pues podrá predicarse entonces su mero carácter declarativo y no constitutivo.

De hecho, y a poco que se repasa cualquier catálogo o Declaración de Derechos pronto se descubre que son pocas y muy limitadas las acepciones negativas que se contienen de los mismos, normalmente referidas además, salvo notables excepciones (vgr., el derecho a no

declarar contra uno mismo en relación a la presunción de inocencia), a derechos de acción y con un innegable plano colectivo, como es el caso del derecho de asociación, de la libertad sindical o de la libertad ideológica, religiosa y de creencias, sin que lleguen a proclamarse como verdaderos derechos subjetivos perfectos, sino más bien como límites o prohibiciones específicas respecto de estos.

El debate sobre la libertad sindical negativa se reduce así muy considerablemente y desde su inicio a los conflictos principales que provee la relación triangular que supone la existencia de dos titulares de un derecho de idéntico *nomen* y parecido contenido, como es el de sindicación, esto es, el trabajador persona física y la organización que crean las personal; y el de un sujeto obligado y principal como es el Estado, sobre todo cuando el derecho se proclama con carácter universal o fundamental.

En efecto, toda mención a la libertad sindical negativa o al derecho a no afiliarse a un sindicato supone en realidad hacer alusión a dos tipos de situaciones muy distintas y respecto de las cuales las posiciones -tanto doctrinales como legislativas- son también claramente diferenciadas, sin que en ningún caso represente este derecho de libertad una especie de garantía absoluta del individuo a quedar inmune o extramuros de toda actuación que pueda calificarse como sindical, o derivada de una acción sindical.

Así, y en primer lugar, la libertad sindical negativa tiene una acepción principal que nadie cuestiona en ningún sistema democrático de relaciones laborales y que supone considerar vedada la posibilidad de que la legislación imponga la afiliación sindical como condición *sine qua non* para el desempeño de una prestación laboral. Es lo que ocurría, por ejemplo, con los denominados sistemas nacional-socialistas o nacional-sindicalistas, en los que la adscripción preceptiva y obligatoria de todos los trabajadores -a veces, también, de los empresarios- a un tipo de organización denominada sindicato, se considerará contrario al verdadero concepto de libertad jurídica. Por falta precisamente de una mínima capacidad de opción más que por ausencia de unión o sindicación de intereses profesionales, toda vez que el reconocimiento de la libertad sindical debe conllevar tanto la posibilidad de una pluralidad de organizaciones como la capacidad potencial de abstención, sin que pueda llegar a conceptuarse por ello mismo, como tal, la llamada libertad positiva, si obligatoria o única posible (RUIZ).

La segunda acepción de la libertad sindical negativa es aquella que sirve para plantear el límite de las presiones que se pueden establecer con vistas a conseguir la afiliación del trabajador, aunque su voluntad sea inducida, a uno o a un determinado sindicato. Es decir, la legitimidad de los incentivos que se pueden instaurar para procurar la efectiva sindicación del trabajador; o, alternativamente, para proscribir los perjuicios y reparar los daños que le pueda deparar su decisión de no afiliación, o de separación y desafiliación que no siempre es exactamente lo mismo. Sobre todo, en aquellos casos en que esa exclusión no es voluntaria sino impuesta, pues rememora entonces el problema de las garantías de necesario funcionamiento interno democrático de las organizaciones.

Esta segunda acepción tiene la principal virtualidad de situar la controversia entre los planos individual y colectivo de ese mismo derecho que es la libertad sindical, es decir, entre el trabajador y la organización sindical, y no entre éstos y el Estado, más allá del hecho de que sea el Ordenamiento jurídico el que en última instancia provee el escenario por el que aquel conflicto se puede producir.

A diferencia del supuesto anterior, la ley no tomará ahora un partido tan decisivo, dejando a los actores un cierto margen de actuación, aunque eso sí, resultando determinante la fijación de ciertos límites que se considerarán infranqueables en todo caso.

Por ello, los problemas que provee la libertad sindical negativa -mejor, la libertad de la que goza todo individuo a la no afiliación sindical-, se plantean con mayor virulencia en aquellos sistemas de relaciones laborales calificados tradicionalmente como abstencionistas (KHAN FREUND) o no intervencionistas desde el punto de vista de la promoción del hecho colectivo (*«abstention of the law»*), en los que se confía a la capacidad de organización y de autoafirmación de cada parte la fórmula para conseguir los principales acuerdos de funcionamiento y, en definitiva, la paz laboral (WEDDEBURN). En el entendido de que los únicos sujetos o actores preponderantes han de ser los de carácter colectivo, más que los de naturaleza individual.

En ese marco de autoorganización, normalmente también de autofinanciación y sustento, es en el que se ha situado la verdadera causa por la que se somete a debate y enjuiciamiento la existencia de un derecho negativo de sindicación o libertad individual de no afiliación. Pues

son las denominadas cláusulas de seguridad sindical (*union security*), en cuya virtud se condiciona el empleo o el disfrute de una determinada ventaja a la afiliación o al sustento de una determinada opción sindical, las que se considerarán legítimas o excesivas según el nivel de presión (compulsión) que conlleven. Cláusulas que, en todo caso, nacerán de la autonomía colectiva y que en ningún momento deben confundirse con aquellas otras que prohíban el ejercicio en sentido positivo del derecho de sindicación (*yellow dog*), universalmente vedadas para todo tiempo y lugar (CORDOVA y OZAKI; HAGGARD).

Sus fundamentos esenciales han de localizarse en el concepto mismo de autonomía colectiva, en la libertad de autorregulación y en la disponibilidad de poderes y ámbitos que corresponden exclusivamente a las partes, más allá del uso de otros argumentos complementarios y más pragmáticos como el de poder elegir con quien se trabaja o de elusión de *free riders* (MOURHOUSE).

La cuestión terminológica resultante es de nuevo significativa de la riqueza y complejidad de los enfoques, quedando llena de voces propias la panoplia de situaciones que generan estos marcos de actuación, como las que representan: «the right to work law», «union (conscientious) objection», «political and ideological funds (secret ballots)», «open union system», y de formal mucho más general aún, a través del concepto universalizado, de «closed shop» (McCARTHY).

2. Los diferentes derechos en conflicto y las posibilidades de su gradación

Cuando se cuestiona o se defiende una determinada amplitud de la llamada libertad sindical negativa, lo que en el fondo se somete a debate es la virtualidad de todo un modelo de relaciones laborales, más concretamente el extendido entre los países de influencia nórdica y anglosajona. Pues qué duda cabe que todos los sistemas, al menos los que se pueden calificar como democráticos, buscan un mismo objetivo aunque sea a través de determinados medios o herramientas. Y es que sin una mínima implantación sindical difícilmente puede existir un verdadero modelo de negociación colectiva, en el sentido de eficiente, salvo que la propia ley lo supla con una mayor reglamentación del mercado y de las condiciones de trabajo y/o con una extensión incluso masiva de los ámbitos subjetivos y personales, así como de su propia eficacia jurídica. De ahí que la cuestión sea el cómo o por

quién se ha de sustentar y conseguir ese afianzamiento (*right to organize*) sindical, en tanto que parece que los fines a compartir, hay que insistir, son los mismos en todos los casos.

Las claves se han de encontrar por tanto más que en la tradición como a veces suele afirmarse (*Heritage*), en los modos para conseguir esa consolidación, que a la postre no es más que una opción de política del derecho. Si mediante una intervención pública promocional decisiva, la más extendida a nivel continental y latino, que incluya unas garantías mínimas de infraestructura y hasta una parte más o menos esencial de sus necesidades de financiación; si mediante la apuesta por el fortalecimiento de su base asociativa, que puede ser también el del conjunto de la población representada y beneficiada por su actuación, en el bien entendido de que ambos tipos de acciones no se han de mostrar siempre como fórmulas alternativas y contradictorias sino más bien como complementarias, aunque siempre resultará una más preponderante que la otra. Regulaciones jurídicas como las relativas a los tipos de representación de los trabajadores en la empresa, al papel institucional del sindicalismo o a la misma eficacia de la negociación colectiva (GARCÍA PERROTE y DESDENTADO), se mostrarán así como instrumentos coadyuvantes de una u otra opción.

Ciñéndonos al tema que nos ocupa, y a poco que se acepte la singularidad que representa el hecho de que las organizaciones sindicales no se limitan estrictamente a la defensa de los intereses profesionales de un grupo concreto de trabajadores sino que aspira a la tutela de todos aquellos (económicos y sociales) que le son propios al conjunto, para lo que suele ser vital la consecución de una cierta unidad sindical -que es otro valor en sí mismo considerado en todos los sistemas-, se comprenderá mejor que cuando un trabajador individual se vecernido a cursar una afiliación formal en un sindicato, o a sustentar con su aportación personal a este tipo de organizaciones, los derechos que se suelen oponer son, además de la propia libertad sindical en alguna de sus concretas manifestaciones (prohibición de afiliación obligatoria y derecho a afiliarse al sindicato de libre elección), el derecho trabajo -si éste se encuentra de alguna forma comprometido-, a la libertad ideológica y a la objeción de conciencia (KALIN), a la libre expresión, opinión y pensamiento (EMERSON); e, incluso, a la igualdad y a la no discriminación si se trata de justificar el acceso a una determinada ventaja o para defender la proscripción de una que se le deniega por ese mismo criterio de la no afiliación.

Debe notarse en todo caso que cualquier posición que se adopte en la definición de estos modelos debe ser compatible con el hecho de que a los trabajadores afiliados y sindicados se les reconozca por la propia ley un estatuto de derechos con contenidos diversos que a aquellos que deciden libre y voluntariamente no ejercitarlo. Muy especialmente a los que ejercen el rol de representantes en sentido estricto, por su mayor implicación y por tanto de exposición. De ahí que la cuestión central estriba en no pocas ocasiones en si el grado de presión a la afiliación que puede llegar a representar el reconocimiento de esos derechos específicos a los trabajadores sindicados se puede considerar proporcionado o desproporcionado en relación al fin que se persigue. Conflicto que tradicionalmente se ha planteado más en sede del tratamiento legal que se dispensa a las organizaciones (representatividad), que entre trabajadores como personas físicas.

Dogmáticamente, el debate se ha de plantear siempre como un conflicto entre derechos o, si se prefiere, entre derechos e intereses y bienes jurídicamente protegidos (*ballancing*), siendo un error la simplificación que representa la supuesta igualdad y necesidad de reconocimiento de los dos aspectos de un mismo derecho (MARTÍN DE OTTO). Pues como tal, el derecho en su versión negativa, o de abstención, es más una negación del propio derecho que un derecho a no hacer o hacer lo contrario de lo que se protege.

Por eso, cuando se habla de una libertad sindical negativa a modo de derecho público subjetivo o derecho perfecto, de llegar a sus últimas consecuencias, habría que otorgarle no solo los mismos medios de tutela que al derecho de sindicación, sino lo que es más importante, el mismo régimen de garantías de indemnidad e igualdad, de plena y completa equiparación, para evitar cualquier perjuicio que pudiera acarrear su ejercicio, que en ese caso se manifiesta como abstención o inacción al ser uno no ejercicio. Porque eso supone en realidad el reconocimiento de un verdadero derecho. Algo que no se llega a defender, ni siquiera, por los que postulan la más amplia acepción de esta libertad individual (VON PRONDZYNSKI).

Contenidos específicos en positivo que pueden materializarse a través del reconocimiento de un acceso preferencial al empleo, o a su mantenimiento; a un determinado régimen de condiciones de trabajo; o, en un tono mucho menor, como el que conocemos en nuestro Ordenamiento nacional, a través de ciertas garantías procedimentales

en los supuestos de expedientes de naturaleza sancionadora; de preferencia en el mantenimiento del empleo o de las condiciones de trabajo; o, en otro orden, a través de un tratamiento fiscal más beneficioso para el importe que se abona en concepto de cuota por afiliación.

Es cierto que las primeras manifestaciones son las más genuinas y eficientes desde el punto de vista del reforzamiento del papel del sindicato a la luz del sujeto beneficiado, pero también, y quizás por ello, las más propicias para que generen ciertas prácticas abusivas y rechazables. De ahí que incluso en los sistemas en los que surgieron y tradicionalmente imperaron hayan sido poco a poco suavizadas hasta la consecución de un nuevo equilibrio, bastante más matizado, y probablemente también más justo y respetuoso con las diferentes aproximaciones que pueden realizarse a esta singular realidad.

3. El tratamiento de la prohibición de la afiliación forzosa en las normas internacionales

Situados en el escenario que representa, a efectos de su valoración o evaluación, la necesidad de incluir toda cláusula de seguridad sindical en el diseño del entero modelo de relaciones laborales de un país, como un punto más de su equilibrio, pronto se comprenderá el exquisito tratamiento que presentará el conjunto de los instrumentos internacionales en relación al hecho de tutelar la no afiliación. Hasta el punto de que serán muy pocos los convenios y tratados que se pronuncien sobre el mismo, sin perjuicio de que hagan expresa reserva además, cuando lo hacen, acerca de su no aplicación en la resolución de este tipo de manifestaciones.

3.1. A nivel mundial

a) La Carta Internacional de Derechos Humanos

El artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas promueve el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales sin que se pueda hacer distinción alguna por motivos de raza, sexo, idioma o religión. En desarrollo de ese precepto y siguiendo el mandato del propio artículo 56, que ordena la consecución de esos objetivos, se han elaborado en el seno de la Organización de Naciones Unidas una serie de instrumentos jurídicos que son los que com-

ponen la Carta Internacional de Derechos Humanos. En concreto, los instrumentos son cuatro: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Protocolo Facultativo de dicho Pacto y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Entre los preceptos de la Declaración se pueden encontrar hasta dos normas directa o indirectamente relacionadas con la libertad negativa de sindicación. El artículo 20, referido a la libertad de reunión y de asociación, y el artículo 23.4, específico sobre el derecho de sindicación. En el primero de ellos se encuentra la que podemos denominar única referencia a nivel mundial del perfil negativo de la libertad de asociación, en el que se establece que *“Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”*. Una mención que, como se verá, también se intentó introducir durante el debate de gestación del Convenio núm. 98 de la OIT sin que se obtuviera sin embargo el mismo resultado. Para su introducción será clave la enmienda presentada por el representante uruguayo con base ciertamente en la propia autolimitación de su ámbito objetivo. Y es que la garantía se referirá exclusivamente a la libertad de asociación sin llegar a afectar al régimen del derecho de sindicación, como lo demuestra el rechazo a la inclusión de una fórmula idéntica en la regulación de éste (OIT, 1955). En todo caso es de interés notar también que la Declaración contiene una regulación específica de la libertad sindical que no se construye como una especie del género común libertad de asociación.

En ese sentido, la idea a resaltar es que este artículo 23.4 declara el derecho autónomo que tiene toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse en estos para la defensa de sus intereses, sin que se aprecie mención alguna a la facultad del trabajador de quedar excluido en todo caso del radio de influencia de las organizaciones sindicales.

Es cierto que la exigencia de una definición negativa de cada derecho puede considerarse como una técnica jurídica inadecuada, especialmente cuando se incluyen varios derechos de la misma naturaleza y cuando esa misma aclaración ya se ha decretado en relación al que se puede considerar como concepto más genérico o común. Sin embargo, y aún cuando la influencia de la Declaración en otros textos normativos supranacionales o meramente estatales ha sido innegable, lo cierto es que esta mención de la libertad negativa de asociación constituye probablemente uno de los preceptos con menor

seguimiento de todos los que contiene la Declaración Universal de Derechos Humanos. Hasta el punto que los propios Pactos que vienen a desarrollarla y a hacer ejecutivo su contenido no lo harán.

En efecto, tanto el PIDCP, en su art. 22, como el PIDESC, en su art. 8, incluyen sendos reconocimientos de la libertad sindical¹. Sin embargo, en ninguno de ellos se contendrá referencia alguna ni al derecho a no asociarse, ni al de no afiliación o sindicación. Puede adelantarse que el mandato que desde Naciones Unidas se dirige a todos los Estados Miembros en materia de libertad de sindicación es similar, por no decir idéntico, al que proclama la OIT, pues no en vano

¹ El artículo 22 del PIDCP establece que:

1. *Toda persona tiene el derecho de asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.*
2. *El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.*

El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas o de la policía.

3. *Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.*

Por su parte, el artículo 8 del PIDESC establece que:

1. *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:*

- a) *El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás;*
- b) *El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas;*
- c) *El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos;*
- d) *El derecho a la huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.*

2. *El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.*

3. *Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.*

Naciones Unidas hizo suya la Resolución de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y de negociación colectiva.

Los antecedentes de los artículos 8 y 22 de los Pactos Internacionales muestran además que la falta de concordancia con la fórmula negativa del artículo 20.2 de la Declaración no fue casual. Dos enmiendas se llegaron a presentar con ocasión del artículo 22 del PIDCP, por las que proponía la inclusión del principio de que *“nadie podrá ser obligado a afiliarse a una asociación”*, y en ambos casos serán rechazadas. Y eso que la referencia era exclusiva para la libertad de asociación, bien porque se buscaba subrayar un aspecto importante de la misma, bien porque se entendía necesario estar seguros de que nadie pudiera ser forzado a unirse a determinados tipos de organizaciones, como partidos políticos, en contra de su voluntad. A pesar de la clara distinción que quiso establecerse, el temor a que una redacción de esta naturaleza pudiera resultar finalmente perjudicial para el funcionamiento efectivo de los sindicatos hará que se rechazaran las propuestas. De ahí que no pueda entenderse, ni siquiera mediatamente, como una obligación derivada de la Carta Internacional de Derechos Humanos la necesidad de reconocer el derecho o la libertad a la no sindicación (VALTICOS).

Por lo demás, la reglamentación de la libertad sindical que se incluye en estos Pactos Internacionales presenta tres importantes principios que van a constituir una constante en casi todos los instrumentos supranacionales posteriores, ya tengan éstos carácter universal o regional. En primer lugar se afirma un derecho de sindicación, de titularidad tanto individual como colectiva, siempre en positivo. La libertad sindical incluye tanto el derecho a fundar organizaciones sindicales como a la libre elección de sindicato. La segunda nota a destacar es la presencia en ambos Pactos de una cláusula salvaguardia, y es que cabe el establecimiento de limitaciones adicionales al ejercicio del derecho de sindicación. La ley puede establecer ciertas condiciones en beneficio de la seguridad nacional, del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos, una fórmula lo suficientemente amplia como para legitimar opciones legislativas de política sindical, que sólo se reducen parcialmente al requerirse la prueba de su necesidad en una sociedad democrática. Por último, se incluye una remisión en bloque a la normativa aprobada en el seno de la OIT sobre el derecho de sindicación, que ha de entenderse en concreto

a los Convenios 87 y 98, por la que se impide el uso de estos Pactos como títulos legitimadores para menoscabar las garantías establecidas en esas normas. La expresión es tan gráfica que puede llegar a desvirtuar, si se apura, hasta el papel neutral del Derecho Internacional en la dialéctica libertad sindical positiva-libertad sindical negativa. Así, cuando se afirma que “*nada de lo dispuesto autorizará a los Estados... a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la Ley en forma que menoscabe dichas garantías*”, podría llegar a concluirse que la legislación de Naciones Unidas impide un pronunciamiento expreso en contra de toda forma de seguridad o garantía sindical. Lo que no deja de ser una conclusión a rechazar por no pretendida, pues si algo caracteriza al legislador internacional es precisamente su indefinición acerca de este tipo de cláusulas, como ahora se tendrá ocasión de comprobar

b) Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo

Aunque es difícil encontrar en los primeros textos internacionales preocupados por el trabajo por cuenta ajena referencia alguna al derecho de libertad sindical, una vez que se adopta la Declaración de Filadelfia (1944) y se modifica la Constitución de la OIT, pronto surgirán los dos Convenios principales sobre la materia. El Convenio 87, sobre «*la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación*»; y el convenio 98, sobre «*el derecho de sindicación y de negociación colectiva*», ambos gestados conjuntamente en la reunión de la Conferencia de 1947, pero aprobados, respectivamente, en 1948 y 1949.

También en esta ocasión se reproducirá el debate acerca de las salvaguardias de la libertad sindical individual. Consecuente con su línea argumental, la delegación de los empresarios presentó una enmienda por la que se incluía expresamente en el artículo 2 del Convenio 87 el derecho de los trabajadores y empresarios «a no afiliarse a una organización»; enmienda que sin embargo rechazada tras una breve discusión según las propias fuentes internacionales (DE SOTO, 1998). El texto final incluye en sus artículos 2 y 5 un amplio reconocimiento de la libertad sindical individual y colectiva, sin ninguna mención al aspecto negativo de la misma. Establece un tratamiento paralelo para empresarios y trabajadores y se refiere además a cualquier clase de «organización» que tenga por objeto fomentar y defender sus intereses, sin necesidad de que adopten la fórmula de la asociación sindical (art. 10). Se reconoce en fin, sin ninguna distinción y sin necesidad

de autorización previa, el derecho a constituir las organizaciones que estimen por convenientes (trabajadores, empresarios o sindicatos) o a afiliarse a la organización que deseen con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

La inclusión de la libertad de elección fue en este caso concreto el tema más conflictivo de todos pues ponía en tela de juicio los sistemas de sindicato único que la ley, directa o indirectamente, establece en algunos países. Se entiende la unidad sindical como un objetivo legítimo siempre que no venga impuesta desde la ley y proceda de un ejercicio libre de voluntad de los trabajadores y de sus organizaciones. Se limita así la tendencia a la eliminación de la multiplicidad sindical por la vía de la promoción del sindicato más representativo, exigiéndose un criterio de selección objetivo e independiente, que pueda ser reexaminado periódicamente y siempre que no impida el funcionamiento normal del resto de los sindicatos.

El derecho a la elección de sindicato con la única condición de observar los estatutos del mismo no se plantea, sin embargo, frente a la organización sindical, de modo que ésta no tiene que comportarse como una asociación forzosamente abierta. El papel principal a desarrollar por el Convenio núm. 87 era el de garantizar la libertad sindical respecto a los poderes públicos, siendo misión de otro Convenio complementario el de responder a la preocupación de salvaguardar los derechos sindicales en relación con los copartícipes sociales, en especial, con los empresarios y sus organizaciones.

Ese otro Convenio es el ya citado y más que conocido, núm. 98, en el que también se volverá a abordar la cuestión de la libertad negativa de sindicación con motivo del tratamiento expreso de las denominadas cláusulas de seguridad sindical. En esta ocasión el informe explicativo recogerá un más enconado debate entre las partes pues no en vano ya estaba aprobado el artículo 20.2 de la Declaración Universal. Sin embargo, y conforme al resultado de las votaciones, y sobre todo con base en su carácter jurídicamente no vinculante, su diferenciación con el artículo 23 y el propio contenido de los Pactos de desarrollo, el texto propuesto por la Oficina dejará expresamente al margen toda mención explícita al derecho o libertad a la no afiliación, excluyendo de manera consciente cualquier previsión acerca de “toda clase de convención libremente concluida en el seno de un convenio colectivo aunque haga de la afiliación a un determinado sindicato una

condición del empleo”. Y eso que este Convenio núm. 98 respondía a la preocupación de salvaguardar los derechos sindicales en el ámbito de las relaciones entre sindicatos y empleadores, a diferencia del anterior, cuyo fin principal era el de garantizar la libertad sindical frente a los poderes públicos.

El contenido final del Convenio 98 permite afirmar que una de las obligaciones principales que impone la OIT en materia de libertad sindical a todo Estado miembro que ratifique estos instrumentos es la de evitar toda discriminación en el empleo basada en la afiliación sindical. La protección se extiende no sólo a los casos de exclusión o despido, también a cualquier acto que perjudique al trabajador en su relación contractual por ese criterio de distinción. Queda también limitada la autonomía individual a la hora de renunciar al ejercicio del derecho de sindicación mediante una estipulación contractual [art. 1.2.a)]. La normativa, por último, otorga también el derecho a los trabajadores y sindicatos a fundar las organizaciones que estimen convenientes y afiliarse a la de su elección.

El reconocimiento de la libertad de sindicación y del derecho de elección de sindicato sólo permite, pues, la conclusión de disposiciones y acuerdos colectivos que promuevan la afiliación, pero no de aquellos que impidan la afiliación o una libre selección de la organización sindical. En ningún caso, ni expresa ni tácitamente, se entienden protegidos por la norma internacional los supuestos de separación del empleo por la no afiliación, sin que esto signifique tampoco que se permita una legislación que imponga la sindicación forzosa o la afiliación a un sólo sindicato. En suma, la normativa no fuerza al trabajador a asociarse, pero tampoco prohíbe que se le pueda presionar para que lo haga. Sobre todo, si ese tipo de compulsión o recomendación no se realiza por el Estado.

Es por ello que la normativa de la OIT en relación a la libertad de no afiliación se puede definir como exquisitamente neutral, en palabras del Comité de Libertad Sindical *“[la normativa OIT] no debería interpretarse en el sentido de que autoriza o prohíbe las cláusulas de seguridad sindical,... De conformidad con esta precisión, los países -y con más razón aquellos en los que existe pluralismo sindical- no estarían obligados en modo alguno, de acuerdo con el Convenio, a tolerar, sea de hecho sea de derecho, las cláusulas de seguridad sindical, mientras que los otros países que las admiten no se verían imposibilitados de ratificar*

el Convenio”. Doctrina que se aplicará también a la hora de resolver la quejas elevadas contra el Gobierno de España y presentadas por la Confederación Sindical de Trabajadores de Cataluña y la Intersindical Nacional de Trabajadores Gallegos, en el Informe núm. 243, Caso 1320, de 1985, en relación a los criterios para determinar el sindicato más representativo, los privilegios de los sindicatos más representativos y, sobre todo, el régimen jurídico del canon de negociación de convenio (BORRAJO, MONTOYA).

3.2. A nivel europeo

a) El Consejo de Europa: la Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta Social Europea

En desarrollo de los principios constitutivos de la Organización de Naciones Unidas y, muy fundamentalmente, como consecuencia de la ausencia de obligatoriedad jurídica de la Declaración Universal, a partir de los años 50 del siglo pasado comenzaron a surgir distintos instrumentos internacionales a nivel regional con el objetivo común de adaptar al marco respectivo las directrices generales y de dispensar una más eficiente tutela de los derechos fundamentales frente a las coyunturas políticas que en cada momento pudieran atravesar los países miembros de la comunidad internacional. Nacieron así los diferentes instrumentos regionales que representan la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969), la Convención de Normas del Trabajo de la Liga de Estados Árabes (1966) o la Carta Africana sobre Derechos Humanos y Derechos del Pueblo (1981). Pero el precedente de este movimiento y guía para las experiencias más recientes se encuentra sin duda en la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas (CEDH), aprobada el 4 de noviembre de 1950 en el seno del Consejo de Europa y ratificada por España en 1977.

La Convención, dotada de un mayor poder coercitivo que su precedente universal (*ius cogens*), cuenta para su vigilancia e interpretación con órganos específicos como son la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuya jurisdicción, obligatoria en el caso español, es imprescindible conocer para el estudio de sus implicaciones a nivel interno. Los preceptos centrales se encuentran en los artículos 9, 10, 11 y 14 del Convenio, referidos a la libertad de pensamiento y religión, a la libertad de expresión y de opinión,

a la libertad de reunión y asociación y a la prohibición de discriminación, respectivamente. Sobre todo por una sencilla razón, porque todos ellos son traídos a colación y evaluados por la jurisprudencia del Tribunal en casi todos los casos en que se ha sometido a debate alguna cuestión relacionada con la libertad sindical y, más específicamente aún, con la aplicación de las cláusulas de seguridad sindical imperantes en algunos países miembros (DUGDALE y RAWLINGS, HIGGINS).

Desde un punto de vista técnico jurídico destaca la diferente concepción que sobre el derecho de libertad sindical incluye el artículo 11 CEDH respecto de otros textos internacionales que sin duda le sirvieron de referencia y que fueron prácticamente coetáneos, como son la propia Declaración Universal y los Convenios núm. 87 y 98 OIT. En primer lugar, por la falta de un reconocimiento específico y autónomo del derecho de sindicación. El apartado 1 reconoce a toda persona el derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. Una fórmula conjunta que incluye a la libertad sindical a modo de apéndice de la libertad de asociación. Se reconoce además como un derecho de perfil netamente individual, sin referencia alguna a su esfera colectiva, recordando a las primeras Declaraciones de Derechos de la época liberal en las que el destinatario de las obligaciones era el Estado con carácter exclusivo. A diferencia de otros textos no se reconoce de forma expresa un derecho de libre elección de sindicato, ni tampoco de no asociación o de no sindicación, aunque ello no haya sido óbice para considerarlos incorporados al cuerpo del Convenio por parte del órgano jurisdiccional encargado de su interpretación y aplicación.

También el segundo apartado de este artículo 11 se separa del modelo que pudiéramos denominar común hasta entonces. Su cláusula de reserva o salvaguardia permite a los Estados, destinatarios de las obligaciones del Convenio, limitar el goce de los derechos y libertades de sus ciudadanos en situaciones excepcionales o que convengan para el ejercicio de otros derechos, formando un contrapunto importante en el concepto global del derecho o libertad fundamental. Una cláusula casi de estilo, como se vio en el estudio de los Pactos Internacionales de la Carta de Naciones Unidas, pero con gran influencia en los textos internacionales que se han aprobado con posterioridad.

La Carta Social Europea (1961) es el otro gran referente internacional de carácter regional y la principal aportación del Consejo de Europa en el campo de los Derechos Sociales. Junto a la declaración de derechos civiles y políticos que contiene el CEDH, la Carta surge a modo de texto especializado en el campo socio-laboral, con el que se viene a reconocer un amplio catálogo de derechos de muy diversa naturaleza, de entre los que destaca el derecho al trabajo (art. 1), a la libertad sindical (art. 5) y a la negociación colectiva (art. 6). Sin embargo, la compleja estructura de la Carta, dividida en cuatro partes; las diferentes opciones que poseen los Estados a la hora de garantizar sólo algunos de los derechos incluidos; la propia flexibilidad con que son reconocidos los derechos; y el insuficiente sistema de protección previsto, han hecho que la Carta Social Europea no haya cumplido con las expectativas que nacieron al tiempo de su aprobación (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1961 y 1989).

Respecto del tratamiento de la libertad sindical y del derecho de no sindicación, puede afirmarse que se está ante un nuevo producto del compromiso internacional en aras de conseguir la compatibilidad de todos los sistemas de relaciones laborales vigentes en Europa. Así, el art. 5 de la Parte II reconoce una libertad sindical de una forma tan amplia que ni siquiera se menciona a los sindicatos, sino que está destinado a proteger a cualquier organización local, nacional o internacional de trabajadores o de empresarios para la protección de sus intereses económicos y sociales. Pero donde la búsqueda del equilibrio se hace más patente es en el tratamiento del derecho al trabajo. El art. 1.2 de esa Parte II reconoce “el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido”, y antes de que pueda surgir la posibilidad de alguna construcción en torno a este derecho, el también art. 1.2 del Anexo ya aclara de forma inmediata que “esta disposición no deberá interpretarse en el sentido de que prohíba o autorice cualesquiera cláusulas o prácticas de seguridad sindical”.

No obstante lo anterior, es conveniente hacer alguna consideración complementaria acerca de estos preceptos antes de pasar a otro apartado. La referencia es, sobre todo, a la doctrina que divulga el Comité de Expertos Independientes, a la postre, órgano principal en la interpretación y vigilancia sobre la aplicación de los mandatos de la Carta. Algo que aclarar también es que se trata de una construcción muy influenciada por la que realiza el TEDH, lo que se ha hecho más patente aún en los últimos años en materia de libertad negativa de sindicación. El problema en concreto es el de la aplicabilidad de

la salvaguardia del art. 1.2 del Anexo no sólo a la interpretación del derecho al trabajo, sino a la proclamación genérica de la libertad sindical que se incluye en el art. 5. Es en relación a este punto donde se observa una notable evolución de las posiciones del Comité de Expertos acorde con los pronunciamientos del TEDH. Se ha pasado de una postura inicial muy respetuosa con la legislación interna de los Estados firmantes, en la que se rehuía, conforme al espíritu del Tratado expresado en sus trabajos preparatorios, tomar posición alguna en relación a las cláusulas de seguridad sindical, a otras en las que primero se sometía a estudio su legalidad en función del contenido del derecho positivo de libertad sindical, para después adoptar una postura más beligerante. De forma genérica, la posición del Comité se puede sintetizar en los siguientes puntos:

- La Carta prohíbe toda forma de sindicación obligatoria que venga impuesta por una política estatal; mención ésta idéntica a la del Comité de Libertad Sindical de la OIT y que, en realidad, fue integrada entre sus conclusiones desde las primeras reuniones del Comité de Expertos Independiente.

- Aunque no se condenan expresamente las cláusulas de seguridad sindical, es conforme a la Carta prohibir el despido de un trabajador por el hecho de que no sea miembro de un sindicato o de un sindicato determinado.

- Es contraria a la Carta una disposición que autorice a un empleador a despedir a un trabajador que rechace ser miembro de un sindicato o de un sindicato determinado aun cuando supiese, al ser contratado, que el empleador subordinaba el empleo en la empresa a la afiliación a un sindicato o a un sindicato determinado.

- Son contrarias a la Carta aquellas disposiciones que autoricen el despido de un trabajador que rechace continuar afiliado a un sindicato aunque supiese, en el momento de ser contratado, que el mantenimiento de su empleo en la empresa estaba subordinado a la afiliación sindical.

b) La Unión Europea y el Derecho Comunitario

Desde los primeros Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas, y pese a estar incluida la política social entre sus principales objetivos, la materia laboral colectiva ha quedado tradicionalmente

excluida de la competencia de los órganos comunitarios. Las distintas refundaciones operadas a lo largo de sus últimos años (Maastricht, Ámsterdam, Niza o Lisboa) poco o nada han alterado esta realidad, pues conforme al listado de materias con el que se aborda el sistema de reparto de competencias las expresamente relacionadas con el derecho de sindicación y la conformación de los sistemas de relaciones laborales corresponden en exclusiva a cada uno de los Estados Miembros (art. 153.5 TUE), reservándose a la Comisión la tarea de promover la colaboración entre dichos Estados mediante la elaboración de estudios, dictámenes y consultas.

Entre los intentos más relevantes de aproximación a las cuestiones propias del Derecho Colectivo del Trabajo, con rango de derecho fundamental, se encuentran desde luego la Declaración de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989), ampliada en 1998 al Reino Unido de la Gran Bretaña, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000). Mucho se ha escrito, sobre todo respecto de la primera, acerca de su naturaleza jurídica, su verdadera eficacia jurídica e incluso sobre su oportunidad, destacándose de ambas tanto su falta de vinculabilidad como, y sobre todo, los posibles problemas de conjugación que puede originar con los textos constitucionales de carácter nacional (DE SOTO, 1999). Pues como dirá el preámbulo de la más reciente: *La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Declaración que con pequeños matices de redacción, completamente inocuos a estos efectos, se reafirmará en su versión modificada y actualizada de 2007, que cuenta, eso sí, con la importante novedad de haberse convertido en texto jurídico vinculante, al igual que los Tratados, una vez entrado en vigor el Acuerdo de Lisboa (2009).

Y ello, por lo que ahora interesa, porque en estos textos sí se encuentran menciones mucho más explícitas al derecho al trabajo, de corte netamente individual, y a la proscripción más o menos expresa

del criterio de la no afiliación como título legítimo para justificar un posible tratamiento dispar. Lo que vendría a dar pábulo a la idea de que existe un reconocimiento algo más que tácito en el ámbito de la UE respecto del reconocimiento de la libertad sindical negativa. Si bien, todo hay que decirlo, es este punto concreto la Carta del año 2000, al igual que la actual de 2007, resulta mucho menos explícita que el antecedente al que fagocita, pues basta comparar el artículo 11 de la primera con los correlativos de las segundas para apreciar las diferencias.

Así, el citado art. 11, tras declarar el derecho de empresarios y trabajadores de asociarse libremente con el fin de constituir organizaciones profesionales o sindicales, establecía que: *Cualquier empresario o cualquier trabajador tiene la libertad de afiliarse o no afiliarse a estas organizaciones, sin que ello pueda suponerle perjuicios personales o profesionales.* Mientras que en los propios de la actual Carta de Derechos Fundamentales, lo que se establecerá literalmente es sin embargo que: *1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses (Artículo 12, «Libertad de reunión y de asociación»); 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados (Artículo 21, «No discriminación»); los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga (Artículo 28, «Derecho de negociación y de acción colectiva»). Y, por último, todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales (Artículo 30, «Protección en caso de despido injustificado»).*

En todo caso, y más allá de las dudas que pudiera seguir originando este último texto desde la perspectiva de su eficacia jurídica, dado el carácter genérico de sus proclamaciones y el hecho de que estos instrumentos no alteran el sistema de reparto de competencias establecido en el seno de la Unión, sí que puede considerarse decisiva la expresa proclamación que representa el Protocolo sobre el apartado 2 del artículo 6, del Tratado, relativo a la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En cuanto que ello sí representa un título suficiente para proclamar realmente homologados ambos ámbitos funcionales y territoriales, fundamentalmente, a través del instrumento que representa la jurisprudencia del TEDH, cuyo contenido social es cada vez mayor pese a que el objeto de sus pronunciamientos directos sea el texto de propio Convenio más que el de la Carta Social, lo cual no es óbice sin embargo para que también la evalúe, como a continuación se verá. De hecho, y en esta recíproca influencia, no son pocas las resoluciones de ese mismo Tribunal en el que tomará en consideración la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluso cuando no era aún un documento vinculante (STEDH, asunto «*Demir y Baykara vs. Turquía*», de 12 de noviembre de 2008).

3.3. La jurisprudencia internacional: sobre la admisibilidad de las fórmulas alternativas a la afiliación si solo económicamente contributivas

La jurisprudencia internacional a la que se ha de hacer referencia en materia de libertad sindical negativa es sin duda alguna la generada por el TEDH, sobre todo, tras el dictado de su trascendente Sentencia en el caso «*Young, James and Webster*», en la que se analizarán las consecuencias de un supuesto prototípico de closed shop desarrollado en el ámbito del Reino Unido de la Gran Bretaña, y en la que se terminará declarando vulnerado el artículo 11 CEDH, en su conexión con los artículos 9 y 10. Resolución que por ser suficientemente conocida no merece ahora de mayor detenimiento (FORDE, O'HIGGINGS; en la doctrina española, DE SOTO, GALIANA, GONZÁLEZ).

Una construcción que encontrará continuidad en resoluciones posteriores, aunque con pronunciamientos mucho menos contundentes en algunos casos, como las que representan las sentencias recaídas en los asuntos «*Sibson*», «*Gustaffson*», «*Sigurður A. Sigurjónsson*», así

como en la más reciente, la relativa a los casos «*Sorensen y Rasmussen vs. Dinamarca*», de 11 de enero de 2006 (MARTÍN).

Pese a los matices que cabe apreciar entre estas últimas resoluciones (DE SOTO), se formará como se decía un cuerpo de doctrina del cabe deducir la idea de que, al menos en el ámbito europeo, sí se ha producido una suerte de proclamación de un verdadero derecho individual a la no afiliación sindical, en tanto que se estimarán excesivas todas las formas de presión o compulsión a la sindicación que conlleven la exclusión del empleo (*ex ante* y *ex post*, como el propio despido), con independencia del tipo de fuente que la imponga –incluidas las convenciones colectivas–, siempre que vengan a exigir del trabajador la adhesión formal a un sindicato, o el mantenimiento de la misma, bien sea a una organización en general, bien a un determinado sindicato en particular. Razón afiliativa formal que se mostrará tan determinante en el enjuiciamiento de la significación de la libertad de asociación que se ha extendido incluso a supuestos en los que tal elemento estaba referido a un partido político y no a una organización sindical, y pese que jugase en contra del trabajador su adhesión positiva más que su negativa o abstención (STEDH «*Redferarn vs. Reino Unido*», de 6 de noviembre de 2012). El supuesto era relativo a si podía considerarse o no causa justificativa del despido la adhesión expresa y conocida del trabajador a un partido extremista que propugnaba ideales de exclusión, cuando en su trabajo ordinario debía tratar y salvaguardar a ciudadanos extranjeros como conductor.

Sin duda, ésa la conclusión más importante a deducir de todos esos pronunciamientos específicos. Y ello, hay que insistir, pese al esfuerzo que hace ostensible el Tribunal por no realizar afirmaciones categóricas sobre el aspecto negativo de la libertad negativa de asociación, en el sentido de dogmáticas.

Ahora bien, que las fórmulas más duras y exigentes de la garantía sindical estén claramente proscritas en este ámbito regional europeo no va a significar que todo tipo de cláusulas de reforzamiento organizativo o de necesaria participación sindical por parte de los trabajadores deban considerarse necesariamente prohibidas. En especial, todas aquellas modalidades con las que se fuerza a la contribución económica de los gastos ocasionados por razón de la prestación de un servicio que pueda considerarse objetivamente que les favorezca, estén o no afiliados.

Para el contraste de esta otra idea, y pese a la escasez de resoluciones judiciales específicas que pueden encontrarse realmente sobre estas otras formas de actuación, puede valer sin embargo ahora la referencia que representa la sentencia dictada en el asunto «*Vörður Ólafsson vs. Islandia*», de 27 de abril de 2010, con independencia de que se trate de las contribuciones obligatorias que se le imponen a los empleadores en determinados sectores productivos en ese país; e, incluso, de que se considerarán en definitiva por el fallo como injustificadas y por tanto contrarias a la libertad de asociación reconocida por el artículo 11 del CEDH.

Y ello sobre todo por algunas de las consideraciones que se localizarán en el cuerpo de su razonamiento, altamente atractivas por singulares, en tanto que referidas a consideraciones estrictamente laborales, de otras instancias y organismos de carácter internacional, y de cuya viabilidad sin embargo no se ofrecerán mayores dudas. Mejor, se transcribirá incluso su expresa aprobación tras la rectificación de criterio. Por su carácter gráfico y divulgativo, valga ahora su reproducción literal (parcial):

III. LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONALES APLICABLES

A. Posición adoptada por el Comité Europeo de Derechos Sociales

22. El Comité ha examinado la cuestión relativa a las cuotas y contribuciones sindicales desde la perspectiva del artículo 5 de la Carta Social Europea en diversas ocasiones y en particular en las mencionadas a continuación:

Confederación de Empresas Suecas contra Suecia, Reclamación colectiva núm. 12/2002, decisión sobre el fondo del 15 de Mayo de 2003

“39. El Comité observa, en primer lugar, que las cuotas deducidas de los salarios de los trabajadores en virtud de un convenio colectivo concluido entre SBWU y la Federación Sueca de la Construcción se destinan, según el convenio colectivo, a cubrir los gastos de supervisión salarial. El Comité considera que el sistema de supervisión salarial puede ser ejercido, dependiendo de las respectivas tradiciones nacionales, tanto por las autoridades públicas como, si existe una autorización expresa o implícita del órgano legislativo, por asociaciones profesionales o sindicatos. En este último caso se puede legalmente exigir el pago de una cotización.

40. Por consiguiente, el Comité sostiene que el pago de una cotización a un sindicato con el fin de financiar su actividad de supervisión salarial no puede ser considerado, por sí mismo, como un pago injustificado. Estima, por otro lado, que tampoco puede considerarse una injerencia en la libertad de un trabajador de afiliarse o no a un sindicato puesto que el pago de la cotización no significa necesariamente hacerse miembro del SBWU y, además, este pago no es impuesto a los trabajadores

que estén afiliados a sindicatos diferentes del SBWU.

41. Sin embargo, el Comité considera que subsisten dudas acerca de la utilización real de estas cotizaciones y sobre si, en el presente caso, sirvieron para financiar actividades distintas de la supervisión salarial en cuyo caso la deducción del salario del importe de tales cotizaciones resultaría, al menos en parte, contraria al artículo 5 por los motivos indicados en el apartado 29.

42. En el caso examinado, el Comité no tiene la posibilidad de comprobar cómo han sido utilizadas las cotizaciones y, más específicamente, de comprobar hasta que punto resultan proporcionales al costo de los servicios llevados a cabo y de las ventajas que la supervisión salarial supone para los trabajadores. Son estos factores los que resultan decisivos a la hora de determinar si se ha producido o no una vulneración del artículo 5 con referencia a los apartados 39 y 40 o 41. El Comité considera, por tanto, que corresponde a los tribunales nacionales decidir sobre esta materia a la luz de los principios que este Comité ha dejado establecidos en este ámbito, o, en su caso, al cuerpo legislativo, para que autorice a dichos tribunales a extraer las conclusiones que se imponen en relación con el respeto de la Carta y acerca de la legalidad de las disposiciones en cuestión.

43. El Comité se reserva el derecho de supervisar la situación en la práctica a través del procedimiento de informes o, en su caso, del procedimiento de reclamaciones colectivas”.

Conclusiones 2002, Rumanía, p. 126

“...Según el informe, es práctica habitual de los sindicatos el imponer el pago de una cotización a los trabajadores de la empresa que no sean miembros y el exigirles ‘que rellenen un formulario o un documento de compromiso’ en contraprestación por la negociación del convenio colectivo. La información complementaria que ha puesto el Gobierno a disposición del Comité, a petición de este último, indica que el fundamento para esta práctica ‘se encuentra en el convenio colectivo nacional único de 2001-2002, según el cual el importe de la deducción no será inferior al 0,3% del salario y no superará el importe de las cuotas sindicales. El Comité observa que, en virtud del artículo 9 de la Ley Núm. 130/1996 sobre convenios colectivos laborales, los convenios colectivos se aplican a todos los trabajadores de la empresa independientemente de su antigüedad o de su afiliación sindical. En estas circunstancias, la imposición del pago de una cotización a los trabajadores que no sean miembros del sindicato constituye una práctica de seguridad sindical que resulta contraria al derecho de organización.

El Comité solicita que el próximo informe indique con claridad si, además de pagar una cotización al sindicato, los trabajadores no afiliados están también sometidos a la obligación, tal y como parece sugerir el presente informe, a solicitar su ingreso”.

Conclusiones 2004, Rumanía, pp. 454-55

“...El Comité ha llegado anteriormente a la conclusión de que la situación en Rumanía no resulta conforme con el artículo 5 en razón de la obligación impuesta a los trabajadores no sindicados de abonar una cotización al sindicato que haya negociado el convenio colectivo aplicable, a pesar de que tales convenios se aplican a todos los trabajadores por imperativo legal, independientemente de si son miembros del sindicato en cuestión (la situación está descrita en las Conclusiones 2002, p.126). El Comité ha vuelto a examinar la situación a la luz de la explicaciones que figuran en el informe y de los principios que ha dejado establecidos en la Reclamación Núm. 12/2002 (Confederación de Empresas Suecas contra Suecia, decisión sobre el fondo)

del 15 de Mayo de 2003, apartados 26-31). Toma nota, en primer lugar, de que la cotización sirve para financiar una actividad que redunde en beneficio de todos los empleados: la negociación de convenios colectivos. En segundo lugar, el convenio colectivo nacional único de 2001-2002, que sirve de fundamento para esta práctica, establece que esta cotización no es obligatoria y no está destinada a un sindicato en particular. Debe subrayarse, finalmente, que no existe disposición legal alguna que imponga una afiliación automática a un sindicato. El Comité concluye, por tanto, que el pago de este importe no puede, por sí mismo, ser considerado como una infracción del derecho de los empleados a afiliarse o no a un sindicato”.

Conclusiones XVIII-1, Hungría p. 390

“... En su conclusión anterior el Comité planteó la cuestión de saber si la legislación en vigor prohibía las deducciones operadas automáticamente sobre el salario de todos los trabajadores, incluidos aquellos no sindicados. El informe afirma que, de conformidad con las normas relativas a la deducción de cuotas sindicales, tales cuotas son pagaderas exclusivamente por personas que están obligadas a ello, lo cual significa que deben ser miembros del sindicato.

Las cuotas sindicales pueden ser abonadas de dos maneras. Los miembros del sindicato pueden o bien pagar sus cuotas directamente a la cuenta del sindicato o bien pedir al empleador que deduzca las cuotas de su salario y las transfiera al sindicato. Con anterioridad a esto, sólo podían operarse deducciones si existía acuerdo entre ambos, empresario y empleado. El Comité considera que el procedimiento por el que se deducen de los salarios, en origen, los pagos de las cantidades debidas a los sindicatos no puede estar prohibido ni tampoco ser impuesto mediante la legislación nacional. Debe tipificarse como delito la utilización de este procedimiento para alcanzar objetivos ilegítimos, como por ejemplo la obtención de información sobre afiliación sindical...”.

B. Normas de la OIT

23. La información relativa al derecho de los trabajadores y empresarios a establecer y unirse a las organizaciones de su elección se encuentra en el Capítulo 5 del Compendio de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical y del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Bajo el subtítulo “unidad sindical y pluralismo”, se señala, *inter alia*, aunque los trabajadores y los empresarios estimen, de modo general, que resulta preferible para sus intereses, evitar la multiplicación de organizaciones que estén en competencia las unas con las otras, este hecho no resulta suficiente para justificar la intervención directa o indirecta del Estado en este ámbito (véase Compendio de decisiones y principios, 2006, apartado 319). Una situación de monopolio impuesta a través de la ley estaría en contradicción con el principio de la libre elección de organizaciones por parte de trabajadores y empleadores (apartado 320). Un gobierno no debería ni apoyar ni poner obstáculos a los intentos legales de un sindicato de desplazar a otra organización existente. Los trabajadores deben disponer de la libertad de elegir el sindicato que, en su opinión, protegerá mejor sus intereses ocupacionales, sin injerencia alguna por parte de las autoridades (apartado 322). El hecho de imponer a todos los trabajadores pertenecientes a una determinada categoría una obligación de pagar una cotización a un sindicato nacional único, establecido por cada sector de actividad y por región no sería compatible con el principio según el cual los traba-

adores deben tener derecho a afiliarse a las organizaciones “de su propia elección” (apartado 325).

24. Bajo el subtítulo “favoritismo o discriminación en relación con organizaciones específicas”, se afirma, *inter alia* (se han omitido aquí, las referencias al compendio añadidas después de cada apartado):

“339. Teniendo en cuenta las funciones limitadas que la ley, en un caso, confería a ciertas categorías de sindicatos, el Comité estimó que la distinción operada entre sindicatos al amparo de la legislación nacional podría tener como consecuencia indirecta la restricción de la libertad de los trabajadores de pertenecer a las organizaciones de su elección. Las razones que impulsan al Comité a adoptar esta posición se indican a continuación. Como regla general, cuando un Gobierno está facultado para otorgar determinadas ventajas a una organización específica o retirar el disfrute de esas mismas ventajas a una organización para favorecer a otra, existe el riesgo, incluso si no es tal la intención del Gobierno, de que un sindicato, se encuentre en una situación ventajosa o desventajosa injusta en comparación con las demás organizaciones sindicales, por lo que estaríamos ante un acto constitutivo de discriminación. Para ser más precisos, debe decirse que, al colocar a una organización en una situación de ventaja o desventaja en comparación con otras organizaciones, un Gobierno es susceptible de poder influir, directa o indirectamente, en la elección de la organización a la cual los trabajadores desean afiliarse puesto que éstos querrán, sin duda, pertenecer al sindicato que se encuentre más capacitado para servir sus intereses, incluso si su preferencia natural les hubiera llevado a elegir otra organización por motivos ocupacionales, religiosos, políticos u otros. La libertad de elección de la que disfrutaban las partes constituye un derecho expresamente reconocido por el Convenio Núm. 87.

...

340. Al otorgar un trato favorable o desfavorable a una determinada organización en comparación con otras, un Gobierno puede influir en la elección de la organización a la que desean afiliarse los trabajadores. Por añadidura, un Gobierno que actúe deliberadamente de esta manera vulneraría el principio establecido en el Convenio Núm. 87, según el cual las autoridades públicas deben abstenerse de toda injerencia susceptible de restringir los derechos garantizados por el Convenio u obstaculizar su ejercicio legítimo; además, vulneraría indirectamente el principio según el cual el derecho vigente en el territorio de que se trate no debe perjudicar, ni tampoco ser aplicado de manera que perjudique, las garantías previstas en el Convenio. Sería de desear que, si un Gobierno tiene la intención de otorgar determinadas facilidades a las organizaciones sindicales, tales organizaciones puedan beneficiarse de una igualdad de trato en este terreno.

...

341. En un caso en el que existía, como mínimo, una proximidad en las relaciones de trabajo entre un sindicato y las autoridades laborales (y otras), el Comité puso de manifiesto la importancia que otorga a la Resolución de 1952 sobre la independencia del movimiento sindical e instó al gobierno a que se abstuviera de mostrar favoritismo hacia, o discriminación contra, sindicato alguno y le exigió que adoptara una actitud neutral en sus relaciones con todas las organizaciones de trabajadores y empresarios, de tal manera que todas ellas se encontraran en una situación equivalente.

...

342. En más de una ocasión el Comité ha examinado casos en los que se han formulado alegaciones según las cuales las autoridades públicas habían, a través de su actitud, favorecido o discriminado a una o a varias organizaciones sindicales:

(1)...

(2) Distribución desigual de subsidios entre los sindicatos...

(3)...

La discriminación mediante métodos de este tipo, o por otros medios, puede ser una manera informal de influir en la afiliación sindical de los trabajadores. Resulta, por lo tanto, difícil, a veces, de demostrar. No obstante, subsiste el hecho de que cualquier discriminación de esta naturaleza impide el derecho de los trabajadores, enunciado por el Convenio Núm. 87, en su artículo 2, de establecer y afiliarse a las organizaciones de su propia elección”.

25. El capítulo 8 del Compendio enuncia los siguientes principios en relación con la financiación pública y el control de los sindicatos (se han omitido aquí las referencias que figuran en el Compendio añadidas después de cada apartado):

“466. El derecho de los trabajadores a establecer organizaciones de su propia elección y el derecho de tales organizaciones a dotarse de sus propios estatutos y reglamentación interna y a organizar su administración y actividades presupone cierta independencia financiera. Tal independencia implica que las organizaciones de trabajadores no deben ser financiadas de tal manera que se permita que las autoridades públicas disfruten de poderes discrecionales sobre ellas.

...

467. En relación con los sistemas de financiación del movimiento sindical que crean una dependencia financiera de los sindicatos hacia una institución pública, el Comité considera que cualquier forma de control estatal resulta incompatible con los principios de la libertad de asociación y debe ser abolida puesto que permite a las autoridades ingerirse en la gestión financiera de los sindicatos.

...

470. Un sistema mediante el cual los trabajadores se ven obligados a pagar una cotización a una organización pública, la cual, a su vez, financia a los sindicatos constituye una grave amenaza para la independencia de las organizaciones sindicales.

...

473. Las cuestiones relativas a la financiación de los sindicatos y de las organizaciones empresariales en lo relativo a sus respectivos presupuestos y a aquellos de federaciones y confederaciones, deberían estar reguladas por las normas de las propias organizaciones, federaciones o confederaciones. Por lo tanto, las disposiciones constitucionales o legales que exigen cotizaciones resultan incompatibles con el principio de la libertad de asociación”.

4. Las cláusulas de seguridad sindical en el derecho comparado: Su permanencia en el tiempo y la tendencia a su homogeneización

Sin ánimo alguno de entrar a reproducir ni mucho menos ahora todas y cada una de las experiencias nacionales posibles, ni tampoco las

diferentes modalidades de cláusulas de seguridad sindical que las clasificaciones más tradicionales han venido estableciendo a lo largo de los años, y que son por ello suficientemente conocidas (CORDOVA y OZAKI, MARSH), sí parece de interés resaltar sin embargo hasta tres afirmaciones de las que cabe predicar su plena vigencia, en virtud de las diferentes fuentes disponibles. En concreto, las que sustentan estas ideas principales y de carácter general: 1) este tipo de prácticas de reforzamiento organizativo siguen siendo toda una constante, a nivel mundial, en los sistemas de relaciones laborales (HANSON, JACKSON y MILLER); 2) existe una corriente muy extendida por la que se mitiga tanto el rigor de su aplicación en los supuestos de conflicto con el derecho al acceso o al mantenimiento del empleo, así como cuando se impone la adhesión o la afiliación formal a una organización o asociación de naturaleza sindical; 3) su ámbito objetivo y funcional de aplicación se concentra fundamentalmente en los sectores privados de la economía más que en el ámbito de las Administraciones públicas (COMPA, PULLIAN).

En efecto, plenamente consciente de las dificultades que supone el acceso a una realidad tan amplia como la que representa cualquier propuesta que se haga con vocación de validez comparada a nivel mundial, puede afirmarse que las referencias a alguna práctica de seguridad sindical –formal o informal– se siguen predicando de países y sistemas de la práctica totalidad de los continentes. Pues a los habituales de influencia nórdica y anglosajona, como ya se mencionó anteriormente, y entre los que se encuentran tanto Islandia, como Dinamarca o Suecia, pasando por Estados Unidos, Canadá, Sudáfrica, Australia o Nueva Zelanda, los textos citan su extensión y permanencia en otros territorios como Japón o México (SÁNCHEZ; RODRÍGUEZ-PIÑERO y VILLAVICENCIO), por mencionar solo países indiscutiblemente relevantes tanto desde el punto de vista de su grado de desarrollo como de su peso económico.

Es una idea que se puede contrastar sobre todo en la realidad que representa el sistema norteamericano, en el que el nacimiento de los llamados ordenamientos del *Right to Work*, fruto de la competencia otorgada a las legislaciones estatales en 1947 (Ley Taft Hartley), hizo pensar en un paulatina desaparición de las normativas de corte permisivo que se introdujeron por su predecesora en 1935. La realidad, tras casi un siglo de vigencia de esa posibilidad, es que solo la mitad de los Estados de la Unión (24), además del territorio de una pequeña

isla, han hecho uso de la misma, y ello pese a los constantes estudios e informes que se publican en torno a las potenciales ventajas que ello supone desde la perspectiva de mejora de la competitividad en los espacios en los que impera (muchos de ellos auspiciados por plataformas de ámbito federal como la Legal Defense Foundation, Inc., cuyo objeto social reza precisamente *Defending America's Yorker from the abuses of compulsory unionismo since 1968*). En todos los Estados restantes sigue siendo posible por tanto la conclusión de acuerdos de *union shop*, en realidad de *agency shop* tras la intervención decisiva y continua de los Tribunales de Justicia, y que han propiciado todo tipo de regulaciones (*opt-in / opt-out*), con la posibilidad de cláusulas especiales de escape y salvaguardia a nivel individual, como las que limitan el importe material de lo debido (gastos de negociación) o la posibilidad de su derivación a través de donaciones equivalentes a otro tipo de entidades como las de carácter benéfico, lo que no es sino distintas formas de transposición de la denominada «*Fórmula Rand*», ideada para compatibilizar este aspecto negativo de la libertad sindical como las de opinión, pensamiento y conciencia (ETHERINGTON).

Cuestiones complementarias a las de esta realidad técnico-jurídica, pero intrínsecamente ligadas a esa extensión material de las cláusulas de seguridad sindical, son las que refieren las constantes contiendas existentes en torno al tipo de información real que se transmite al conjunto de los trabajadores afectados. Así, es habitual que los acuerdos o convenios de empresa impongan la transcripción de la cláusula conforme a la redacción dada por la Ley Nacional de Relaciones Laborales de 1935 (*Wagner Act*), pese a que en ella se mencione de forma explícita la necesidad del mantenimiento de la afiliación como condición del empleo, de modo que en la conciencia de los mismos, más que en su subconsciente, lata con fuerza la idea de su auténtica obligatoriedad. Y ello pese a los intentos por desterrarlas, pues parece que el argumento de que no se hace otra cosa sino transcribir la redacción literal de la propia ley, que no ha dejado de estar en vigor ni haber sido formalmente derogada en ese aspecto, sigue mostrándose como suficientemente fuerte (MARTÍNEZ GIRÓN).

La segunda idea tiene su reflejo más inmediato en la jurisprudencia recién expuesta del TEDH, sobre todo tras la reiterada confirmación de su doctrina contraria a toda forma de compulsión que pueda exigir una afiliación formal a un sindicato o que suponga en última instancia una vía de justificación para la pérdida o la exclusión del

empleo. En ese sentido cabe también destacar como la virtualidad de la denominada cláusula de ventajas reservadas, teóricamente mucho más aceptable que las anteriores por ser mucho más respetuosa con las libertades y derechos fundamentales –en cuanto que efecto poco menos que natural y/o automático en los sistemas de negociación colectiva sin eficacia general, en principio todos salvo extensión por mandato expreso de la ley-, tampoco parece que se encuentre realmente extendida. Y es que es ésta una modalidad de la que se habla con cierta generalidad pero que no se encuentra ni mucho menos tan contrastada como las que representan las distintas variables de *closed shop*. Tanto que ni siquiera en su ámbito más natural de desarrollo, como sería cualquier sistema de eficacia personal limitada, parece que se imponga de manera real, ya sea por razones de economía de gestión empresarial (con motivación antisindical implícita o sin ella), por algún tipo distinto de imposición de la eficacia general de lo negociado –sobre todo de orden jurisprudencial (DAUBLER)-, o incluso por la propia aspiración natural que caracteriza a toda organización sindical con vistas a la consecución de ese fin.

Se imponen así las fórmulas que terminan exigiendo exclusivamente una contribución patrimonial o netamente contributiva al trabajador no afiliado, normalmente con un fundamento causal basado en la existencia de un deber de justa o leal representación del sindicato como agente negociador y/o en el beneficio objetivo que reporta su actividad al conjunto de los trabajadores afectados. Razón por la que debe diferenciarse de la exigible con carácter regular por razón de la afiliación formal, sin que ello pueda suponer tampoco una rebaja o descuento desproporcionado respecto de los que se encuentran adheridos como miembros de la organización, pues supone un indicio de financiación excesiva. En ese sentido cabe destacar también en el ámbito internacional y comparado la ausencia de un debate tan intenso, por exigente, como el que supuso en su momento en España la necesaria manifestación *opt-out* para la correcta detracción del canon de negociación colectiva previsto en el artículo 11.2 de la LOLS, ex STC 98/1985, de 29 de julio (MONTROYA; RODRÍGUEZ-PIÑERO y DE SOTO). Opción interpretativa –realmente integradora de la propia ley-, que a día de hoy resulta aún más llamativa si se tiene en cuenta el desarrollo legislativo que han tenido otros derechos fundamentales de la persona, como el de intimidad o la privacidad, ex Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en la que la opción excluyente no ha de ser siempre

expresamente ejercitada o, mejor, si no se ejercita de forma expresa se entiende otorgado un consentimiento válido para la incorporación a los correspondientes ficheros.

La tercera y última idea, y que en parte enlaza con la anterior, es la que sirve para exponer el diferente tratamiento que con carácter general es predicable del Estado-empleador, cuya posición de neutralidad y de no injerencia constituye el objeto de una específica obligación que solo a éste le es atribuible, como consecuencia del expreso valor que alcanza en ese caso el universal principio-derecho de igualdad y no discriminación. Pero además de ello, y ante la proximidad que supone cualquier forma de adscripción obligatoria a una organización con el ámbito del derecho negativo de asociación, como la que es habitualmente predicable en el ámbito las corporaciones profesionales o algunas empresariales (vgr. Cámaras), cabe destacar la relativa extensión de otro tipo de prácticas que pueden perfectamente encuadrarse en el ámbito de la seguridad sindical y cuya vinculación con lo público es cuando menos doble.

Nos referimos a las detracciones que se consideran admisibles en favor de ciertas organizaciones sindicales cuando son éstas las que realizan una función que cabe calificar como pública o de interés general, ya sustituyan o no a la propia Administración con carácter provisional o definitivo. Y es la que habilitan los denominados sistemas *Prevailing Wage Monitoring*, en cuya virtud es el sindicato el que se convierte en agente fiscalizador o certificador del cumplimiento de los parámetros establecidos por la norma legal, o hasta por las bases de los pliegos de contratación cuando es el Poder Público el que directamente delega la ejecución de una obra o servicio con tal carácter, como ocurre en el ámbito de la construcción habitualmente.

Bibliografía

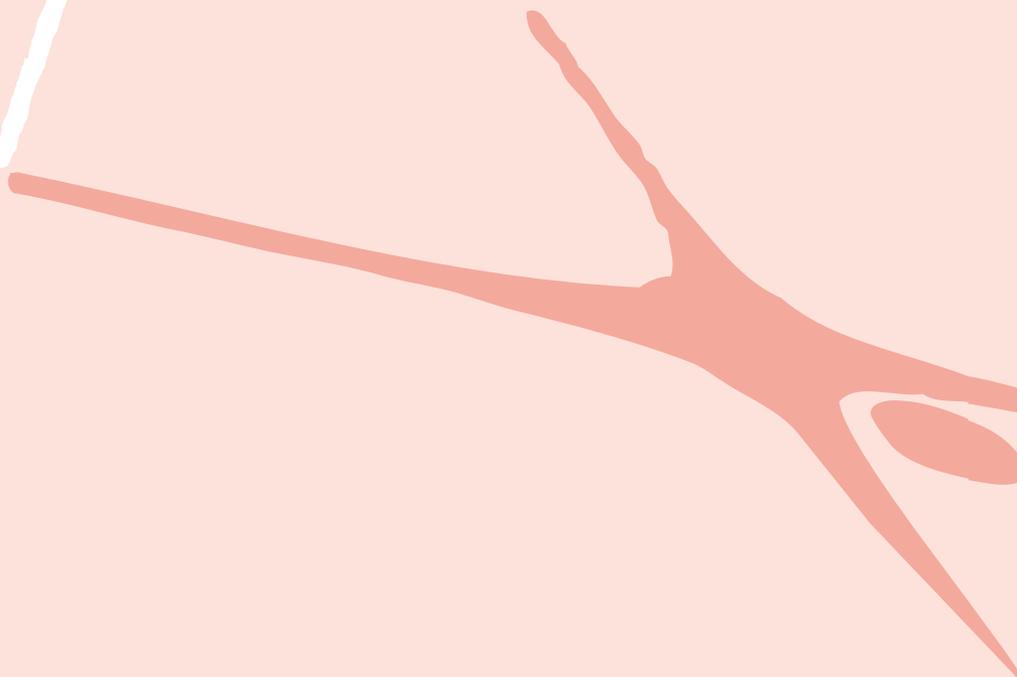
- * AAVV: *The Freedom of The Worker to Organize*, T. I y II, Max-Planck-Institut, Berlin-Heidelberg-New York, 1980. En especial, las aportaciones de Aaron, Khan Freund y Hepple, en Discussion, págs. 1387 y ss.
- * ALEXY, R: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, ed. trad., 1993.
- * ALONSO OLEA, M.: *Los pactos de seguridad sindical. Algunas decisiones recientes*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 12, (1982), págs. 565-593.

- * BORRAJO DACRUZ, E.: *El canon sindical de negociación después de la LOLS*, Actualidad Laboral, T.II., (1985), págs. 2426 y ss. Tb. *La recaudación de las cuotas sindicales por la empresa en el derecho francés*, en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.
- * COMPA, L.: *Unfair Advantage: Workers' Freedom of Association in the United States Under International Human Rights Standards*, Cornell University Press, (2004).
- * CORDOVA, E. y OZAKI, M.: *Closed shops versus individual rights*, *European Industrial Relations Review*, núm. 93, (1981), págs. 10 y ss. Tb. *Cláusulas de exclusividad sindical: reseña internacional*, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 99, núm. 1, (1980).
- * DÄUBLER, W.: *Derecho del Trabajo*, MTSS, ed. trad., 1994.
- * DE SOTO RIOJA, S.: *La libertad sindical negativa*, Civitas, 1997; tb. *La sindicación forzada (las presiones a la afiliación y la objeción sindical en el Derecho Comparado)*, Mergablum, 1998.
- * DUDRA: *The Swiss System of Union Security*, *Labor Law Journal*, (1959), págs. 167 y ss.
- * DUGDALE, A. y RAWLINGS, H.: *The Closed Shop and the European Convention on Human Rights*, en *The effect on English Domestic Law of Membership of the European Communities and of Ratification of the European Convention on Human Rights*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1983, págs. 283-317.
- * EMERSON, T.: *Freedom of Association and Freedom of Expression*, 74 *The Yale Law Journal*, núm. 1, (1964), págs. 15 y ss.
- * ETHERINGTON, B.: *Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to Not Associate*, 19 *Ottawa Law Review*, (1987), págs. 9 y ss.
- * FERNANDEZ LOPEZ, MÓ F.: *El contenido esencial de la libertad sindical y la negociación colectiva: una aproximación clásica a un antiguo problema*, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 52, (1992), págs. 593 y ss.
- * FORDE, M.: *The *Closed Shop+ Case*, 11 *Industrial Law Journal*, (1982), págs. 1-15.
- * GALIANA MORENO, J.: *El Closed Shop ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, RT, núm. 67-68, (1983), págs. 39-74.
- * GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. y DESDENTADO BONETE, A.: *En torno a los problemas del convenio colectivo de eficacia limitada en derecho español*, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 4, (1987), págs. 537-559.
- * GARRIDO FALLA, F.: *Derechos Públicos Subjetivos*, Nueva Enciclopedia Jurídica, T. VII.

- * GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El *closed shop+ en Gran Bretaña: La employment Act de 1982*, MTSS, Madrid, 1984.
- * HAGGARD, T.: *Compulsory Unionism, the NLRB, and the Courts*, University of Pennsylvania, Filadelfia, 1977.
- * HANSON, CH., JACKSON, S. y MILLER, D.: *La Sindicación Obligatoria. Estudio comparativo sobre política interior y garantía sindical en Gran Bretaña, Estados Unidos y Alemania Occidental*, ed. trad., MTSS, Madrid, 1989.
- * HIGGINS, R.: *The European Convention on Human Rights*, en *Human Rights in International Law*, ed. Theodor Meron, 1988, Clarendon Press, Oxford, págs. 495-550.
- * HOHFELD, W.: *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 1919, ed. W. Cook, reimp. 1964.
- * KAHN FREUND: *Trabajo y Derecho*; MTSS, Madrid, 1987.
- * KALIN, A.B.: *The Right of Ideological Non association*, 66 California Law Review, (1978), págs. 767 y ss.
- * KIDNER, R.: *The individual and the collective interest in trade union Law*, 5 Industrial Law Journal, (1976), págs. 90-106.
- * LORD WEDDERBURN: *Freedom of association or right to organise?* 18 Industrial Relations Journal, (1987), págs. 244 y ss.
- * MARSH, A.: *Concise Encyclopedia of Industrial Relations*, Westmead, Gower, 1979.
- * MARTIN-RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, 1988.
- * MARTÍN HUERTAS, M^a A.: *Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas a partidos políticos y a sindicatos*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 23 (2010).
- * MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *Los sindicatos ante la crisis económica en Estados Unidos*, Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo, Vol. VI, (2014), págs. 87-95.
- * MCCARTHY, W.: *The closed shop in Britain*, Oxford, tb. University of California Press, Blackwell, 1964.
- * MERCADER UGUINA, J.R.: *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Civitas, 1994.
- * MONTOYA MELGAR, A.: *La inclusión en los convenios colectivos de cláusulas sobre cuota de solidaridad por negociación*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 8, (1981), págs. 501 y ss.
- * MOURHOUSE, J.: *Compulsory Unionism and the free-rider doctrine*, Cato Journal, núm. 2, (1982), págs. 619-635.
- * O'HIGGINGS, P.: *The Closed Shop and the European Convention on Human Rights*, Human Rights Review, (1981), págs. 22-27.
- * OIT: *Código Internacional de Trabajo 1955*, Oficina Internacional del

Trabajo, Ginebra, 1957, vol. I y II. OIT: *La Libertad Sindical*, 50 ed., revisada, Ginebra, 2006.

- * OJEDA AVILÉS, A.: *Un contenido esencial algo venial. O los problemas técnicos de una dispersión hermenéutica*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 44, (1990), págs. 581-604.
- * PÉREZ ALBERDI, M^a R.: *La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Lex Social – Revista de los Derechos Sociales, núm.1 (2011).
- * PULLIAN, M.: *Union Security Clauses in Public Sector Labor Contracts and Abood v. Detroit Board of Education: A Dissent*, 31 Labor Law Journal, (1980), págs. 539-46.
- * REDMON, M.: *Towards an Hohfeldian View of the Rights and Freedoms in the Irish Constitution*, Dublin University Law Journal, núm. 52, (1980), pág. 52 y ss.
- * RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: *La Carta Social Europea y las normas internacionales del trabajo*, en Revista Internacional del Trabajo, 1961. Tb. *La Declaración de Derechos Sociales Comunitarios, Relaciones Laborales*, T.II, (1989), págs. 48-75. Tb. *Autonomía individual, negociación colectiva y libertad sindical, Relaciones Laborales*, núm. 15, (1992), pág. 6.
- * RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y VILLAVICENCIO RIOS, A.: *La Libertad Sindical en las Constituciones Latinoamericanas*, en AA.VV., *El Derecho Sindical en América Latina*, Montevideo, 1994.
- * RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y DE SOTO RIOJA, S.: *Artículo 11, en Ley Orgánica de Libertad Sindical*. La- Ley (2010), pags. 601-666.
- * RUIZ MIGUEL, A.: *Sobre los conceptos de libertad*, Anuario de Derechos Humanos, núm. 2, (1983).
- * RUSCIANO, M.: *Libertà di associazione e libertà sindacale*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, núm. 4, (1985), págs. 585 y ss.
- * SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A.: *La constitucionalidad de la cláusula de exclusión por separación: el interés general del sindicato frente al derecho individual del trabajador ¿Una interpretación constitucional liberal o social de la Corte?*, Revista Cuestiones Constitucionales, núm. 9, (2003), UNAM. Tb. “La cláusula de exclusión y el pluralismo sindical en el derecho comparado”, en *Libertad sindical: cláusula de exclusión*. (Kurczyn, Villalobos, Patricia, coordinadora) UNAM, México, 2002.
- * VALTICOS, N.: *Derecho Internacional del Trabajo*, ed. trad., Tecnos, 1977, Madrid.
- * VON PRONDZYNSKI, F.: *Freedom of Association and Industrial Relations*, Mansell Publishing, Londres-Nueva York, 1987.



La Libertad Sindical negativa en Estados Unidos: Del closed shop al Right to work

Magdalena Nogueira Guastavino

*Catedrática de Derecho del Trabajo
Universidad Autónoma de Madrid (UAM)*

I. PRELIMINARES

Para abordar el estado actual de la libertad negativa en los Estados Unidos, necesariamente y como premisa previa, conviene examinar una breve evolución histórica del movimiento obrero y de la legislación norteamericana más relevante en esta materia. Sólo así puede comprenderse como modelo sindical peculiar y cuya diferencia con el europeo siempre ha sido el de no luchar contra el sistema capitalista para eliminarlo, sino asumirlo para compartir sus beneficios. Un modelo que ha pasado de ser uno de los más protectores del sindicato a alinearse en esta materia (libertad sindical negativa) con la mayor parte de los países europeos.

¹ MARTINET G., *Siete sindicalismos: Gran Bretaña, R.F.A., Suecia, Italia, Francia, Estados Unidos, Japón*, Madrid (MTSS), 1991, p. 163; HANSON CH., JACKSON S., MILLER D., *La sindicación obligatoria. Estudio comparativo sobre política interior y garantías sindical en Gran Bretaña, Estados Unidos y Alemania Occidental*, Madrid (MTSS), 1989, p. 160.

II. EL MODELO SINDICAL Y DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS EEUU: VISIÓN GENERAL

1. La Constitución de los EEUU

En la Constitución originaria de los Estados Unidos no se hace referencia específica al derecho a organizarse, al convenio colectivo ni a la huelga, lo que es lógico pues se contenida se centra en la organización de la Federación y los Estados². No obstante, en la Primera Enmienda³ de la Constitución de Estados Unidos (1791) se protegen las libertades de reunión y de expresión así como el derecho de solicitar al Gobierno la reparación de agravios. Sobre dicha base, el Tribunal Supremo declarará en 1939 que la misma protege no sólo de los derechos explícitamente mencionados sino también el derecho de organización de los trabajadores, así como su actividad política y legislativa, los piquetes pacíficos y otras actividades sindicales legales⁴.

Cada Estado cuenta, además, con su propia Constitución y su declaración de derechos y en la mayoría de los Estados se otorgan garantías equivalentes a las federales, en términos generales. No obstante, algunos Estados reconocen en su texto constitucional, de modo explícito, el derecho de los empleados estatales a organizarse.

Pero ni la Federal, ni las Estatales, aluden a los trabajadores del sector privado, entre otras cosas porque los derechos constitucionales en EEUU no rigen directamente las relaciones entre particulares y solamente regulan las relaciones de los ciudadanos con el Gobierno. De este modo, las garantías constitucionales pueden ser reclamadas contra de actos del gobierno, pero las acciones que lleven a cabo los

² De 17 de septiembre de 1787 aprobada por la Convención Constitucional de Filadelfia, Pensilvania, y luego ratificada en cada Estado para entrar en vigor en 1789.

³ Las enmiendas se equiparan a Disposiciones adicionales a la Constitución y son textos añadidos. Las primeras diez enmiendas, aprobadas simultáneamente, configuran la conocida como “Declaración de Derechos” que se aplica a todos y cada uno de los Estados de la Federación. En la Primera enmienda se señala que “El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios”

⁴ *Hague v. C.I.O.*, 307 U.S. 496 (1939); *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940).

individuos entre sí no quedan amparadas por la Constitución, requiriéndose para ello una legislación afirmativa y explícita que proteja la libertad de asociación y el derecho a organizarse en el sector privado. De ahí la importancia de la normativa específica que se ha ido dictando a nivel federal sobre el derecho de organización y acción sindical, siendo la norma clave la NLRA enmendada, como de inmediato se verá.

Junto a la limitación que evidentemente supone la inaplicación horizontal de la Constitución para la libertad sindical, lo cierto es que, precisamente, estas normas específicas que dieron cobertura y protección al derecho constitucional de libertad de organización sindical, aunque en una primera etapa tuvieron por objeto proteger en grado fuerte los derechos sindicales, sus reformas posteriores han ido acotando y conteniendo el derecho de libertad sindical, especialmente en lo que se refiere a su vinculación con la negociación colectiva. Con ello, el modelo de libertad sindical norteamericano se ha ido acercando al europeo continental.

2. Evolución del movimiento sindical y de la normativa reguladora del derecho de organización y afiliación de los trabajadores

2.1. Origen: paralelismo con Europa

Como ocurriera en Europa, siguiendo a Inglaterra, los primeros sindicatos norteamericanos descienden de los gremios medievales en los que la pertenencia al gremio quedaba restringida tan sólo a sus miembros y a determinados oficios. La creación de estructuras económicas y políticas liberales, la instauración de la libertad de empresa⁵ y la ruptura del monopolio gremial de la actividad va a permitir el surgimiento de agrupaciones de trabajadores para la defensa de los intereses propios del “oficio” al que pertenecen.

Durante la primera mitad del siglo XIX, las agrupaciones más importantes de trabajadores eran las Asociaciones de Artesanos proce-

⁵ Ya en 1776 se publica la riqueza de las Naciones de Adam Smith donde se hace una crítica al gremio por impedir la libertad de precios y su posible reducción

dentes de los gremios medievales⁶. Frente a otro tipo de trabajadores, la agrupación de los artesanos, en torno a clubes obreros, cooperativas y sociedades de socorros mutuos, es la más natural habida cuenta de que su mayor estabilidad laboral, por tratarse de trabajadores formados y de difícil recambio, facilita asimismo su estabilidad vital permitiendo su asentamiento. Al ser expropiados de la propiedad del producto final de su trabajo, y de su propia formación al introducirse la división del trabajo, se descubren como trabajadores asalariados y sus agrupaciones evolucionan pronto hacia sociedades de resistencia cuyos estatutos imponen reglas de comportamiento a sus miembros para luchar de una forma eficaz contra los empresarios en la fijación de condiciones de trabajo. Se trata de una doble imposición ya que, internamente, se impone a los afiliados no aceptar un trabajo por debajo de determinadas condiciones fijadas por la sociedad y, a su vez, externamente se fuerza a los empresarios a la contratación exclusiva de sus afiliados en las condiciones preestablecidas por la sociedad apoyándose en la huelga. La reserva para los miembros del sindicato del trabajo cualificado mediante la limitación unilateral del número de aprendices, constituía un mecanismo de control de la oferta de la mano de obra y aseguraba la contratación por los empresarios de los miembros del oficio en las condiciones previamente establecidas por el sindicato ya que, en caso contrario, éste podía imponer su voluntad retirando a sus miembros de aquellos talleres que no aceptasen sus normas y manteniendo entre tanto a los trabajadores sin trabajar gracias a las elevadas cuotas con que los afiliados contribuían al sindicato en pago a una cierta posición profesional y económica. El conflicto colectivo sólo finalizaba cuando los empresarios terminaban por asumir las condiciones impuestas unilateralmente por el sindicato⁷.

Como puede verse, en el *modelo preindustrial de relaciones laborales*, el método de organización propio de los oficios gremiales sobrevive y continúa siendo usado pues también los sindicatos de oficio americano adoptan el conocido como taller cerrado (*closed shop*) como el método más eficaz para regular el acceso los oficios, siendo frecuente

⁶ HECKSCHER C., *El nuevo sindicalismo. La participación del trabajador en la empresa en transformación*, Madrid (MTSS), 1993, p. 122.

⁷ Un estudio sobre la evolución del sindicato y sus medidas de presión en cada modelo productivo puede verse en NOGUEIRA GUASTAVINO M., *Sindicatos y negociación colectiva franja*, Valencia (Tirant lo Blach), 2001.

que los sindicatos negociasen medidas de garantías sindical antes de la guerra civil (1861) y que aún en la actualidad existan talleres cerrados en aquellas industrias en las que predominan los oficios que exigen un alto nivel de cualificación y una formación profunda como ocurre en artes gráficas y construcción⁸.

En todo caso, como en Europa, las agrupaciones de trabajadores para entablar negociaciones colectivas se consideran hasta finales del XIX y principios del s. XX delito de asociación, como conspiraciones ilegales para restringir el comercio con independencia de cuáles sean los fines y medios de actuación del sindicato⁹. Aunque en muchos casos la organización de los trabajadores lograba la mejora de condiciones pactando con los empresarios sin que éstos denunciaran y, por tanto, al margen de posibles represalias, en otros casos las presiones negociadoras y acabaron en los tribunales. El examen de si los trabajadores podían asociarse y utilizar su poder de negociación colectiva para obtener mejores condiciones de trabajo para los afiliados que aquellas que hubieran podido obtener como simples individuos, sistemáticamente se consideró una coligación de trabajadores prohibida según el derecho común inglés, condenándose a los trabajadores asociados¹⁰.

El cambio judicial se produce en una importante sentencia del Tribunal Supremo de 1842, en el caso *Commonwealth v. John Hunt & Others*¹¹. De nuevo el TS tiene que examinar la condena de unos trabajadores como reos de conspiración por haber organizado una huelga contra un empresario que se negaba a despedir a un trabajador a su servicio que decidió no pertenecer al sindicato (es decir, saltarse el *closed shop* impuesto) pero, por vez primera, se sostiene de modo explícito que las asociaciones de trabajadores son legales. El Tribunal Supremo considera que pretender un taller cerrado, por el que

⁸ HANSON CH., JACKSON S., MILLER D., *La sindicación obligatoria*, cit, p. 147

⁹ DE SOTO S., *La sindicación forzada. Las presiones a la afiliación y la objeción sindical en el Derecho Comparado*, Sevilla (Mergablum), 1999, pp. 61 ss, recogiendo y ampliando las consideraciones previas de HANSON CH., JACKSON S., MILLER D., *La sindicación obligatoria*, cit.

¹⁰ TOMLINS C., *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, Cambridge University Press, 1993, pp. 128-133

¹¹ 45 Mass. 111, 4 Metcalf 111 (Mass. 1842). Al respecto: HANSON CH., JACKSON S., MILLER D., *La sindicación obligatoria*, cit

se obliga al trabajador a afiliarse antes de ser contratado, constituye un objetivo legal porque la intención del sindicato de que todos los que posean una determinada especialidad laboral, es decir, quienes constituyen su base de afiliación, pertenezcan al mismo sindicato, no constituye en sí mismo una finalidad ilícita, ni, por ello, la huelga entablada para conseguir este objetivo puede considerarse un abuso de poder. En esta sentencia el TS afirma que el poder que supone obligar a los trabajadores a afiliarse a un sindicato puede usarse con propósitos lícitos y loables, como financiar la asistencia recíproca en circunstancias de pobreza, enfermedad o desgracia, o para elevar las habilidades y formación de los trabajadores, así como para otros propósitos adecuados y aunque es posible la asociación también para lograr objetivos peligrosos, tal intención debe en todo caso probarse¹².

Con este importante pronunciamiento la teoría de la conspiración cae en desuso y las acciones contra los sindicatos se reconducen a la vía civil y a la responsabilidad por daños y perjuicios en casos de acciones injustas¹³, así como los límites impuestos por la legislación antitrust por la redacción original de la Ley Sherman (*Sherman Antitrust Act*), de 1890 para limitar los monopolios. Esta Ley, aunque inicialmente sólo tenía por objeto a las empresas, pronto se interpretó de modo amplio para declarar ilegales muchas actividades sindicales consideradas cárteles de trabajadores¹⁴, es decir acuerdos informales para reducir la competencia. Sólo mucho más tarde esta Ley se refor-

¹² Aunque se ha afirmado que en realidad se trataba de salvar las economías de viejas familias de Boston en tanto si las fábricas eran destruidas podían quedar arruinados por la posible reacción violenta de los trabajadores en caso de que se les hubiera criminalizando: DE SOTO S., *La sindicación forzada. Las presiones a la afiliación y la objeción sindical en el Derecho Comparado*, cit., p. 62.

¹³ ALONSO OLEA M. "La configuración de los sindicatos norteamericanos", REP, 70, 1953, p. 129.

¹⁴ En el caso *Loewe v. Lawlor*, 208 EE.UU. 274 (1908), también conocida como el caso de los sombrereros de Danbury, la Corte Suprema de los Estados Unidos aplica por vez primera las leyes antimonopolio de los sindicatos, prohibiendo los boicots secundarios por vulnerar la Ley Sherman cuando afectan el comercio intraestatal y declaró que los sindicalistas individuales podrían ser personalmente responsables de los daños incurridos por las actividades de su sindicato condenándoles a los daños y perjuicios en el caso concreto: aunque a este caso ya se refería Alonso Olea, en extenso sobre el mismo puede verse CARTER S.A., *Labor Unions and Antitrust Legislation: Judicial Activism vs. Judicial Restraint from 1890-1941*, Penn State University, 2006. pp. 27 ss, en un completo estudio que puede consultarse en http://forms.gradsch.psu.edu/diversity/mcnair/mcnair_jrnl2006/files/carter.pdf

mara para introducir excepciones en su aplicación a ciertas actividades sindicales¹⁵.

En todo caso, a partir de 1842, aunque los sindicatos tienen derecho a existir y autorganizarse, ello no lleva consigo que los empresarios por tal hecho necesariamente deban negociar con ellos.

2.2. Movimiento sindical y primeras intervenciones normativas

Pocos años antes de la aprobación de la Ley Sherman antimonopolio, es cuando puede decirse que **nace el verdadero movimiento obrero norteamericano**, con la fundación de la *American Federation of Labor (AFL)* en 1886 surgida por una alianza de sindicatos de artesanos descontentos con la labor de la asociación de los Caballeros del Trabajo (*Noble and Holy Order of the Knights of Labor*)¹⁶.

El primer líder de la AFL fue Samuel Gompers cuya visión del sindicato resulta muy reveladora de la singularidad sindical norteamericana, al asumir como algo evidente la necesaria ruptura entre los sindicatos y las organizaciones políticas socialistas. Para Gompers la peculiaridad de la clase obrera norteamericana frente a la europea venía dada por el hecho de que se desarrollaba en un país anglosajón

¹⁵ Mediante la Ley Clayton de 1914, *Clayton Antitrust Act*, consecuencia de la reacción de los sindicatos y, en concreto de la campaña de la AFL para convencer al Congreso de la reforma de la Ley Sherman. Con la Ley Clayton se declara que “el trabajo de un ser humano no es una mercancía o un artículo de comercio” (adelantándose a la OIT) y se restringen las posibilidades judiciales de las injunction “a menos que sea necesario para evitar daños irreparables a la propiedad, o para un derecho de propiedad.” Aunque inicialmente la interpretación de la nueva Ley no logró inmunizar los boicots secundarios del control judicial (Sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Duplex Printing Press Company v. Deering*, 1921), va a ser con la promulgación de la Ley Norris-La Guardia en 1932, incluyendo exenciones expresas de las acciones de cesación antimonopolio a las derivadas del trabajo organizado, cuando el Tribunal Supremo termina por proporcionar una exención antimonopolio total para los sindicatos, siempre que los actos sindicales se realicen en su propio interés y no en combinación con otros grupos no laborales (*Estados Unidos v. Hutcheson*, 1941).

¹⁶ La primera y más importante asociación nacional de trabajadores surgida a mediados de 1880 y que aunque actuaba a veces como un sindicato negociando con los empresarios las condiciones de sus miembros, pidiendo entre otras cosas la jornada de 8 horas, nunca estuvo bien organizada y terminó perdiendo poco a poco a sus miembros. Algún autor ha afirmado que resultaban más parecidos a grupos religiosos con ideales de reforma social que a un verdadero sindicato: HECKSCHER C., *El nuevo sindicalismo. La participación del trabajador en la empresa en transformación*, cit., pág. 123

y protestante pero cuya composición mayoritaria estaba formada por católicos irlandeses, italianos, polacos y latinoamericanos influidos por una iglesia profundamente reaccionaria, una doble realidad que hacía difícil cualquier progreso en el movimiento obrero de las corrientes de inspiración marxista. De ahí que la base de su estrategia fuera la neutralidad política y la desconfianza frente al Estado, porque no era más que el Estado de los capitalistas, manteniendo firmemente que los sindicatos debieran rechazar su intervención y lograra la mejora de condiciones de trabajo mediante la negociación directa con los patronos sobre la base de las relaciones de fuerza¹⁷.

Que en EEUU la clase obrera no tuviera conciencia de clase no significaba que no hubiera lucha de clases y represión brutal de las acciones sindicales, como la represión del 1º de mayo de 1886 tras la manifestación organizada en Chicago en el marco de una huelga nacional a favor de las ocho horas, así como numerosos enfrentamientos fruto de la lucha por el reconocimiento del sindicato en las empresas no sindicalizadas¹⁸. La idea del sindicalismo de negocio, en el que los sindicatos deben buscar el beneficio dentro del sistema capitalista y lograr ventajas para sus afiliados se impone. Para lograr dichas ventajas el mecanismo más importante es el de la negociación y la lucha para imponer la afiliación obligatoria de los trabajadores que van a beneficiarse de los beneficios de la negociación alcanzada tras arduas luchas y conflictos. A mayor afiliación mayor poder sindical, como demostraron los importantes conflictos habidos en el sector del ferrocarril y en las plantaciones tabaqueras.

Pero para contrastar el poder sindical, en paralelo se extienden los contratos blindados contra el sindicato o *yellow dogs contracts* por los que los trabajadores, para ser contratados, se comprometen con el empleador a no afiliarse a un sindicato durante la vigencia de su relación laboral. Contratos muy extendidos en EEUU y que sólo fueron prohibidos originariamente en algún Estado concreto de la Federación -como en el Estado de Nueva York en 1887, aunque le seguirán posteriormente algunos otros Estados-. A nivel Federal, sólo cuando el Congreso de los EEUU aprueba la Ley *Erdman*, en 1898, en la que se regulan los mecanismos de resolución de conflictos laborales en el sector del ferrocarril, se instaura el arbitraje voluntario para los con-

¹⁷ Estas consideraciones en MARTINET G., *Siete sindicalismo*, cit., p. 165.

¹⁸ MARTINET G., *Siete sindicalismo*, cit., p. 173.

flictos entre las empresas de ferrocarriles interestatales y sus trabajadores organizados en sindicatos, se contiene una prohibición expresa de los *yellow dog contracts* en el marco del comercio interestatal (Sección 10), es decir, se prohíbe a los empresarios que lleguen acuerdos con los trabajadores por los que éstos se comprometen a no afiliarse a un sindicato como condición para conseguir un empleo. Esta previsión será, sin embargo, declarada inconstitucional en 1908¹⁹ y habrá que esperar hasta los años 30 y el *New Deal* para que estos contratos antisindicales sean definitivamente prohibidos en los EEUU (con la aprobación de la Ley *Norris-LaGuardia* en 1932).

Precisamente es en el sector del ferrocarril, en el que la industria se había desarrollado rápidamente y los conflictos tenían mayor repercusión, donde puede afirmarse que se inicia el verdadero Derecho sindical americano. Junto a la Ley *Erdman*, y tras algunas leyes parciales, la protección sindical inicialmente sólo beneficia a los sindicatos del ferrocarril, con la aprobación de la conocida como ***Railway Labor Act (RLA)***, Ley del Trabajo en el sector del ferrocarril aprobada en 1926²⁰ (ley que se aplicará también a partir de 1936 al sector del transporte aéreo). En esta norma se reconoce el derecho de los trabajadores de esta industria a asociarse y celebrar convenios colectivos (*collective bargaining agreements*) por medio de los representantes elegidos por los propios trabajadores, y se promueve el arbitraje voluntario como mecanismo de solución de los conflictos.

El avance sindical para los trabajadores y sindicatos de otras industrias se produce años después con la promulgación de la ***Ley Norris-LaGuardia*** de 1932 (conocida como la *Federal Anti-Injunction Bill*). Superando la declaración de inconstitucionalidad de su antecesora, la Ley *Erdman*, en esta Ley quedan ya definitivamente prohibidos los contratos de trabajo de *yellow dog*, se exime expresamente a los líderes sindicales de responsabilidades civiles y penales por los actos de los miembros de sus sindicatos, salvo que participen directamente o ratifiquen los mismos y, sobre todo, se restringe legalmente la capacidad empresarial para solicitar judicialmente las *injunctions* o interdictos suspensivos de las huelgas.

¹⁹ La Corte Suprema declaró que esa sección 10 era inconstitucional y que la prohibición de contratos de *yellow dog* resultaba contraria a la libertad de contratación la intervención legislativa tendente a regular los negocios privados (*caso Adair v. Estados Unidos*, 208 EE.UU. 161, 1908).

²⁰ Y reformada en 1934 y en 1936.

2.3. El impulso sindical como base del New Deal

El impulso a los derechos sindicales se produce con la llegada al poder de Franklin Delanor Roosevelt en marzo de 1933, en el momento más grave de la recesión provocada por la crisis del 29. Roosevelt va a transformar las relaciones laborales en los EEUU y en sus primeros cien días puso en marcha un paquete de reformas conocido como la instauración del *New Deal* o nuevo contrato social basado en el estímulo del gasto público a través de la inversión en infraestructuras y obras públicas y en la convicción de que el establecimiento de un sistema de negociación colectiva generalizado constituía una cuestión vital para la estabilidad económica.

Una de sus primeras leyes fue la ***National Industrial Recovery Act*** de 1933 (NIRA) o Ley de Recuperación Industrial Nacional, dirigida a estimular la recuperación económica. En dicha Ley se garantizaban y alentaban derechos sindicales, se permitía la regulación de normas de trabajo y se protegía la negociación colectiva de los sindicatos. Pero fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo en mayo de 1935²¹, por entender que se había dictado en un exceso del uso de los poderes federales invadiendo competencias estatales.

La anulación de esta Ley por el Tribunal Supremo de los EEUU generó una de las más importantes crisis constitucionales del país, llevando incluso al Presidente de los EEUU a amenazar con un cambio en la composición del Alto Tribunal. Roosevelt logró finalmente que se aprobara en el Congreso una nueva Ley, la ***National Labour Relations Act (o Wagner Act) de 1935***, en la que al no haber sido afectados directamente por la decisión judicial anulatoria (que se limitaba a anularla por incompetencia), mantuvo, reproduciéndolos, los derechos de la NIRA que protegían a los sindicatos y la negociación colectiva instaurando de nuevo a nivel federal el derecho de los empleados del sector privado a organizarse en sindicatos y a participar en acciones industriales (incluida la huelga) y prohibiendo medidas antisindicales de los empresarios contra los sindicatos²². Aunque ello podía volver a plantear de nuevo el problema competencial, lo cierto es que

²¹ Sentencia de 27 de mayo de 1935 en el caso *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 EE.UU. 495 (1935) por incurrir en un ejercicio inconstitucional de los poderes federales, vulnerando el principio de separación de poderes.

²² FABBRINI F, *Fundamental rights in Europe*, Oxford University Press, 2014, p. 168.

la NLRA fue declarada constitucional en 1937, al rectificar el Tribunal Supremo el reparto de competencias en materia de legislación laboral y declarar, ahora, que la competencia federal sobre las relaciones de trabajo se sustentaba en la competencia que la Constitución otorga expresamente al Congreso en materia de comercio entre los Estados o comercio inter-estatal²³.

La *National Labor Relations Act (NLRA)* se aplica a los trabajadores del sector privado y a las empresas privadas que operan en el mercado de ámbito nacional (o interestatal). Con esta Ley se extiende a la mayoría de los trabajadores del sector privado el “derecho a organizarse, formar, pertenecer o asistir a organizaciones laborales, el derecho a negociar colectivamente a través de los representantes que ellos mismos elijan y a participar en actividades concertadas para el propósito de la negociación colectiva u otro tipo de ayuda o protección mutua²⁴” (art. 7). Es decir, aquellas personas que se comprenden en la definición de “trabajador”²⁵ gozan del derecho a organizarse, a contratar colectivamente y a declararse en huelga²⁶.

La Ley contempla igualmente un órgano, la Junta Nacional de Relaciones Laborales (conocida en inglés como NLRB, *National Labor Relations Board*)²⁷ cuyos miembros son nombrados por el Presidente de los EEUU con la aprobación del Senado y que es la encargada de hacer cumplir la ley (procedimientos administrativos).

A partir de la NLRA ningún empresario puede rechazar la negociación de un sindicato que haya probado su representatividad en unas elecciones controladas por la Junta (NLRB), aunque deba nece-

²³ A partir de la decisión del Tribunal Supremo en el caso *NLRB contra Jones and Laughlin Steel Coro*, 301 US, 1 (1937)

²⁴ Años después, con la reforma llevada a cabo por la *Ley Taft Hartley* se añadirá, “teniendo también el derecho a abstenerse de participar en cualquiera o todas estas actividades salvo que tal derecho sea afectado por un convenio que requiera, como condición de empleo, el ser miembro de una organización obrera según lo autoriza el artículo 8(a)(3)”

²⁵ Pese a su aparente amplitud, muchos empresarios y trabajadores están extramuros de su ámbito. Por ejemplo, no considerándose trabajador a los directivos, supervisores, profesionales independientes, trabajadores agrícolas o domésticos ni los trabajadores amparados bajo la Ley del Trabajo Ferroviario (RLA).

²⁶ La Sección 13 señala que ninguna disposición de la presente ley, salvo lo específicamente contemplado en la norma, puede interferir el derecho de huelga aunque se limiten de modo restrictivo los objetivos de la huelga permitidos.

²⁷ <http://legisworks.org/sal/49/stats/STATUTE-49-Pg449.pdf>

sariamente alcanzar un acuerdo. No puede haber más de un sindicato representativo certificado por empresa o por oficio (es decir, por la unidad que se haya declarado como apropiada para la negociación por el NLRB) de modo que las organizaciones que resulten minoritarias en las consultas electorales no tienen derecho a participar en la negociación de los convenios²⁸ aunque puedan desarrollar actividad sindical y hacer proselitismo para su causa. La NLRA reconoce al sindicato elegido mayoritariamente en la unidad apropiada de negociación (empresa o categoría) como interlocutor *exclusivo* de la negociación aunque, al mismo tiempo, le exige también la obligación de representar lealmente los intereses de todos los trabajadores de la misma con independencia de su afiliación o no al sindicato²⁹.

Junto a ello, la NLRA crea un concepto nuevo en el derecho estadounidense: las prácticas laborales discriminatorias (*unfair labor practices*), tipificando una serie de conductas prohibidas para los empresarios. De los cinco comportamientos discriminatorios del empresario³⁰, destacar el hecho de que el art. 8 (a) NLRA prohíba “intervenir, restringir o coaccionar a sus empleados en el ejercicio de los derechos garantizados en el art. 7” (es decir, libertad sindical, negociación colectiva y huelga) [8(a)1] y que considere ilegal igualmente establecer “discriminaciones en la contratación o en el mantenimiento del em-

²⁸ MARTINET G., *Siete sindicalismo*, cit., p. 173.

²⁹ HANSON CH., JACKSON S., MILLER D., *La sindicación obligatoria*, cit, p. 154

³⁰ “SEC. 8. It shall be an unfair labor practice for an employer- (1) To interfere with, restrain, or coerce employees in the exercise of the rights guaranteed in section 7. (2) To dominate or interfere with the formation or administration of any labor organization or contribute financial or other support to it: Provided, That subject to rules and relations made and published by the Board pursuant to section.6 (a) an employer shall not be prohibited from permitting employees to confer with him during working hours without loss of time or pay. (3) By discrimination in regard to hire or tenure of employment or any term or condition of employment to encourage or discourage membership in any labor organization: Provided, That nothing in this Act, or in the National Industrial Recovery Act (U. S. C., Supp. VII, title 15, sees. 701-712), as amended from time to time, or in any code or agreement approved or prescribed thereunder, or in any other statute of the United States, shall preclude an employer from making an agreement with a labor organization (not established, maintained, or assisted by any action defined in this Act as an unfair labor practice) to require as a condition of employment membership therein, if such labor organization is the representative of the employees as provided in section 9 (a), in the appropriate collective bargaining unit covered by such agreement when made (4) To discharge or otherwise discriminate against an employee because he has filed charges or given testimony under this Act. (5) To refuse to bargain collectively with the representatives of his employees, subject to the provisions of Section 9 (a)”.

pleo o de cualquier condición de trabajo para alentar o desalentar la afiliación en un sindicato”, lo que además de prohibir los contratos de *yellow dog* (por los que el trabajador se obliga a no constituir ni afiliarse a un sindicato como condición de empleo) o las listas negras de trabajadores³¹, parece prohibir cualquier tipo de convenio con cláusula de seguridad sindical.

En efecto, a primera vista, una previsión semejante, parecería prohibir tanto las cláusulas de *closed shop*, por alentadores de la afiliación sindical, al obligar a los trabajadores a sindicarse como condición de empleo y, en definitiva, por suponer que sólo se contrata a trabajadores del sindicato mayoritariamente elegido, pero también los *union shop* por condicionar el mantenimiento del empleo de los trabajadores al de su condición mantenida de afiliado.

Sin embargo, el propio precepto 8(a)3 de inmediato dispone, precisando el párrafo anterior, que “*nada de lo contenido en esta Ley, o en la Ley de Recuperación Industrial Nacional (U SC, Supp VII, título 15, ve... 701-712), en su versión modificada, o en cualquier otra ley de los Estados Unidos, impedirá a un patrono concertar un convenio con una organización obrera [que no esté establecida, sostenida o ayudada por acto alguno definido en el artículo 8(a) de esta Ley como práctica injusta de trabajo] para exigir, como condición de empleo, ser miembro de la misma, si dicha organización laboral es la representante de los empleados conforme a lo dispuesto en la sección 9 (a) en la unidad apropiada de negociación cubierta por dicho contrato cuando se hubiera celebrado*”.

Es decir, cabe que el empresario alcance acuerdos legales de garantía sindical, en los que se prevea la afiliación obligatoria como condición para la contratación (*closed shop*) o para la permanencia en el empleo (*union shop*), si bien sólo en favor del sindicato elegido mayoritariamente como representante exclusivo de los trabajadores en la unidad apropiada de negociación.

³¹ HANSON CH., JACKSON S., MILLER D., *La sindicación obligatoria*, cit, p. 154. Recogiendo estas consideraciones: DE SOTO S., *La sindicación forzada. Las presiones a la afiliación y la objeción sindical en el Derecho Comparado*, cit., pp. 68-69.

De este modo, en el marco de la NLRA originaria, el sindicato puede acordar con la empresa determinadas cláusulas de seguridad sindical:

- * Acuerdos de *closed shop* (taller cerrado) por el cual los trabajadores en las que los lugares de trabajo sindicalizados deben ser miembros del sindicato como condición del empleo. De este modo, no se contrata nada más que a trabajadores del sindicato y si el trabajador deja de ser miembro del sindicato que ha pactado la cláusula de seguridad sindical o por cualquier razón deja de pagar sus cuotas sindicales, además de las consecuencias que ello pueda tener en el marco de la disciplina interna del sindicato, la firma del acuerdo de seguridad sindical implica que el trabajador puede ser despedido por el empresario a instancias del sindicato incluso aunque el trabajador no haya infringido ninguna obligación estrictamente laboral.
- * Acuerdos de *union shop* (taller sindicado): por los que se permite al empresario contratar trabajadores inicialmente no sindicados si bien la contratación queda condicionada a su afiliación al sindicato en un determinado periodo de tiempo. Superado el mismo, las consecuencias resultan iguales que las propias del *closed shop*.
- * Acuerdos de *agency shop* (taller de representación) en virtud de los cuales los trabajadores no afiliados al sindicato no necesitan afiliarse formalmente al sindicato firmante del acuerdo y del convenio colectivo que le resulta de aplicación, pero está obligado sin embargo a abonar la misma cantidad que un trabajador afiliado para sufragar el coste de la negociación.
- * *Open shop* (taller abierto): las empresas podían igualmente escoger ser una empresa abierta sin cláusulas de seguridad sindical, en cuyo caso el trabajador no tenía ni que pagar el equivalente a la cuota sindical, ni puede ser despedido por afiliarse o no afiliarse a un sindicato. El derecho al trabajo no queda, de este modo, condicionado a la pertenencia a un sindicato.

Los años posteriores a esta Ley protectora de los sindicatos supusieron un incremento de afiliados, no sólo por la permisión de los acuerdos de garantía sindical de *closed* y *unión shop*, sino porque incluso en aquellas empresas donde no existían estas cláusulas de seguridad sindical, la afiliación dotaba de protección al trabajador frente a las prácticas desleales de los empresarios.

Ocurre, no obstante, que la hegemonía de la AFL, fundada sobre el sindicalismo de oficio, compuesta por una mayoría de trabajadores profesionales, va a decaer debido sobre todo a su incapacidad para organizar a los recién llegados del campo -que constituirían una masa de trabajadores sin especialización dispuestos a recibir salarios más bajos sobre todo a partir de la crisis de 1929-. Precisamente, es en el mismo año de la promulgación de la NLRA (1935), cuando surge el otro sindicato importante del momento, el CIO denominado **Committee for Industrial Organization** (Comité para la Organización Industrial). Su creación por John Lewis se basó en el reclutamiento de millones de trabajadores no cualificados y en la creación de organizaciones de industrias en las que ir abriendo espacios sindicalizados.

Pese al aumento de la afiliación que ello llevó consigo, lo cierto es que la Ley Wagner (NLRA) fomentaba la rivalidad sindical y las luchas encarnizadas al tener que proclamarse un solo sindicato como representante exclusivo de una unidad apropiada de negociación para poder negociar cláusulas de seguridad sindical.

2.4. La reducción de las garantías sindicales y cuestionamiento del New Deal: la Ley Taft-Hartley de 1947 y la Landrum Griffin de 1959

Las luchas intersindicales, unidas a las luchas de los sindicatos contra sus empresarios para lograr elecciones o determinadas condiciones de trabajo, hicieron resurgir las críticas empresariales que, desde el inicio, habían sido contrarias a la proclamación de la Ley de Roosevelt. Los argumentos jurídicos para sostener la revocación de la NLRA consistían tanto en la falta de competencia del Congreso federal para dictarla (argumento que decae una vez que el TS declara en 1936 que ya no se vulneran competencias al engarzar las relaciones laborales con la cláusula constitucional del comercio inter estatal) y, en cuanto al fondo, por entender que la norma priva al individuo del derecho a negociar con su empresario.

El auge del movimiento obrero tras la Ley Wagner (consecuencia clara del monopolio sindical en la unidad de negociación y las cláusulas de seguridad sindical más cerradas), el incremento de la presión sindical en los años 40 en plena II Guerra Mundial -especialmente unas importantes huelgas en la industria del carbón en el 42, el incremento de la coacción en los piquetes, los boicots secundarios

y la expulsión arbitraria de afiliados por parte de los sindicatos- así como una oleada de huelgas tras la post guerra (1946), provocó que la imagen de los sindicatos se deteriora para gran parte de la opinión pública y que la campaña de presión contra la NLRA se incrementara achacándole el exceso de poder sindical y de provocar un claro desequilibrio de fuerzas a favor del sindicato³². Junto a ello, el resurgimiento del partido republicano después de 15 años de *New Deal*, la frustración de la posguerra, los miedos de que los comunistas se estuvieran infiltrando en el movimiento obrero³³, el monopolio sindical de las bolsas de trabajo –compuestas sólo por afiliados que son formados en los oficios y que obligan al empresario a contratar al trabajador propuesto por el sindicato siguiendo criterios de antigüedad en la misma-, o la interpretación flexible y extensiva que venía realizando la Junta (NLRB) en cuanto al tipo de trabajadores incluidos dentro de la NLRA, constituyen elementos añadidos que incrementan la sensación de excesivo empoderamiento de los trabajadores, especialmente cuando el Tribunal Supremo reconoce los derechos a organizarse de los supervisores, al poner en entredicho las fronteras entre la dirección de la empresa y los trabajadores³⁴.

Este clima llevó a la aprobación de la **Ley de Relaciones Obrero Patronales (Labor Management Relations Act LMRA conocida como Ley Taft-Hartley)** en 1947³⁵, tras más de doscientas frustradas propuestas legislativas previas de contenido similar previamente intentadas³⁶. Esta Ley, que reforma la NLRA y le da nueva denominación³⁷, resulta de especial trascendencia a los efectos de la libertad sindical negativa en EEUU en tanto en la actualidad constituye el régimen básico en la materia, interpretado administrativa y judicial-

³² Estas consideraciones, de nuevo, en el imprescindible HANSON CH., JACKSON S., MILLER D., *La sindicación obligatoria*, cit, pp. 155-156. Del mismo modo, recogiendo-las y completándolas: DE SOTO S., *La sindicación forzada. Las presiones a la afiliación y la objeción sindical en el Derecho Comparado*, cit., pp. 69-71

³³ AARON B., “Amending the Taft-Hartley Act: A Decade of Frustration”, *Industrial and Labor Relations Review*, vol. 11, n° 3/1958, pp. 327-338

³⁴ MALAMUD D.C., “Collective Bargaining and the Professoriate”, in WAGNER DE-CEW J., *Unionization in the Academy: Visions and Realities*, Oxford, 2003, p. 189.

³⁵ <http://legisworks.org/sal/61/stats/STATUTE-61-Pg136a.pdf>

³⁶ HANSON CH., JACKSON S., MILLER D., *La sindicación obligatoria*, cit, p. 147.

³⁷ Si bien es cierto que se sigue aludiendo a veces a la NLRA en aquellas partes en que se mantuvo la redacción. No obstante, en la actualidad se hace referencia más general al *USA Code, Title 29- Labor y a su capítulo 7 (Chapter 7 - LABOR-MANAGEMENT RELATIONS)* donde se contiene el texto vigente.

mente. Su promulgación fue calificada por el propio senador Wagner (autor de la NLRA de 1935) como una vuelta atrás en el reloj de las relaciones laborales, no sólo antes del *New Deal*, sino a los años en que el movimiento obrero tenía que luchar para conquistar el derecho a organizarse³⁸.

En la medida en que el objetivo claro de esta ley es lograr un equilibrio en el que se favorezca más a los individuos que a los sujetos colectivos³⁹, la Ley Taft Hartley del 47 aunque conserva los derechos y responsabilidades principales contenidos en la NLRA, introduce en ella importantes limitaciones⁴⁰ en lo relativo a los derechos de asociación, a la negociación colectiva y a la huelga.

Las reformas más relevantes que se introducen a nuestros efectos son las siguientes:

1°. Ámbito subjetivo: exclusión expresa de los supervisores⁴¹ del ámbito de la negociación colectiva aunque puedan afiliarse y seguir afiliados a una organización sindical⁴².

2°. Otra de las limitaciones tiene su causa en el hecho de que se permita a los empresarios la libertad de expresión en el sentido de hacer campaña en contra de los sindicatos siempre que la expresión de opiniones o argumentos no evidencie una práctica laboral injusta por incurrir en amenazas de represalias o promesas de beneficios. Lo que

³⁸ HOGLER R., *The End of American Labor Unions: The Right-to-Work Movement and the Erosion of Collective Bargaining: The Right-to-Work Movement and the Erosion of Collective Bargaining*, California (Praeger), 2015, p. 2796, cap. 4 (version Kindle).

³⁹ HOGLER R., *The End of American Labor Unions*, cit., p. 2742, cap. 4 (version Kindle).

⁴⁰ Se sigue a HANSON CH., JACKSON S., MILLER D., *La sindicación obligatoria*, cit, p. 147ss

⁴¹ Entendido "supervisor" como todo individuo "que tenga autoridad, en el interés del patrono, para emplear, trasladar, suspender, dejar sin trabajo, reintegrar, ascender, despedir, asignar, premiar, o disciplinar a otros empleados o para dirigirlos con responsabilidad, o para arreglar sus quejas y agravios, o recomendar con eficacia tal acción, si en relación con lo antes expuesto el ejercicio de tal autoridad no es de naturaleza meramente de rutina o administrativa, sino que requiere el ejercicio de un criterio independiente".

⁴² ART. 14. (a) "Nada de lo contenido en la presente prohibirá a cualquier individuo empleado como supervisor el hacerse o permanecer siendo miembro de una organización obrera, pero ningún patrono sujeto a esta Ley estará obligado a considerar como empleados a los efectos de cualquier ley, sea nacional o local, en relación con la negociación colectiva, a individuos definidos en la presente como supervisores"

tiene una clara repercusión a la hora de las elecciones para determinar el sindicato que va a negociar o en las huelgas, donde el empresario tratará de hacer valer la ilegalidad o las desventajas que puede suponer a los trabajadores iniciar una actividad sindical.

3º. La importante Sección o art. 7 se mantiene, reconociéndose como antes el derecho a la asociación sindical, de negociación colectiva y el conflicto colectivo. Pero ahora se introduce expresamente una **cláusula de libertad negativa**:

“derecho a organizarse, formar, pertenecer o asistir a organizaciones laborales, el derecho a negociar colectivamente a través de los representantes que ellos mismos elijan y a participar en actividades concertadas para el propósito de la negociación colectiva u otro tipo de ayuda o protección mutua” (art. 7) añadiéndose ahora: *“teniendo también el derecho a abstenerse de participar en cualquiera o todas estas actividades salvo que tal derecho sea afectado por un convenio que requiera, como condición de empleo, el ser miembro de una organización obrera según lo autoriza el artículo 8(a)(3)”*

Pero el art. 8(a)3, que regula una de las prácticas desleales del empresario, se modifica para restringirlo⁴³. De este modo, parece claro

⁴³ Así, se considera práctica desleal del empresario: “Employment or any term or condition of employment to encourage or discourage membership in any labor organization: Provided, That nothing in this Act, or in any other statute of the United States, shall preclude an employer from making an agreement with a labor organization (not established, maintained, or assisted by any action defined in section 8 (a) of this Act as an unfair labor practice) *to require as a condition of employment membership therein on or after the thirtieth day following the beginning of such employment or the effective date of such agreement, whichever is the later*, (i) if such labor organization is the representative of the employees as provided in section 9 (a), in the appropriate collective-bargaining unit covered by such agreement when made; and (ii) *if, following the most recent election held as provided in section 9 (e) the Board shall have certified that at least a majority of the employees eligible to vote in such election have voted to authorize such labor organization to make such an agreement* Provided further, *That no employer shall justify any discrimination against an employee for nonmembership in a labor organization (A) if he has reasonable grounds for believing that such membership was not available to the employee on the same terms and conditions generally applicable to other members, or (B) if he has reasonable grounds for believing that membership was denied or terminated for reasons other than the failure of the employee to tender the periodic dues and the initiation fees uniformly required as a condition of acquiring or retaining membership”*

que se prohíbe la posibilidad de concertar acuerdos de *closed shop*⁴⁴ y que, en principio, tan sólo estarían permitidos los *union shop*, pues ya no se puede condicionar el empleo a ser afiliado del sindicato antes de la contratación, sino que cuando empresa y sindicato celebren un acuerdo de libertad sindical, dicho acuerdo sólo puede condicionar el mantenimiento del empleo a que el trabajador se afilie en el plazo de 30 días al sindicato que la ha negociado contado “a partir del comienzo del empleo o de la fecha de la celebración del acuerdo si éste fuera posterior”. Asimismo la Sección 8(a)(3) prohíbe al empresario despedir al trabajador por su condición de afiliado o por no afiliarse al sindicato a menos que el trabajador hay rehusado para las cuotas de inicio o las periódicas requeridas por un acuerdo de seguridad sindical⁴⁵.

Además, junto a la ya existente de que sólo se puedan negociar estas cláusulas por el sindicato mayoritario elegido, se añade otra limitación al precisarse que tampoco se podrán negociar si en el año anterior a la fecha de efectividad de la cláusula, ha habido una votación certificada por la Junta (NLRB) de desautorización para firmarla por parte de los trabajadores⁴⁶.

⁴⁴ En la medida en que se prohíbe el taller cerrado, también se prohíben las bolsas de empleo exclusivas para afiliados. A partir de este momento, no obstante, el TS las permite siempre y cuando no resulten discriminatorias para los candidatos no afiliados, en aplicación de las prohibiciones de discriminación por razón de la no afiliación: *Teamsters Local 357 v. NLRB*, 365 US 667, 47, LRRM 2906, 1961. No obstante en el transporte marítimo sí se permite el taller cerrado y, por lo tanto, también las bolsas de contratación. Asimismo en 1959 también se añade el art. 8(f) excluyendo como práctica desleal la prioridad de la contratación por la antigüedad y la duración del empleo de una determinada área geográfica, cuando se trata de la industria de la construcción.

⁴⁵ El empresario puede además no decidir extinguir el contrato cuando tenga razonables bases para creer que la afiliación del trabajador no era ofrecida en los mismos términos que al resto de miembros. La misma precisión se contienen en la RLA sección 2.11(a).

⁴⁶ “(ii) a menos que después de una elección celebrada de acuerdo con el artículo 9(e) dentro de un año con anterioridad a la fecha de efectividad de dicho convenio, la Junta haya certificado que por lo menos una mayoría de los empleados elegibles a votar en dicha elección ha votado para rescindir la autoridad de dicha organización obrera para concertar dicho convenio. **Disponiéndose además.** Que ningún patrono justificara discriminación alguna contra un empleado por no ser miembro de una organización obrera (A) si tiene base razonable para creer que el ingreso en dicha organización no estaba disponible para el empleado en los mismos términos y condiciones generalmente aplicables a otros miembros, o (B) si tiene base razonable para creer que la condición de miembro fue denegada o terminada por otros motivos que no fueren la falta por parte del empleado de pagar las cuotas periódicas o de iniciación requeridas uniformemente como requisito para adquirir o retener la condición de miembro de la organización obrera”

4º. Se mantienen las prácticas desleales del empresario, con la precisión comentada en el 8(a)(3). Pero ahora se añaden prácticas desleales del Sindicato, añadiendo una letra (b) al art. 8 donde se enumeran.

De entre ellas⁴⁷, destacar que, al igual que se considera una práctica desleal del empresario, ahora también la restricción o coacción por parte del Sindicato del ejercicio de los derechos del trabajador contenidos en el art. 7 [art. 8(b)1]. Asimismo, que el Sindicato intente que un empresario discrimine a un empleado violando el art. 8.a.3, o por un motivo que no sea el hecho de no haber pagado las cuotas periódicas y de iniciación requeridas para mantener la condición de afiliado [art. 8(b)2], o que requiera a los empleados sujetos a un acuerdo autorizado de seguridad sindical, el pago de una cuota que no sea razonable o sea discriminatoria como condición previa para convertirse en miembro de tal organización, se consideran ahora prácticas injustas del Sindicato igualmente prohibidas.

La interacción de estas cláusulas en combinación con las del empresario y con el reconocimiento de la libertad negativa de asociación, impacta de lleno en los acuerdos de garantía sindical. A partir de la Ley *Taft Harley*, aunque el primer paso para lograr incluir un acuerdo de seguridad sindical en la negociación colectiva siga siendo el previo reconocimiento del sindicato (voluntario o tras unas elecciones de la NLRB) como agente negociador exclusivo de los empleados de la unidad, ahora se prohíben los acuerdos *closed shop* y se permiten sólo los *unión shop*. La prohibición de discriminar por parte del empresario, pero también del sindicato, a los trabajadores por la razón de pertenecer o no a un sindicato, unido a la posibilidad legal igualmente reconocida de que pueden celebrarse acuerdos de garantía sindical, permite así llegar a la conclusión de que aunque se puede animar a un trabajador a afiliarse, lo que ya no puede hacerse es obligársele a estar previamente afiliado para tener derecho a una contratación.

⁴⁷ Otras de las prácticas: Negarse a negociar de buena fe siendo el representante mayoritariamente elegido por los empleados -8(b)3-. Prohibición de boicots secundarios -8 (b)4-. Lograr o intentar lograr que un empresario pague dinero o entregue cosas de valor por servicios no prestados -8(b)6-. Prohibición a los sindicatos que no hayan sido certificados como representantes de los empleados que hagan piquetes o amenacen con huelga con el objeto de obtener el reconocimiento del empresario o de los empleados como su representante -8(b)7-

En efecto, los *closed shop* habían incrementado obligatoriamente la afiliación y obligaban a despedir a trabajadores por no querer o no poder pagar las cuotas sindicales, aunque fueran especialmente adecuados a los puestos y cumplidores de sus deberes laborales. Frente a la NLRA de 1935 que afirmaba que no se impedía por esa ley ninguna acción sindical que exigiera como condición para trabajar la afiliación previa o posterior y, por lo tanto, sin establecer limitación alguna al tipo de garantías sindicales, la LMRA de 1947 amplía una de las prácticas desleales del empresario añadiendo que caben los acuerdos, pero matizando que la afiliación sólo puede ser exigida el trigésimo día a partir del comienzo del trabajo o de la fecha efectiva del acuerdo, con lo que formalmente se reducen las garantías sindicales al *unión shop* o taller sindicado. Línea que posteriormente también seguirá la Ley de trabajo ferroviario (RLA), al ser modificada en 1951 para limitar igualmente los acuerdos de garantía sindical a los de afiliación sindical posteriores a la contratación⁴⁸.

La limitación de los posibles acuerdos de garantía sindical a la obligación de afiliarse tras un periodo de gracia (*unión shop*) y pagar las cuotas sindicales, pronto hizo surgir algunas quejas relativas a que tal obligación podía resultar contraria a la libertad ideológica en la medida en que una gran parte de las mismas se destinaban por los sindicatos a actividades políticas contrarias a la ideología del trabajador, o se consideraban incompatibles por motivos religiosos⁴⁹.

El asunto terminó llegando al TS quien en el importante caso de *General Motors* de 1963 interpretó que aunque la Sección 8(a)(3) alu-

⁴⁸ El “periodo de gracia” se alarga a 60 días en la Railway Labor Act. Y en la construcción la propia *Labor Management Relations Act* (LMRA) introduce una Sección 8(f) para dar un periodo de gracia menor, en concreto de 7 días.

⁴⁹ La LMRA sería enmendada el 24 de diciembre de 1980 para establecer en su Sección 19 que cualquier trabajador que sea miembro o pertenezca a una religión cuerpo o secta que históricamente ha mantenido de modo consciente objeciones a afiliarse o financiar a un sindicato no puede ser requerido a afiliarse para financiarlo como condición de empleo. No obstante esta misma sección permite que el empresario y el sindicato lleguen a un acuerdo contractual en el que este tipo de trabajadores que tienen objeciones religiosas pueden ser requeridos para pagar una suma equivalente a la que le correspondería pagar al sindicato a una asociación benéfica no religiosa escogida por el trabajador de una lista de tres designadas en el contrato o, de no preverse, a una que el empresario decida. Asimismo esta sección va a sostener que cuando un objeto religioso solicite al sindicato la interposición de un procedimiento a su favor, el sindicato pueda exigirle el pago a dicho objeto de los costes razonables de dicho proceso: FELDBACKER B.S., HAYES M.L., *Labor Guide to Labor Law*, Cornell University Press, 2014, p. 396.

de al término “afiliación”⁵⁰ como condición de empleo susceptible de ser pactada entre el empresario y el sindicato, en los casos en que existiera esta cláusula de garantía sindical pactada, el término debía entenderse referido “exclusivamente” a las obligaciones financieras de un afiliado, al núcleo financiero (*financial core member*), pero sin que exija la afiliación formal o completa⁵¹. La determinación de que debe ser el núcleo financiero ha dado lugar a pronunciamientos del Tribunal Supremo que en casos de objetores mantienen que la cuantía debe ser reducida respecto o a lo que pagaría un afiliado completo o de pleno derecho y, en definitiva, que debe abarcar sólo la cuantía necesaria para sufragar las funciones de la negociación colectiva de las que se beneficia existiendo diversos pronunciamientos para determinar qué conceptos pueden repercutirse o no⁵², en interpretación de la Sección 8(b)5 que limita la cuota de afiliación como condición para conservar el empleo a un importe razonable y no discriminatorio y precisa que la Junta (NLRB) tendrá en cuenta para determinar la razonabilidad, entre otros factores, las prácticas y costumbres de las organizaciones sindicales en el sector o la retribución pagada a los empleados afectados. En 1988 en el caso **Communication Workers of America v. Beck**, el TS mantuvo que el trabajador solo podría ser obligado a pagar la parte de las cuotas que el Sindicato dedica para la negociación colectiva, la administración del convenio y los procedimientos relacionados con ello.

5º. Pero sin duda la modificación más importante y polémica respecto a los acuerdos de garantía sindical es la introducción del artículo 14(b) cuando declara:

⁵⁰ “to require as a condition of employment membership”

⁵¹ En el caso *NLRB v. General Motors*, 373 US 734, 53 LRRM 2313 (1963), el TS declaró que ello no exige la afiliación al sindicato a pesar del término usado en la ley, sobre la base de que la limitación contenida en la sección 8(a)(3) y 8(b)2 de la ley prohíbe la discriminación por razón de la no afiliación del trabajador a un sindicato excepto por el impago de cuotas y canon inicial uniformemente requeridos como condición para adquirir o mantener el empleo, de modo que con ello se impide al empresario despedir si el trabajador rehúsa a afiliarse como miembro de total derecho. *FELDBACKER B.S., HAYES M.L.*, *Labor Guide to Labor Law*, Cornell University Press, 2014, p. 396-397. En el caso *Communications Workers v. Beck*, 487 USA 735, 128 LRRM, 2729 (1988) el TS mantuvo que las cláusulas de garantía sindical como condición de empleo contenidas en la RLA son aplicables en el mismo sentido a la LMRA.

⁵² Al respecto, en profundidad, vid., *FELDBACKER B.S., HAYES M.L.*, *Labor Guide to Labor Law*, cit., p. 396-401

“nada en esta ley deberá ser interpretado como que autoriza la ejecución o aplicación de acuerdos que exijan afiliación a un organización sindical como condición para trabajar en cualquier estado territorio en el que dicha ejecución o aplicación esté prohibida por una ley estatal o territorial”.

Cláusula que planteaba problemas constitucionales, por entenderse que la ley federal al regular las relaciones laborales en el sector privado debiera contener una regulación superior y más protectora que las leyes estatales, dejando en este caso, sin embargo, a los distintos Estados la prioridad para proceder a una legislación más restrictiva de derechos, al menos colectivos. Cuestión que, no obstante, fue objetada por el TS al considerar estas leyes estatales constitucionales⁵³.

A partir de este precepto muchos Estados han promulgado leyes o incluso disposiciones constitucionales para declarar ilegales todos los tipos de sindicalismo obligatorio. Leyes denominadas *right to work acts* (RTW) o leyes de derecho al trabajo, denominación criticada por tratarse más bien de leyes sobre afiliación sindical voluntaria y criticadas por los sindicatos porque en ningún caso aseguran el derecho al trabajo. Para los sindicatos se trata más bien de Estados con derecho mermado de negociación colectiva.

La normativa actual en el sector privado se basa en la LMRA de 1947 y en algunas modificaciones posteriores entre las que cabe destacar como la más relevante la ley *Landrum-Griffin Act o Labor Management Reporting and Disclosure Act* (LMRDA) de 1959 (Ley sobre divulgación de información obrera-patronal). Esta ley, secuencia de una serie de investigaciones gubernamentales sobre la administración de los sindicatos que revelaron casos de corrupción, establece una declaración de derechos de los miembros de los sindicatos (*Bill of rights*) en relación con asuntos sindicales internos o más genéricamente la democracia sindical interna obligando a los sindicatos también a presentar informes anuales de su estado financiero ante el departamen-

⁵³ HOGLER R., *The End of American Labor Unions*, cit., p. 2789-90 (version kindle), (notas 51 y 52). El TS de los EEUU se pronunció en dos casos importantes señalando que las leyes del derecho al trabajo (RTWA) eran tanto constitucionales como consistentes con la historia de la Ley de 1935 en los casos *Algoma Plywood & Veneer Co. v Wisconsin Employment Relations Board*, 336 US 301 (1949) y *Lincoln Federal Labor Union v. Northwester Iron & Metal Co.*, 335 US 25 (1949). Sobre los argumentos de las sentencias, el mismo autor p. 2810 ss

to de trabajo informes además que deben de estar a disposición del público garantizando su transparencia⁵⁴. Entre los derechos que se otorgan a los trabajadores, además de la libertad expresión en asuntos sindicales, el derecho postularse para los cargos sindicales, derecho al acceso al acta constitutiva y a los estatutos del sindicato, el derecho a recibir una copia del convenio colectivo, de obtener un informe del estado financiero, a tener elecciones sindicales y otras garantías procesales, se contempla también en lo que aquí interesa el derecho de voto sobre las cuotas sindicales. De interés también es la prescripción que contiene de que los miembros sólo pueden ser suspendidos o sancionados por la falta de pago de las cuotas siempre cuando se le hayan hecho acusaciones específicas por escrito o se les haya dado un tiempo razonable para su defensa y se les haya concedido una vista justa y completa pudiendo, en caso contrario, presentar demanda ante un tribunal de distrito. Ello genera costes y tiempo, limitando de hecho la protección del afiliado (frente a las prácticas desleales que se recurren ante la NLRB o Junta de relaciones laborales), lo que hace que en pocas ocasiones se viabilice. Destacar también de esta ley el hecho de que añade una exención en el artículo 8(f) permitiendo en el sector de la construcción no sólo la introducción de garantías sindicales sino también los boicots secundarios sólo para este sector.

En la actualidad, así pues, la Ley Wagner, modificada y reformada conforme a la Ley Taft-Hartley, y la Ley Landrum-Griffin constituyen las leyes laborales federales más importantes que rigen las relaciones colectivas en el sector privado.

III. SITUACIÓN ACTUAL DE LA LIBERTAD NEGATIVA EN LOS EEUU

1. Estados con leyes RTW y Estados sin RTW

Como se ha mencionado, la LMRA recoge la posibilidad de que los empresarios alcancen acuerdos con los sindicatos de seguridad sindical, aunque sólo supongan en puridad el *agency shop*. Pero permite

⁵⁴ Al respecto puede verse ETELSON J.I., SMITH, JR., F.N., "Union Discipline under the Landrum-Griffin Act", Harvard Law Review Vol. 82, nº. 4/1969, pp. 727-77

que los Estados o territorios puedan prohibir mediante ley estatal o territorial su ejecución o aplicación, es decir, puedan prohibir incluso el *agency shop*. Previsión que no se contiene por cierto en la RLA para el sector ferroviario donde no se contienen previsiones de *right to work*, lo que impide la derogación a nivel estatal de la posibilidad de establecer cláusulas de seguridad sindical de *agency shop*.

El eslogan del derecho al trabajo se originó en el pronunciamiento del TS *Dent v. West Virginia* declarando que los americanos tenían el derecho fundamental a la libre elección de una ocupación o trabajo y posteriormente fue reinterpretado por William B. Ruggles, editor de un periódico antisindical, como el derecho a trabajar a una empresa sindicalizada, sin pagar cuotas por ello, en línea con la asociación voluntaria que rige los convenios internacionales. Las distintas cámaras de comercio constituyen el lobby más fuerte para forzar la aprobación de este tipo de leyes estatales⁵⁵

La mayoría de los Estados con leyes de derecho al trabajo prohíben “todas” las formas de cláusulas de seguridad sindical, pero no tienen que hacerlo obligatoriamente. Bajo la Sección 14(b) MLRA los Estados pueden prohibir todas o permitir unas y prohibir otras. En la actualidad 25 Estados⁵⁶, sobre todo del sur, sur-este y del medio oeste de los EEUU (sobre todo los que fueran Estados esclavistas⁵⁷), han hecho uso de la habilitación legal de la Sección 14(b) de la LMRA aprobando leyes estatales prohibitivas de todo tipo de cláusula sindical, habiendo, incluso, algún Estado elevado dicha prohibición a nivel constitucional.

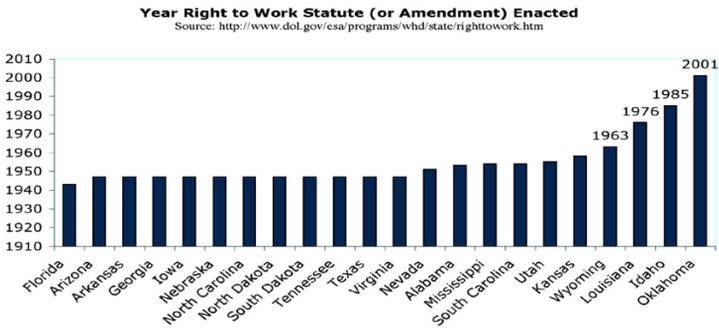
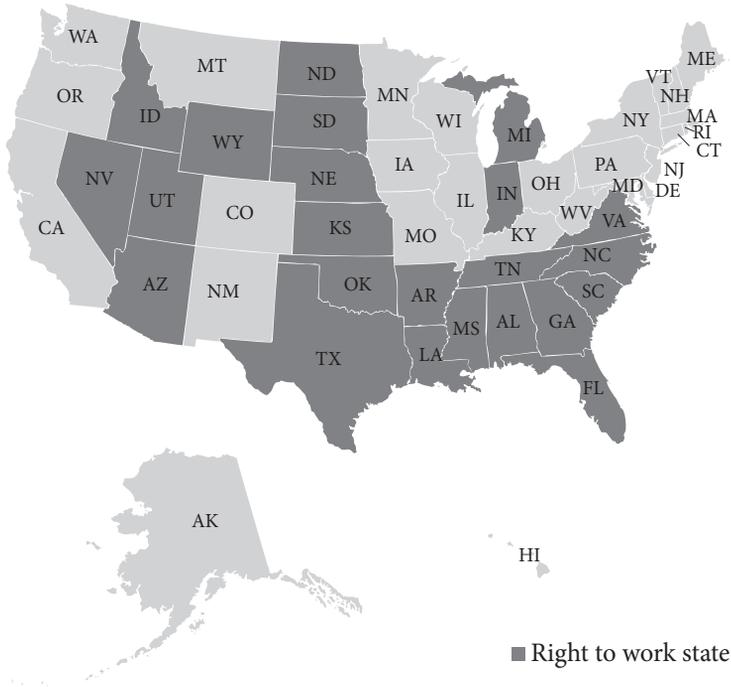
⁵⁵ PASULKA N., “Right-to-Work Laws, Explained”, Mother Jones, Fri Mar. 16, 2012: <http://www.motherjones.com/politics/2012/03/what-are-right-to-work-laws/>; HOGGLER R., *The End of American Labor Unions*, cit., p. 26 ss; LEE S.Z., *The Workplace Constitution from the New Deal to the New Right*, New York (Cambridge University Press), 2014, pp. 60 ss

⁵⁶ Han contemplado el derecho al trabajo en la Constitución los siguientes Estados: Arizona, Arkansas, Florida Kansas, Mississippi y Oklahoma. En la Constitución y también mediante ley estatal: Nebraska. En el territorio de Guam tienen también leyes RTW y los empleados del Gobierno Federal tienen el derecho de elegir no afiliarse al sindicato: <http://dailysignal.com/2015/03/09/25-states-now-right-work-states/> Para los Estados que han aprobado Leyes de derecho al trabajo y el texto de sus concretas normas pueden verse en <http://www.nrtw.org/es/estados-con-derecho-al-trabajo>

⁵⁷ HOGGLER R., *The End of American Labor Unions*, cit., p. 2625.

REPRESENTACIÓN Y LIBERTAD SINDICAL

Límites a la libertad sindical negativa, la mayor representación sindical y su necesaria revisión



A estos Estados deben añadirse: Indiana en 2008, Michigan en 2012 y Wisconsin en 2015.

Se debe, así pues, diferenciar entre Estados con leyes de derecho al trabajo y Estados sindicalizados, teniendo en cuenta, además, que para el trabajador la ley aplicable es la del lugar de prestación de servicios, con independencia de que el domicilio de la empresa esté en otro Estado en el que se hayan aprobado o no estas leyes.

1.1. Estados sindicalizados: cuando en la unidad apropiada de negociación se alcance un acuerdo de seguridad sindical

- * Deber forzoso del sindicato⁵⁸: información suficiente al trabajador de que tiene el derecho de ser un no miembro, que puede oponerse a pagar por las actividades sindicales no relacionadas con las responsabilidades principales para obtener una reducción en las cuotas por esas actividades, información de los procedimientos para presentar objeciones y, de tenerlas, indicar al trabajador el porcentaje de la reducción, en qué se basa el cálculo y el derecho de cuestionar esas cifras. Falta de información: permite al trabajador interponer demanda ante un tribunal federal judicial por incumplimiento del deber de representación justa (exige abogado) o presentación de cargo de práctica injusta (ULP) ante la Junta (NLRB)⁵⁹
- * Primera posibilidad: unirse al sindicato (voluntariamente) en el sentido de completa integración con pagar las cuotas iniciales y de mantenimiento.
- * En el taller sindicado es el sindicato el que decide si admite o no al trabajador en tanto no es obligatoria la afiliación
- * Segunda posibilidad: No afiliarse y, tras la colocación, pago de las cuotas
- * Deber forzoso del trabajador: (*agency shop: Communications Workers v. Beck*⁶⁰) se reduce al obligatorio pago de cuotas (comisión limitada de agencia para los objetores a fin de no financiar propósitos distintos a la negociación colectiva, la administración del convenio y los procedimientos o reclamaciones) en el periodo de gracias (30 días LMRA, salvo construcción 7 días; 60 días RLA)

⁵⁸ Según el NLRB en el caso California Saw and Knife Works 320, NLRB 224 (1995), reduciendo las exigencias que parecía imponer el TS en el caso Chicago Teachers Union v. Hudson, 475 US 292 (1986).

⁵⁹ El cargo de práctica injusta del trabajo se tiene que presentar dentro de los primeros seis meses a partir de que acaezca la conducta desleal. En tal caso el Abogado General emite una queja en su nombre, la Junta NLRB mediante su Abogado General defiende el "interés público" y el trabajador puede tener su propio abogado, si bien los temas litigiosos vienen determinados por el Abogado General sin que el abogado particular pueda incorporar otros o discutir distintos asuntos.

⁶⁰ Communications Workers v. Beck 487 US 735 (1988)

- * Cuotas reducidas: (objeción religiosa o política) en la proporción correspondiente a los costes de la negociación colectiva, de administración y procesales necesarios

- * Si no se pagan:
 - > Afiliado voluntario al sindicato: cabe expulsión del sindicato tras un mínimo proceso interno⁶¹ y siempre que no esconda razones discriminatorias y solicitar empresario extinción del contrato de trabajo (sólo por falta de pago no por otras razones). Exigencias para despido:
 - Para el sindicato (incumplimiento: pago del sindicato al trabajador de salarios atrasados): por escrito detallando al empleado cuotas y cuantías y su cálculo; dar audiencia y oportunidad razonable de pago (mismo trato a todos); pago fuera de plazo pero antes del despido no obliga al sindicato a rectificar su solicitud aunque puede hacerlo (opcional).
 - Para el empresario: ninguna
 - > No afiliado pero comprometido por comisión de agencia: cabe solicitar empresario extinción del contrato de trabajo (sólo por falta de pago no por otras razones) y con las mismas exigencias descritas.

- * Posibilidad a los trabajadores siempre de elección de desautorización para trabajadores dentro de la LMRA (para eliminar la cláusula de seguridad del convenio y mantener el resto aunque el sindicato siga como representante exclusivo para las negociaciones aunque no se paguen cuotas por los empleados): solicitada por más del 30% de los trabajadores de la unidad de negociación (firma de solicitud), elección llevada a cabo por la NLRB, voto secreto, aprobación por la mayoría de los empleados con derecho a voto y no sólo de los votantes efectivos en la elección. De ganarse la elección: no se puede exigir a los empleados el pago de ninguna cuota o gasto del sindicato (con independencia de que los afiliados voluntarios lo sigan haciendo).

⁶¹ No se exige una audiencia (a diferencia cuando la expulsión es por otra razón distinta al impago)

1.2. Estados con leyes de Derecho al Trabajo (RTW)⁶²

- * Cláusulas de seguridad sindical (*agency shop*) puede permitirse pero la mayoría de los Estados no lo hacen sino que prohíben las mismas a nivel legal o constitucional
- * Derecho de abstenerse a pertenecer a un sindicato (libertad sindical negativa)
- * Es el trabajador el que decide voluntariamente si se afilia al sindicato
- * Trabajador voluntariamente afiliado: pago cuotas y se somete al régimen general interno del mismo, incluida expulsión con previa información en caso de impago de las mismas; pero no cabe solicitar el despido del trabajador por el impago.
- * Trabajador que no quiere afiliarse: no hay siquiera *agency shop* por lo que no se le puede obligar a pagar cuotas ni comisiones de agencia al sindicato, ya sean completas o reducidas, es decir, ninguna
- * Trabajador no afiliado está representado por el Sindicato y se beneficia del convenio colectivo
- * Sólo si el trabajador no sindicado solicita al sindicato la interposición de procedimientos el sindicato puede cobrarle una cuantía razonable por dicho servicio
- * Al no ser miembro del sindicato no puede participar en las elecciones, ni en las reuniones del sindicato, votar en su caso para ratificar la negociación o participar en actividades internas del sindicato. Pero no está sometido a la disciplina sindical al no pertenecer a la asociación
- * Puede exigir a los empleados el pago de ninguna cuota o gasto del sindicato (con independencia de que los afiliados voluntarios lo sigan haciendo).

⁶² El mismo régimen se aplica a Estados sindicalizados en los que en la unidad apropiada de negociación no exista cláusula de seguridad sindical

En ambos casos, es decir, con independencia de que el Estado haya promulgado leyes de derecho al trabajo o no lo haya hecho, el sindicato tiene el deber de representación leal de todos los trabajadores sean o no miembros del sindicato

KEY POINTS	Right to work	Non-RTW
Union is generally required to represent employee	Yes	Yes
Employee is bound by union contract	Yes	Yes
Union is the employee's exclusive bargaining agent	Yes	Yes
Employee is required to join union or pay union dues	No	Yes

Fuente: Cooper

2. Ventajas e inconvenientes

El debate sobre las ventajas o desventajas de la aprobación de leyes de derecho al trabajo (RTW) por parte de un Estado lleva años generándose. Ya no se trata sólo de un problema jurídico, sino eminentemente económico, ético y de poder. Permitir que en los Estados que han aprobado estas leyes quienes no estén afiliados al sindicato elegido, que debe representar (y defender jurídicamente) a todos, afiliados o no, obviamente reduce la financiación sindical, pero el debate se centra en si aprobar estas leyes tiene efectos en la prosperidad y crecimiento económico y de bienestar social del Estado que las aprueba. Numerosos estudios llevan abordando esta cuestión desde que se aprobaron las primeras leyes (más de 60 años) y los argumentos varían dependiendo de que la posición de los autores sea más afín con la parte empresarial o social, con independencia de que el estudio o la opinión provenga de autores académicos, o de agentes económicos o sindicales.

En cuanto a los argumentos éticos, sustentados en principio jurídicos, sobresale, por parte sindical el hecho de que permitir el impago no ya sólo cuotas, sino tan siquiera tasas o de un canon por los servicios derivados del coste de la negociación, supone permitir a los *free riders*, es decir, los gorriones o aprovechados, beneficiarse de una negociación colectiva que les mejora las condiciones de trabajo (al tratarse de una negociación *erga omnes* para la unidad de negociación

en que son representados de modo exclusivo por el sindicato mayoritariamente elegido en la misma)⁶³. Aumento reconocido por el propio TS para declarar la conformidad de estas cláusulas de seguridad sindical al sopesar los derechos en juego en el caso *Abood*⁶⁴. Se alega igualmente que en ausencia de un canon de negociación, los afiliados estarían subsidiando a los no afiliados⁶⁵ y que, en todo caso, la legislación prevé un deber de representación justa de todos los trabajadores por parte de los sindicatos que debe ser compensada⁶⁶.

Pero, en sentido contrario, se mantiene que lo que está en juego es la libertad de trabajadores y empresarios de negociar sus propios términos de empleo y su libertad individual de asociación, así como que, en realidad, los Estados que no han aprobado leyes RTW son Estados de sindicación obligatoria y en los que los “aprovechados” son, en realidad, los sindicatos que someten a una exacción a todos los trabajadores: no sólo los que votaron por ellos, sino a los que apoyaron a otro sindicato, a los que prefieren no tener sindicato y a quienes nunca tuvieron la oportunidad siquiera de votar por haber sido contratados después de que se certificara al sindicato, obligándoles a pagar por la violación de sus derechos para financiarles⁶⁷. Se alega que los sistemas superados de *closed shop* y los de *unión shop* buscan volver al modelo gremial y a la situación anterior a las leyes de libertad de trabajo y empresa⁶⁸.

Se alude igualmente al derecho de las minorías⁶⁹ de disentir respecto a las mayorías en relación con la negociación colectiva, ya que

⁶³ KALENBERG R.D., MARVIT M.Z., *Why Labor Organizing Should Be a Civil Right*, New York (The century foundation press), 2012, p. 2075 (version kindle).

⁶⁴ *Abood v. Detroit Board of Education* 431 U.S. 209 (1977), para el sector público.

⁶⁵ Bureau of Labor Education, *The Truth about “Right to Work” Laws*, University of Maine, http://umaine.edu/ble/files/2011/01/RighttoWork_Laws.pdf

⁶⁶ GREENHOUSE S. “States Seek Laws to Curb Power of Unions”. *The New York Times* January 2011. <http://www.nytimes.com/2011/01/04/business/04labor.html?pagewanted=2&r=1>

⁶⁷ GALLES G., *Sindicatos y libertad de asociación*, 5 Marzo, 2014, <http://www.miseshispano.org/2014/03/sindicatos-y-libertad-de-asociacion/>

⁶⁸ BAIRD C., “The Myth of compulsory union membership. No American Worker Can Legally Be Forced to Become or Remain a Union Member in Good Standing in Any State”, *The Freeman*, march 1, 1998: <http://fee.org/freeman/detail/the-myth-of-compulsory-union-membership>

⁶⁹ En realidad, las críticas basadas en la idea de las minorías traen su causa originaria más profunda en la política segregacionista de los Estados del Sur donde se negaba a los negros pertenecer a los mismos sindicatos que los blancos.

el sistema de negociación colectiva supone poder regular las materias laborales de una minoría no conforme. Y aunque se admite que ello puede ser así cuando son las leyes las que regulan la voluntad mayoritaria, se discrepa de su extensión a supuestos de relaciones entre privados, por afectar a la libertad personal y la propiedad privada. Relacionado con las minorías se alega, por el contrario, que precisamente las nuevas minorías, como jóvenes y mujeres, perciben una retribución más alta en el marco de Estados con cláusulas de seguridad sindical.

Pero el debate crucial a la hora de apoyar o no estas leyes reside en su repercusión concreta para los trabajadores, la economía y el bienestar familiar y social. Y en este punto, el más controvertido de todos, lo único que se puede extraer de los múltiples estudios realizados es que todavía hoy resulta difícil confirmar que tales leyes tengan una determinante influencia en dichos extremos, pudiendo sólo afirmarse que, en realidad, lo único cierto es que este tipo de leyes se utiliza más como un reclamo político y electoral⁷⁰. Existen activas organizaciones liberales que fomentan a modo de lobby la aprobación de este tipo de legislación⁷¹, sobresaliendo la *National Right to Work Legal Defense Foundation* cuya finalidad es otorgar asistencia jurídica para quienes no deseen pertenecer a un sindicato y que acusa a los Sindicatos de sesgo político al dedicar más de 31 millones de dólares para apoyar a los demócratas frente a la inexistencia de apoyo alguno a los republicanos. Sus estudios obviamente se centran en las ventajas de la aprobación de estas leyes y su beneficiosa repercusión para la economía. Pero los estudios académicos en cuanto a su efecto concreto en el bienestar efectivo de los trabajadores no resultan contundentes.

Un estudio de 1985 mostraba que mientras que los ingresos de los trabajadores en los Estados sindicalizados que no han aprobado leyes RTW, es decir, que permiten la cláusula *agency shop*, era mayor que en los que las habían aprobado, pero que ello no significaba que los tra-

⁷⁰ COOPER J.W., *Effects of Right to Work Laws on Employees, Unions and Businesses*, 2004, p. 26ss: <http://right-to-work-laws.johnwcooper.com/>. Para un interesante análisis sobre las circunstancias en que se aprobaron leyes al trabajo en algunos Estados, por ejemplo, Oklahoma: vid. HOGLER R., *The End of American Labor Unions*, cit., p. 2915 ss

⁷¹ Teamster Nation "Meet the billionaires behind No Rights At Work", 27 January 2013. <http://teamsternation.blogspot.com.es/2013/01/meet-billionaires-behind-no-rights-at.html>

bajadores fueran más ricos⁷². Pero cuando se ha cuestionado su metodología, usando datos estadísticos de la Oficina de estadísticas laborales de los EEUU (*United States Bureau of Labor Statistics*) que ya no se publican, nuevos estudios que toman en consideración no sólo las retribuciones, sino que miden las mismas una vez descontados los impuestos estatales y locales, en tanto reducen la capacidad adquisitiva de las familias, llegan a la conclusión que la media de ingresos en los Estados con leyes de libertad de trabajo es mayor que en los sindicalizados⁷³. Posición que parece ratificar el estudio más conocido sobre la cuestión realizado por el economista Holmes⁷⁴ quien investigó los efectos de las políticas “pro-negocios” sobre la actividad manufacturera en los EEUU (calificando de pro-empresarial el Estado que ha aprobado leyes de derecho al trabajo RTW), poniendo de manifiesto que, en realidad, los Estados con estas leyes de libertad de trabajo tienen a adoptar una variedad de políticas pro-empresariales, como impuestos bajos y entornos normativos más flexibles, que son los que favorecen realmente que en los Estados RTW se cree más empleo que en los sindicalizados, lo que aboca a que el clima pro empresarial que preside los Estados con derecho al trabajo haga que los trabajadores sean más ricos, se genere más empleo y se tengan más oportunidades, sosteniéndose incluso que la diferencia sería más grande si a los in-

⁷² BENNETT J.T. *A Higher Standard of Living in Right to Work States*. Springfield, VA: National Institute for Labor Relations Research, 1990; del mismo *Does a Higher Wage Really Mean You Are Better Off* (1985) Springfield, VA: National Institute for Labor Relations Research. Destacando que en general son un poco más altas las retribuciones de RTW: ROBERT REED W, “How Right-to-Work Laws Affect Wages”, University of Oklahoma, Norman, OK 73019. Este artículo contiene referencias a estudios anteriores y puede verse en http://www.econ.canterbury.ac.nz/personal_pages/bob_reed/Papers/RTW_Wages_Paper.pdf

⁷³ En primer término, BENNETT J., “Right to work prescription for prosperity and opportunity” Springfield, VA, National Institute for Labor Relations Research (NILRR), 2000, un estudio citado por casi todos los autores posteriores, pero al que no se ha podido acceder directamente basado en datos extraídos de 1993 por BOYER R., SAVAGEAU D., *Places Rated Almanac*. Posteriormente, poniendo de relieve el retraso de los datos y añadiendo variables, dentro del mismo Instituto y con similares conclusiones: POULSON B.W., “The Standard of Living in Right to Work States” January 1, 2005, in *Papers by NILRR Staff*: <http://www.nilrr.org/2005/01/01/standard-living-right-work-states/>

⁷⁴ HOLMES T. *The Effects of State Policies on the Location of Industry*, Staff Report 205. Minneapolis, MN: Federal Reserve Bank of Minneapolis, 1996 (www.econ.umn.edu/~holmes/papers/sr205.pdf). Asimismo, HOLMES T., “The Effect of State Policies on the Location of Manufacturing: Evidence from State Borders”. *Journal of Political Economy*, Vol. 106, n° 4/1998, pp. 667-705.

grosos de los trabajadores se les resta además la propia cuota o canon sindical en los Estados sin leyes RTW, es decir, sindicalizados⁷⁵.

Por el contrario los sindicatos y los estudios hechos por los académicos que los sustentan mantienen que las leyes de RTW son leyes de derecho al trabajo “por menos” (*right to work for less*⁷⁶) y que en los que no se aprueban más que estados sindicalizados de lo que se trata es de Estados en los que se reconoce de verdad el derecho a la negociación colectiva (*free bargaining States*)⁷⁷. Según los datos de la AFL-CIO⁷⁸, basados en distintas estadísticas oficiales y de fundaciones, los Estados en los que rige la libertad de trabajo tienen frente a los que no las aprueban, menores retribuciones y beneficios (12,2% menos), menores ingresos familiares (un 11,8 % menos), una mayor ocupación en puestos de salarios bajos, más probabilidad de no tener seguro de vejez, menos propensos a tener un seguro de salud laboral (sólo el 46,8 % de los empresarios del sector privado ofrece cobertura en comparación con los 52,6% de los Estados sin estas leyes), tasas de pobreza mayores, de mortalidad infantil y de accidentes laborales.

En esta línea se sitúa, si bien para las retribuciones un importante estudio llevado a cabo en 2011 por el Instituto de Política Económica (*EPI, Economic Policy Institute*) por Elise GOULD and Heidi SHIERHOLZ⁷⁹. En el mismo se estima que la aprobación de las leyes de libertad de trabajo supondrían una reducción del 3% de la economía de Wisconsin, el último Estado en aprobar una de estas leyes en 2015 además de otros efectos negativos como limitar la viabilidad financiera de los sindicatos, reducir su fuerza negociadora para conseguir mayores retribuciones y mejores beneficios, haciéndoles más difícil representar a los trabajadores en políticas relativas a los seguros de desempleo, indemnizaciones por despido y otras cuestiones. En concreto, el estudio mantiene que los salarios en los Estados con libertad

⁷⁵ BENNETT J.T. “Right to work laws: evidence from the United States” cit., pp. 88-89

⁷⁶ BUREAU OF LABOR EDUCATION, “The Truth about ‘Right to Work’ Laws”, University of Maine, http://umaine.edu/ble/files/2011/01/RighttoWork_Laws.pdf

⁷⁷ WASHINGTON STATE LABOR COUNCIL, AFL-CIO, “Right to work vs. Free Bargaining”, 2009, <http://www.wslc.org/legis/ri-work.htm>

⁷⁸ <http://www.aflcio.org/Legislation-and-Politics/State-Legislative-Battles/Ongoing-State-Legislative-Attacks/Right-to-Work>

⁷⁹ GOULD E., SHIERHOLZ H., “The Compensation Penalty of ‘Right-to-Work’ Laws”, Economic Policy Institute Briefing Paper No. 299, February 17, 2011, <http://www.epi.org/publication/bp299/> (accessed February 26, 2015)

de trabajo son un 3,2% inferiores a los que no han aprobado esas leyes (1,500 dólares menos por año). Asimismo sostienen que las pensiones pagadas por los empresarios es de un 4,8 % más baja en los Estados no sindicalizados.

Estudio duramente criticado el 3 de marzo de 2015 por James SHERK en la página de la *Heritage Foundation*, autocalificada de conservadora y liberal⁸⁰ fundamentado en errores de las estadísticas y en las variables utilizadas. Este autor sostiene, al contrario que los anteriores, que los Estados con leyes de libertad de trabajo tienen un nivel superior de vida. Frente a la defensa que se hace en el estudio de GOULD/ SHIERHOLZ sobre la clase media, alega que en él no se tiene en cuenta la mejora de las condiciones generales respecto a anteriores generaciones y, entre otras variadas cuestiones que se combaten, aunque admite que las retribuciones son más bajas en los RTW Estados, pone de manifiesto que los Estados sindicalizados tienen un coste de vida también mayor, por lo que no hay diferencias. SHERK insiste en que los importantes de estas leyes RTW es que protegen la libertad de los trabajadores, impidiendo que sean despedidos por indicación de los sindicatos, incluso con independencia de cómo les representen, además de que su aprobación atrae empresas negocio y trabajos y, finalmente, considera que tampoco donde se aprueban estas leyes se puede decir que no hay negociación colectiva puesto que la ley federal no impide que los sindicatos negocien sólo para sus miembros.

La importancia del resurgir de la cuestión de las leyes de derecho al trabajo se pone de manifiesto por el hecho de que, de inmediato, se haya realizado la contra réplica al estudio de SHERK por parte del propio EPI mejorando el anterior realizado, reforzándolo con nuevas estadísticas y datos para ratificar que las retribuciones son menores en los Estados que han aprobado leyes de RTW⁸¹.

En cuanto al impacto de estas leyes en la creación de empleo, es cierto que se aprecia un gradual desplazamiento de los trabajadores

⁸⁰ SHERK J., "How Unions and Right-to-Work Laws Affect the Economy": <http://www.heritage.org/research/testimony/2015/how-unions-and-right-to-work-laws-affect-the-economy>

⁸¹ GOULD E., KIMBALL W., "Right-to-Work States Still Have Lower Wages" April 22, 2015; <http://www.epi.org/publication/right-to-work-states-have-lower-wages/>

de los Estados sindicalizados a los de RTW y que, en general, se afirma que la mayor parte de los estudios revelan un incremento positivo del empleo; aunque en muchos casos se afirma que no parece que esos Estados RTW hayan atraído simultáneamente compañías, en tanto son otros factores los que determinan la localización geográfica de las mismas, tales como el sector productivo y la facilidad de disponer de recursos, la facilidad de transporte de las mercancías, la productividad de los centros de trabajo, o la relación precio productividad de los bienes elaborados⁸².

La conclusión de todo ello es que, salvo en su afectación a la financiación y a la rebaja de afiliación que se produce en los Estados con leyes de derecho al trabajo⁸³, es difícil determinar con propiedad la repercusión económica y en el bienestar de los trabajadores y de la economía que tienen las leyes de derecho al trabajo porque, en efecto, dichas leyes se aprueban precisamente en los Estados que fomentan políticas liberales de menores impuestos y mayor flexibilidad y competencia, con lo que resulta difícil comparar en igualdad de condiciones.

3. Últimos embates a las cláusulas de seguridad sindical

Lo que sí está claro, sin embargo, es que el resurgimiento del debate y la viva polémica que se aprecia en este momento en EEUU sobre el derecho de asociación sindical y las libertades individuales, presenta un claro componente político que no puede obviarse ni olvidarse. Y que consiste en la estrecha vinculación de los sindicatos con las políticas demócratas y la política antisindical del partido republicano, como lo demuestra que sea, precisamente, el *tea party* y los republicanos en general quienes lideran la cruzada para expandir estas leyes o bien, en donde ya existen, lograr constitucionalizarlas a fin de con-

⁸² COOPER J.W., *Effects of Right to Work Laws on Employees, Unions and Businesses*, cit., pp 21-24

⁸³ COOPER J.W., *Effects of Right to Work Laws on Employees, Unions and Businesses*, cit., quien señala que tampoco este aspecto es conclusivo aunque la mayor parte de los estudios así lo apunte. Aclara que la importancia del tema ha sido exagerada en tanto existen estudios que indican que cuando los sindicatos están bien establecidos, los empleados tienden a inscribirse sin tener en cuenta las leyes de derecho al trabajo y pone de relieve que estas leyes pueden ser más un síntoma que una causa de la debilidad sindical en ciertas industrias y áreas geográficas

solidarlas con mayorías más difíciles de revocar, al menos por lo que respecto a los empleados públicos⁸⁴.

La derogación general de las cláusulas de seguridad se está replanteando en la actualidad en los EEUU a nivel generalizado y federal. Como se dijo antes, en el importante caso *Abood v. Detroit Board of Education* de 1977 el TS ratificó como válida la teoría del peligro del free rider al considerar que la paz laboral y el interés relacionado con la prevención de que los trabajadores no afiliados sean parásitos del sindicato (en la medida en que éste por mandato legal debe representarlos lealmente aunque no estén afiliados), constituyen dos intereses generales suficientemente dignos de protección como para justificar el pago de cuotas obligatorias y para declarar que el canon de negociación (*agency fee*) es conforme con la Primera Enmienda.

Pero en ese mismo ámbito del sector público, la actual mayoría conservadora del TS ya has tenido oportunidad de cuestionar la ponderación de derechos llevada a cao en 1977. En efecto, en el reciente caso *Harris v. Quinn*, 573 USA (2014) el TS examinaba una Ley del Estado de Illinois (*Illinois Public Labor Relations Act*) -uno de los Estados en que no se han aprobado leyes RTW- por la que se permite el canon de negociación colectiva (cláusulas de *agency shop*) para los trabajadores del sector público. En el caso particular examinado el pago de dicho canon se exigía al personal que trabajaba para el programa de ayuda y salud doméstica de Illinois (personal de salud y cuidado doméstico), un programa pagado por el Estado de Illinois a través de una Fundación Médica y en el que la posición empresarial se ostenta tanto por el paciente que recibe el cuidado como por el Estado a través de la Fundación. La Sra Pamela Harris era pagada por el Estado para cuidar de su propio hijo y al exigirsele el pago del canon de negociación por parte del sindicato elegido como representante exclusivo de estos trabajadores, sin embargo, se niega. Aunque ni la Corte de distrito ni la del séptimo circuito le dan la razón (a ella y otros compañeros también demandantes), el TS, por cinco votos a cuatro, declara finalmente que esta ley viola la Primera Enmienda (titular usado por los defensores de las RTW) o, más adecuadamente, lo que dice es que este tipo de trabajadores no puede ser obligado a

⁸⁴ ROGERS J., "Why 'Harris v. Quinn' has Labor very, very Nervous", The Nation Investigating Project Daily 27 march 2014. <http://www.thenation.com/article/179033/why-harris-v-quinn-has-labor-very-very-nervous>

pertenecer al sindicato en aplicación de dicha Ley por no tratarse en puridad de empleados públicos de pleno derecho (al ser despedidos y contratados por los pacientes individuales a través del pago vía una asociación médica). Aunque el pronunciamiento no ha invalidado la obligatoria afiliación para la mayor parte de la población de empleados públicos, lo cierto es que la opinión mayoritaria ya ha dejado caer que el caso *Abood* fue erróneamente decidido y parece anticipar un posible cambio de precedente (frente a los jueces disidentes que declaran que fue correcto y que no se vulnera la Primera enmienda)⁸⁵.

Si la duda ya se ha dejado sentir en el sector público, también parece que ello esté ocurriendo en el sector privado. Aunque en el marco del sector privado regido por la Railway Labor Act (RLA), varios asistentes de vuelo deciden no afiliarse al sindicato TWU (*Transport Workers Union*) a pesar de ser representados por el mismo, alegando la violación de sus derechos constitucionales y la Primera Enmienda. Como en el caso anterior, en el asunto *José Serna, Mary Richardson et alri v. TWU*, también la demanda ha sido financiada por la Fundación Nacional de Defensa Legal del Derecho al Trabajo (*National Right to Work Legal Defense Foundation*). Se alega que la única conformidad con la Primera Enmienda sería un *opting in* y no un obligatorio *opting out*⁸⁶, que dicha Enmienda además en todo caso no jugaría en las relaciones entre privados y que todavía se aplica dicha enmienda porque las aerolíneas están actuando “bajo el color de la ley federal”, la Ley de Trabajo Ferroviario (RLA), que rige los contratos privados en las industrias del ferrocarril y de las aerolíneas, de modo que si no fuera por la RLA, los demandantes tendrían claramente un “derecho al trabajo” por cuanto en Texas (donde se planteaba el problema) existe una Ley RTW por el que todas las cláusulas de seguridad sindical (como la alcanzada por el sindicato y las líneas aéreas – en varios casos empleados de *American Eagle Airlines* y en otro

⁸⁵ BOWIE N., “Cases in the Pipeline- Challenges to Union Security Clauses”, February 28, 2014 <http://onlabor.org/2014/02/28/cases-in-the-pipeline-challenges-to-union-security-clauses/>; SIMON S., *Harris v. Quinn* ruling: unions hit, but not fatally, <http://www.politico.com/story/2014/06/supreme-court-harris-v-quinn-ruling-108428.html>

⁸⁶ En el caso *Knox v. SEUI* ya el juez Samuel Alito rompe con la tradición del *opting out* del empleado que no quiera pagar o tenga objeciones y apuesta por el régimen contrario, de *opting in*, es decir exigiendo un expreso deseo del trabajador de pagar el canon de negociación y no como viene haciéndose donde lo que se exige al empleado es que exprese su deseo de no pagar. Y este Juez es el mismo ponente del asunto *Harris v. Quinn*.

de *Southwest Airlines*) devendrían ilícitas⁸⁷. De momento el primer round se ha resultado a favor del Sindicato⁸⁸, pero el caso se encuentra en la Corte de apelación del 5th Circuit⁸⁹, por lo que deberá seguirse con detenimiento la decisión final.

4. Algunas reflexiones al hilo del modelo norteamericano

Como ha podido comprobarse, en los Estados en que no se han aprobado leyes RTW el modelo norteamericano cuenta con un grado superior de protección el sindicato en relación con las cláusulas de garantía sindical, en tanto el canon de negociación (*agency shop*) se puede imponer a los no afiliados al sindicato representados legalmente por el sindicato elegido mayoritariamente en la unidad adecuada de negociación. Es cierto que ese canon puede reducirse en su cuantía por objeciones políticas, pero en todo caso incluye los gastos derivados de la negociación colectiva y los procedimientos derivados de su cumplimiento. Asimismo también es cierto que la jurisprudencia está restringiendo los supuestos en que se considera razonable exigir la declaración individual del trabajador de *opting out*, es decir, de rechazar el pago de la cuota sindical prevista normalmente en estas cláusulas y limitar el pago al estricto canon de negociación, apostando por otorgar mayor margen de decisión al trabajador y limitando la presión sindical sobre el mismo, en tanto reconocido el derecho de libertad sindical negativa en ausencia de acuerdos de seguridad sindical.

Por el contrario, en los Estados que han aprobado leyes RTW, se prohíbe cualquier cláusula en la negociación colectiva de seguridad sindical, de modo que los trabajadores se benefician de la negociación y de las mejoras en las condiciones de trabajo que de ella se deriven, sin tener que hacer frente a ningún pago o canon.

⁸⁷ La demanda en http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCKQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.regent.edu%2Facad%2Fschlaw%2Ffaculty_staff%2Fdocs%2Fcameron%2Fbriefs%2F201409serna.pdf&ei=vhChVfHMGuP_ywPsha04&usq=AFQjCNFuP4425YZnY9oLpqzWUSBiohS2dA&bvm=br.97653015,d.ZGU

⁸⁸ Serna et al v. Transport Workers Union of America AFL-CIO, Case 3:13-cv-02469N Texas Northern District Court, Dallas <http://www.cwsny.com/wp-content/uploads/2015/04/00392087.pdf>; La opinion syndical en [http://www.twu.org/blog/tabid/84/vw/1/itemid/655/%5Bstatement%5D-federal-judge-tosses-out-lawsuit-against-twu-\(jose-serna-v-twu\).aspx](http://www.twu.org/blog/tabid/84/vw/1/itemid/655/%5Bstatement%5D-federal-judge-tosses-out-lawsuit-against-twu-(jose-serna-v-twu).aspx)

⁸⁹ Desde el 17.4.2015. <https://dockets.justia.com/docket/circuit-courts/ca5/15-10328>

El sistema español se encuentra a mitad de camino entre ambos sistemas, pues de un lado se permite el canon de negociación (art. 11 LOLS) que sería como el *agency shop*, tal y como ocurre en los Estados sindicalizados y el canon se pagaría a los sindicatos que han negociado el convenio que es de aplicación erga omnes a los trabajadores que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación. Pero, a diferencia de estos Estados norteamericanos sin leyes RTW, además de la pluralidad de sindicatos beneficiados⁹⁰, en España no se puede imponer obligatoriamente su asunción a los trabajadores aunque se pacte en el convenio colectivo, sino que el trabajador tiene que aceptar individualmente y su consentimiento debe ser expreso y manifestado por escrito. Por otro lado, respecto a los Estados que han aprobado leyes RTW, el parecido con el modelo español dependerá de su dicción y alcance. Pero en tanto la mayoría de estas leyes lo que hacen es directamente prohibir estas cláusulas de seguridad sindical, lo cierto es que el modelo español sería un tanto más protector al dejar al menos que la negociación colectiva regule la posibilidad del canon de negociación.

El problema en el modelo español es que la LOLS (art. 11) y el TC prohíben una cláusula de garantía sindical de directa aplicación a los trabajadores beneficiados por la negociación colectiva. Un convenio colectivo estatutario, de eficacia personal erga omnes para los trabajadores que están dentro de su ámbito de aplicación (en este aspecto como el modelo norteamericano) y en el que los negociadores representan al conjunto de los trabajadores afectados, puede prever como parte de su contenido el sufragio de los costes de negociación (canon de negociación) pero para ser respetuoso con la libertad sindical en España no cabe exigir a los trabajadores un acto expreso de voluntad contrario al pago (*opting out*)⁹¹, sino, por el contrario, se

⁹⁰ En España, a diferencia del modelo americano, del canon se beneficiarían no sólo los sindicatos que finalmente alcanzaran el convenio, sino todos aquellos representados en la comisión negociadora.

⁹¹ Como declara la STC 98/85, FJ 18: “cada trabajador, en la forma y plazo que se determinen, podrá mostrar su conformidad (art. 11.1) con que se le descuente el canon sobre los salarios que le correspondan, sin que sea admisible la imposición del canon a reserva de la voluntad en contrario, y sin que se pueda exigir tampoco una manifestación negativa de voluntad, que supondría, sin duda, una presión sobre el trabajador. Si, pues, el canon por negociación colectiva que el Proyecto permite fijar es sólo el voluntariamente asumido por el trabajador, no cabe afirmar que afecte a la libertad sindical, bien entendido que el canon de negociación, dado su carácter y finalidad específica, no puede confundirse en ningún caso con la cuota sindical que deben abonar a cada sindicato los trabajadores que forman parte del mismo”.

les exige un acto manifiesto de voluntad de asumir el pago (*opting in*) pues como dice el art. 11 LOLS considerado constitucional por la STC 98/85 “respetará la voluntad individual del trabajador, que deberá expresarse por escrito en la forma y plazos que se determinen en la negociación colectiva”. Para el TC lo que se negocia no es la cuantía, sino el descuento empresarial de la misma, precisando en todo caso que “la cuantía total a percibir por los sindicatos representados en la comisión negociadora no podrá exceder de los gastos que por todos los conceptos ocasione la negociación del respectivo convenio” (STC 98/85, FJ 18), si bien ciertamente por “todos los conceptos” permitiría una interpretación no restrictiva.

La efectividad práctica del canon de negociación colectiva en nuestro país es, sin duda, mínima, cuando no nula. Tampoco en nuestro sistema existe ningún estímulo para que el trabajador proceda al pago de algo que ya recibe con independencia de ese coste individual. Lo que ocurre es que, también en España, podría decirse que, al final el coste de la negociación se financia por los afiliados quienes subvencionan a los no afiliados que se benefician de la maquinaria sindical. A este respecto, no obstante, existe una diferencia importante entre los dos países. En España las subvenciones a los sindicatos, como a las asociaciones empresariales o a los partidos políticos, son importantes, por lo que el Sindicato no vive sólo de las cuotas sindicales. Este aspecto de la subvención es más importante en nuestro modelo, pero también en el modelo norteamericano este déficit se compensa, con bastantes creces, por la vía de las donaciones particulares de escasa tradición en nuestro modelo sindical. En cualquier caso, lo cierto es que muchas de las ayudas que reciben los sindicatos son finalistas (para formación, etc), con lo que no pueden imputarse a este coste de negociación institucional estatutaria, lo que nos llevaría a un debate interesante que sólo puede aquí apuntarse: si las subvenciones cubren o no esta negociación colectiva estatutaria, si sólo la cubren a nivel sectorial, que es donde exclusivamente tienen monopolio negociador los sindicatos, o si deben cubrir también la negociación de empresa tan de boga en este momento. A lo que debiera añadirse si cubre o no los pactos de empresa derivados de las consultas en los múltiples procedimientos colectivos de modificación y extinción.

Al margen de ello, un debate más pragmático sería el de plantear de modo creativo nuevos planteamientos para viabilizar el canon de negociación de conformidad con los parámetros de voluntariedad, escritura y consentimiento expreso favorable al descuento salarial

exigidos por la LOLS y el TC. Por ejemplo, incorporar en los modelos oficiales (copia básica) de contrato de trabajo una casilla en la que el trabajador, de señalarla, consienta el pago del canon. Más radical, pero entiendo que no por ello pondría en entredicho el válido y libre consentimiento del trabajador, sería introducir una cláusula de estilo aceptando el canon de modo expreso ya redactada o al menos identificada como canon de negociación y que después se pudiera rellenar con una cláusula de estilo remitiendo al convenio o con una redacción específica. Me parece que del mismo modo en que el trabajador da su consentimiento a un montón de cuestiones (vacaciones, salario, jornada) en estos modelos generales de contrato, ya sea de modo específico (por decir algo ya que sólo se contiene en el contrato una referencia mínima), o por remisión a un convenio que ni siquiera se especifica las más de las veces, sin que cuando los firme nadie se cuestione si es un contrato de adhesión o de trabajo, y su firma y consentimiento de este modo no es siquiera cuestionado, tal proceder sería aplicable al canon de negociación, cuyo consentimiento y su validez no podrían verse sometidos a criterios diversos de los generales para el resto de lo firmado (con el límite obviamente del art. 3.5 ET o contrarias a la CE). Es más, para salvar toda tacha de oportunismo, podría incorporarse en todos los contratos dicho canon de negociación (por escrito), al que debe dar su consentimiento el trabajador, y ser precedida la firma del contrato a una reunión con un representante sindical o unitario, a modo de lo que se hace en el finiquito, para informar del significado de lo firmado y de las condiciones de mejora que el convenio aplicable supone respecto de las generales establecidas por la ley. Reunión que, incluso mejor para evitar dudas de presiones indebidas, podría ser general, informativa y anual, para los nuevos contratados y en la que todos los sindicatos y los órganos de representación unitaria pudieran dar información sobre su actividad y lo que el canon significa, e incluso, lo que significa ir más allá y afiliarse, en este caso con cuota sindical. Se trataría de libertad de información, no discriminatoria, de los sujetos que puedan aportarla, y que no suponga ninguna presión, sino mera información. Puestos a ser creativos, podría pensarse si introducir la cláusula o no según el nivel incluso de negociación colectiva y limitarlo al sectorial, en tanto el empresarial tendría el problema de que la negociación no se haga por los sindicatos lo que nos llevaría a entrar en otro problema consistente en si en tal caso sería aplicable la LOLS y su canon.

En todo caso, a mi juicio, una cláusula de aceptación del canon de negociación personalmente por el trabajador en la entrada al trabajo,

al firmar el contrato, podría resultar más atractiva si su asunción lleva consigo algún beneficio más tangible que el concedido ex lege de mejora de las condiciones de trabajo; y éste podría consistir en añadir la ventaja de una o un par de consultas jurídicas gratuitas al año ofrecidas por los servicios sindicales, por ejemplo. Incentivos que dependerán del coste y que deberán tener en cuenta la cuota de afiliación sindical y el hecho de que el canon sólo tiene por objetivo contribuir a financiar el coste de la negociación sin que en ningún caso puedan equiparse o confundirse. También podría pensarse en vincular el canon al consentimiento individual sólo de trabajadores a partir de un determinado nivel retributivo. O que el porcentaje varíe en función del mismo, introduciendo un principio de proporcionalidad en función del grado de mejora obtenido.

Desde luego si la finalidad del canon es el fomento de la implantación sindical y la potenciación del mismo, a modo de acción positiva o, mejor, de cumplimiento de la obligación de los poderes públicos de tener en cuenta la relevancia constitucional del sindicato como institución central (como la de los partidos políticos o las asociaciones empresariales), debería replantearse doctrinalmente la dudosa equiparación constitucional entre libertad sindical positiva y su vertiente negativa, que simplemente, supone el derecho a no formar parte de una asociación sindical, sin más, pero sin que de ello pueda colegirse que no se tengan que pagar o contribuir a pagar costes por beneficios cuando ello, además, es resultado de un acto voluntario.

Tal realidad, compleja en lo que se refiere a la negociación colectiva estatutaria, debiera serlo menos cuando se trata de la negociación colectiva extra estatutaria. A mi juicio debe procederse a una relectura de la doctrina del TC en cuanto a la adhesión individual a un convenio extraestatutario sobre la base de que estos convenios tienen eficacia obligacional y no normativa⁹². Tal elemento diferencial en cuanto a su eficacia también es clave a los efectos del canon de negociación colectiva en tanto los argumentos generales que se pueden dar para la contribución general de los gastos de negociación por parte de todos

⁹² STC 121/2001, al indicar que “Tales pactos (los extraestatutarios), que se encuentran amparados por el artículo 37 CE, en cuanto garantiza el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, carecen de eficacia personal erga omnes, y poseen una obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida, en el sentido en que aquéllos circunscriben su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias. Se rigen, por tanto, por la regla

los trabajadores beneficiados por el convenio devienen más sólidos en términos obligacionales y de Derecho Civil. Si la negociación colectiva extraestatutaria sólo vincula a los que la firman y a sus representados, lo cierto es que, en tal caso, no se produce un enriquecimiento injusto por parte de ninguno de los beneficiados pues todos los trabajadores pagan sus cuotas sindicales como tales afiliados. En esta fase inicial no hay *free riders* ni aprovechados. Como en toda asociación, si ésta consigue mejoras, por ejemplo, descuentos en una empresa, para obtener los descuentos, en este caso, las mejoras colectivas pactadas, es evidente que debes pertenecer a la asociación, esto es, al sindicato. Este tipo de convenios (que forman parte del contenido esencial de la libertad sindical siempre que no se realicen como acto antisindical por parte de la empresa o de los propios sindicatos firmantes), sin duda, fomentan indirectamente la afiliación pues quienes quieren obtener las ventajas deben afiliarse. Sin embargo, la doctrina constitucional ha afirmado que cabe la adhesión individual a estos convenios por parte de afiliados a otro sindicato, lo que ha sido interpretado en términos muy amplios dando lugar a una cultura popular de que, con carácter general, cualquiera puede adherirse a estos convenios sin que se le pueda rechazar o pena de vulnerarse la libertad sindical (de afiliarte o no afiliarte a un sindicato). Seamos serios. Lo que no se puede es negar la afiliación o la adhesión a un convenio- contrato por motivos sindicales o cualesquiera otros discriminatorios, como no se puede hacer en ninguna asociación, ni los particulares pueden negar ventajas negociadas a alguien por un motivo discriminatorio (aunque en estricta teoría de las obligaciones, nadie tendría siquiera un genérico “derecho” a ser parte en un contrato en el que nadie te ha invitado a participar).

general del derecho común de la contratación, a tenor de la cual los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (artículo 1257 del Código Civil). La lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales”. Como precisa la STS 30-3-1999, los convenios extraestatutarios carecen de una regulación legal propia y se rigen directamente por el art. 37.1º de la CE y por las normas que el Código Civil dedica a los contratos (SSTS-4ª de 2 de febrero y 21 de junio de 1994), en concreto sus artículos 1.091 y 1.254 a 1.258 (STS-4ª de 14 de diciembre de 1996), sin perjuicio de aplicar, en su dimensión básica, las reglas generales del propio Estatuto, dada su calidad de concertos plurales. De ahí que la principal característica de estos pactos extraestatutarios estribe en que su ámbito personal de aplicación se limite a la empresa y a los trabajadores que (bien por sí mismos o bien a través del sindicato al que vienen afiliados) los concertasen inicialmente, así como a aquellos otros que en lo sucesivo se adhieran al concierto por cualquiera de los medios previstos en el ordenamiento jurídico, en este caso, como se ha dicho, fundamentalmente el Código Civil.

La sentencia clave en esta materia es la STC 108/1989, de 8 de junio de 1989, en la que el problema que se planteaba era la celebración de un convenio entre UGT y las Industrias de la Madera de la CAM de eficacia limitada para el sector. CCOO alegaba que, en realidad, se trataba de uno de eficacia general al permitirse la adhesión generalizada y que se vulneraba su libertad sindical porque con dicha firma se impedía la negociación colectiva estatutaria al negarse el banco empresarial a negociar el convenio que estaba en ultractividad por haberse negociado ya el de eficacia limitada. La Magistratura de Trabajo anula el convenio de eficacia limitada y establece la obligación de la parte empresarial de negociar con los sujetos legitimados el convenio de eficacia general estatutario. Por el contrario, el TCT anula la sentencia parcialmente: aunque mantiene el pronunciamiento sobre la vigencia y continuidad del contenido normativo del convenio estatutario ultractivo y la declaración de la obligación legal de las asociaciones empresariales de negociar un convenio con los dos sindicatos UGT y CCOO, revoca sin embargo la declaración de nulidad del acuerdo de eficacia limitada sobre la base de que la negociación estatutaria de eficacia general y normativa no impide la extraestatutaria sometida a las reglas generales del Código Civil. CCOO acude en amparo alegando vulneración del derecho de libertad sindical entendiéndolo que ha sido objeto de una discriminación injustificada y ha sufrido las consecuencias y perjuicios de un pacto de injerencia empresarial, al producirse mediante una selección arbitraria y discriminatoria de otro interlocutor social en la negociación colectiva, excluyéndole deliberadamente y marginándole pese a estar legitimado y tener mayor representatividad.

Y el TC ya en su primer FJ centra la pretensión de amparo, cual es la anulación de tal Sentencia y del convenio de eficacia limitada suscrito entre la Federación de Madera, Construcción y Afines de la UGT y las patronales del sector por vulneración del derecho de libertad sindical porque, como parte de su contenido esencial, el derecho a la negociación colectiva de CCOO se ha hecho prácticamente “prácticamente imposible” “al dejar subsistente un convenio de eficacia limitada que cubre en realidad el mismo ámbito al que debería extenderse el convenio de eficacia general que sólo con participación de la entidad recurrente podría celebrarse”. El análisis del TC se limita a determinar, en definitiva “*si la subsistencia del convenio de eficacia limitada vulnera o no la libertad sindical de la entidad recurrente*, que es el que la propia entidad recurrente invoca para fundamentar la pretendida discriminación” (FJ 1).

Tras recordar que la negación u obstaculización de la negociación colectiva de los sindicatos, como representación institucional de los trabajadores, supone una violación de la libertad sindical, el hecho de que de dicha libertad posibilite también el pluralismo sindical permite una negociación plural, dependiendo el carácter estatutario o extra estatutario de los convenios del cumplimiento de los requisitos del ET “al que se otorga en ese caso un plus de eficacia, por el carácter erga omnes del llamado convenio colectivo estatutario”. Para el TC “la protección del derecho de un sindicato a la negociación colectiva estatutaria no exige, por tanto, como la entidad recurrente reconoce, la exclusión de toda posibilidad de negociación colectiva a los demás sindicatos, aunque si implica la necesidad de que el ejercicio de esa facultad de negociación entre sindicatos y asociaciones empresariales no suponga una práctica antisindical de las vedadas en el art. 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, o imposibilite jurídicamente la negociación colectiva de eficacia general”. Lo que para el TC no era el caso pues CCOO “conservó la posibilidad de conseguir sus objetivos en la negociación colectiva, y no puede convertir la obligación de negociar, ni en un deber de aceptar unas determinadas reivindicaciones, ni en una prohibición de aceptar otras reivindicaciones que a la representación empresarial le parecieran más aceptables o razonables”. Ya en lo atinente a la expresa previsión del convenio de eficacia limitada a la posibilidad de adhesión de “todos los trabajadores del sector” por lo que de facto se convertiría en uno de eficacia general, el TC precisa que dicho argumento “olvida el punto fundamental de que la eficacia está limitada también del lado empresarial, que es posiblemente el aspecto más relevante de la eficacia no general” y afirma que “la extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron, no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la voluntad de quienes en él no participaron, pero la adhesión de estos, como adhesión libre, no puede ser en ningún caso cuestionada, ni necesita para ejercerse que el convenio mismo la prevea, por lo que en ningún caso puede imputarse a tales cláusulas, Jurídicamente irrelevantes, la lesión de un derecho ajeno. Ni la existencia de tales cláusulas en el convenio aquí atacado, ni la consideración de que la adhesión de los trabajadores a él está en cierto modo forzada porque sólo de ese modo podrán gozar de las ventajas que el mismo prevé, pueden considerarse, en consecuencia, como una violación de la facultad de la recurrente para la negociación de un Convenio de eficacia general”. El TC deniega el amparo solicitado.

Varias conclusiones se extraen de lo afirmado: a) la adhesión de quienes no participaron siempre debe ser libre, b) no puede ser en ningún caso cuestionada, c) no necesita para ejercerse que se prevea la adhesión en el convenio, d) no suponen la lesión de un derecho ajeno (derecho a negociar un convenio de eficacia general por CCOO), e) las cláusulas de adhesión tampoco vulneran este derecho.

Que la adhesión es libre es evidente. Si se trata de un contrato o convenio de eficacia obligacional, de eficacia limitada, los no incluidos no pueden ser obligados a ser afectados por las cargas y beneficios negociados. Tampoco, ciertamente, es preciso que se prevea en el convenio de eficacia limitada dicha posibilidad. Pero ello no obsta a que pueda hacerse, pues sería parte del contenido libre de la negociación colectiva si sus previsiones son razonables y constitucionales. Ahora bien, eso de que *la adhesión no puede ser cuestionada en ningún caso*, exige una mínima reflexión y contextualización. Partiendo de que dicha afirmación es tan sólo un *obiter dictum* y no la *ratio decidendi*⁹³ a mi juicio ello es cierto siempre y cuando la adhesión sea a la totalidad de lo pactado y, cabría además plantearse si no es posible, incluso, denegar la adhesión en ciertos casos. Obviamente ya la jurisprudencia ha tenido ocasión de precisar que no puede negarse la adhesión a los afiliados de otros sindicatos. Ello es lógico, siempre y cuando sea el motivo sindical el que lo impide, porque entonces sería atentatorio de la libertad sindical y discriminatorio. Pero debe recordarse que cabría demostrar que la no adhesión se fundamenta en motivos absolutamente ajenos al móvil antisindical, en cuyo caso jugaría la doctrina constitucional general de la prueba de indicios y de su refutación. Digo esto porque imaginemos que se alcanza un acuerdo de eficacia limitada, no antisindical con otro sindicato (es decir que no persigue negar la negociación erga omnes, ni puentear a un sindicato) sino conforme a Derecho, en el que se prevea, por ejemplo, un canon determinado por los gastos de la negociación colectiva y se prevea que dicho coste sólo lo deben asumir los que no pertenezcan al sindi-

⁹³ Pues ésta reside en puridad en la idea de que la negociación de eficacia limitada no vulnera por sí misma la libertad sindical y de negociación de quienes están legitimados para negociar un convenio estatutario, sino que es parte del contenido de la libertad sindical la pluralidad sindical y el derecho de negociación de cada sindicato al menos de eficacia limitada, sin que a ello afecten las consideraciones generales que el TC hace sobre la adhesión y su alcance en la medida en que el TC ya aclara que se trata de un simple problema de mayorías y requisitos del ET para determinar la eficacia normativa y obligacional

cato firmante o, por ejemplo, que se prevea un canon para todos los trabajadores y un descuento para los afiliados en tanto ya pagan sus cuotas sindicales y cubren con ello esa parte de la actividad sindical. Sería tanto como si una asociación pacta un convenio o contrato en el que se diga que el coste originado para alcanzar las ventajas obtenidas debe ser pagado en su totalidad o en una parte mayor a los no socios. Un Congreso con cuotas distintas en función de socios y no socios; unos descuentos para los que ostentan una tarjeta, etc....cualquier otro ejemplo de la vida privada.

¿Deben siempre los sindicatos y el empresario o asociaciones empresariales permitir la adhesión de cualquiera a su acuerdo? A mi juicio, no. En tal caso los sindicatos no están actuando a modo de representación institucional en sentido estricto (regulada por cierto en los arts. 6 y 7 LOLS pero no en el art. 2 LOLS que es de donde surge la negociación extra estatutaria, en combinación con el art. 37.1 CE), ni actúan en cumplimiento de un deber ex lege de negociación leal y para todos los trabajadores de la unidad apropiada de negociación (en España, aquella para la que se ostente legitimación ex ET). Podrá decidir la no adhesión cualquiera de la partes que lo han negociado en tanto el consentimiento de los contratantes para ampliar los sujetos más allá de aquéllos a los que se representa, resulta imprescindible. Y las partes podrían estipular criterios para determinar quiénes se pueden adherir y quiénes no. Siempre y cuando, claro está, los mismos no fueran discriminatorios. Por ello es clara la jurisprudencia del TS relativa a que no puede excluirse de la adhesión a los afiliados de otro sindicato⁹⁴. Pero porque en tal caso habría un motivo inconstitucional de por medio. ¿Pero esta doctrina es extensible a los no afiliados a ningún sindicato? A mi juicio no. En tal caso, inexistentes fricciones constitucionales, la libertad de las partes, su autonomía individual (si hablamos a nivel obligacional) o colectiva (en el sentido de que también esta negociación tiene cabida en el marco del art. 37 CE y en la fuerza vinculante que aquí sólo significa que lo pactado extra estatutariamente vincula al contrato del representado, sin más, para que no se derogue lo estipulado: eficacia real que es la que en la práctica aplican los tribunales) permitiría negar la adhesión. A todo ello hay que sumar que el respeto de la igualdad ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones

⁹⁴ Por ejemplo, STS 14-11-1994, RJ 1994, 9071

contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE y que obviamente serían el límite al que se aludía.

Si ello no fuera así y si se debiera interpretar esa frase del TC de modo literal aceptando su literalidad y afirmando que de lo que se trata es de una “adhesión” individual en sentido estricto (contrato de adhesión en el que se asumen todas las cláusulas como un todo sin negociar las mismas), entonces la introducción de una cláusula de canon de negociación, sería perfectamente viable. Quienes quieran adherirse, otorgan su consentimiento a la totalidad del clausulado (sin que, como ha reiterado la doctrina judicial, exista un derecho al espiguelo convencional). Lo hacen de modo absolutamente libre (nadie les ha invitado a participar) y asumen los derechos pero también los deberes. Un deber por cierto, proporcional, razonable (impeditivo del enriquecimiento injusto y del *free rider*, más fácil de defender que en la negociación estatutaria donde juega un deber *ex lege* y la representación institucional en sentido estricto (que permite la negociación colectiva estatutaria a decir LOLS (art. 6.3). En este caso, tan sólo advertir, que mientras que la adhesión al convenio de eficacia limitada se ha permitido por la jurisprudencia otorgando un consentimiento simplemente tácito (normalmente porque el empresario aplica el convenio a todos y no le protestan), en relación al canon de negociación ello no sería posible al exigir la norma (art. 11 LOLS) expresamente que el consentimiento del trabajador se haga por escrito (si bien la forma y plazos ya son cuestiones de la negociación colectiva). De este modo, cuando se contenga una cláusula de canon de negociación, deberá preverse en el convenio que la adhesión a la totalidad del convenio se haga de modo expreso y no sólo tácito. Salvo que se quiera plantear una nueva cuestión y replantearse si la exigencia de consentimiento escrito al que alude el art. 11 LOLS tan sólo debe entenderse referido a la negociación estatutaria (al referirse a varios sindicatos representados en la comisión negociadora): en cuyo caso podría también valer el consentimiento tácito de la adhesión. Ante las dudas (y que sea más probable su aplicación generalizada a toda la negociación colectiva cualquiera que sea su naturaleza), el sindicato debiera reclamar la adhesión por escrito a la totalidad y con una mención, incluso, expresa en dicha adhesión al canon de negociación⁹⁵.

⁹⁵ Para evitar problemas más bien de susceptibilidades, pues jurídicamente lo cierto es que es complicado mantener que ello sea estrictamente necesario habida cuenta de que el consentimiento escrito y general de adhesión abarcaría todo el clausulado del convenio extra estatutario.

No parece convenir con la idea de la libertad de los firmantes para determinar quién se adhiere, ni la STC 108/89 que parece decir que hay un genérico derecho a la adhesión, aunque sin explicitar por qué ni ser la *ratio decidendi* de la misma, ni la STS Social de 11.11.2012, cuando declara que la previsión en un convenio colectivo de eficacia limitada de una adhesión mediatizada o condicionada por la intervención de alguna de las centrales sindicales firmantes del convenio extraestatutario (en concreto, se preveía que la aplicación del mismo por las empresas afectadas se haría “a todas aquéllas personas cuyo nombre o relación sea facilitado por cualquiera de las centrales sindicales firmantes”) vulnera la libertad sindical porque se trata de un “clausulado que limita la adhesión individual de quienes no están afiliados a uno de los sindicatos firmantes puesto que como norma general le exigen que su adhesión haya de hacerse a través de alguno de aquellos sindicatos, y ello estiman que lleva implícita una discriminación de los trabajadores en función de su afiliación o no a un determinado sindicato”, vamos que se les discrimina por NO estar afiliados a un sindicato (el firmante/s). Pero como señalaban las recurrentes, ello no suponía que los adherentes debieran afiliarse al sindicato. Para el TS “a la hora de determinar si aquellas disposiciones deben considerarse o no atentatorias a la libertad sindical, que en cuanto contemplan como regla general una adhesión mediatizada o condicionada por la intervención de una de las centrales sindicales firmantes del convenio, están fijando condiciones al derecho individual de adhesión que se traducen en un tratamiento desigual de los sindicatos no firmantes del convenio en cuanto que obligan a los trabajadores no afiliados a ningún sindicato así como a los afiliados a sindicatos que no suscribieron dicho convenio a someterse a un condicionante que aunque no exige la afiliación, sí que lleva consigo una apariencia de relación con dicho sindicato que no se corresponde con las exigencias de libertad de asociación negativa de los trabajadores no afiliados ni con las exigencias de trato igual que tienen garantizados todos los sindicatos y que se hallan implícitas en el derecho de libertad sindical de las entidades de esta naturaleza. Sólo el hecho de que con la letra pequeña se admita una adhesión libre y condicionada permitiría defender la bondad de aquel clausulado, pero de lo previsto en el mismo se desprende que la voluntad de los firmantes era condicionar la adhesión a la sumisión a un procedimiento que por lo dicho es claramente antisindical, por cuanto, aun siendo cierto que la adhesión no venía vinculada a la previa afiliación a ninguno de los sindicatos firmantes del convenio, sí que se preveía que se llevara a cabo como regla general mediante

la previa solicitud dirigida a uno de los que sí que habían suscrito el convenio y ello merece ser calificado de antisindical por condicionar “el ejercicio, en general de actividades sindicales” como tiene previsto el art. 12 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en cuanto lleva implícita una injerencia de los sindicatos firmantes del Convenio en la libertad de los trabajadores para adherirse o no, y de los sindicatos a los que puedan estar estos afiliados en cuanto que quedan en peor situación que aquéllos frente a lo que suponga la mejoría que deriva de la adhesión”. Equiparar la libertad negativa de no asociación con la positiva y de fomento del sindicato, de su implantación y su negociación, me parece que no es de recibo por no llevar a cabo una ponderación adecuada de los valores y derechos constitucionales en juego, ni tener en cuenta la naturaleza limitada y obligacional del convenio firmado, ni que el principio de igualdad de trato no sea predicable en las relaciones privadas en las que ha de conjugarse con la autonomía de la voluntad y la colectiva. La autonomía individual sólo se respeta si se admite la posibilidad de que, libremente, pueda el trabajador decidir o no su adhesión, pero sin que tal decisión pueda prevaler sobre la colectiva de los sujetos firmantes, insisto, de un convenio de eficacia limitada en el que los sujetos no desarrollan la representación institucional. En todo caso, además, no creo que pueda afirmarse que existe un parámetro adecuado de comparación del que extraer el canon de igualdad, pues las situaciones son claramente diferentes: los afiliados a un sujeto colectivo que firma representándolos y los que libremente han decidido no pertenecer a ningún sindicato en ejercicio de su libertad negativa (que ahora resulta que no es tan negativa al menos en los frutos alcanzados). Entender, por lo demás, que se vulnera la libertad sindical del sindicato porque ello supone una injerencia antisindical, sin más prueba que la dicción de la cláusula, me parece también excesivo y carente de una ponderación de los derechos en juego, así como de la existencia real en el caso concreto de una discriminación (indicios al menos).

Así las cosas, en positivo, cuando el TS afirma en esta sentencia que “la adhesión individualizada por parte de los trabajadores no afiliados a los sindicatos firmantes de un convenio de esta naturaleza siempre ha sido aceptada por esta Sala y por el TC.º - por todas STS de 8 de junio de 1999 (rcud.- 2070/97) y las que en ella se citan, o 108/1989, de 8 de junio del TC.º -, incluso aunque fuera hecha la adhesión solicitud del empresario - STS 30 de marzo de 1999 (rcud.- 2947/98) -, sin embargo en todo caso se ha partido de la plena libertad de cada traba-

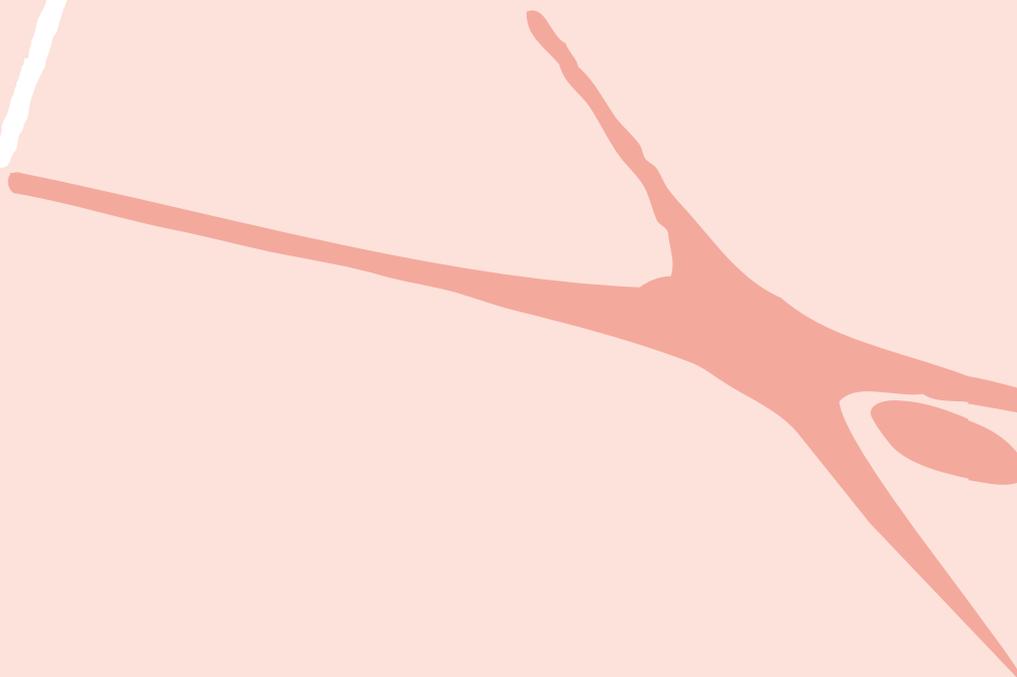
jador para tomar con toda libertad esa decisión sin injerencia ni mediatización condicionada por parte de terceros”, esperemos que tales argumentos se sostengan no sólo cuando hay mejoras de condiciones de trabajo y básicamente sólo ventajas, sino también cuando se incluye un canon de negociación vinculado a dicha negociación (y que es posible pues la adhesión individual puede ser libre, pero también lo son las partes al establecer el clausulado al que deben adherirse si legal como es el caso). Tal posición doctrinal deberá entonces reiterarse y reivindicarse también cuando el convenio de eficacia limitada contempla un canon de negociación para los no afiliados al sindicato. En tal caso no veo la vulneración de la libertad sindical, ni de los afiliados a otro sindicato (a sus afiliados se les permite adherirse y por escrito a la totalidad del convenio, libremente, aceptando como es normal en toda teoría obligacional, tanto los derechos como los deberes), ni del propio sindicato (pues podría haber alcanzado el acuerdo salvo que se demuestren indicios específicos de antisindicalidad). Y desde luego no veo vulneración alguna de quienes ni siquiera pertenecen a un sindicato, pues la libertad negativa lo que significa es el derecho y una voluntad consciente de no ser obligado a pertenecer a una asociación que repugnan o cuyos valores no comparten, pero en ningún caso tiene como contenido esencial estar dentro de un contrato o convenio cuando les interese aunque lo haya firmado una asociación a la que voluntaria y conscientemente han decidido no pertenecer. Y tanto en un caso como en otro (afiliados o no) en todo caso, en la hipótesis remota de considerar que puede realizarse un canon de igualdad constitucional (que es en la ley y no en las relaciones entre privados) lo cierto es que existe una razón objetiva y justificada y proporcional en sentido estricto exigiendo el pago del canon: finalidad de implantación y mejora de las condiciones de los trabajadores, en este caso afiliados, por tratarse de un convenio con contenido obligacional y no normativo, evitar el enriquecimiento injusto de los *free rider* respecto de los afiliados que con sus cuotas pagan la gestión y el coste del convenio colectivo, necesaria, pues el coste es el mínimo y los beneficios para el trabajador son todos los derivados de las mejoras negociadas, y la proporcionalidad en sentido estricto vendría determinada por la exigencia en cada caso concreto de un reparto justificado y razonable de la cuantía del canon.

En fin, para terminar, solo señalar que, a mi juicio, es necesario un replanteamiento de la libertad sindical negativa, de su alcance, de la eficacia limitada de ciertos convenios, de la representación voluntaria

o institucional y de su alcance y consecuencias. Sólo así se podrá ser coherente jurídicamente. Si estamos en la era de la contractualización, privatización, de la vuelta a los parámetros de la teoría general de contratos y obligaciones, usemos sus conceptos y enseñanzas de modo coherente y no generemos híbridos que permiten hacer el derecho dúctil sólo cuando conviene. Parecen temas superados. A lo mejor ha llegado el momento de reabrirlos. Si se quiere acabar con el convenio de eficacia normativa y pasar a un sistema de eficacia limitada, hágase, pero con todas sus consecuencias. Y una última idea. A lo mejor también los sindicatos tienen que pensar que replantear los límites de la libertad negativa de sindicación, debiera ir al unísono de otro debate: las causas del declive del sindicato y los nuevos retos organizativos y de acción. Como se ha señalado en el modelo norteamericano por la doctrina, el problema sería menor si en lugar de tener que ocuparnos del canon de negociación (allí *agency shop*), nos ocupáramos de asentar el sindicato y convencer para la afiliación. Un sindicato nuevo, renovado, con líderes de las nuevas generaciones, apoyado por nuevas tecnologías e ideas, con conocimientos de management y liderazgo, con un proyecto nuevo y joven que permita conocer los problemas de la desocupación juvenil desde dentro, un sindicato cercano con nombre y apellidos en los lugares de trabajo, honrado y servicial, a la par que reivindicativo, lograría mejores resultados que una batalla para cubrir los gastos de negociación e, incluso, lograría su imposición por asentimiento unánime de los no afiliados⁹⁶.



⁹⁶ Algunos de los rasgos que hacen que un sindicato incremente la afiliación, el más importante, la identificación con los líderes: CREGAN C., BARTHAM T., STANTON P. "Union organizing as a mobilizing strategy: the impact of social identity and transformational leadership on the collectivism of union members", *British Journal of Industrial Relations*, December 2009, pp. 701-722. Estos autores, además de varios indicadores, resaltan varios elementos esenciales para tener un líder sindical con el que el movimiento se identifique: que sea carismático, que surja de dentro del grupo, que no sea seleccionado por la burocracia, que exista una relación emocional de admiración y confianza intensa del grupo con respecto al líder, que el papel del líder sea cambiar al grupo en el sentido de articularlo y desarrollar una visión para el futuro, que realice formación en materia de competencias organizativas y de liderazgo (p. 714). Criterios, a mi juicio, aplicables a cualquier líder sindical con independencia de su ámbito de actuación funcional o territorial.



La promoción de derechos de los afiliados en la práctica sindical española

Carlos L. Alfonso Mellado

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València*

1. El reconocimiento de derechos específicos para los afiliados a organizaciones sindicales

La posibilidad de que las organizaciones sindicales concluyan acuerdos que reconozcan derechos o beneficios exclusivamente para los trabajadores afiliados¹ a los mismos, no ha sido frecuente en España y de hecho, como se verá, en todo caso esos acuerdos normalmente se han referido a ventajas en materias de derecho colectivo, específicamente reconocimiento de mayores derechos sindicales – por ejemplo crédito horario, número de delegados sindicales –, etc., que, por otro lado, han sido bastantes conflictivas.

En este sentido, en España las ventajas que las organizaciones sindicales ofrecen a sus afiliados se han sustentado esencialmente en dos planos:

- El ejercicio de los derechos inherentes a la libertad sindical: constitución de secciones sindicales, posibilidad de formar parte de

¹ Por razones prácticas se asume el masculino como género neutro, entendiendo todas las referencias que se hagan en masculino a mujeres y hombres sin distinción y sin perjuicio de que en el texto definitivo se utilicen términos sustitutivos que garanticen un lenguaje neutro.

candidaturas sindicales, garantía de indemnidad por el ejercicio de conductas sindicales, protección incrementada frente al despido - audiencia del delegado sindical -, etc.

- Los servicios de todo tipo que las organizaciones sindicales ofrecen a sus afiliados y los no afiliados deben pagar o pagar en importe superior a los afiliados.

La afiliación respondía así a una motivación en muchos casos ideológica, en otros al interés por los servicios ofrecidos, pero no generalmente a la posibilidad de disfrutar de un conjunto de derechos en la relación contractual, en la relación individual, superior al de los trabajadores no afiliados.

Se dificultaba así, en ese plano - no en otros -, la diferencia en los aspectos positivos entre afiliados y no afiliados y, lógicamente también, entre los afiliados a las distintas organizaciones sindicales.

Posteriormente analizaré las razones para ello pero ahora quiero señalar que, junto a esto, las organizaciones sindicales asumían funciones que ofrecían ventajas a todos los trabajadores: interlocución institucional en representación de la clase social, participación institucional, negociación colectiva de eficacia general, etc.

Es cierto que muchas de estas funciones son consustanciales con la función institucional que se reconoce a las organizaciones sindicales en el art. 7 CE, pero que eso sea así no impide considerar que esas funciones las organizaciones sindicales las asumen con sus propios medios.

Durante algún tiempo y de alguna manera esas tareas se han visto compensadas mediante ciertos elementos de facilidades y financiación pública - cesión de locales, subvenciones por número de delegados, facilidades representativas, etc. -. No eran propiamente financiación por estas actividades de interés general pero de alguna manera, aunque con bastante tacañería por parte de los poderes públicos, permitían que las organizaciones sindicales, especialmente las mayoritarias que son las que asumen principalmente estas tareas, desarrollasen las mismas sin hacer recaer todo el peso de su financiación sobre las cotizaciones de sus afiliados.

Aun así, esta realidad desincentivaba la afiliación sindical, en cuanto que muchas de las ventajas obtenidas por las organizaciones sindicales beneficiaban a todos los trabajadores, pero el coste de contribuir a la actividad de los sindicatos individualmente recaía exclusivamente sobre los afiliados.

Esta situación se ha agravado todavía más con las restricciones en los últimos años en la contribución pública – no sólo económica – al funcionamiento de las organizaciones sindicales.

Incluso en la realidad reciente puede decirse que el gobierno no sólo no ha potenciado el sindicalismo, como debería conforme a la Constitución y al papel promocional de lo sindical que resulta consustancial con el Estado Social de Derecho, sino que ha jugado directamente a promover la desindicalización a través de muchas medidas que desbordan este estudio.

Todo ello ha hecho crecer la importancia de considerar si cabría utilizar algunas otras vías para reconocer mayores derechos a los trabajadores afiliados a una organización sindical.

Ciertamente esto no es desconocido en otras experiencias, e incluso muy parcialmente y con problemas en la nuestra.

En el ámbito internacional eso se ha hecho, sobre todo, por dos vías:

1ª) Los acuerdos de eficacia limitada suscritos por las organizaciones sindicales que solamente resultaban aplicables a los afiliados a las mismas; estos son los acuerdos que se corresponde al sistema de negociación colectiva más extendido y se complementan en algunos Estados - a ello me referiré posteriormente - con la posibilidad de que, si se amplían a trabajadores distintos de los afiliados a los firmantes, pueda exigírseles alguna contribución económica por la negociación del acuerdo.

2º) Los que se han conocido como pactos de taller cerrado que condicionan el acceso al empleo en una empresa (pactos de monopolio sindical previos a la contratación) o su mantenimiento (pactos de monopolio sindical posteriores a la contratación) a la afiliación a una organización sindical. Estos pactos, que en algunos casos encontra-

ban respaldo legal (Dinamarca, Islandia, etc.) y en otros eran fruto propiamente de la negociación colectiva (sobre todo en la experiencia británica), tienen hoy serios problemas de admisibilidad pues en buena medida se han considerado contrarios al Convenio Europeo de Derechos Humanos entendiéndose que el mismo obliga a proteger la libertad sindical negativa – aunque con matices –.

Puede verse una recopilación de la doctrina al respecto en la STE-DH de 11 de enero de 2006, caso Sorensen y Rasmussen contra Dinamarca.

El TEDH señalará que ciertamente no hay una prohibición absoluta de todos esos pactos ni una equiparación absoluta entre libertad de afiliación sindical y libertad negativa, pero que esta última debe ser protegida y que este tipo de medidas que pueden afectarla deben estar justificadas clara e intensamente, valorando caso a caso los motivos aducidos que pudieran justificar estos acuerdos que, como regla más general, no serían admisibles.

En algunos supuestos las leyes también introducen algunas diferencias y ya tuve ocasión de referirme a que en el propio Estado español, en el plano colectivo existían también algunas diferencias de tratamiento, generalmente no muy acusadas.

En todo caso, sobre todo ello existe muy poca experiencia práctica en España y hasta ahora las organizaciones sindicales no han utilizado ampliamente esta vía de diferenciación mediante el reconocimiento de derechos incrementados a los afiliados.

2. Las razones que frenan esta práctica

Lo cierto es que el hecho de que hasta ahora la práctica sindical no hubiese caminado claramente por esa vía de diferenciación entre trabajadores afiliados y no afiliados, además de las razones de situación ya mencionadas cuenta con otras poderosas razones.

2.1. La representación unitaria

La primera es que, como es sabido, en España existen representaciones unitarias de origen electivo – o pueden existir – en todos los centros de trabajo de más de seis trabajadores, estas representaciones

asumen funciones de representación de todos los trabajadores e incluso cuentan con posibilidad de legitimación negocial en los convenios de empresa.

Es más, en muchas de las negociaciones que en la empresa se producen (modificaciones de condiciones, inaplicación de convenios, medidas de reestructuración, etc.), si existen, estas representaciones se convierten en interlocutores naturales del empresario.

Es cierto que en esas negociaciones la interlocución puede realizarse por las secciones sindicales, que cuentan incluso con preferencia legal al respecto, pero estas no siempre existen o no siempre cuentan con la mayoría absoluta del comité de empresa o delegados de personal, que es el requisito que se les exige para que puedan negociar ejerciendo esa preferencia.

Esto, unido a prácticas sindicales que han potenciado las representaciones unitarias, ha hecho que buena parte de esas negociaciones se asuman por las mismas.

En este sentido, la labor de estas representaciones afecta y en su caso beneficia a todos los trabajadores representados, es decir a todos los del centro - afiliados o no - sin posibilidad de diferenciar entre ellos.

Es cierto que estas representaciones están muy sindicalizadas, porque los trabajadores confían normalmente en candidaturas presentadas por las organizaciones sindicales, y de hecho suelen ser la vía más frecuente por la que en las pequeñas y medianas empresas se produce la presencia sindical en el centro de trabajo, pero su actuación se hace siempre en beneficio de la totalidad de los trabajadores, lo que a su vez plantea el problema de que, como los representantes elegidos en candidaturas sindicales acuden al asesoramiento de sus organizaciones en estas negociaciones, la labor que las mismas realizan revierte en beneficio de todos los trabajadores aunque solamente se sufraga mediante las cotizaciones de los afiliados.

Esta actuación a través de las representaciones unitarias dificulta, pues, la posible diferenciación de derechos entre los trabajadores y puede, de alguna manera, desincentivar la afiliación sindical.

2.2. La negociación de eficacia general

Otra de las razones que dificultan la diferenciación de derechos entre afiliados y no afiliados es el recurso habitual a la negociación colectiva de eficacia general.

En efecto, el sistema legal de negociación colectiva diseñado en el Estatuto de los Trabajadores es el que predomina ampliamente en nuestra realidad, al menos en cuanto a los convenios firmados, y este sistema por propia definición legal es de eficacia general (art. 82.3 ET... obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación).

Desde esta perspectiva, cuando se firma uno de estos convenios es imposible diferenciar entre afiliados y no afiliados en atención a esa eficacia general.

Nuevamente aparece un elemento desincentivador de la afiliación pues las ventajas del convenio no dependen de la condición de afiliado, como en principio ocurriría si el convenio fuese de eficacia limitada y se negociase por una o varias organizaciones sindicales.

Aún más, se reproduce aquí el problema de que las organizaciones sindicales acaban asumiendo con sus medios una labor que beneficia también a quienes no son afiliados a ellas. En efecto, en el ámbito supraempresarial la legitimación para negociar convenios de eficacia general corresponde a las organizaciones sindicales y en el plano empresarial también las organizaciones sindicales pueden negociar y, como se expuso, aunque lo hagan las representaciones unitarias, la sindicalización de las mismas conduce a que generalmente el asesoramiento y asistencia en el proceso de negociación corresponda igualmente a las organizaciones sindicales.

Es cierto que la negociación de eficacia general presenta ventajas: facilita la cobertura convencional, permite atender mejor a intereses generales y solidarios, etc., pero desde luego difumina la diferencia entre afiliados y no afiliados y hace recaer sobre los primeros los costes de la negociación.

2.3. La interpretación acerca de la libertad sindical negativa y la prohibición de discriminación

También juega en contra de la posibilidad de diferenciación de derechos la interpretación acerca de la libertad sindical negativa.

Extremando aún más las consideraciones de otros tribunales supranacionales, lo cierto es que el Tribunal Constitucional y los restantes tribunales internos han entendido que el derecho de libertad sindical protege tanto la vertiente positiva, el hecho de la afiliación, como la vertiente negativa, el derecho a no afiliarse, de tal modo que ningún perjuicio o diferenciación puede derivar del ejercicio de esa libertad negativa.

Por más que esto pueda encontrar fundamento literal en el final del art. 28.1 CE, que establece que nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato, no parece que la protección constitucional de ambos derechos deba equipararse sin más; en efecto, normalmente la condición de no afiliado no es problemática para el empleador e incluso le puede resultar grata; por el contrario, muchos empleadores no ven con buenos ojos la afiliación sindical. Ante esta disparidad presente en la realidad social no debieran protegerse con la misma intensidad ambas situaciones, pero lo cierto es que normalmente así se hace y eso se ve muy claro, por ejemplo, en la doctrina del TC sobre el canon de negociación colectiva que, si bien no se considera inconstitucional, se condiciona necesariamente a una manifestación de voluntad expresa del trabajador de que se le descuente – al menos en cuanto a los convenios de eficacia general -. Así se desprende de la STC 98/1985 de 29 de julio y eso produce un efecto desincentivador de la afiliación evidente, pues el trabajador no afiliado se beneficia directamente y por imperativo legal del trabajo de los sindicatos cuando negocian un convenio de eficacia general, pero puede hacerlo insolidariamente, es decir, sin afrontar los costes que esa negociación implica que pueden ser muy cuantiosos (preparación, presencia en las reuniones, asesoramiento, etc.) como también los de gestión del propio convenio (por ejemplo, presencia en la paritaria).

La protección de la libertad sindical negativa se ve muy clara igualmente en el art. 17 ET que considera nulas las actuaciones, incluidas las cláusulas de convenios, que discriminen favorable o desfavorable-

mente, directa o indirectamente, por diversas razones entre las que se encuentra la adhesión o no a los sindicatos y a sus acuerdos.

Es fácil deducir, pues, que acuerdos que otorguen ventajas exclusivamente a trabajadores afiliados a algún sindicato, incluso convenios que así lo hagan pudieran tacharse de discriminatorios y contrarios a la libertad sindical negativa.

Cabe criticar esta construcción por ser muy desajustada a la realidad práctica de las relaciones laborales y a la necesidad de potenciar el hecho sindical – lo que también deriva de la CE -, pero lo cierto es que el tratamiento de esta cuestión hasta ahora ha sido exageradamente estricto y bastante antisindical, pareciendo incluso que en algunos momentos prevaleciera la defensa de la libertad sindical negativa frente a la positiva, cuando más bien constitucionalmente debería producirse lo contrario.

Sin duda, existen otras razones, entre las que cuentan también tradiciones del movimiento obrero, prácticas asamblearias, etc., pero lo expuesto demuestra ya las dificultades de avanzar por el camino de esa diferenciación de derechos entre afiliados y no afiliados y explica, al menos, algunas de las razones para que la práctica al respecto haya sido hasta ahora muy limitada.

3. Posibilidades legales que pueden existir

Expuesto lo anterior cabe ahora plantearse las posibilidades que existen de avanzar, al menos algo o parcialmente, por esa vía tan compleja.

Al respecto las posibles vías serían las que enumero a continuación:

3.1. La negociación de eficacia limitada: límites

La primera posibilidad sería la de avanzar, frente a lo que hasta ahora ha sido habitual, por el camino de una negociación sindicalizada de eficacia limitada.

Sin duda habría que considerar los problemas y riesgos de esta actuación: la posible caída en la cobertura, la posible aparición de varios

convenios con distinto ámbito personal en el mismo ámbito territorial o funcional, etc,

Superados esos riesgos, ciertamente el convenio de eficacia limitada, por propia definición, se aplicaría solamente a los afiliados a las organización firmantes.

Es más, nada obliga a las organizaciones sindicales, aunque pudieran hacerlo a negociar acuerdos de eficacia general, si la otra parte está dispuesta a suscribir acuerdos de eficacia limitada, más aún si la negociación colectiva de eficacia general no ha sido posible o ha fracasado.

Podría ser, así, un elemento de diferenciación de derechos, en cuanto que los afiliados serían inicialmente los únicos que se beneficiarían de las ventajas obtenidas en el acuerdo negociado por las organizaciones sindicales.

Pero lo cierto es que esto, conforme a la doctrina constitucional y la jurisprudencia que se ha consolidado al respecto, solo ocurriría en un primer momento y además plantea problemas de regulación.

No quiero extenderme mucho al respecto porque he tratado la cuestión muy recientemente y me remito a lo que he publicado al respecto pero, resumiendo los problemas que esta vía plantea, insistiré en los dos límites más evidentes con los que cuenta la posibilidad de diferenciación de derechos a través de la misma.

Esos dos límites son los siguientes:

- La necesidad de que el convenio o pacto de eficacia limitada (extraestatutario) quede abierto a la adhesión de cualquier otro trabajador en la empresa en la que se aplique, sin que quepa impedir la misma (por ejemplo STC 108/1989, de 8 de junio y STS 17 de julio de 1995, Rec. 262/1995).

- La imposibilidad de regular en convenio colectivo de eficacia limitada, extraestatutario, cuestiones que solo pudiesen aplicarse con eficacia general – por ejemplo un sistema de clasificación profesional – (STC 121/2001, de 4 de junio y SSTS 21 de febrero de 2006, Rec. 88/2004; 12 de abril de 2010, Rec. 139/2009; ó 11 de julio de 2012, Rec. 38/2011).

Así pues, los temas en los que cabría reconocer una diferencia en el nivel de derechos reconocidos quedan limitados y, por otro, la diferencia de derechos puede no ser tal en la medida que cualquier trabajador puede pedir la adhesión aún sin estar afiliado a la organización sindical firmante del acuerdo.

Cuestión distinta es que pudiera condicionarse la adhesión al abono del canon de negociación por el trabajador no afiliado, remitiéndome al respecto a lo que luego diré.

3.2. El canon de negociación colectiva: problemas

Otra posibilidad de diferenciación sería la exigencia de un canon de negociación a los trabajadores no afiliados a los que se aplicase un convenio negociado sindicalmente.

La vía en los convenios estatutarios encuentra algunos problemas; por un lado el que puede haber convenios de empresa que se negocian por las representaciones unitarias, en los que ese canon no sería posible.

Por otro lado, la interpretación constitucional exige voluntad expresa del trabajador aceptando el abono del canon, cuya cuantía además no puede fijarse en el propio convenio y solo podría comprender los gastos de negociación.

Incluso se rechazaban formulas incentivadoras del abono del canon como presumir la voluntad salvo manifestación negativa y similares.

Es una interpretación muy rígida y poco justificada, pero nunca se ha variado desde la STC 98/1985.

Cabe pensar si podría condicionarse el disfrute de algún derecho al abono de dicho canon – por ejemplo acogimiento a planes de formación o ventajas similares – pero, vista la doctrina constitucional, cabe presumir que no se aceptaría esa fórmula salvo que se reinterpretase la doctrina al respecto establecida por el TC.

Cabe pensar, igualmente, en otros pagos por el no afiliado, por ejemplo contribución al sostenimiento de la comisión paritaria del

convenio y similares, pero podrían plantear los mismos problemas.

Tampoco es eficaz, aunque sí que podría ser viable, pactar que esos pagos los realiza el empresario, porque entonces ciertamente no se diferencia entre afiliados y no afiliados, al menos en términos que estos últimos puedan notar.

Así pues, la vía en los convenios estatutarios puede ser poco eficaz aunque habría que interpretar un replanteamiento de la interpretación consolidada al respecto.

En los convenios de eficacia limitada puede tener más posibilidades; por un lado porque hay experiencias comparadas en las que se admite; por otro porque los mismos recurrentes del proyecto de LOLS, cuyo recurso motivó la STC 98/1985, lo admitían expresamente en los convenios de eficacia limitada, cuestionándolo solamente en los de eficacia general.

Además, el TC, pese a ser tan restrictivo, consideraba en aquella sentencia que el canon no era inconstitucional sino que era una cláusula admisible de potenciación de los sindicatos y como retribución del servicio que prestaban.

En este sentido, el hecho de que quien, sin estar afiliado y queriendo beneficiarse de un acuerdo suscrito por las organizaciones sindicales para sus afiliados, deba contribuir a los costes que para los sindicatos ha implicado esa negociación, parece lícito y constitucional.

Podría así, posiblemente, condicionarse la adhesión al acuerdo de eficacia limitada a la contribución a los costes de obtención de ese acuerdo, algo que los afiliados ya hacen con sus cuotas.

Claro la admisión no es ilimitada; previsiblemente la aportación exigible sería exclusivamente la necesaria para sufragar los costes de negociación (preparación, asesoramiento, reuniones, etc.) y requeriría una cierta colaboración empresarial para no aplicar el acuerdo sin esa aportación, recaudar la misma y transferirla a las organizaciones sindicales.

Es ciertamente una posibilidad, aunque como se ve problemática y con algunas limitaciones.

3.3. El reconocimiento de derechos colectivos incrementados, las secciones sindicales y los portavoces sindicales: su reforzamiento mediante instrumentos negociales y su uso como vía indirecta para potenciar derechos no sindicales de los afiliados

Donde sí que cabe reconocer, normalmente, derechos mejorados es en materia sindical; en este sentido, por ejemplo, se han admitido ventajas para las organizaciones sindicales más representativas o implantadas en la empresa (incremento del crédito horario, facilidades de acumulación, mayor número de delegados sindicales, etc.).

La doctrina constitucional y la jurisprudencia lo ha aceptado (por ejemplo STC 67/1995, de 9 de mayo; SSTs 20 de enero de 2004, Rec. 129/2002 ó 25 de julio de 2013, Rec. 21/2013),

Aquí sí existen, ciertamente, experiencias sindicales al respecto y es una vía acertada, aunque normalmente estas diferenciaciones han de ser razonables, deben pactarse y deben responder a criterios de diferenciación objetivos.

La potenciación de los derechos de los afiliados puede hacerse también mediante la creación de secciones sindicales en cualquier centro de trabajo con más de un afiliado, siempre que se considere conveniente y, en este sentido, las normas aprobadas por UGT – especialmente sobre secciones sindicales básicas - son muy interesantes.

Esas secciones sindicales – todas ellas aunque no puedan tener un delegado sindical en términos de la LOLS – sí que pueden contar con un portavoz o varios, que no tendrán sin más los derechos que la LOLS reconoce al delegado sindical, pero en cuanto a facilidades y garantías que el empresario les pueda conceder, podrán tener todas las que se consiga pactar, incluso equiparándolas a las de los delegados sindicales de la LOLS.

Además estos portavoces, como los trabajadores que participan en actividades sindicales, gozan de la garantía de indemnidad que les protege frente a despidos y represalias por esta actuación sindical (por ejemplo STC 17/2005, de 1 de febrero).

Incluso en esa dirección es posible pactar intervenciones que mediante el incremento de las facultades sindicales vengán indirecta-

mente a incrementar los derechos y mejorar las condiciones laborales de los trabajadores afiliados.

Así por ejemplo, es posible pactar trámites de intervención o garantía para los trabajadores afiliados a un sindicato, por ejemplo no permitir el despido sin un previo expediente con intervención del delegado sindical o del portavoz; no autorizar modificaciones de condiciones o traslados sin la previa audiencia del delegado o portavoz sindical, etc.

Es decir, por esta vía del incremento de derechos sindicales sí puede verse una cierta protección reforzada de los trabajadores sindicados.

Habría que explorar hasta dónde puede llegar y ciertamente si es intensa puede ser difícil de negociar, pero puede abrir perspectivas interesantes; pongo un ejemplo: ¿sería admisible que la opción empresarial por la no readmisión en un despido improcedente, pudiera exigir la conformidad del portavoz o delegado sindical? No se me alcanza argumento jurídico que lo impida; otra cosa, bastante evidente, es que sea muy difícil alcanzar un pacto que lo reconozca, pero ciertamente la vía de mayor intervención sindical es plenamente posible y abre alguna perspectiva interesante.

Otros muchos ejemplos podrían ponerse al respecto y es muy posible que esta sea la vía más eficaz para establecer diferencias considerables que beneficien la condición de afiliado sobre la de no afiliado.

4. Conclusiones: un camino complejo pero necesario

No quiero alargarme más porque he pretendido, sobre todo, abrir algunas líneas de reflexión.

Como he expuesto, creo que la plena equiparación de condiciones laborales entre afiliados y no afiliados, aunque cuenta con poderosas razones, desincentiva fuertemente la afiliación sindical y es injusta en cuanto obliga a prestar a los sindicatos un servicio para todos los trabajadores (negociaciones y consultas) que se sufraga sustancialmente solo por sus afiliados.

En este sentido hay que avanzar en reglas que permitan una cierta diferencia de derechos entre unos y otros, lo que hoy solo es posible limitadamente y de lo que existe poca experiencia práctica.

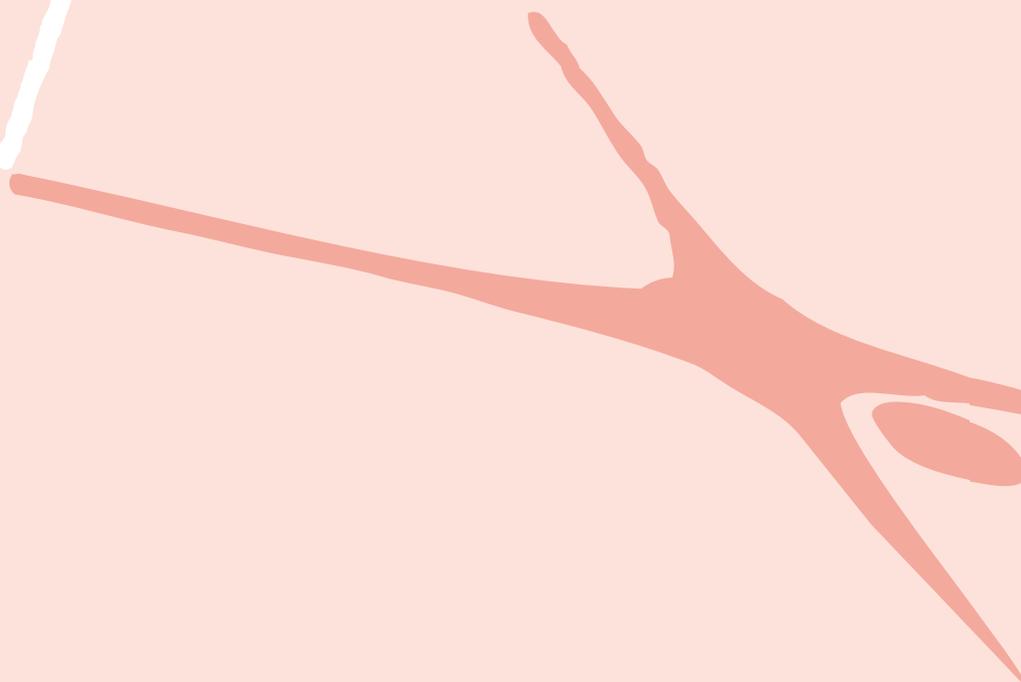
Sin duda avanzar en esa dirección exige explorar nuevas vías y pone en cuestión, no la pervivencia pero posiblemente sí el carácter absolutamente predominante de ciertas prácticas (actuación a través de representaciones unitarias, convenios de eficacia general, etc.).

También debería forzar algún replanteamiento doctrinal, jurisprudencia y legal, como, por ejemplo, abandonando las exageradas reticencias hacia el canon de negociación o hacia los condicionamientos de la adhesión a convenios de eficacia limitada, etc.

Finalmente cabría ser algo más atrevidos en algunas prácticas, para averiguar hasta qué punto son admisibles, como la implantación del canon de negociación en convenios de eficacia limitada, o para explorar si por la vía del reforzamiento de las estructuras y derechos sindicales se pueden conseguir mayores derechos individuales para los afiliados, aunque sea por vías indirectas, como la que indiqué de conceder ciertos derechos de veto sobre las decisiones empresariales al delegado o portavoz sindical en la empresa, etc.

En definitiva, hay que plantearse ser coherentes con el régimen sindical que, conforme a la CE, debe ser un régimen promocional del hecho sindical y en este sentido, ciertamente, algunas prácticas e interpretaciones deberían ajustarse a esa idea y asumir que, no sólo no es ilógico o inconstitucional promover la afiliación sindical y reforzar los derechos de los trabajadores sindicados, sino que eso es lo más ajustado al Estado Social de Derecho y al papel constitucional asignado a las organizaciones sindicales (art. 7 CE) y a la propia libertad sindical (art. 28 CE).





Libertad sindical negativa y mejora de las condiciones laborales de los afiliados: un panorama jurisprudencial

José María Goerlich Peset

*Catedrático de Derecho del Trabajo
Universitat de València*

1. Los problemas

1.1. Las cláusulas de ventajas reservadas

Al referirse a la “mejora de las condiciones laborales de los afiliados”, el título que se ha asignado a mi intervención evoca de inmediato los problemas que plantean las llamadas cláusulas de ventajas reservadas. Con independencia de que esta denominación pueda no ser adecuada por la carga valorativa que parece tener –no siempre son «ventajas», ni en todo caso son equivalentes a «privilegio» en la medida en que tienen la clara «contraprestación» de la afiliación–, este tipo de cláusulas implican la existencia de un tratamiento diferente para los afiliados en la negociación colectiva. Desde este punto de vista, plantearían, ante todo, un problema de igualdad puesto que presuponen un tratamiento diferente que toma como criterio la afiliación. Y, en segundo lugar, se abriría también una cuestión desde la perspectiva del reconocimiento constitucional de la libertad sindical negativa, en la medida en que la reserva de ventajas para los afiliados pudiera implicar una atracción hacia la afiliación y/o una penalización por no proceder a realizarla.

En una primera aproximación, el análisis de la legitimidad de este tipo de cláusulas arroja un balance desigual, que enlaza con el tratamiento que se da a un problema más amplio: el del conjunto de las

llamadas cláusulas de seguridad sindical. Como es sabido, en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la base de que no existe un expreso reconocimiento de la libertad sindical en el convenio 87, se admiten las medidas de seguridad sindical, siempre que se establezcan por la negociación colectiva (OIT, 2006, §§ 363 ss.). Es verdad que, en el ámbito de sus respectivas competencias, las organizaciones internacionales han avanzado en la línea de restringir el alcance de estas cláusulas de seguridad sindical. Es conocida la interpretación consolidada en este terreno por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde los años 70 (cfr., por ejemplo, sentencia de 11 enero 2006, Sorensen y Rasmussen contra Dinamarca, con cita de otras anteriores). Pero la propia OIT (2006, § 368), y, sobre todo, STE-DH 11 enero 2006, Sorensen y Rasmussen contra Dinamarca, con cita de otras anteriores). Pero debe tenerse en cuenta que estos planteamientos se refiere a las cláusulas de seguridad sindical más «fuertes» (taller cerrado, taller sindicado, etc.) que ponen en riesgo el propio empleo del trabajador, y no han afectado, al menos hasta ahora, al eventual desarrollo de políticas de ventajas reservadas por parte de la contratación colectiva.

Por otro lado, si echamos una rápida mirada a lo que ocurre en el Derecho comparado encontramos diferentes soluciones, en función de las tradiciones nacionales. Por lo que se refiere a las cláusulas de ventajas reservadas, tienden a rechazarse en los países en los que se contempla expresa o implícitamente la libertad sindical negativa. A veces, este efecto se produce en vía interpretativa por la acción de los tribunales (Alemania [OLMEDA, 2013, p. 63]); en otras ocasiones, a través de expresas declaraciones legales que imponen igualdad de trato de afiliados y no afiliados en relación con el convenio colectivo (por ejemplo, Francia [BLASCO/LÓPEZ BALAGUER, 2013, p. 420]). Por el contrario, suelen ser admitidas en los que se minusvalora la libertad sindical negativa, precisamente en garantía de la negociación colectiva, puesto que la eficacia del convenio descansa en la coerción realizada por la presión autónoma. Las cláusulas de seguridad sindical son entonces necesarias para el correcto funcionamiento del sistema (Dinamarca [CORDERO/RAMOS, 2013, p. 214] o Suecia [DE SOTO, 1999, p. 128]).

Nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza, por su parte, por un marco normativo que parece poco proclive a la admisión del funcionamiento de las cláusulas de seguridad sindical. De entrada, nuestro texto constitucional incluye reconocimiento explícito de la libertad sindi-

cal negativa (art. 28.1 in fine CE; art. 2.1.b] LOLS). Y, por otro lado, se establece una amplia prohibición de discriminación (art. 14 CE), que funciona además, como es sabido, como mecanismo de garantía de los restantes derechos fundamentales. No es por ello de extrañar que la concreción legal de este principio (art. 17.1 ET) considere nulas y sin efecto, “las cláusulas de los convenios colectivos... que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo,... a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de... adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos”.

No tenemos experiencia en relación con las cláusulas de seguridad sindical más «agresivas». No se conocen, en efecto, pronunciamientos en los que los tribunales hayan valorado cláusulas de convenios que sujeten el acceso o la continuidad en el empleo a la afiliación. Probablemente, claro, porque este tipo de cláusulas no existen. Ello es clara demostración de que se acepta con normalidad que el marco jurídico descrito las proscriba. Sin embargo, cabe discutir, y se ha discutido, en la teoría y en los tribunales, si son admisibles y en qué medida las políticas convencionales de ventajas reservadas. En este terreno, cabe destacar que existe una jurisprudencia contraria a este tipo de cláusulas, pero no es monolítica. Sobre la base probablemente de la existencia del reconocimiento tácito del diferencial existente entre afiliación y no afiliación -sobre el que volveré al final-, su análisis detallado muestra la existencia de incertidumbres.

En el análisis que sigue, se intentan ordenar los pronunciamientos recaídos, de dos factores que aparecen como relevantes. El primero es el tipo de convenio colectivo que introduce la ventaja reservada: de entrada es fácil prever que no será el mismo el tratamiento de ésta en función de que se establezca en un convenio de eficacia general o en uno de eficacia limitada -aunque veremos que la previsión no necesariamente se concreta plenamente-. En cuanto al segundo, es el contenido de la ventaja reservada, puesto que no parecen merecer la misma valoración las ventajas relacionadas con el funcionamiento sindical -sólo predicables de quienes participan en la vida de la organización- de las que se refieren estrictamente a condiciones de trabajo.

1.2. Imposición de cánones en la negociación colectiva

Parece necesario, en otro orden de consideraciones, afrontar un problema complementario. Las dificultades para reservar ventajas para los trabajadores afiliados, a las que he aludido, hacen que la ac-

ción sindical tenga siempre un componente universal puesto que se proyecta tanto sobre ellos como sobre los trabajadores no afiliados. En este contexto, resulta que éstos, aun cuando no contribuyen a su mantenimiento, se benefician de los logros relacionados por la organización; y esta idea no sólo es predicable de la negociación colectiva sino también de otros servicios prestados por los sindicatos, en aplicación de la legislación vigente. Lógicamente, las organizaciones pueden estar interesadas en buscar mecanismos de garantizarse su posición diferentes a la reserva de ventajas, en concreto mediante la específica imposición de obligaciones específicas de financiación de la acción sindical a empresarios y trabajadores afectados en contraprestación por los servicios que estos reciben.

En relación con estos cánones relacionados con la financiación de la acción sindical contamos con un marco restrictivo a nivel legal –y jurisprudencial–. Me refiero, claro está, al tratamiento del canon de solidaridad por negociación, regulado en el art. 11.1 LOLS –que se situó en la línea interpretativa igualmente restrictiva previamente desarrollada por los tribunales laborales–. Lo cierto es, sin embargo, que a pesar de los treinta años de vigencia de la LOLS no es un tema enteramente cerrado. La práctica jurisprudencial muestra la aparición de nuevas cláusulas que se mueven en este terreno, por lo que interesa analizar cuál está siendo la respuesta de los tribunales a los problemas que se están suscitando al respecto.

2. Ventajas reservadas en la negociación de eficacia general

2.1. Aspectos individuales

Si nos preguntamos, si es posible utilizar la afiliación como criterio de delimitación del ámbito personal de disfrute de ciertas condiciones individuales de empleo establecidas en un convenio de eficacia general, la respuesta ha de ser necesariamente negativa. Es verdad que no he sido capaz de localizar pronunciamientos judiciales que se hayan pronunciado directamente sobre este particular. Pero ello ha de interpretarse posiblemente en el sentido de que existe la difusa convicción de que el establecimiento de ventajas reservadas y, como consecuencia de ello, no existen conflictos sobre el particular.

Indirectamente apoyan esta conclusión la jurisprudencia recaída en la determinación con el ámbito personal del convenio colectivo.

Por un lado, contamos con alguna sentencia del TS que excluye que la afiliación empresarial pueda ser criterio de determinación de la unidad de negociación. En el supuesto resuelto por la STS de 20 septiembre 1993, rec. 2724/1991, se resolvía sobre la adecuación al título III ET de un convenio «subsectorial», cuyo ámbito de aplicación funcional venía delimitado por la afiliación a la asociación empresarial firmante. El TS rechazó esta posibilidad en atención a la configuración institucional del convenio. A juicio del alto tribunal, los particulares rasgos que lo caracteriza, eficacia normativa y general, la delimitación de su ámbito de aplicación, que condiciona la determinación del convenio aplicable, exigen que los criterios que se utilicen sean suficientemente predecibles, no reuniendo tal condición, por su carácter voluntario, el vínculo asociativo.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que la jurisprudencia tanto del TC como del TS ha interpretado de forma estricta la libertad de los negociadores a la hora de configurar el ámbito personal del convenio (art. 85.1.a) ET). Si, inicialmente, se caracterizó por una aplicación rigurosa de la prohibición de discriminación, en relación fundamentalmente con la protección del trabajo atípico (a partir de las SSTC 52/1987, de 7 de mayo, y 136/1987, de 22 de julio, sobre trabajadores temporales), con posterioridad se ha avanzado en línea hacia la aplicación directa del principio de igualdad: aparte la doctrina consolidada sobre diferencias de trato derivadas del momento de la contratación, hay que tener en cuenta la dictada en relación con el personal fuera de convenio y los requisitos para admitir su exclusión (referencias al respecto en ESTEVE, 2012, o GOERLICH, 2013, pp. 425 ss.). En este contexto, no parece posible limitar el acceso a las condiciones de trabajo pactadas en función de la afiliación sindical.

En realidad, todas estas consideraciones giran alrededor de una idea. Al ser el sistema de negociación colectiva dentro del Estatuto de carácter «cuasipúblico», se impone «forzosamente» a los sindicatos representativos una actuación en beneficio de todos los trabajadores, estén o no afiliados. Como ha señalado la doctrina (DE SOTO, 1998, p. 307, y 1999, p. 222), el sistema genético de erga omnes condiciona decisivamente la posibilidad de admitir el establecimiento de ventajas reservadas.

2.2. Aspectos colectivos

Esta conclusión quiebra, aunque sea de forma limitada, en los casos en los que las ventajas reservadas se refieren a la propia acción

sindical, redundando de forma indirecta o directa, sobre los trabajadores afiliados. En este segundo terreno de reflexión, los tribunales sí que admiten el establecimiento de derechos específicos, si bien las facultades de los convenios quedan sujetos a límites. Una lectura apresurada de sus pronunciamientos sobre este tipo de cláusulas podría llevar a pensar que estos se aplican de forma errática, apareciendo un cierto nivel de incertidumbre en la jurisprudencia. Lo cierto es, sin embargo, que si el material se organiza, se advierte en él un relativamente alto grado de coherencia.

Para ello, a mi juicio, la exposición de este aspecto requiere diferenciar según a quién se atribuye la ventaja reservada, diferenciando las asignadas a las organizaciones, que sólo repercutirían mediatamente en los afiliados, de las atribuidas directamente a éstos. Por otro lado, la propia configuración de los destinatarios de la ventaja reservada afecta a su admisibilidad o no. Es relevante, asimismo, la finalidad a la que se asocia su establecimiento. Es lógico que así sea: cualquiera que el problema que nos ocupa es, en el fondo, una cuestión de igualdad, impone el establecimiento de comparaciones a efectos de valorar la proporcionalidad de la reserva de derechos. Veámoslo con algo más de detalle.

a) Tenemos, de entrada, un considerable número de pronunciamientos en relación con cláusulas que establecen subvenciones para los sindicatos con cargo a las empresas que firman el convenio. Es doctrina jurisprudencial consolidada, que arranca de antiguos pronunciamientos del TC (sentencias 20/1985, de 14 de febrero, y 26/1985, de 22 de febrero), la de que no es posible reservar el disfrute de estas ayudas económicas en razón de la representatividad sindical ni tampoco en función de haber protagonizado la negociación y la firma del convenio colectivo. La STS de 10 junio 2003, rec. 67/2002, considera contrarias al art. 28.1 CE, por su efecto de injerencia en la dinámica sindical la asignación de subvenciones a las organizaciones firmantes y representativas. Las posteriores SSTs de 15 julio, rec. 178/2003, 15 noviembre, rec. 90/2004 y 9 diciembre 2005, rec. 183/2003, extienden esta misma solución a las asignadas en razón de la representatividad. Y, finalmente, la más reciente sentencia de 21 abril 2010, rec. 167/2009, vuelve a aplicar esta doctrina a las subvenciones establecidas exclusivamente a favor de las organizaciones firmantes.

Esta misma doctrina se ha extendido a otras medidas de apoyo a las organizaciones sindicales. La STS de 18 septiembre 2007, rec. 82/2005, establece un régimen específico de asignación de «liberados», más favorable, a las organizaciones firmantes. El pronunciamiento, en la línea de la doctrina reiterada en materia de subvenciones, considera que este tipo de apoyos vulnera la libertad sindical al truncar la necesaria igualdad entre sindicatos. Tendencialmente, pues, las ayudas económicas o similares a la acción sindical deben repartirse, como preconizara la jurisprudencia constitucional en 1985, de forma proporcional. No cabe reservarlas a algunas organizaciones en razón de su mayor representatividad ni, por lo que aquí interesa, en función de su condición de firmantes del convenio.

Sin embargo, existen pronunciamientos que se separan de esta tendencia general, aceptando la reserva cuando la ventaja tiene una específica finalidad de subvención que justifica la restricción de su ámbito subjetivo. Del mismo modo que la jurisprudencia constitucional de 1985 en relación con las subvenciones sindicales de carácter genérico ha sido «superada» por la atribución de ayudas específicamente instrumentales a la acción institucional de las organizaciones más representativas (cfr. STC 147/2001, de 27 junio, y STS cont. de 23 junio 2104, rec. 3457/2012, con cita de otras muchas), se detecta una clara inflexión de la línea interpretativa general sobre las validez de las provisiones de los convenios colectivos cuando estas se refieren las específicas actuaciones desarrolladas por los sindicatos firmantes del convenio en el terreno de su «administración».

Cabe traer a colación, en este terreno, la SAN 163/2012, de 14 diciembre, proc. 244/2012, que acepta el establecimiento de suplementos del crédito horario en favor de las organizaciones firmantes, sobre la base de su instrumentalización a las actividades incluidas en el indicado concepto. Por su parte, la más reciente STS de 23 abril 2013, rec. 19/2012, se ocupa de la cláusula de un convenio de empresa, que prevé la financiación empresarial del funcionamiento de la comisión paritaria, en la que sólo están representados los sindicatos firmantes. El TS, tras recordar la doctrina sobre el carácter discriminatorio de las ayudas empresariales y la posible existencia de injerencia en la dinámica sindical a la que me he referido más arriba, no la aplica por considerar que no es el mismo caso.

b) Si pasamos ahora de las ventajas reservadas a favor de las organizaciones, a las restringidas a favor de los trabajadores afiliados (normalmente, en el terreno del tiempo de trabajo), la doctrina jurisprudencial parece aún más errática, con idas y vueltas y posibles contradicciones entre pronunciamientos. Creo, sin embargo, que es posible organizarla si atendemos a los sujetos «pasivos»; si la analizamos, esto es, en función de la posible comparación entre el sujeto que la disfruta y quien no la disfruta. Desde esta perspectiva, cabe distinguir entre las comparaciones entre afiliados a diferentes organizaciones y entre las que se establecen entre trabajadores afiliados y no afiliados.

Respecto de las primeras, los primeros pronunciamientos las han aceptado sin problemas. La STS de 3 julio 1994, rec. 1039/1993, se ocupa de una cláusula convencional que previó horas de formación adicionales de carácter sindical así como permisos retribuidos para reuniones. Esta ventaja se limitaba a los afiliados a las organizaciones firmantes. El TS entendió que este tipo de cláusulas no implican sostenimiento financiero de los sindicatos y las aceptó sin problema. Con posterioridad, sin embargo, existe una evolución jurisprudencial que ha sujetado este tipo de ventajas reservadas a un análisis mucho más estricto desde la perspectiva de los arts. 14 y 28.1 CE. De acuerdo con la jurisprudencia del TS, el tratamiento desigual entre trabajadores afiliados a diferentes organizaciones resulta, como regla general, contrario a los arts. 14 y 28.1 CE, salvo que pueda venir justificado con base en la doctrina constitucional sobre organizaciones más representativas. Y recordemos que en este terreno juega de forma estricta el principio de proporcionalidad a la hora de valorar las desigualdades.

Los sucesivos pronunciamientos recaídos en relación con las sucesivas versiones de una cláusula del convenio de Telefónica permiten observar estas ideas. En su primera versión, el pacto establecía horas sindicales retribuidas para los afiliados, a efectos de poder participar en reuniones. Tal ventaja se reservaba a los afiliados a las organizaciones más representativas. La STS de 18 enero 1995, rec. 4147/1992, consideró que ello vulneraba la libertad sindical. Con posterioridad, la STS de 11 octubre 1999, rec. 4524/1998, se ocupó de un nuevo criterio convencional que cambió el criterio de representatividad porcentual –que se usó en la versión anterior– por la presencia en el comité intercentros. Comoquiera que no todas las organizaciones sindicales tienen acceso a éste, dada las limitaciones legales en su composición, el TS aplicación la misma doctrina. Finalmente, una

tercera versión de la cláusula ha sido declarada conforme a la Constitución por la STS de 16 febrero 2006, rec. 177/2004. Continuaba reservando el disfrute de la ventaja en función de la representatividad, pero ahora se medía de una forma fácilmente accesible a todos los sindicatos, la mera presencia en los comités.

c) Conviene notar, en fin, que las ventajas colectivas reservadas a los trabajadores afiliados, superan fácilmente el control desde la perspectiva del art. 28.1 CE cuando se comparan con las expectativas de los trabajadores no afiliados. Cabe traer a colación, en este sentido, la relativamente reciente STS de 3 octubre 2013, rec. 10/2013, en la que se discute la aplicación de una cláusula convencional que establece permisos retribuidos para que los trabajadores afiliados puedan participar en reuniones o asambleas convocadas por las organizaciones a las que pertenecen, convocadas conforme a las normas internas del sindicato. La doctrina establecida por el TS presupone la plena validez de estas cláusulas puesto que considera que la empresa no puede oponerse a la celebración de la reunión –y al disfrute del permiso–, excluyendo la aplicación de la doctrina de la anterior STS de 22 noviembre 2010, rec. 15/2010, que los sujetaba a las previsiones legales. La diferencia entre una y otra se encuentra en que ésta se refería a una asamblea informativa del conjunto de trabajadores.

A la postre, pues, cabe entender que las ventajas de carácter colectivo tienen un tratamiento similar a las individuales. Como regla general no son admisibles. De nuevo, el hecho de que el convenio tenga efectos generales dificulta su admisión. Sin embargo, encontramos excepciones que pueden tener cierto interés. La primera se relaciona con el hecho de que algunas actividades vinculadas a la negociación colectiva, la llamada «administración», requiere específicas atenciones por parte de las organizaciones sindicales que pueden justificar el establecimiento convencional de condiciones cuyo disfrute quede restringido a quienes participan en ellas. La segunda, con el reconocimiento de un margen para establecer ventajas colectivas reservadas a favor de los trabajadores afiliados: si bien su restricción a los inscritos en algunos sindicatos puede topar con el derecho a la libertad sindical, es claro que no existe problema alguno en relación con los no afiliados. En otras palabras, aquéllos y éstos no parecen tener una posición comparable a efectos de valorar negativamente las políticas de ventajas reservadas vinculadas a la acción sindical. Ambas ideas pueden ser relevantes en relación con la construcción de una doctrina general en la línea que se comenta al final de este trabajo.

3. Ventajas reservadas en la negociación de eficacia limitada

Respecto de la negociación de eficacia limitada, cabría anticipar como hipótesis que, en la medida en que no queda condicionada por la estructura de la eficacia general, las cosas habrían de ser diferentes y, en concreto, habría de existir un margen mayor para reservar ventajas a favor de los firmantes o de sus representados. Sin embargo, del análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales y judiciales al respecto no se desprende tal conclusión, al menos no de forma uniforme respecto de todas las cuestiones que pueden llegar a plantearse. Con toda probabilidad ello se debe a la existencia de reticencias siquiera inconscientes por parte de los tribunales respecto a este tipo de negociación. Y es que, como se ha puesto de manifiesto desde la percepción de este fenómeno de la negociación extraestatutaria, la doctrina ha advertido de los riesgos de su utilización en clave antisindical (referencias al respecto en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 1999). Como quiera que estas reticencias no se explicitan ni argumentan, el panorama final es todavía más complejo e imprevisible del analizado en el apartado anterior.

De entrada, por lo que he podido ver, los criterios interpretativos en materia de ventajas reservadas de carácter colectivo parecen ser distintos. Así puede deducirse del único pronunciamiento que he localizado en relación con el establecimiento de subvenciones a favor de los firmantes del convenio: la SAN 55/2012, de 17 mayo, proc. 70/2012, se enfrenta a este problema y llega a la conclusión de que son admisibles habida cuenta de la naturaleza y eficacia del convenio extraestatutario. Este tipo de argumentación podría parecer convincente, puesto que, desenvolviéndose al margen de las rigideces normativas estatutarias, el principio de autonomía colectiva justificaría el establecimiento de derechos y obligaciones para los firmantes. Pero no deja de resultar llamativo, teniendo en cuenta el fundamento que la jurisprudencia utiliza en el terreno de las subvenciones –que descansa antes en la prohibición de injerencias empresariales ex art. 28.1 ET que en las reglas estructurales sobre eficacia general–; y sobre todo, considerando la evolución seguida por la jurisprudencia en relación con la eventual reserva de ventajas para los trabajadores individuales.

En este terreno, la hipótesis apuntaría precisamente en el sentido de que el disfrute de las ventajas negociadas sólo por los afiliados a las organizaciones firmantes habría de ser la regla general. Ello es así por-

que, huérfano de toda regulación legal específica, la eficacia personal del convenio de eficacia limitada necesariamente ha de delimitarse a partir de los vínculos existentes entre los trabajadores y los sindicatos firmantes –o entre los empresarios y sus organizaciones–. De este modo, la doctrina que acabamos de examinar en relación con las ventajas colectivas reservadas a los firmantes habría de alinearse con la admisibilidad de reservar individualmente las condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo para sus afiliados. Y, sin embargo, no es así.

Aun a falta de una específica actuación legislativa, en nuestro sistema se ha impuesto desde antiguo la idea de que el convenio extraestatutario tiene, en efecto, eficacia limitada pero el convenio, no obstante, queda necesariamente abierto. A finales de los 80, el TC lo ha declarado expresamente. En su STC 108/1989, de 8 de junio, ha afirmado al respecto que “la extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron, no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la voluntad de quienes en él no participaron, pero la adhesión de éstos, como adhesión libre, no puede ser en ningún caso cuestionada, ni necesita para ejercerse que el convenio mismo la prevea”.

Sobre la base de esta idea, la jurisprudencia ordinaria ha reconstruido una serie de criterios que reafirman esta consideración del convenio de eficacia limitada como acuerdo abierto, y susceptible por tanto de adhesión individualmente por los trabajadores no afiliados a las organizaciones firmantes. Se ha aceptado, en este sentido, que el propio convenio extraestatutario posibilite la adhesión de los trabajadores no inscritos. A pesar de que por esta vía puede alcanzarse una situación similar a la derivada de la negociación de un convenio de eficacia general, se ha descartado que existe fraude de ley o conducta antisindical en estos casos (véase, por ejemplo, STS de 8 junio 1999, rec. 2070/1997). Por otro lado, el criterio jurisprudencial general es favorable a la posibilidad de adhesión, aun cuando nada se diga expresamente en el convenio al respecto (STS de 19 febrero 2008, rec. 50/2007). En esta misma línea, es igualmente criterio general la aceptación de la adhesión por vía de consentimiento tácito (STS de 22 diciembre 2010, rec. 43/2010, con cita de otras muchas anteriores). Cabe también deducirlo del silencio, si no se atiende el requerimiento empresarial a manifestar su oposición a su aplicación antes de una determinada fecha (SSTS de 10 junio 1998, rec. 294/1998, y 30 marzo 1999, rec. 2947/1998; SAN 55/2012 de 17 mayo, proc. 70/2012).

En este contexto interpretativo, la jurisprudencia viene rechazando que el convenio de eficacia limitada pueda reservar las ventajas pactadas a los afiliados a las organizaciones firmantes. En este sentido cabe traer a colación, ante todo, la STS de 14 noviembre 1994, rec. 708/1993, y la STSJ Madrid de 15 enero 2007, rec. 2624/2006. En el supuesto resuelto por la primera, se había tenido que recurrir a la negociación de eficacia limitada por abandono de la negociación estatutaria de una de las grandes confederaciones sindicales. El convenio extraestatutario resultante incluía una cláusula que prohibía su aplicación a los afiliados a aquella. Impugnada ésta, la impugnación fue aceptada por considerarse que contravenía la libertad sindical. Por su parte, la STSJ Madrid de 15 enero 2007, rec. 2624/2006, establece esta misma doctrina respecto a un acuerdo de regulación de empleo que sólo resultaba aplicable a trabajadores afiliados, sin abrirse la posibilidad de que los afiliados a otros sindicatos se adhirieran.

Es posible interpretar esto pronunciamientos de forma restrictiva. No mirarían tanto a la proscripción general de las cláusulas de ventajas reservadas sino a la tutela de la libertad sindical. Si se piensa bien, en ambos casos, los negociadores, más que mirar a restringir el alcance subjetivo del convenio colectivo –lo que podría resultar razonable a la vista de su naturaleza–, parecen buscar sancionar a las organizaciones disidentes, a través de sus afiliados. En este contexto, cabría pensar que no prohíben la reserva de ventajas sino únicamente su establecimiento en clave antisindical. Sin embargo, un pronunciamiento más reciente, la STS 11 julio 2012, rec. 38/2011, impide esta consideración. Entre otras cosas, la sentencia aborda la validez de la cláusula de un convenio extraestatutario que permitía la adhesión de los no afiliados, pero que la condicionaba a que la solicitud se formulara a través de las organizaciones firmantes –que, por otro lado, quedaban obligadas a aceptarla en todo caso–. El TS consideró que la cláusulas vulneraba la libertad sindical “en cuanto lleva implícita una injerencia de los sindicatos firmantes del Convenio en la libertad de los trabajadores para adherirse o no, y de los sindicatos a los que puedan estar estos afiliados en cuanto que quedan en peor situación que aquellos frente a lo que suponga la mejoría que deriva de la adhesión”. Con toda probabilidad, el TS pudo elegir otra vía para alcanzar la conclusión de la invalidez de la cláusulas: aunque las organizaciones firmantes quedaban obligadas a aceptar todas las adhesiones, debían plasmarse en un cierto tipo de documento, vinculado con un conflicto abierto en la empresa; sólo se hacía libre a partir de un cierto momento, cuando dejaban de existir atrasos. Sin embargo, la declaración

transcrita indica a las claras una toma de partido por parte del alto tribunal en contra del posible cierre de las ventajas establecidas en el convenio y su reserva para los afiliados a las organizaciones firmantes.

De esta manera, la adhesión o no adhesión al convenio de eficacia limitada resulta ser una facultad individual, que de alguna manera enlaza con la propia libertad sindical, sea positiva o negativa. Llamo la atención, en este sentido, sobre la STS 24 julio 2014, rec. 135/2013, que se plantea el problema de si resulta posible discriminar a los trabajadores por falta de adhesión. En el caso resuelto, y como consecuencia de discrepancias, una organización sindical no firmó el convenio que, en consecuencia, devino extraestatutario. Recomendó que los trabajadores rechazaran la adhesión y mucho así lo hicieron. Con posterioridad, tramitado un procedimiento de regulación temporal de empleo por la empresa, estos trabajadores quedaron afectados por la decisión empresarial final sobre la base de que tenían una jornada inferior a quienes sí lo habían aceptado. El TS entiende, con buen criterio, que este tipo de conductas resulta contrario a la libertad sindical.

4. Cánones por desarrollo de la acción sindical

La explicación de todo lo anterior es bien sencilla. La negociación colectiva y las demás funciones desarrolladas por los sindicatos sobrepasan el estrecho margen de la representación voluntaria; se ubican en el plano de la representación legal. Existe un ámbito de representación que se extiende a todos los trabajadores, afiliados o no, como consecuencia de la configuración legal en el caso de los convenios de eficacia general. Y, a pesar de su discutible fundamento, este mismo planteamiento se ha proyectado sobre los convenios de eficacia limitada como consecuencia de la evolución jurisprudencial: a la postre, y por lo que aquí interesa, estos sólo parecen diferenciarse de aquellos por la existencia de un derecho individual de trabajadores –y empresarios– no afiliados a adherirse o no a su aplicación.

Estos planteamientos desconocen, sin embargo, un elemento esencial. Sin perjuicio de su relevancia constitucional (art. 7 CE), las organizaciones sindicales –y empresariales– no dejan de ser asociaciones de derecho privado: ejercen, en atención a su representatividad, funciones de representación de la entera clase trabajadora; pero su actuación descansa sobre las acciones y el sostén financiero de sus miembros. Estos aportan su esfuerzo personal o económico al funcionamiento sindical, arriesgando asimismo su estatus laboral a las

eventuales represalias empresariales. Pero, finalmente, se benefician de la acción colectiva en la misma medida que quienes no tienen tal condición. A la postre, los trabajadores no afiliados aparecen poco solidarios: recogen los frutos de la acción sindical, aportando poco a ella.

En este contexto, no es de extrañar que el debate sobre las ventajas reservadas pueda desplazarse hacia la posibilidad de obtener un resarcimiento de los daños que experimentan los sindicatos por la asunción de estas funciones en beneficio de quienes no sostienen la estructura (no afiliados). Ya que no parece fácil privarles de las ventajas alcanzadas en la negociación, cabe intentar hacerles pagar una adecuada compensación por su disfrute.

4.1. Del canon por negociación colectiva a la repercusión de gastos por ejercicio de competencias sindicales

Históricamente, a primeros de los 80, este planteamiento ha dado origen a la polémica sobre la admisibilidad del canon por negociación colectiva. Durante los primeros años de vigencia del ET, algunos convenios impulsaron en efecto el establecimiento de este canon que implica el pago por los trabajadores no afiliados, normalmente mediante retención empresarial de la nómina, de una cantidad a favor de las organizaciones sindicales firmantes. Tal cantidad tiene como objeto la satisfacción una parte de los gastos de negociación de convenio que, por su eficacia general, afecta tanto a los afiliados como a los que no lo están. Como es sabido, la admisión de este tipo de cláusulas dio lugar a un importante debate doctrinal y, sobre todo, a una reacción contundente por parte del desaparecido TCT, que las rechazó frontalmente (referencias en DE SOTO, 1998, pp. 361 ss. y 1999, pp. 246 ss., y RODRÍGUEZ-PIÑERO/DE SOTO, 2010, pp. 606 ss.).

La posterior regulación de la LOLS en 1985 cerró definitivamente el problema. Es verdad que el art. 11.1 LOLS parece admitir el establecimiento de este canon. Pero los límites a los que lo sujeta hace que se pierda todo interés en introducirlo. No me refiero, por supuesto, al límite material que se desprende del precepto –su necesaria adecuación final a la gestión de la negociación por los sindicatos presentes en la comisión negociadora– sino a la forma en que se establece la necesaria voluntariedad individual del trabajador en su pago. Esta, que había sido afirmada por la doctrina judicial del TCT, queda plasmada de una forma contundente puesto que el segundo inciso del precepto afirma

expresamente que “se respetará la voluntad individual del trabajador, que deberá expresarse por escrito en la forma y plazos que se determinen en la negociación colectiva”. Por si fuera poco, al resolver el recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto frente al proyecto de LO, el TC procedió a remachar la faena, interpretando de forma amplia el requisito de la voluntariedad individual, aunque sin brindar una argumentación suficiente para hacerlo (DE SOTO, 1999, pp. 256 ss.). Según la STC 98/1985, en efecto, no es “admisibile la imposición del canon a reserva de la voluntad en contrario” ni cabe “exigir tampoco una manifestación negativa de voluntad, que supondría, sin duda, una presión sobre el trabajador”. Como resultado de todo ello, el canon puede ser establecido por el convenio colectivo. Pero su efectividad queda condicionada a la voluntad del trabajador, habiendo esta exigencia de ser interpretada en sentido intenso: ha de ser expresa y escrita. A la postre, esta herramienta ha quedado privada de toda utilidad, hasta el punto de que ha desaparecido del mapa. Sólo excepcionalmente aparece en los repertorios (STS 3 marzo 1998, rec. 1632/1997), reiterándose por los tribunales los condicionantes descritos.

Por otro lado, la restrictiva regulación legal así como la igualmente restrictiva doctrina constitucional sobre el canon de solidaridad por negociación no han agotado sus consecuencias en su eliminación de la praxis sindical española. Más allá de este efecto, la solución que se le ha dado ha condicionado la de otros asuntos similares. Y ello con independencia de que estos no sea exactamente iguales puesto que el componente de prestación de servicios a favor de quienes no están afiliados está presente con mucha más claridad. Se detectan, en este sentido, una serie de pronunciamientos dictados en suplicación por los TTSSJJ que rechazan la posibilidad de que convenios o acuerdos colectivos impongan a los afectados no sindicados un pago por el servicio prestado.

Una parte de estos pronunciamientos se refiere al posible establecimiento de un canon por el asesoramiento desarrollado por las organizaciones sindicales en procedimientos de consultas. En la medida en que el desarrollo de la interlocución en estos procedimientos genera en muchos casos la necesidad de contar con asesoramiento especializado, se ha intentado en algunas ocasiones que los gastos consiguientes se repercutan en los trabajadores no afiliados. Por ejemplo, en las SSTSJ C. Valenciana de 25 y 29 abril 2008, recs. 2771/2007 y 2772/2007, se había pactado en el acuerdo de finalización del expediente que la

empresa procedería a descontar un porcentaje de la indemnización pactado que era distinto para trabajadores no afiliados (6 %) y para los afiliados con antigüedad menor a un año (4 %). Los afiliados con antigüedad superior no debían afrontar retención alguna. Los pronunciamientos citados consideraron que una estipulación de este tipo constituía una discriminación por razón de la libertad sindical –al penalizar el ejercicio negativo del derecho–; y asimismo entendieron aplicable por analogía del art. 11.1 LOLS, en la restrictiva interpretación del requisito de la voluntad individual que se ha indicado más arriba. Desde este punto de vista, el TSJ descartó que la voluntad individual exigible no podía ser sustituida por la ratificación en asamblea del acuerdo.

Aunque los comentaristas de estas resoluciones se han manifestado muy críticos con el planteamiento del TSJ (GARCIA RODRIGUEZ, 2008), su doctrina ha sido reiterada inmediatamente después, por la STSJ Cataluña de 4 mayo 2010, rec. 628/2009. En este caso, el acuerdo alcanzado en un procedimiento de traslado colectivo había previsto un canon a satisfacer por todos los afectados, con excepción de los sindicados. Aparte otras argumentaciones, destaca que la resolución descarte que sea posible deducir el consentimiento individual de la no existencia de una oposición expresada por escrito a la previsión del pacto colectivo.

Por último, la STSJ Madrid de 21 octubre 2011, proc. 35/2011, resuelve un canon por utilización de la comisión paritaria. Se había previsto el pago de la cantidad de 600 euros por trabajadores y empresas, y organizaciones empresariales y sindicales, no pertenecientes a las firmantes del convenio en los casos en que recurrieran a esta comisión. El TSJ entendió que esta obligación vulneraba libertad sindical, tanto en términos individuales como colectivos.

4.2. Aportaciones económicas de carácter general a entidades dispensadoras de servicios creadas por el convenio colectivo

Una de las ideas que ha funcionado como fundamento de las interpretaciones contrarias al establecimiento del canon de negociación colectiva es la inadecuación del convenio como instrumento para imponer gravámenes sobre el patrimonio de los trabajadores. De ahí que pueda ser interesante verificar si los tribunales mantienen la misma solución en los casos en los que estos cánones se imponen de forma generalizada, es decir, con independencia de la afiliación.

No existen muchos pronunciamientos sobre este particular, que se relacionan por lo general con el establecimiento de aportaciones obligatorias relacionadas con el sostenimiento de determinadas estructuras paritarias creadas por los convenios. Sabemos, de entrada, que los tribunales del orden social, tras declararse competentes para resolver los conflictos sobre este particular (SSTSJ Cataluña de 23 julio 2002, rec. 8775/2001, e Islas Canarias (Las Palmas) de 29 marzo 2003, rec. 245/2001), no han encontrado grandes problemas en aceptar la validez de este tipo de cláusulas cuando se proyectan sobre las empresas afectadas por el convenio colectivo (por ejemplo, SSTSJ Asturias de 13 septiembre 2002, rec. 2495/2001, o Galicia de 29 noviembre 2002, rec. 4910/1999).

Mucho más controvertida es, sin embargo, la cuestión de si es posible extender el pago de este tipo de cuotas a los trabajadores. Sobre ella, a falta de un pronunciamiento de casación, la doctrina judicial se encuentra dividida. Hace algunos años, se planteó la legalidad de la cuota, establecida por el convenio de registros de la propiedad y mercantiles como obligatoria para trabajadores y empresarios y dirigida al mantenimiento de la comisión paritaria. La SAN 53/2006 de 5 junio, proc. 97/2005, resolvió la impugnación dirigida contra la extensión de la obligatoriedad a los trabajadores –la de las empresas quedó al margen– entendiendo que la misma era inadmisibile. El órgano judicial valoró, de un lado, el posible perjuicio de la libertad sindical –que requeriría voluntariedad para este tipo de aportaciones–; y, de otro, la inadecuación del convenio para imponer este tipo de cargas frente al patrimonio de la empresa.

Por el contrario, la más reciente SAN 114/2014 de 25 junio, proc. 103/2014, se ocupa de una cláusula convencional que establece una cuota para el mantenimiento de una fundación laboral sectorial y paritaria y que resulta obligatoria tanto para las empresas como para los trabajadores. Frente a este punto del convenio se presentó impugnación de oficio, bien que limitada únicamente a la imposición de la cuota a los trabajadores. La AN la rechaza sobre la base de que el convenio no sólo puede reconocer derechos pecuniarios a los trabajadores sino también obligaciones. La sentencia conoce su doctrina anterior pero se separa de ella sobre la base de existencia de determinadas peculiaridades en el supuesto anteriormente resuelto: entonces, las funciones desarrolladas eran funciones ordinarias en el marco del contrato y correspondientes a las empresas; en el caso actual, esta cir-

cunstances no concurriría. Sin embargo, por más que el tribunal intente armonizar los dos fallos, los comentaristas de la sentencia han señalado la dificultad de encajar la nueva doctrina con los precedentes (TORMOS, 2014).

5. Reflexiones finales

Las consideraciones que anteceden muestran un panorama muy poco proclive a la aceptación de instrumentos de seguridad sindical, como las cláusulas de ventajas reservadas o la imposición de cánones de solidaridad por negociación o desarrollo de otras acciones colectivas a favor (también) de los trabajadores no afiliados. La experiencia franquista del sindicalismo obligatorio puede haber conducido a sobrevalorar el alcance del reconocimiento constitucional de la libertad sindical negativa (RODRIGUEZ-PIÑERO/DE SOTO, 2010, p. 605), haciéndola funcionar como un derecho fundamental paralelo y simétrico a la positiva. Como resultado, ha quedado cerrada la posibilidad de desarrollar este tipo de políticas sindicales que, sin forzar a la afiliación, podrían incentivarla –ventajas reservadas– o, cuando menos, compensar el coste una necesaria actuación erga omnes por parte de las organizaciones sindicales.

Lo cierto es, sin embargo, que el reconocimiento constitucional de la libertad sindical tiene un sentido bien distinto a éste. Primero. La doctrina (DE SOTO, 1998) ha venido entendiendo que existen sustanciales diferencias entre la libertad sindical positiva y la negativa; o, lo que es lo mismo, entre la protección constitucional del trabajador afiliado y del no afiliado. Una y otra tienen una diferente posición constitucional, lo que conduce a admitir un cierto grado de prevalencia de aquélla porque esta no sería propiamente un derecho fundamental. A partir de esta idea, cabría proceder a una reconstrucción alternativa de las cuestiones que han sido objeto de examen.

Ésta podría pasar por tres ideas distintas. De entrada, es preciso reconocer, como hacen nuestra jurisprudencia, que en los casos en los que las organizaciones sindicales actúan facultades representativas conferidas por la ley no es fácil admitir el establecimiento de ventajas reservadas. Cuando actúan en función de su representatividad –lo que ocurre en la negociación colectiva de eficacia general, pero también en otros supuestos (por ejemplo, los procedimientos de consultas)–, los resultados de su acción están legalmente configurados para la

protección del conjunto de los trabajadores. Por tanto, no cabe reservar ventajas, con la salvedad de las que protegen a las organizaciones o dispensan facilidades de acción o específicas medidas de protección a los trabajadores afiliados, en los términos que se han examinado.

Ello no obstante, habría que someter a revisión los criterios jurisprudenciales en materia de convenios de eficacia limitada si, como sostiene la interpretación consolidada, la eficacia personal de los acuerdos extraestatutarios descansa en los vínculos de representación existentes entre las organizaciones firmantes y sus miembros y, como se mantiene igualmente por aquélla, la opción por esta vía negocial es opción ejercitable con libertad en uso legítimo de su autonomía colectiva. La diferente posición que, como se ha indicado, ocupan las facultades positivas y negativas de la libertad sindical permite alcanzar la conclusión de que es posible reservar los contenidos de los convenios de eficacia limitada a los trabajadores representados (DE SOTO, 1998, pp. 326 ss., y 1999, pp. 222 ss.). La facultad de cerrar la adhesión al convenio extraestatutario únicamente habrá de tener, a mi juicio, un límite: la prohibición de su uso antisindical. Sería admisible, según creo, si se excluyera de esta posibilidad a todos los demás trabajadores, con independencia de su afiliación; no lo sería si se admitiera a unos sí y a otros no en función de la misma, puesto que en este caso implicaría discriminación por el ejercicio de la libertad sindical positiva.

Por último, como consecuencia de las dificultades del establecimiento de ventajas reservadas que «premién» el compromiso de los trabajadores afiliados en un contexto como el nuestro basado en la idea de representatividad, podría ser conveniente igualmente revisar la restrictiva valoración del establecimiento de cánones por el ejercicio de funciones colectivas a favor de quienes no lo están. La reciente SAN 114/2014 de 25 junio, proc. 103/2014, ha dado un primer paso en esta línea: aunque pendiente de que la doctrina se consolide en casación, ha eliminado la tradicional reticencia interpretativa frente a la posibilidad de que el convenio establezca “obligaciones pecuniarias para el trabajador, que.. no son por sí mismas ilícitas”. Pero no da solución al problema que nos ocupa puesto que se refiere a todos los trabajadores, sin abrir la posibilidad de un tratamiento diferencial de la situación de afiliados y no afiliados. Y la obvia sugerencia de proceder a establecer los cánones por acción sindical frente a todos los trabajadores afectados para después devolvérselo a los afiliados cae bajo la igualmente obvia sospecha de la existencia de fraude...

Estos cambios son posibles, a pesar de la doctrina consolidada por los organismos internacionales y por nuestro propio TC. En relación con los primeros, como se ha indicado al principio de este trabajo, las reticencias frente a las cláusulas de seguridad sindical sólo se han manifestado frente a las manifestaciones más agresivas –las que discriminan en el empleo–. Por lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional, los pronunciamientos que suelen considerarse como claves en los temas que nos han ocupado en este trabajo no pueden convertirse en dogmas inmodificables, en atención a su propia naturaleza. Las restrictivas afirmaciones en relación con el canon contenidas en la STC 98/1985 no dejan de remachar la constitucionalidad de un precepto, pero no prejuzgan la de otras posibles soluciones –por ejemplo, la de formas más flexibles de expresar la voluntariedad–. En cuanto a las drásticas afirmaciones de la posterior STC 108/1989 sobre el carácter abierto de los convenios de eficacia limitada, no dejan de constituir un obiter dictum que no resultaba necesario para resolver el problema planteado y que, por tanto, no puede considerarse propiamente constitutivo de un criterio consolidado por la jurisprudencia constitucional.

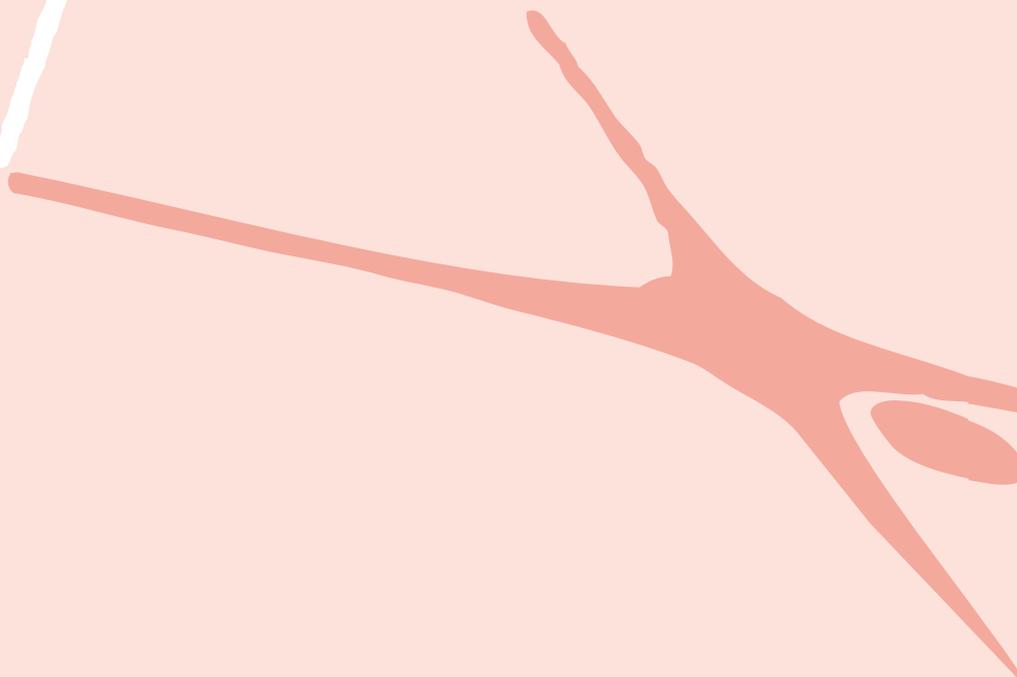
Otra cosa es que este cambio en las ideas consolidadas pueda ser fácil ni conveniente. Desde luego, no es sencillo imaginar un cambio por vía interpretativa. La SAN 114/2014 de 25 junio, proc. 103/2014, al enjuiciar un canon establecido en convenio colectivo, se ha dado cuenta de ello y ha afirmado que el conflicto suscitado ante la AN “revela la necesidad de una norma que regule este tipo de cláusulas convencionales (estableciéndose) criterios, condiciones y límites”. En cuanto a la conveniencia, habría que valorar las ventajas y los inconvenientes de abrir la mano en relación con cláusulas de seguridad sindical como las que se han analizado: seguramente incentivan la afiliación y podrían mejorar la situación financiera de las organizaciones sindicales; pero ¿cuáles serían los efectos en relación con su imagen?

Bibliografía citada

- * BLASCO, A. y LÓPEZ BALAGUER, M., “Francia”, en SALA, T. y GOERLICH, J.M., *Negociación y conflicto en la Unión Europea*, Valencia (Tirant), 2013, pp. 417 ss.
- * CORDERO, V. y RAMOS, F., “Dinamarca”, en SALA, T. y GOERLICH, J.M., *Negociación y conflicto en la Unión Europea*, Valencia (Tirant), 2013, pp. 205 ss.

- * DE SOTO RIOJA, S., La sindicación forzada. Las presiones a la afiliación sindical en el Derecho comparado, Sevilla (Megablum), 1999.
- * DE SOTO RIOJA, S., La libertad sindical negativa, Madrid (Civitas), 1998.
- * ESTEVE SEGARRA, A., “¿Es ajustada a derecho la exclusión del personal experto docente de formación ocupacional de escuelas taller y de talleres de empleo del convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia?”, AS 13(2012), versión web.
- * GARCÍA RODRÍGUEZ, B., “El canon de negociación y su extensión en acuerdo adoptado en expediente de regulación de empleo”, AS 13(2008), versión web.
- * GOERLICH PESET, J.M., “Contenido mínimo del convenio colectivo”, en Monereo, J.L. y Moreno, M.N. (dir.), El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico, Cizur Menor (Aranzadi), 2013, pp. 417 ss.
- * OIT, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5ª (http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents-/publica-tion-/wcms_090634.pdf); consulta 24 junio 2015
- * OLMEDA FREYRE, G.B., “Alemania”, en SALA, T. y GOERLICH, J.M., Negociación y conflicto en la Unión Europea, Valencia (Tirant), 2013, pp. 49 ss.
- * RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El convenio colectivo de eficacia limitada como potencial conducta antisindical”, AS III(1999), versión web.
- * RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y DE SOTO, S., “Artículo 11”, en Pérez de los Cobos, F. (dir.), Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia, Madrid (LA Ley), 2010, pp. 601 ss.
- * TORMOS PÉREZ, J.A., “Licitud de las aportaciones dinerarias obligatorias a cargo de los trabajadores en la negociación colectiva”, IL 9(2014), versión web.





Cláusulas de seguridad sindical en la Negociación Colectiva: ¿viabilidad de ventajas que fomenten la afiliación sindical?

Carmen Ferradans Caramés

Profesora Titular de Universidad
Universidad de Cádiz

1. Marco normativo

La libertad sindical es un derecho fundamental de contenido complejo (artículo 28.1 Constitución Española), que integra un sinfín de manifestaciones¹, entre las que se encuentran facultades jurídicas y derechos potestativos, además de libertades y límites. El ejercicio de este derecho fundamental puede ser realizado tanto desde una perspectiva individual como colectiva (artículo 2 Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical), protegiéndose su doble faceta, positiva (derecho de afiliación) y negativa (derecho a la no afiliación) y prohibiéndose conductas que impidan o transgredan su ejercicio (artículo 12 LOLS).

Las cláusulas de seguridad sindical (*union security*) son aquellas en cuya virtud se condiciona el empleo o el disfrute de determinada ventaja a la afiliación o a la elección de una determinada opción sindical. Son cláusulas que nacen de la autonomía colectiva y que en ningún momento deben confundirse con aquellas que prohíban el ejercicio

¹ Entre otras, STC de 25 de marzo de 1983, de 3 de abril de 1989, de 25 de julio de 1995 y de 11 de noviembre de 2002, “... por muy detallado y concreto que parezca el artículo 28.1 CE a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerársele como exhaustivo o limitativo, sino meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de la libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad”.

en sentido positivo del derecho de sindicación, que están prohibidas. Su fundamento está en la libertad de autorregulación y en la disponibilidad de poderes y ámbitos que corresponden exclusivamente a las partes. Sin embargo, cuando un trabajador individual se ve obligado a cursar una afiliación a un sindicato, se opondrá la operatividad del derecho a la libertad sindical al derecho al trabajo (si éste se encuentra de alguna forma comprometido) a la libertad ideológica y a la objeción de conciencia e incluso a la igualdad y no discriminación (si se trata de justificar el acceso a una determinada ventaja o para defender la proscripción de una que se le deniega por ese mismo criterio de la no afiliación). Algunos de los contenidos específicos de este tipo de cláusulas son los de acceso preferencial al empleo, mantenimiento del empleo, o el establecimiento de ciertas garantías procedimentales en los supuestos de expedientes de naturaleza sancionadora.

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

de forma tajante que se le pueda presionar para que lo haga (más aún si no es el Estado), sino que debe valorarse y ponderarse cada caso concreto.

A nivel europeo, el Comité de Expertos Independientes², órgano principal en la interpretación y vigilancia de la aplicación de los mandatos de la Carta Social Europea, de 1961, que reconoce el derecho al trabajo, a la libertad sindical y a la negociación colectiva (artículos 1,5 y 6), emite la siguiente doctrina sobre esta materia: 1) La Carta prohíbe la sindicación obligatoria impuesta por el Estado; 2) No se condenan expresamente las cláusulas de seguridad sindical, pero es acorde a la Carta Social Europea prohibir el despido de un trabajador por el hecho de que no sea miembro de un sindicato o de un sindicato determinado; 3) Son contrarias a la Carta disposiciones, legales o convencionales, que autoricen a un empleador a despedir a un trabajador que rechace ser miembro de un sindicato o de uno determinado; 4) Son contrarias a la Carta aquellas disposiciones, legales o convencionales, que autoricen el despido de un trabajador que rechace continuar afiliado a un sindicato.

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

En el ámbito interno, nuestra Constitución reconoce la libertad sindical negativa, lo que tiene efecto reflejo en sede legislativa (art. 28.1 in fine CE; art. 2.1.b) LOLS). Simultáneamente se prohíben las conductas que transgreden o impiden el ejercicio de la libertad sindical, tanto en su faceta positiva como negativa, y las que sean discrimi-

² Muy influenciado por la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Entre otras, sentencias “Sorensen y Rasmusen”, “Sibson” y “Gustaffson”. El TEDH no prohíbe de forma absoluta estos pactos ni equipara la libertad sindical positiva y la negativa, pero de su doctrina se deduce que esta última debe ser protegida, debiendo las medidas que puedan afectarla estar justificadas, y valorando caso a caso los motivos aducidos que pudieran justificar estos acuerdos que, como regla general, no serían admisibles.

natorias por razones sindicales (art. 14 CE). A consecuencia de ello, el artículo 12 LOLS establece que “*serán nulas y sin efectos... las cláusulas de los convenios colectivos...que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio en general de actividades sindicales*” y el artículo 17.1 ET considera nulas y sin efectos, “*las cláusulas de los convenios colectivos...que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo..., a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de... adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos*”.

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

Es indudable que la tasa de afiliación sindical es baja, en torno al 17,5% del total de empleados asalariados por cuenta ajena a nivel Estatal³, porcentaje que varía en función del volumen de trabajadores de las empresas. A este resultado coadyuvan algunas características de nuestro sistema de relaciones laborales: 1) Que la representación unitaria tenga asignada una tarea de representación y defensa del conjunto de los trabajadores, y no sólo de los afiliados a los sindicatos que componen la misma, dado que es necesaria una acción sindical eficaz, dentro y fuera de los centros de trabajo, en beneficio de todos los asalariados y 2) Que la negociación colectiva estatutaria tenga efectos *erga omnes*, para todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación funcional y territorial del convenio colectivo, independientemente de su afiliación o no a los sindicatos que participan en la comisión negociadora que concluye el convenio colectivo. Y a estos datos hay que añadir que alrededor del 87% de las empresas españolas, por su número de trabajadores, tienen vedada la elección de un

³ Según los datos reflejados en el informe de la OCDE sobre densidad sindical. Los datos españoles son parejos a los de países como Holanda, Suiza o Alemania, y por encima de otros países como Francia (7,7%) o Estados Unidos (10,8%).

representante unitario de los trabajadores y, correlativamente, entre otros efectos, no pueden celebrar asambleas (presididas por representación unitaria), no pueden plantear conflictos colectivos, no pueden prestar asesoramiento a los trabajadores a la hora de firmar un finiquito, lo que conlleva la existencia de una negociación más directa, y potencialmente debilitada, entre empresa y trabajador, con mayores riesgos de imposición unilateral de las condiciones de trabajo por una parte, la empresarial, a la otra, la trabajadora. Por ello, para colmar esta laguna es importante incentivar una mayor presencia de afiliados e impulsar la acción de la representación sindical, a lo que puede contribuir, en su caso, el contenido de determinadas cláusulas en los convenios colectivos que se negocian.

La presencia sindical en los centros de trabajo favorecerá una mejor atención de las demandas de los trabajadores y la exposición de propuestas en la gestión de las relaciones laborales dentro de cada empresa. Por ello, la captación de afiliados, conllevará consecuencias de diversa índole, tales como la contribución a la confección listas electorales y a la promoción de elecciones sindicales, o la mayor participación, representación y formación de los trabajadores afiliados, lo que facilitará la consolidación y el refuerzo interno del sindicato en la empresa y la defensa de los intereses que les son propios.

2. Valoración de las cláusulas de seguridad sindical en la jurisprudencia

Existe un reconocimiento constitucional del derecho de no sindicación como parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical en su dimensión individual⁴, de conformidad con el cual la no afiliación sindical debe ser consecuencia de un acto libremente querido por el trabajador y no producto de presiones empresariales o de otro tipo; eso sí, la libertad sindical negativa no impide el establecimiento de medidas legales de favorecimiento de la sindicación ni de medidas que traten de favorecer la presencia del sindicato en la empresa⁵, dado que, entre otros motivos, según el artículo 7 CE, el sindicato tiene atribuido un rol de defensa y protección de los intereses económicos y sociales que les son propios, para lo que se le asignan derechos y competencias.

⁴ Entre otras STC 12/1983, de 22 de febrero y 68/1982, de 22 de noviembre.

⁵ STC 142/1993, de 22 de abril.

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

En este sentido, incluso en la propia LOLS, artículos 8 y 10.3.3º, se establecen algunos derechos sindicales diferenciados para los afiliados a determinados sindicatos⁶, que contribuyen al fortalecimiento de un pilar esencial del Estado Social consagrado en la Constitución, el fenómeno sindical.

A consecuencia del juego del derecho a la libertad sindical y del principio de no discriminación, de conformidad con lo establecido en los artículos 28.1 y 14 CE y 17 ET, a continuación se analizará cómo la jurisprudencia generalmente ha declarado la nulidad y carencia de efectos de acuerdos concluidos en el marco de la negociación colectiva, que contenían o suponían cualquier tipo de discriminación, directa o indirecta, en el empleo o en el ámbito de retribuciones, jornada o demás condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, mientras que, sin embargo, determinadas cláusulas de ventajas reservadas, fundamentalmente relacionadas con la mejoras de los derechos sindicales de afiliados a ciertos sindicatos, en unas ocasiones son declaradas nulas y sin efectos y en otras han sido admitidas e incardinadas dentro de la constitucionalidad y legalidad⁷.

⁶ Concretamente, se concede a los sindicatos más representativos ciertas ventajas en el artículo 8.2 LOLS, bajo la rúbrica “De la acción sindical”, y en el artículo 10 LOLS, que establece tres niveles de secciones sindicales, secciones de todo sindicato, cualquiera que sea su número de afiliados, que tienen derecho a recibir la información que les remitan los sindicatos a que pertenezcan, celebrar reuniones y constituir secciones sindicales (art. 8.1 LOLS); las de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa (que tienen los derechos mínimos incluidos en el artículo 8.2 LOLS); y finalmente las secciones de los sindicatos que tienen derecho a nombrar delegados sindicales en empresas de más de 250 trabajadores.

⁷ El análisis se va a centrar en la viabilidad legal de las cláusulas de ventajas reservadas, dejando a un lado otras como las de taller cerrado, mantenimiento de la afiliación, etc., que se consideran ilegales por infringir directamente el derecho individual de afiliación, ya sea positiva o negativa.

2.1. Nulidad de acuerdos más favorables a afiliados

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

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

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

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

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

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

Ejemplo prototípico de la controversia que suscita este tipo de cláusulas es el caso del convenio colectivo de Telefónica, cuyo contenido ha sido analizado hasta en tres ocasiones por sentencias del Tribunal Supremo. La primera de las sentencias evacuadas por el Alto Tribunal⁸ aborda el contenido de la cláusula 17^a del convenio colecti-

⁸ STS de 18 de enero de 1992, rec.4147/1992.

vo, en su versión de 1991, suscrito en representación del banco social por el comité intercentros, estableciendo la misma que los afiliados a sindicatos más representativos, los que obtengan al menos un 10% de representación en los comités de empresa a nivel Estatal, dispondrán de 20 horas anuales remuneradas para asistir a asambleas convocadas por sus delegados sindicales, así como ventajas para acceder a los programas de formación de la empresa. El Tribunal Supremo considera que tales ventajas suponen una desigualdad no razonable entre sindicatos en función de su distinta representatividad, detectándose una discriminación que alcanza a los trabajadores de la empresa en función de su afiliación sindical, que provoca una *“inadmisible inducción para que se afilien a los sindicatos que les proporcionan mayores ventajas”*. De lo que se concluye la nulidad de la cláusula controvertida, al encajar en el supuesto de hecho previsto en los artículos 17.1 ET y 12 LOLS.

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

Finalmente, el TS se pronuncia sobre la legalidad de la tercera versión de la cláusula en *litis* del convenio de Telefónica⁹, apartándose de lo anterior sobre la base de que el derecho diferenciado se reconoce a los afiliados de los sindicatos con un mínimo grado de implantación en la empresa. La cláusula discutida, la 13.8, fue incluida en el conve-

⁹ STS de 16 de febrero de 2006, rec.177/2004.

nio colectivo 2003-05, estableciendo que, con objeto de canalizar la información a sus respectivos afiliados, los sindicatos con representación en los comités de empresas podrán organizar asambleas para sus afiliados durante la jornada laboral, siempre que la racional prestación de servicios lo permita, con una duración máxima de 30 minutos cada una y ello con independencia de las asambleas convocadas por los comités de empresa. A tal efecto, los afiliados a dichos sindicatos dispondrán de hasta un máximo de diez horas anuales. El Alto Tribunal, con criterio distinto, defiende que *“las cláusulas que imponen a las centrales sindicales la acreditación fehaciente de su implantación en la empresa, y que reconocen la paralela facultad empresarial de control de la misma, no afectan a la libertad ideológica de los trabajadores afiliados, pues de las mismas no se infiere que, en modo alguno, se imponga revelación de la afiliación sindical del trabajador al margen de su consentimiento”*. La cláusula convencional discutida erige al criterio de presencia en el comité de empresa como criterio objetivo que permite reconocer y definir un régimen adicional de garantías sindicales en la empresa -organización de asambleas para los afiliados a los sindicatos con la citada presencia¹⁰, durante la jornada laboral, a fin de canalizar información sindical, establecimiento de un crédito horario a tal fin y su distribución-, instaurando, a su vez, como fórmula para acreditar la implantación sindical, que se entenderá a estos efectos como afiliados los cotizantes por nómina al 31 de diciembre del año anterior. Y todo ello, a juicio del TS, es legítimo porque se concede a los sindicatos con presencia en los comités de empresa medios para una mejor desarrollo de la acción sindical, siendo la propia LOLS la que fija este criterio como un criterio de objetividad y no de discriminación (artículo 8 LOLS), debiendo los mismos acreditar sus afiliados en la empresa, a los que alcanzan los efectos de la norma paccionada y la empresa, en su caso, controlar la realidad y vigencia de los datos aportados por

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

las centrales sindicales para atribuir los derechos adicionales reconocidos en la cláusula. En este caso, parece que la cláusula recibe bendición constitucional y legal, porque el criterio elegido permite un mayor número de sindicatos participantes del trato diferente, es decir, la mayor amplitud del trato de favor (entre afiliados a varios sindicatos) y la legitimación última del conjunto de trabajadores influye en la flexibilización del pronunciamiento judicial.

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

Con una perspectiva algo más abierta a la fijación de ventajas en la negociación colectiva se pueden localizar escasas sentencias. A estos efectos, se puede mencionar el fallo emitido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de julio de 1994, rec. 1039/1993, que dilucida la validez de cláusula de convenio colectivo que establecía que las secciones sindicales de empresa con un mínimo de afiliación del 10% del total plantilla, dispondrían para el conjunto de sus afiliados de un máximo de 5 días anuales de licencia no retribuida para asistencia a cursos de formación sindical, congresos de su central y actividades análogas, así como de un determinado número de horas anuales para reuniones sindicales fuera del horario de trabajo, limitándose dicho derecho a las secciones sindicales de las centrales legitimadas para

integrar la representación negociadora del convenio. En este supuesto de hecho el TS, con una perspectiva más aperturista, considera que la cláusula controvertida fomenta la formación sindical mediante horas sindicales retribuidas, concedidas a los trabajadores de las secciones sindicales de los sindicatos firmantes del convenio, sin que ello suponga un ataque a la libertad sindical ni una discriminación¹¹.

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

O por último la sentencia del TSJ Cantabria, de 18 de junio de 2014, rec.293/2014, que dilucida la legalidad de una mejora sobre las previsiones legales en materia de crédito horario retribuido sólo aplicable a afiliados a los sindicatos firmantes, o adheridos, al Acuerdo de la mesa general de negociación que regula esta materia. El sindicato

¹¹ Según el Tribunal Supremo, el derecho atribuido sólo a determinadas secciones sindicales “es una manifestación del derecho a la formación de los afiliados a los sindicatos negociadores y en los términos fijados en el convenio; y en definitiva, una manifestación de la ordenación legal sobre la actuación de las organizaciones sindicales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 LOLS, que fundamenta un trato diferenciado en la acción sindical”.

recurrente, que ni ha firmado ni se ha adherido al Acuerdo, considera que se ha vulnerado su derecho de libertad sindical y el de igualdad y no discriminación por esa sola condición, pues aún teniendo implantación y representatividad en dicho ámbito no se le aplica la ventaja establecida. En este caso el TSJ declara¹² que no es contrario al derecho de libertad sindical por discriminatorio el hecho de no aplicar un Acuerdo que condiciona su extensión a la adhesión de los no firmantes, la cual es posible en los términos pactados en el propio Acuerdo, sin exclusión o discriminación de sindicato alguno. La aplicación de dicho pacto únicamente exige la adhesión, condicionándose su extensión a dicho acto de voluntad del sindicato eventualmente beneficiario del mismo, lo que no resulta arbitrario, injustificado o contrario a derecho.

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

Finalmente, resaltar que en algún supuesto se ha admitido en sede judicial el reconocimiento de derechos sindicales a los sindicatos fir-

¹² Según el Tribunal Supremo, el derecho atribuido sólo a determinadas secciones sindicales “es una manifestación del derecho a la formación de los afiliados a los sindicatos negociadores y en los términos fijados en el convenio; y en definitiva, una manifestación de la ordenación legal sobre la actuación de las organizaciones sindicales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 LOLS, que fundamenta un trato diferenciado en la acción sindical”.

mantes de un acuerdo extraestatutario, no extensibles a los sindicatos no firmantes que no asumen obligación alguna, a los que se les serán respetados, en todo caso, los derechos sindicales legales¹³. En esta vía, debe valorarse de forma cautelosa que los convenios extraestatutarios no pueden ser un campo abierto a la diferenciación de trato por motivos sindicales; no es admisible cualquier cláusula de ventaja reservada en un acuerdo extraestatutario, sino que debe ponderarse el contenido de la misma en cada caso concreto.

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

2.3. Algunas referencias al canon de negociación colectiva

El canon de negociación colectiva es regulado en el artículo 11.1 LOLS, y al igual que la recaudación de cuotas sindicales forma parte del contenido normativo del convenio¹⁴, confirmándose la constitucionalidad del mismo en STC de 29 de julio de 1985, con ciertos límites: 1) la cuantía total a percibir por los sindicatos representados en la comisión negociadora no podrá exceder de los gastos que por todos los conceptos ocasiona la negociación del respectivo convenio; 2) no

¹³ Vid Sentencia Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2012, rec. 2244/2012.

¹⁴ Vid, entre otras, STS de 29 de abril de 2003, rec.126/2002, de 26 de abril de 2007, rec.84/2006 o de 28 de septiembre de 2011, rec.25/2011.

es admisible la imposición del canon a reserva de la voluntad en contrario, y sin que se pueda exigir tampoco una manifestación negativa de voluntad, que supondría, sin duda, una presión sobre el trabajador.

Es por ello que las cláusulas de este tipo que se incluyan en los convenios colectivos deben respetar las condiciones reseñadas pues, en caso contrario, otras cláusulas de sostenimiento económico de los sindicatos pueden ser nulas, por discriminatorias.

Ejemplos de lo que se subraya pueden encontrarse en cláusulas tales como la incluida en el artículo 51 del convenio del sector de hospedaje de la Comunidad Madrid, que fija un precio de 600 euros para todas las consultas efectuadas a la Comisión Paritaria por empresas y/o trabajadores no pertenecientes a algunas de las partes firmantes del convenio, ya que con tal cláusula se merma de forma indebida el uso del organismo paritario y se reducen los mecanismos de composición de conflictos; o en la establecida en el artículo 58 del convenio colectivo de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España que, en defecto de acuerdo, señala que los gastos que se ocasionen por la creación y funcionamiento de la Comisión de Vigilancia del convenio serán sufragados por mitad entre las partes firmantes de este convenio, precisando que para subvencionar los gastos indicados la misma Comisión fijará una cuota anual que ha de pagarse individual y obligatoriamente por cada uno de los Registradores y sus empleados y que la cuantía de la cuota se determinará en función del presupuesto que la Comisión confeccione cada año, generándose dudas sobre la legalidad tanto del modo de costear el funcionamiento de la Comisión de Vigilancia, como de la imposición por convenio del pago individual y obligatorio a todos los trabajadores. En análisis judicial de la mencionada cláusula convencional la Audiencia Nacional¹⁵ concluye que el abono de una cuota se hace voluntariamente, con el consenti-

¹⁵ Sentencia Audiencia Nacional, de 5 de julio de 2006, rec. 97/2005, que establece que “si ni siquiera cabe la posibilidad legal de que se puedan imponer sin la voluntad, tácita o expresa, del trabajador el pago del canon de negociación de convenios colectivos a los sindicatos o el abono de la cuota sindical a través de al empresa, peor cabe que en el derecho fundamental a la libertad sindical individual se pueda incardinar una obligación según la cual el trabajador ha de abonar una cantidad –aunque sea exigua y aunque “a cambio” reciba servicios que no tiene por qué pagar- para el sostenimiento y mantenimiento de una entidad que no sólo no es estrictamente sindical, sino que conlleva en sí misma y por mitad un componente empresarial”. Precisando a continuación que “el integrarse en una entidad y el abonar parte de sus gastos exige, junto con la libre facultad de incardinarse o no en ella y de someterse a sus reglas internas, una voluntad expresa y

miento expreso del individuo o bien con el apoyo de una norma con rango de Ley, lo que en el presente caso no sucede, conculcándose los límites de la negociación colectiva. Asimismo, cabe mencionar el ejemplo de la cláusula recogida en el capítulo V del IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la Hostelería, relativo a la Fundación Laboral Hostelería y Turismo¹⁶, que incluye en un anexo que la financiación de la misma se nutre de las aportaciones iniciales desembolsadas por las partes firmantes, a cargo de las empresas y de los trabajadores y trabajadoras incluidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo, en cuantía del 0,10 por 100 de la base de cotización por contingencias comunes a cargo de la empresa y del 0,10 por 100 de la misma base de cotización a cargo del trabajador/a, siendo discutible la legalidad de que un convenio colectivo estatutario imponga a los trabajadores incluidos bajo su ámbito de aplicación la obligación de hacer una aportación económica mensual para financiar una Fundación previamente constituida por los interlocutores sociales y gestionada con carácter paritario por los mismos. Ante la disyuntiva presente la Audiencia Nacional¹⁷ delimita cuáles son los condicionantes para la legalidad de una cláusula del tenor descrito, destacando los siguientes: a) la aportación de los trabajadores no puede tener por objeto financiar gastos que han de correr por cuenta de las empresas en el seno de la relación laboral y b) la debida participación de los trabajadores y empresas a los que se obliga a realizar aportaciones pecuniarias en la gestión del órgano que va a organizar las actividades de formación, de manera que el mismo (la Fundación) no constituya un tercero ajeno a los trabajadores y a los empresarios. La Audiencia Nacional desestima la demanda interpuesta por el Ministerio de Empleo, exponiendo como corolario (Fundamento Jurídico 11) que el presente conflicto revela la necesidad de una norma que regule este

expresada, la cual no cabe colegirla meramente de un estado de cosas que se mantiene por inercia como derivado de una situación jurídica anterior en la que la relación de trabajo de los empleados de los Registros, lejos de ser laboral como lo es actualmente, se quería asemejar a la funcionarial y estaba de reglamentos administrativos ad hoc¹⁷

¹⁶ La Fundación es el instrumento paritario del sector constituido por los firmantes del Acuerdo estatal, para la prestación de servicios de fomento de la formación profesional, de la investigación y de la mejora del empleo, de promoción y desarrollo de acciones de mejora de la salud laboral y la seguridad en el trabajo, de impulso y desarrollo de las relaciones socio laborales en el sector de la hostelería y el turismo, contribuyendo a la mejora del diálogo social en todos los ámbitos de negociación colectiva en el sector, y de promoción general del sector de la hostelería y el turismo.

¹⁷ Sentencia Audiencia Nacional de 25 de junio de 2014, rec. 103/2014.

tipo de cláusulas convencionales de las que nacen obligaciones pecuniarias para el trabajador, afiliado o no, que por sí mismo no son ilícitas, siendo conveniente que se establezcan criterios, condiciones y límites. Pero, en ausencia de norma, la AN considera que, en el marco de la legalidad, juega la libertad propia de la autonomía de la voluntad individual o, como en este caso, colectiva.

3. Otros acuerdos fruto de la acción sindical y la gestión de las relaciones laborales en la empresa que pueden coadyuvar a la afiliación sindical

Como se ha resaltado, dado que en un importante número de centros de trabajo y empresas no se reúnen los requisitos para elegir representación unitaria, es importante la presencia sindical en los mismos para atender las demandas de los trabajadores y para dar a conocer propuestas. La mayor afiliación propiciará una mayor participación y representación, implantándose medidas para la consolidación y refuerzo interno del sindicato.

La acción sindical es una herramienta para regenerar la confianza de la clase trabajadora en el sindicato y fortalecer su presencia en las empresas. En las grandes empresas hay representación unitaria y sindical, existe una acción sindical arraigada en la empresa, y hay un mayor equilibrio de fuerzas; sin embargo, en las pequeñas y microempresas, generalmente no existe este equilibrio de fuerzas, no es usual que haya trabajadores afiliados, carecen de representación, y no se pactan convenios colectivos propios, a lo sumo se celebran acuerdos de empresa, por lo que la conflictividad está adulterada por el desequilibrio de fuerzas entre las partes.

Tras la reforma laboral de 2012, las secciones sindicales tienen prioridad frente a la representación unitaria tanto para negociar los convenios colectivos de ámbito empresarial, como para asumir la interlocución en los períodos de consultas regulados en los artículos 40.2, 41.4, 47.1, 51.2 y 82.3 ET, siempre que así lo acuerden y sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.

Por lo tanto, más aún en este tipo de empresas, será deseable una mayor presencia del sindicato en la gestión de las relaciones laborales.

Los artículos 8 LOLS y 64 ET instauran un completo cuadro de competencias de información, consulta y codecisión, que tienen operatividad sobre los procesos de negociación colectiva, de aplicación de vicisitudes contractuales y reestructuraciones empresariales, así como en los conflictos. Los acuerdos de empresa exigidos en muchos de estos procedimientos son fruto de períodos de consultas, por lo que actualmente la participación de la representación unitaria y/o sindical en la gestión de la flexibilidad interna y externa en las empresas es esencial, plasmando los intereses de los trabajadores afectados. Es por ello, que el rol que juegan los sindicatos en estos procesos de consultas y negociación, resulta una carta de presentación a efectos de lograr una mayor afiliación a los mismos, pudiendo convertirse una gestión adecuada de los mismos en una vía de captación indirecta de afiliados.

La información sindical a las y los trabajadores afiliados o no afiliados a las secciones sindicales en los centros sin representación, coadyuva a la consecución de los objetivos de fomentar la afiliación y establecer los cauces que garanticen la defensa de los derechos de los trabajadores infrarrepresentados. A estos efectos, resulta beneficioso el uso de medios telemáticos para obtener más difusión, si bien será difícil acceder a la intranet de las empresas sino existe representación de los trabajadores.

Asimismo, el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, 2015,2016, 2017 (suscrito por CC.OO, UGT, CEOE y CEPYME)¹⁸, apuesta por la utilización de instrumentos de flexibilidad negociada, afirmando que son preferibles para los ajustes de plantilla mecanismos internos de adaptación frente a los externos. Se quiere potenciar a través de los convenios los criterios y procedimientos de aplicación de medidas de flexibilidad, así como los procedimientos de adaptación y modificación de lo inicialmente pactado, con la participación, en todo caso, de la representación de los trabajadores (para lo que es necesario el desarrollo adecuado de los derechos en materia de información y consulta reconocidos por la legislación vigente).

A su vez, fundamentalmente tras la reforma laboral de 2012¹⁹, se ha producido una potenciación de la negociación colectiva de ámbito

¹⁸ BOE de 20 de junio de 2015.

¹⁹ Cfr. Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", *Temas Laborales*, nº120, 2013.

empresarial, que tiene como máximo exponente la precisión en el artículo 84.2 ET de un elenco de materias en las que la regulación de los convenios colectivos de empresa es preferente respecto a cualesquiera otro; y, cuando un convenio colectivo sectorial, estatal o autonómico, determina los niveles que delimitan la estructura de la negociación colectiva de un sector, cada vez hay una mayor referencia a los pactos o acuerdos de empresa²⁰, como productos singulares de la negociación colectiva que sirven a los fines de mejorar la productividad y la competitividad, convirtiéndose paulatinamente la empresa en sede natural para la toma de decisiones, con los consiguientes riesgos de individualización que ello conlleva en pequeñas empresas desprovistas de una representación estable de los trabajadores, ya sea sindical o unitaria. Es por ello, que hay que resaltar la relevancia del papel que puede desempeñar el sindicato en los centros de trabajo, más aún en los pequeños.

A mayor abundamiento, el rol de sindicato no se reduce a su participación en los procedimientos de consulta y negociación ligados a determinadas vicisitudes contractuales, sino que también tiene relevancia en la negociación que conduce a la conclusión de cláusulas convencionales que afectan a dichos procedimientos de flexibilidad.

Ejemplo del papel que puede llegar a jugar la acción sindical en centros de trabajo y empresas es el del procedimiento de inaplicación o descuelgue de los convenios colectivos. El mismo es regulado con importantes cambios en la reforma laboral de 2012, habiendo incrementado su operatividad en los últimos tres años, fundamentalmente en el año 2013, y ya menos en 2014 y en el primer semestre de 2015²¹. Como es conocido, se ha ampliado la posibilidad de descuelgue²², pues se admite el mismo no sólo en los convenios sectoriales, sino también en los de empresa, y no sólo del salario, sino de un amplio elenco de condiciones laborales²³.

²⁰ Entre otros, Convenio colectivo de la industria química, BOE de 9 de abril de 2013, artículo 1.

²¹ Cfr. Al respecto los datos publicados periódicamente en la Estadística de Convenios Colectivos de trabajo. Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

²² Vid Cruz Villalón, J., "El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012", Revista de Derecho Social, nº57, 2012.

²³ Según el artículo 82.3 ET resultante de la reforma laboral de 2012, jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistemas de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET, y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Tras el seguimiento del procedimiento debido, en caso de acuerdo entre los representantes de los trabajadores y de las empresas se producirá la sustitución de las condiciones fijadas en el convenio por las acordadas, debiendo precisarse las nuevas y su duración. A estos efectos, resulta importante no sólo el esfuerzo negociador de los representantes, ya sean unitarios o sindicales, en el contexto de esta vicisitud, sino lo previamente acordado en el convenio colectivo aplicable; por ejemplo, se podrían delimitar en el convenio colectivo aplicable las causas de descuelgue en un sector específico²⁴, la documentación que permita acreditar la existencia de la causa habilitante²⁵ (por ejemplo, informes de auditores o censores de cuentas, balances, cuentas de resultados, memoria económica de los tres últimos tres años, derechos de información atribuidos a los representantes, precisiones sobre los grupos de empresa: cuentas anuales e informe de gestión de la sociedad dominante o de las demás empresas del grupo), incluso en ocasiones los convenios llegan a exigir una relación causa-efecto entre descuelgue y mantenimiento del empleo, una conexión de funcionalidad, razonabilidad²⁶, proporcionalidad entre la medida propuesta y la situación habilitante del cambio que se quiere implantar.

Por lo tanto, los negociadores del convenio colectivo tienen margen, con respeto a la norma, para, entre otras materias, especificar el ámbito de las causas de inaplicación, establecer obligaciones de información a la representación de los trabajadores, el procedimiento de elección democrática de los miembros de las comisiones previstas en ausencia de representación legal y la atribución de garantías a sus componentes, pormenores del procedimiento de negociación, como la fijación de calendarios de negociaciones, mayorías exigidas para alcanzar acuerdos, necesidad de acudir a la comisión paritaria de forma previa... Es más, en este procedimiento, la comisión negociadora, única, que debe constituirse para intentar concluir un acuerdo en el período de consultas, estará compuesta por los sujetos indicados en

²⁴ Convenio colectivo Administraciones de Loterías, BOE de 8 de agosto de 2012, artículo 38.

²⁵ Cfr. Convenio colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad, BOE de 25 de abril de 2013, artículo 83.A).

²⁶ Convenio colectivo Unión General de Trabajadores, BOE de 20 de abril de 2013, artículo 8.

el artículo 41.4 ET, que declara su carácter supletorio respecto a lo que pudiera establecer el convenio colectivo aplicable al respecto; e igualmente, el mismo precepto estatutario, en cuanto al procedimiento de descuelgue, efectúa una remisión global a la posibilidad de regímenes alternativos en la propia negociación colectiva, que podría introducir precisiones, matizaciones al procedimiento legal en convenio colectivo, siempre y cuando no supongan una alteración de los aspectos neurálgicos establecidos en el artículo 82.3 ET.

Asimismo, de forma positiva, algún convenio colectivo exige, tras la conclusión del acuerdo de descuelgue, que las partes acuerden, en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron, la inclusión de una programación, incluso un calendario, de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones laborales establecidas en el convenio colectivo de originariamente aplicable²⁷. O fija el establecimiento de sistemas de seguimiento conjunto de lo acordado con el fin de velar por la correcta aplicación de las condiciones pactadas y la existencia real y continuada de las causas alegadas para la inaplicación²⁸.

En los últimos años las estadísticas muestran un incremento de los acuerdos de descuelgue y de los acuerdos de reestructuración²⁹, en el marco de los cuales se adoptan medidas que implican variaciones contractuales (jornada, funciones, retribuciones...). De este modo, abierto un proceso negociador con el fin de adoptar medidas con las que hacer frente a la causa alegada, se aprovecha para modificar estas condiciones laborales en respuesta a la coyuntura presente. Con ello, se procuran reordenar las relaciones laborales en la empresa, en atención a una causa uniforme, consensuándose entre empresa y representantes de los trabajadores en un solo procedimiento, por ejemplo, rebajas salariales, estructurales o coyunturales, aplicables a la plantilla laboral resultantes tras, en su caso, las bajas, extinciones y despidos

²⁶ Convenio colectivo Unión General de Trabajadores, BOE de 20 de abril de 2013, artículo 8.

²⁷ Convenio colectivo sector derivados del cemento, BOE de 9 de abril de 2013, artículo 60.

²⁸ Convenio colectivo Industria Química, BOE de 9 de abril de 2013, artículo 35.

²⁹ A modo de ejemplo, vid Acuerdo de reestructuración adoptado en el Banco Ceiss, en <http://www.confia.net/bbva/html/25627.html>

efectuados. Por ende, se quiere resaltar la posibilidad de que el esfuerzo negociador de los sindicatos en contextos delicados como los descritos, en la gestión de este tipo de vicisitudes, pueda arrastrar la mayor confianza de los trabajadores en la defensa que se hace de sus intereses y derechos y, por consiguiente, un mayor apoyo cifrado en más afiliación sindical.

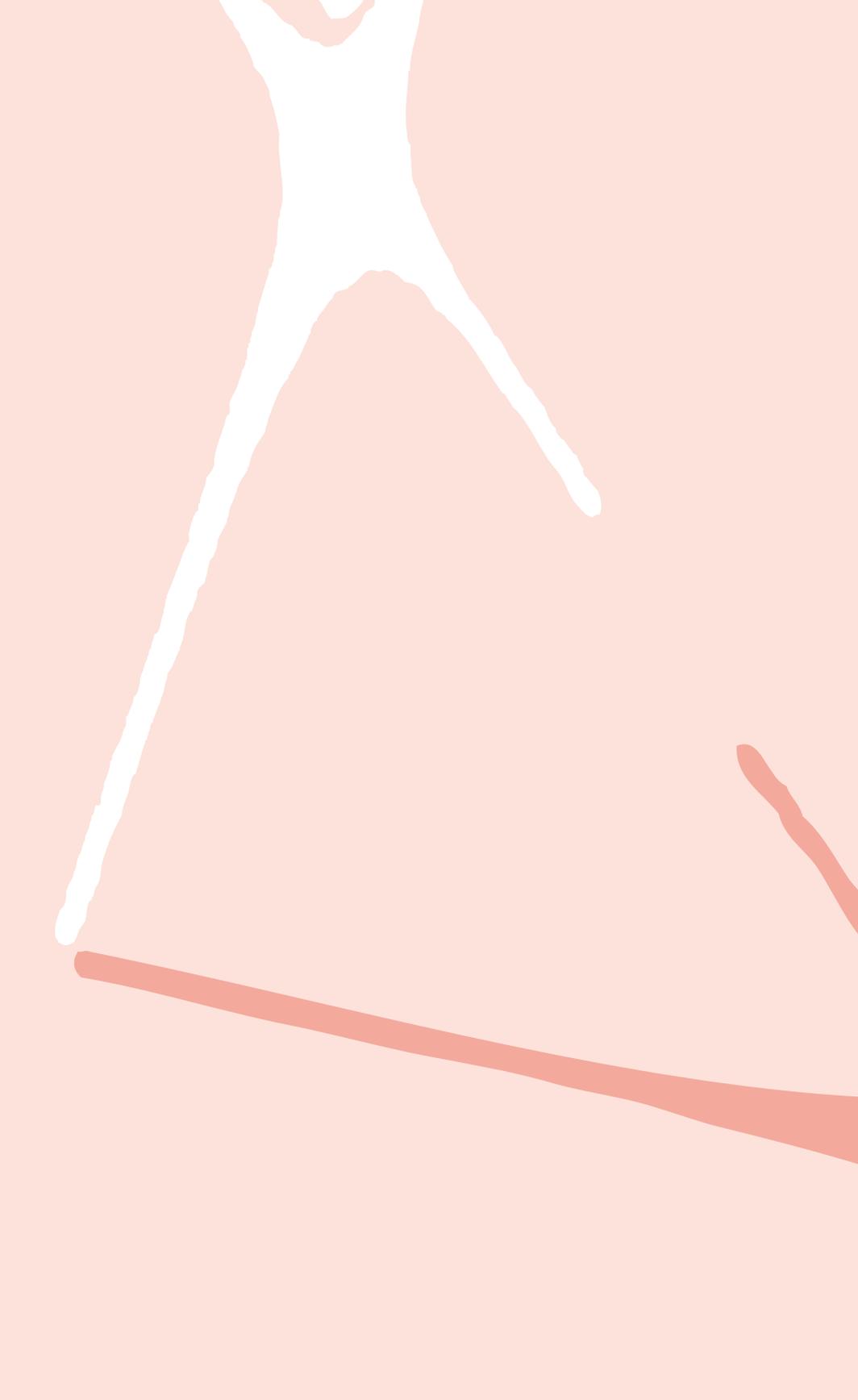
4. Conclusiones

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

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

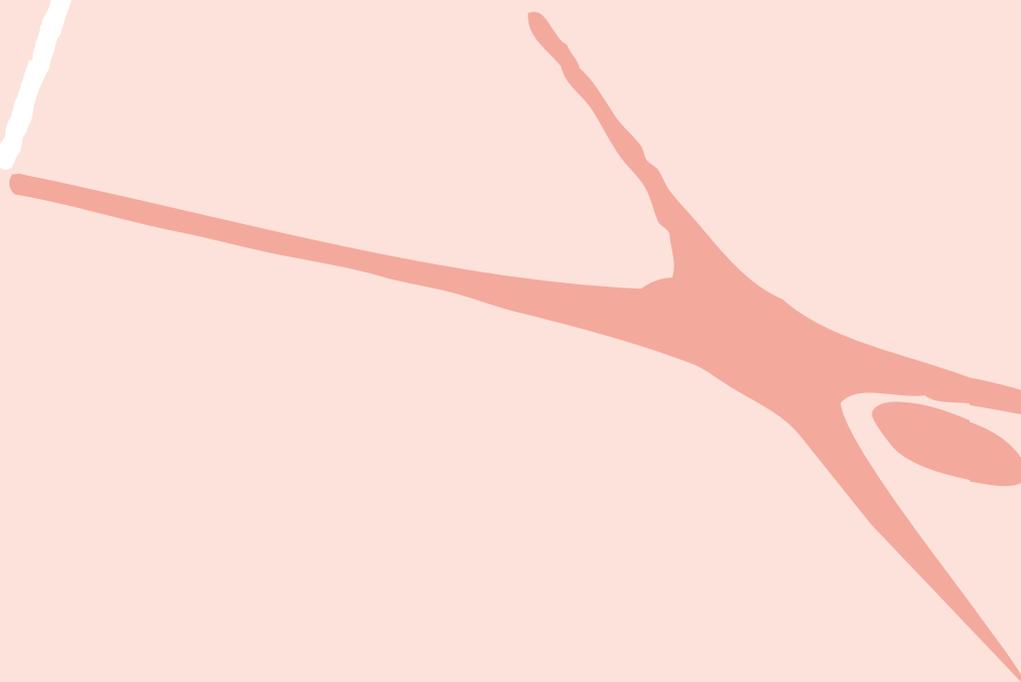
desempeñan los propios sindicatos en la gestión de las relaciones laborales en la empresa, pues su acción sindical debe contribuir de forma eficaz a plasmar los intereses de los trabajadores en acuerdos que se adopten en determinados procedimientos de flexibilidad interna y externa, pudiendo convertirse una gestión y conclusión adecuada de estos procesos de consulta y negociación en una vía de captación indirecta de afiliados y de impulso de la acción sindical en la empresa.





*LA MAYOR
REPRESENTATIVIDAD
SINDICAL A REVISIÓN*





Otras formas de acreditar la mayor representatividad: la dificultad de encontrar un criterio alternativo al de la audiencia electoral

Ricardo Escudero Rodríguez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alcalá de Henares*

1. Planteamiento General

Pretendo llevar a cabo una aproximación en clave problemática y no simplista a la existencia de otras formas de acreditar la representatividad sindical distintas a las actualmente admitidas por nuestro ordenamiento jurídico. Ello no es un empeño fácil, ya que, en nuestro modelo de relaciones laborales, es muy fuerte la solidez del criterio de la audiencia electoral como parámetro medidor de aquélla, en parte –pero no sólo, como veremos– por la inercia de los muchos años en los que se ha utilizado ese y no otro criterio. Pero, pese a todos los inconvenientes que tiene buscar fórmulas alternativas a las vigentes, voy a intentar acercarme a la cuestión objeto de debate sin prejuicios y sin que me pesen en exceso construcciones efectuadas por mí hace ya muchos años en favor de la virtualidad del referido parámetro, más allá de las diferentes y consistentes limitaciones, jurídicas y fácticas, que el mismo tiene.

El punto de partida de estas reflexiones viene dado, en nuestro modelo, por tres elementos estrechamente trabados entre sí y que son consecuencia de unas consolidadas opciones de política legislativa que, en conjunto, tienen ya a sus espaldas nada menos que alrededor de tres décadas y media de existencia: de un lado, la representatividad sindical, que es, en sí misma, una noción indiscutible en cualquier

Estado social y democrático de Derecho y, muchísimo más, en los que, en la práctica, conocen una marcada pluralidad sindical. Como es bien sabido, dicha noción sirve para seleccionar, en distintos planos funcionales y territoriales, y para identificar aquellos sindicatos que tienen un especial grado de aceptación entre los trabajadores y que, por ello, son objeto de una especial consideración jurídica.

El segundo elemento es el criterio de medición de la mayor y de la suficiente representatividad sindical, que, en el modelo español, es, básicamente, el conocido bajo el nombre de audiencia electoral, que como es bien sabido, se basa en los resultados obtenidos, en distintos ámbitos territoriales y funcionales, por cada sindicato en las elecciones a órganos de representación unitaria tanto de los trabajadores por cuenta ajena –comités de empresa y delegados de personal- como por ciertos funcionarios públicos –juntas de personal y delegados de personal-.

Y, por último, el tercer eje es la atribución a los sindicatos que han obtenido por esa vía la mayor o la suficiente representatividad de determinadas competencias de las que otros que no alcanzan tan selecta condición, carecen o, en su caso, disfrutan en menor medida. Y, entre ellas, destaca, por encima de todas, la negociación de convenios colectivos que, siempre que se cumplan las exigencias previstas en el título III del ET, tendrán una eficacia jurídica reforzada, como son la imperatividad y la automaticidad, y una eficacia personal general, es decir, la aplicación del convenio resultante a todos los empresarios y trabajadores comprendidos en su ámbito territorial y funcional de referencia. Pues bien, como es bien sabido, uno de los requisitos establecidos para alcanzar tan cualificado resultado es que las partes del convenio sean las específicamente recogidas en dicha norma legal. Y, en concreto, por lo que respecta a la representación de los trabajadores en los convenios sectoriales -y, por expresa remisión legal, a los que afecten a un grupo de empresas y a una pluralidad de ellas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas-, la capacidad para negociar se reserva, de modo selectivo, a los sindicatos más o suficientemente representativos en los distintos ámbitos territoriales y funcionales posibles.

Es bien conocido que estos tres elementos están regulados, básicamente, en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores –en adelante, ET-,

pero, pese al reducido del número de tales preceptos, aquéllos se irradian por el conjunto del ordenamiento laboral con tal fuerza e alcance que constituyen una de las más caracterizadas señas de identidad de nuestro modelo de relaciones laborales. Y, además, las tres variables sucintamente descritas tienen una estrecha relación dialéctica entre sí. Y, por ello, si se quisiera modificar el segundo o el tercero de tales parámetros –o los dos a la vez–, lo cual, en línea de principios y en términos constitucionales sería perfectamente posible, se tendría que tener en cuenta que tal variación podría suponer la redefinición del modelo, lo que obligaría a repensarlo en su conjunto, algo que no es, precisamente, fácil ni está exento de riesgos, como tendremos ocasión de analizar más adelante.

Como ya he expuesto, el criterio de la audiencia electoral se basa en la existencia de órganos de representación unitaria tanto en el ámbito laboral como en el funcionarial. Y, como es sobradamente conocido, tales órganos constituyen uno de pilares del llamado doble canal de representación en la empresa y en los centros de trabajo, incluidos, también, los de determinadas Administraciones Públicas. En todo caso, es evidente que, si se eliminara o se relativizara dicho criterio, se cuestionaría la doble virtualidad de los mencionados órganos unitarios y, en particular, la mediata, es decir, la que sirve en el ordenamiento español como parámetro decisivo de la medición de la representatividad de los diferentes sindicatos. Y, en el fondo, esta posición podría estar relacionada, también, con el intento de minimizar el rol de los órganos de representación unitaria, encomendándoles, de modo particular, funciones de tipo participativo –como la información, la consulta y la colaboración con el empresario–, pero privándoles del derecho a la negociación colectiva en la empresa y en ámbitos inferiores. Propósito que, hoy por hoy, no deja de ser muy problemático y, a mi modo de ver, desaconsejable.

Como es sabido y con todos los matices que se quiera, en los últimos años, se está pretendiendo llevar a cabo un progresivo desplazamiento del centro de gravedad de la acción colectiva en las empresas hacia las secciones sindicales, reduciendo el marcado protagonismo de los órganos de representación unitaria en los centros de trabajo. Un claro exponente de tal tendencia lo constituye el reconocimiento legal de la primacía de las referidas secciones frente a los comités de empresa y delegados de personal en la negociación de convenios colectivos de empresa y de ámbito inferior, recogida en el art. 87.1 del

ET desde 2011, siempre que aquéllas tengan la mayoría en los mencionados órganos unitarios. Pero, con todo, no hay que ignorar que esta opción legislativa no se ha visto acompañada por un cambio sustancial en el protagonismo de los sujetos de naturaleza sindical en dicha materia, lo que pone de relieve el fuerte arraigo y la gran virtualidad de los referidos comités y delegados en la práctica de las relaciones laborales en las empresas y, en particular, en el ejercicio de una función tan caracterizada y decisiva como es la negociación colectiva en la empresa.

No obstante, la intensa sindicalización de estos órganos relativiza sobremanera los términos del debate, ya que la hegemonía en el interior de los mismos corresponde, indiscutiblemente, a los sindicatos presentes en ellos. Además, considero que es necesario reforzar, todavía más, el protagonismo de los órganos sindicales en el seno de los de carácter unitario, pero ello no implica que haya que minimizar las competencias que, legalmente, se atribuyen a estos últimos. Y, en fin, hay que recordar que, en determinados modelos en los que no se reconoce la plena capacidad negociadora a los órganos de representación unitaria en la empresa –como sucede en Francia y Alemania–, en muchos casos, éstos llevan a cabo negociaciones con el empresario, ya que la línea divisoria entre las funciones participativas y las negociadoras es extremadamente sutil en la práctica.

Por otra parte, en mi opinión, no tiene ningún sentido alterar el sistema de negociación colectiva de eficacia general vigente en nuestro modelo de relaciones laborales. Ciertamente, como cualquier opción de política legislativa, tal fórmula tiene sus ventajas y sus inconvenientes, pero, entiendo que las primeras superan, con claridad, a los segundos. En efecto, no está de más recordar que una abrumadora mayoría de los convenios suscritos desde los años ochenta han alcanzado la condición de estatutarios y se han aplicado a un amplísimo número de trabajadores y empresarios, lo que evidencia que tal opción ha venido cumpliendo –y cumple aún– sus funciones con sobrada eficiencia y goza de una espléndida salud.

Es verdad que el sistema de negociación de eficacia general puede producir una menor tendencia a la afiliación de los trabajadores al verse afectados por tal tipo de convenio aunque no pertenezcan a ninguno de los sindicatos firmantes del mismo. Pero, con todo, considero

que no cabe sostener que, suprimiendo el carácter erga omnes de los convenios colectivos regulados por el título III del ET, se potencie, sin más y de forma tendencialmente masiva, la afiliación sindical, pues un análisis detenido del tema revelaría que no se trata de variables tan sencillas que se muevan en la línea de una relación de causa a efecto tan mecánica.

Además, con el sistema de eficacia general y normativa de los convenios colectivos, se evita el recurso a mecanismos indirectos de extensión, de iure o de facto, de los que sólo tienen una eficacia limitada. El análisis de lo que sucede en la experiencia italiana, a la que se aludirá en otro epígrafe de estas reflexiones, es bien ilustrativo del cúmulo de problemas que provoca un modelo basado en la admisión legal de este tipo de convenios colectivos que ha requerido la intervención judicial para imponer la generalización de la eficacia de los mismos. Resultado que se ha conseguido a través de vías indirectas, en ocasiones, algo forzadas.

Y, asimismo, con la actual opción legal española se corrigen los graves inconvenientes derivados de la huida de tales convenios cuando una empresa deja de pertenecer a la asociación patronal firmante de los mismos con el deliberado fin de sustraerse a la aplicación de aquéllos. Es lo que ha sucedido, hace no demasiado tiempo, en Italia con el polémico y complejo caso FIAT cuando la dirección de la empresa decidió abandonar la patronal de los metalmeccánicos para poder negociar su propio convenio al margen de lo establecido en el sectorial. Por todo ello, considero que no es el momento más adecuado para llevar a cabo una modificación del tipo de convenios admitidos –y promocionados– por el ordenamiento español, ya que los experimentos en este tipo de cuestiones pueden tener un alto coste en términos de seguridad jurídica y de eficiencia. Y, además, podrían debilitar, aún más, el conjunto de la negociación colectiva, algo que sería extremadamente peligroso en un contexto tan complicado como el actual y el que se avecina.

2. Funciones y disfunciones del criterio electoral

Como ya he señalado, el criterio de la audiencia electoral como parámetro determinante de medición de la representatividad sindical goza de una larga tradición en nuestro modelo de relaciones laborales, pues data de la aprobación del ET en 1980, siendo consolidado,

dentro de un planteamiento más global y acabado, por la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985. Como es bien sabido, esta norma optó, decisivamente, por dicho criterio básico, lo que supuso un fuerte espaldarazo por un método de naturaleza cuantitativa de cómputo de la representatividad sindical, dejando al margen otros criterios posibles, ya fueran cuantitativos –como, señaladamente, la afiliación– o puramente estimativos o indiciarios.

La única matización a lo que se acaba de afirmar la constituye la admisión legal de un criterio complementario, el de la irradiación, que viene motivada por la pertenencia de los sindicatos o entes sindicales a una organización sindical tenga la consideración de más representativa, por lo que no es más que una consecuencia derivada de la audiencia electoral. Pues bien, este criterio ha recibido, en varias ocasiones, el aval del Tribunal Constitucional, que lo ha considerado expresamente como un parámetro objetivo y acorde con las exigencias constitucionales. Afirmación que, obviamente, no quiere decir que sea el único que pueda reunir tales requisitos, pues, por descontado, hay otros que también podrían ser constitucionalmente admisibles.

Por otra parte, la solidez del criterio de la audiencia electoral creció desde el momento en que se pacificó la aplicación práctica del mismo tras las importantes modificaciones legales introducidas en 1994 en el título II del ET, que –no conviene olvidarlo– fueron acordadas por las dos grandes confederaciones sindicales en el plano estatal. Algo que supuso, en aquel momento, una sorprendente isla de consenso en un clima de agrios enfrentamientos con el Gobierno que impulsaba una controvertida reforma de los otros dos títulos de dicha norma legal. Se trató de cambios, que aunque fueran instrumentales, pues no afectaron a la esencia del criterio de la audiencia electoral en sí mismo considerado, no dejaron de tener importantes consecuencias en la efectividad y en la operatividad del mismo.

En síntesis, tales modificaciones consistieron en la supresión del trámite de la proclamación de los resultados globales de las elecciones a órganos de representación unitaria por parte las Administraciones Públicas, lo que supuso, entre otras cosas, una clara apuesta por la desconcentración de los procesos electorales, lo que impidió que aquéllas fueran una alocada carrera para conseguir ser el ganador en un momento dado. Además, se introdujo un peculiar y eficiente sistema arbitral de resolución de discrepancias entre los sindicatos con-

rrentes a las elecciones. Tales novedades supusieron, de hecho, una marcada disminución de la fortísima rivalidad entre tales sujetos y una importante reducción de muchas prácticas denostables que, con anterioridad, habían acompañado a las llamadas elecciones sindicales. Por todo ello, tal reforma afianzó la opción en favor de la audiencia electoral y disminuyó, aunque sólo fuera en alguna medida, el fortísimo desgaste que los procesos electorales siempre implican.

Sin embargo, el criterio de la audiencia electoral, como todos los mecanismos de medición de la representatividad sindical, tiene sus luces y sus sombras. Por lo tanto, sería una ingenuidad mitificarlo o hacer una lectura simplista o esquemática del mismo, pues sus virtudes y defectos son ampliamente conocidos tanto por los especialistas en el Derecho del Trabajo y en las relaciones laborales en general como por los propios artífices de la aplicación de tal criterio en la práctica. Así, el reiterado parámetro electoral conlleva indudables flancos débiles e imperfecciones, entre los que, en apretada síntesis, se destacan los siguientes.

De un lado, aquél comporta evidentes limitaciones subjetivas ya que excluye a un amplio número de trabajadores que quedan fuera de la determinación de la representatividad sindical. En especial, los desempleados, que han aumentado de modo exponencial al hilo de la crisis económica, los trabajadores con contratos temporales cuya vigencia no coincida con el proceso electoral, los que prestan sus servicios en empresas o centros donde o bien no se pueden constituir órganos de representación unitaria o bien donde, pese a la posibilidad legal de que ellos existan, no se eligen en la práctica por la falta de iniciativa de los trabajadores que, en demasiados casos, obedece a la oposición, explícita o velada, de los empresarios. Algo que, dicho sea incidentalmente, debería de objeto de atención por parte de los poderes públicos a fin de remover los obstáculos que impiden la plena participación de los trabajadores en dicho ámbitos, aplicando, en esta concreta esfera, lo dispuesto en el art. 9.2 de la Constitución. Y, por supuesto, están excluidos del derecho al sufragio los jubilados e incapacitados que no trabajen y, asimismo, los funcionarios expresamente privados de ser representados por órganos de dicha naturaleza.

Por otro lado, están los problemas derivados del hecho de que la unidad electoral elegida legalmente sobre la que gravita todo el entramado de los órganos de representación unitaria es el centro de trabajo

y no la empresa en unos momentos en los que la importancia de la segunda sobre el primero es incuestionable, ya que, a muchos efectos, no cabe parcelar artificialmente la realidad de las empresas. Pero es que, además, la determinación de la referida unidad electoral se caracteriza por la ausencia de una clara definición legal del concepto de centro de trabajo, que da lugar a una dificultosa y escurridiza noción que produce mucha inseguridad en las elecciones a comités de empresa y delegados de personal. Es, en suma, un parámetro con un perfil tanto aleatorio que otorga a los jueces y tribunales un marcado protagonismo en la materia que, pese a todo, se concreta en una interpretación muy rígida de unos planteamientos legales difíciles de esquivar.

Pues bien, desde esta perspectiva, debería de revisarse, necesariamente, la opción legal en la materia para que sea más funcional y bascule sobre la empresa y no tanto sobre el centro de trabajo y para dotar a las unidades electorales de una mayor racionalidad y certeza. El contraste con lo que sucede en la regulación de las comisiones negociadoras de los procesos de reestructuración empresarial –contenida en el art. 41 del ET, al que se remiten, expresamente, diversos preceptos estatutarios- es más que evidente, pues, en éstos y como es lógico, se ha priorizado una representación articulada más en torno a la empresa que a los centros de trabajo de la misma. Y, en el extremo opuesto de la opción legal del título II del ET, hay una excesiva amplitud en la delimitación legal de las mencionadas unidades en las elecciones a juntas y delegados de personal en las Administraciones Públicas.

Hay, además, otra flaqueza que tiene que ver con la opción legal en favor del porcentaje de miembros de los órganos de representación unitaria obtenido por los diferentes sindicatos y no con el número de votos alcanzados por cada uno de ellos. Lo cual propicia una acentuada y desequilibrada sobrevaloración del peso de los delegados de personal elegidos en las pequeñas empresas y en los centros de trabajo con pocos trabajadores respecto del que tienen los miembros de los comités de empresas o de centros de grandes dimensiones. Y, en la misma línea, la relación entre el número de representantes y representados en los diferentes ámbitos, laborales y funcionariales, está claramente desproporcionada y se encuentra en el origen de unas marcadas distorsiones en el valor de los votos emitidos y en los requeridos para la elección de los diferentes órganos de representación unitaria. Y todo ello es elemento de debilidad de un modelo que se proyecta sobre un escenario caracterizado por el fortísimo minifundismo em-

presarial. Una disfunción que debería de corregirse, como sucede en Francia, sustituyendo el porcentaje de miembros de los órganos de representación unitaria por el de votos obtenidos por cada sindicato.

En efecto, la regulación actual propicia que los sindicatos tengan que realizar, cada cierto tiempo, auténticos sobreesfuerzos para llegar a esas pequeñas empresas y centros de trabajo de reducida dimensión con el fin de mejorar sus resultados electorales. Y, desde una perspectiva más general, los procesos electorales implican un fuerte condicionante de la actividad sindical, ya que marcan, muy intensamente, las prioridades de los sindicatos, dejando en un segundo plano, durante el período en que aquéllos se desarrollan, otras importantes parcelas de su quehacer cotidiano, como son, entre otras, la negociación colectiva y su seguimiento y el control de la aplicación de la misma y de la propia legislación laboral. Así, el deseo de conseguir unos mejores resultados electorales y la competencia intersindical que ello comporta se antepone, en esos períodos, a cualquier otra prioridad. Y, desde ese punto de vista, es un sistema costoso que supone dedicar un cúmulo de recursos materiales y humanos a tales elecciones que bien podrían ser utilizados a otros fines. En suma, no deja de ser un sistema compulsivo que implica la necesidad de revalidar en cada proceso electoral la representatividad de cada uno de los sindicatos, lo que fomenta la tensión y la rivalidad entre ellos.

No obstante, las ventajas del criterio de la audiencia electoral como mecanismo de medición de la representatividad sindical son evidentes y no pueden, bajo ningún concepto, orillarse. Así, de un lado, se trata de un parámetro objetivo que, con todas las limitaciones que tiene, da una gran seguridad dado que cuantifica la voluntad del amplísimo número de trabajadores por cuenta ajena y de funcionarios públicos que participan en los procesos electorales. Y ello tiene un valor muy positivo en un sistema, como el español, caracterizado por una reducida tasa de afiliación sindical.

Como ya he señalado brevemente, no hay que olvidar el altísimo grado de sindicalización de los órganos de representación unitaria que alcanza alrededor del noventa y cinco por ciento del total de sus miembros, de los cuales un elevadísimo porcentaje pertenecen o se presentan en listas o bajo las siglas de los sindicatos de mayor representatividad en el ámbito estatal o en el de ciertas Comunidades Autónomas. Pues bien, el contraste con las cifras de la afiliación sindical

es más que evidente, pues, según cálculos aproximados y, por ello, no siempre seguros, aquéllas se sitúan, en conjunto, en torno al diez por ciento del total de los colectivos teóricamente sindicalizables. Y, desde esta perspectiva, la audiencia electoral da una indiscutible legitimidad a la actuación de los sindicatos merecedores de la cualidad de más representativos, pues compensa, con creces, los exiguos porcentajes de adhesión al total de los sindicatos. Y, además, no hay que olvidar que la afiliación decrece en situaciones de crisis económica, como la que aún no hemos superado, lo que hace más débil este criterio como cuantificador de la representatividad sindical.

Por otra parte, la imagen de los sindicatos ha sufrido mucho en los últimos tiempos como consecuencia de un alarmante –e inaceptable– clima de insolidaridad y de individualismo reinante en nuestra sociedad, que es otro de los efectos de la crisis económica y de la profunda y agresiva reforma laboral del año 2012. Y a ello se une la existencia de ciertos errores, algunos de bulto, cometidos por los sindicatos en épocas recientes que han deteriorado, claramente, su protagonismo y su nivel de influencia. Todo ello ha conducido a que se haya llegado a cuestionar, de modo incluso tan insistente como virulento, su propia funcionalidad y razón de ser, algo que no puede sostenerse en cualquier Estado social y democrático de Derecho que se precie y, más aún, en el nuestro si se tiene en cuenta el lugar que la Constitución reserva a los sindicatos de trabajadores en la propia arquitectura constitucional que la misma diseña.

Pues bien, en ese contexto, la audiencia electoral supone, de hecho, un balón de oxígeno para los sindicatos, ya que, pese a toda la avalancha de críticas e, incluso, de errores propios-, revalidan periódicamente su condición de representativos y se legitiman, por medio de amplios y sucesivos procesos electorales, cara a los propios trabajadores y, también, frente a la sociedad en su conjunto. Y, desde este punto de vista, considero que los sindicatos necesitan este parámetro como un instrumento para consolidar su hegemonía y su amplio arraigo entre los trabajadores en un momento de fuerte polémica sobre la legitimidad los mismos.

La participación electoral de un número muy elevado de trabajadores y funcionarios públicos asigna a cada sindicato cual el lugar y el relieve que le corresponde, lo que otorga una indudable legitimación a su actuación al tener que revalidar, cada cierto tiempo, su condición de representativos. Y, a la vez, ello permite una mayor y mejor con-

xión entre los diferentes sindicatos y el conjunto de los trabajadores a los que representan en los centros de trabajo y fuera de ellos. Dicho de otro modo, con el criterio electoral, se logra una trabazón entre representantes y representados, pertenezcan éstos o no a un determinado sindicato. Es, por lo tanto, un eficaz mecanismo de control periódico que puede evitar disfunciones o derivas de los sindicatos respecto de los intereses reales del conjunto de los trabajadores representados.

En definitiva, en mi opinión, la audiencia electoral como criterio básico de medición de la representatividad sindical ofrece indudables puntos débiles, pero ellos se ven sobradamente compensados por las ventajas que la misma aporta. Es decir, la utilidad de los órganos de representación sindical cara a cuantificar el grado de aceptación entre los trabajadores, afiliados y no, es inequívoca, pese a todas sus debilidades, que, como he expuesto en síntesis, son manifiestas.

En fin, por todo ello, no va a ser nada fácil desbancar un mecanismo de medición de la representatividad sindical que está asentado desde hace más de treinta y cinco años y que ha generado unas inercias difíciles de erradicar. Incluso, me atrevería a decir que el criterio electoral y los sindicatos constituyen una especie de matrimonio de conveniencia difícil disolución, pues éstos no dejan de ser, de algún modo, beneficiarios de un mecanismo de medición de la representatividad que, en el fondo, es indudablemente democrático que les otorga una fuerte legitimidad, mayor, sin duda, de la que les da la mera afiliación sindical. Por ello, entiendo que va a resultar muy complicado establecer un mecanismo alternativo de medición de dicha cualidad y, más todavía, si se analizan otros posibles parámetros alternativos que también son problemáticos y cuentan, a mi modo de ver, con un mayor número de puntos débiles.

3. Otros criterios posibles de medición de la representatividad sindical, en particular, la afiliación.

Cualquier reforma del criterio de la audiencia electoral ha de partir de que, como ya he señalado, no hay una opción perfecta. De ahí que todas las posibles alternativas a dicho mecanismo pueden ofrecer algunas ventajas, pero también cuentan con contraindicaciones, mayores o menores según los casos, que pueden producir determinados efectos negativos o, en algún caso, perversos sobre la dinámica de las relaciones laborales.

Así, las posibilidades son diversas, pudiéndose admitir un criterio único sustitutivo -como puede ser, por ejemplo, el de la afiliación a cada sindicato- o bien uno combinado o acumulativo consistente en el uso simultáneo de varios criterios -como la afiliación y la audiencia electoral, por ejemplo-. Además, cabe que los parámetros de medición de la representatividad sindical vengan predeterminados legalmente, de manera más o menos minuciosa y precisa, o que no sea así y que se basen en consideraciones puramente fácticas, esto es, de reconocimiento de hecho de tal condición representativa. Ahora bien, una eventual combinación de los criterios válidos admitidos legalmente para medir la representatividad sindical puede implicar una menor predeterminación de la misma y un mayor margen de litigiosidad y, por lo tanto, de intervención judicial, lo que puede hacer más inseguro e imprevisible el modelo.

De todos los criterios alternativos al de la audiencia electoral, los basados en elementos cuantitativos son los más recurrentes y, entre ellos, destaca, por encima de todos, el de la afiliación sindical. Ciertamente, éste sería un criterio que reflejaría una foto fija del número de inscritos a cada uno de los sindicatos en un momento dado, por lo que es un dato mecánico e indiciario del grado de identificación de los trabajadores a cada sindicato. Este mecanismo cuenta con una serie de ventajas a tomar en consideración, siendo una de las más relevantes el hecho de que su utilización no supondría los ya aludidos sobrecostos de los procesos electorales. Y, además, su admisión daría entrada a los trabajadores que, como he indicado, quedan fuera del criterio de la audiencia electoral.

Por otra parte, es un criterio que puede fortalecer a los sindicatos, pues se verían más estimulados a conseguir un mayor número de afiliados, dados los efectos multiplicadores del número de adherentes a ellos, lo que supondría que tendrían una fuente de financiación más segura y directa. Es bien sabido que no se utiliza el criterio afiliativo en muchos otros ámbitos, como, señaladamente, en el político, pero sí se tiene en cuenta, en nuestra legislación vigente, para determinar cuáles son las asociaciones empresariales representativas a los efectos de la negociación colectiva sectorial y de la representación institucional (art. 87.3 c/ y disposición adicional 6ª del ET), aunque el problema de fondo es la ausencia de unos censos de empresas adecuados e idóneos a tales fines.

Sin embargo, el uso del criterio de la afiliación como medidor de la representatividad sindical presenta múltiples puntos débiles desde el punto de vista de su control y de su cómputo como para poner en cuestión su validez y, más aún, como un parámetro exclusivo. En efecto, la aplicación de tal criterio choca con varios obstáculos, entre ellos, el de la fiabilidad de los datos afiliativos, pues para que aquél sea plenamente admisible es de todo punto necesario que exista un cómputo objetivo, externo y actualizado de los mismos. Y ello es muy problemático, ya que las cifras publicitadas por los propios sindicatos no sirven, ya que, en algunos casos, pueden estar hinchadas y no responder, fielmente, a la realidad. De ahí que, para dar solvencia a dicho parámetro, fuera exigible el intervencionismo de algún órgano administrativo –o, en su caso, de un organismo independiente–, que es algo no precisamente deseado por aquéllos en un tema especialmente sensible para ellos, pues no deja de formar parte de la “intimidad” sindical.

Por otra parte, habría que delimitar con mucha exactitud a fin de dar una cierta seguridad jurídica al concepto mismo de afiliado, ya que no todos los sindicatos le dan idéntica interpretación. Es decir, unos pueden ser más permisivos que otros frente al fenómeno del impago continuado de cuotas por parte de los adheridos a ellos, de modo tal que los que para unos pueden estar incluidos al no haber sido dados expresamente de baja para otros pueden seguir computando como inscritos. De ahí que la jurisprudencia de determinados países, como la francesa, haya acuñado la noción del llamado “adherente medio”, es decir, del que está al día en el pago de un número significativo de cuotas al año control. En todo caso, nos encontraríamos, nuevamente, ante el problema del control externo, ya sea por vía de un órgano administrativo ya de uno judicial, de algo tan particular como es la contabilidad interna de los sindicatos.

Y, en estrecha relación con lo que se acaba de exponer en los párrafos precedentes, no se pueden ignorar las específicas exigencias derivadas del respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y a la intimidad personal previstos en el art. 18 de la Constitución. Y, en concreto, la problemática de los ficheros informáticos y de la cesión de datos, según lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Orgánica sobre tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que ya ha dado lugar a una serie de litigios.

Además, no hay que olvidar la caída que, en un contexto de fuerte crisis económica, ha sufrido la afiliación a los sindicatos, si bien, de utilizarse este criterio, debería de hacerse en términos relativos, esto es, en relación a los afiliados de los demás sindicatos, y no en su dimensión absoluta. Con todo, como es bien conocido, la situación de crisis ha supuesto un potente factor de retraimiento de la afiliación, pues los trabajadores se muestran más reacios a admitirla en las empresas por miedo a las posibles –y frecuentes en ciertos ámbitos empresariales– represalias. Y, más aún, si se recuerda la realidad minifundista de la estructura empresarial española y el elevado número de contratos temporales que propician muy poco la adhesión a los sindicatos.

Asimismo, no conviene orillar que la afiliación a los sindicatos des cansa, en gran medida, sobre los trabajadores con un contrato de trabajo de naturaleza estable y a tiempo completo; aparte, obvio, es, de los funcionarios públicos que tienen admitido el ejercicio de tal derecho. Por ello, en el criterio afiliativo, reaparece, al menos de alguna manera, uno de los puntos débiles de la audiencia electoral, que, como ya expuse en apretada síntesis, es la exclusión de determinados colectivos de trabajadores por no tener derecho a participar en las elecciones o porque no se constituyen órganos de representación unitaria en las empresas o centros donde presten sus servicios. Es decir, el uso de la afiliación como criterio de medición de la representatividad también se construye básicamente –en este caso, de hecho que no de iure– sobre la adhesión a los sindicatos de trabajadores con una posición más fortalecida que otros que, por diferentes motivos, no se ven motivados a la hora de afiliarse. El hecho de que todos los trabajadores gocen del derecho fundamental a la libertad sindical, al margen de que estén ocupados o desempleados o de que sean pensionistas y de que, en el supuesto de estar en activo, presten o no sus servicios en una pequeña empresa o en un centro de trabajo de reducidas dimensiones no impide que, en la práctica, el centro de gravedad de la afiliación sindical gravite sobre sobre los trabajadores con un contrato estable y a tiempo completo –y sobre los funcionarios públicos con derecho a ello– que trabajan en empresas y centros de medio o gran tamaño. Y ello no deja de ser un elemento crítico que acerca, con todos los matices que se quiera, una de las flaquezas del criterio afiliativo al de las de la audiencia electoral. En definitiva, todos los factores que se acaban de exponer también deslucen o relativizan la consistencia del primero de ellos como parámetro de medición de la representatividad sindical.

Por otra parte, cabría admitir, al menos en pura hipótesis, otros criterios cuantitativos, aunque marginales, que podrían ser complementarios a los anteriores destinados a mencionado fin, pues, en algunas ocasiones, son admitidos por la jurisprudencia de otros países para evaluar la mencionada representatividad. Así, por ejemplo, el número de convenios colectivos suscritos por cada sindicato, pero ello podría tener efectos perversos sobre la conclusión de los mismos. O el número de secciones sindicales constituidas por los sindicatos, si bien ello ofrece muchos flancos de debilidad, pues su cómputo es difícil al no existir un registro en el que ellas tengan que inscribirse y, además, la legislación no impone un umbral mínimo de trabajadores para poder crearlas, lo que daría lugar a muchas distorsiones. En fin, con este criterio, de nuevo, las pequeñas empresas quedarían un tanto relegadas, pues en ellas no suelen constituirse tales secciones y, en el caso de que así suceda, el funcionamiento real de las mismas puede ser muy irregular y endeble. Por último, podría tenerse en cuenta, también como parámetro complementario, el grado de seguimiento en las convocatorias de huelga, pero se trata de un parámetro que no siempre tiene una fácil evaluación.

4. La revalorizada actualidad del criterio electoral en las experiencias francesa e italiana.

Un rápido análisis de lo que ha sucedido en los últimos tiempos en países tan próximos al nuestro como son Francia e Italia pone de manifiesto la gran actualidad del debate en torno a los criterios de medición de la representatividad sindical dada la existencia de significativas novedades en la materia. En concreto, se trata de modelos en los que se admiten, en fuentes jurídicas de diferente naturaleza, unos criterios combinados, siete, en el primer caso, y dos en el segundo. Pero, más allá de tal pluralidad, es evidente que la audiencia electoral sigue estando presente en ellos e, incluso, está ganado peso en las dichas experiencias comparadas, por lo que se puede afirmar que se trata de un parámetro que se ha revalorizado, de un modo muy significativo, en épocas recientes.

4.1. La revalorización del criterio electoral por encima de los otros criterios determinantes de la representatividad.

En Francia, se ha llevado a cabo una importante modernización de los criterios que nos ocupan, cuyo origen se encuentra en el “Acuerdo

sobre la representatividad, el diálogo social y la financiación del sindicalismo”, suscrito el 10 de abril de 2008, por los sindicatos CGT (Confederación General del Trabajo) y CFDT (Confederación Francesa Democrática del Trabajo) y por las patronales CGPME (Confederación General de Pyme) y el MEDEF (Movimiento de Empresarios de Francia). En cambio, no lo respaldaron los sindicatos FO (Fuerza Obrera), CFTC (Confederación Francesa de Trabajadores Cristianos) ni la CGC (Confederación General de Cuadros) y, tampoco, la Unión profesional artesanal. Dicho acuerdo, fruto del diálogo social, fue incorporado al Código de Trabajo francés a través de la correspondiente modificación llevada a cabo por la ley de 20 de agosto de 2008.

La novedad más destacada de dicha reforma es que puso fin a la presunción de representatividad de determinados sindicatos admitida expresamente por la versión de dicho Código aprobada tras el final de la segunda guerra mundial. El cambio es muy importante, ya que se incorpora el principio de que la representatividad ha de ser “probada” sobre la base de los siete criterios legales a los que aludiré a continuación. Y, en consecuencia, las cinco confederaciones (CGT, CFDT, CFE-CGC, CFTC y FO) reconocidas, en el pasado, como representativas a todos los niveles no lo serán ya automáticamente sino que, por el contrario, tendrán que demostrar tan singular cualidad en los concretos ámbitos en los que pretendan ejercitar sus competencias. Ello supone una modificación del sistema de atribución de la representatividad, que implica el paso de uno de carácter presunto, derivado de la explícita nominación legal, a otro consistente en tener que demostrarla en cada caso y en base a un conjunto de criterios predeterminados legalmente. Y, además, ello supone, entre otras cosas, acabar con algún criterio vetusto y obsoleto que estaba en la base del anterior reconocimiento legal, como, por ejemplo, el relativo al comportamiento de los sindicatos durante la ocupación alemana en la segunda guerra mundial.

Pues bien, el artículo L. 2121-1 del Código de Trabajo francés prevé, de manera acumulativa, que los criterios de representatividad sindical son los siguientes: a) el respeto de los valores republicanos (esto es, a los derechos y libertades democráticas y el rechazo de toda discriminación); b) la independencia respecto al empresario; c) la transparencia financiera, garantizada por las cuentas certificadas anuales; d) la antigüedad mínima de dos años en el ámbito profesional y geográfico relativo al nivel de negociación; e) la audiencia electoral; f) la

influencia, prioritariamente caracterizada por la actividad y la experiencia; y g) el número de afiliados y las cotizaciones.

No obstante, muchos de tales criterios son, claramente, presupuestos de la actuación independiente y democrática de los sindicatos, por lo que, por encima de todo, constituyen una premisa de todo punto necesaria, que excluye de raíz a quiénes no los superen, por lo que no pueden ser considerados como parámetros que midan la concreta representatividad de cada sindicato. Y, en esa misma línea, pese a la amplia enumeración de los referidos criterios, cabe afirmar que el de la audiencia electoral es el fundamental, como evidencia, con claridad, que sea el más desarrollado legislativamente (véanse los artículos L. 2122-1, L. 2122-5, L. 2122-6 y L. 2122-9 del Código de Trabajo). Sin embargo, la representatividad sindical no se computa el número de delegados de personal o de miembros del comité de empresa sino el porcentaje de los votos emitidos en la primera vuelta de las últimas elecciones a tales órganos de representación unitaria, lo que diferencia la concreción del criterio electoral en el caso francés y en el español.

En concreto, para ser considerado sindicato representativo en la empresa o centro de trabajo, se exige haber alcanzado, al menos, el diez por ciento de los mencionados votos. Y, por su parte, para ser representativo en el nivel de un sector o en el ámbito intersectorial se necesita haber obtenido, al menos el ocho por ciento de tales votos y disponer de una implantación territorial equilibrada en el seno de la rama (artículo L.2122-5 del Código de Trabajo, modificado por la Ley de 15 de octubre de 2010). Y, en el nivel nacional e intersectorial, se precisa, también, el ocho por ciento de los votos emitidos en tal ámbito, siempre que se ostenten los referidos criterios generales y sean representativos, a la vez, en las distintas ramas de la industria, la construcción, el comercio y los servicios (artículo L.2122-9, modificado, asimismo, por la citada Ley de 2010). Y, en los tres supuestos, se requiere, como condición previa, que los sindicatos reúnan los mencionados criterios generales del artículo L. 2121-1 del reiterado Código, lo que refuerza la afirmación ya realizada de que, realmente, son presupuestos de la actuación sindical.

Además, conforme al nuevo sistema, cada organización sindical deberá establecer su representatividad en el ámbito donde desee ejercer sus competencias, esto es, en el intersectorial, en la de sector o en

la de empresa. Por lo que cabe que sindicatos no encuadrados en las grandes organizaciones sindicales puedan ser representativos al nivel de ciertas empresas e, incluso, en algunos sectores de actividad. Por otra parte, la verificación de la representatividad sindical se produce, en principio, cada cuatro años, si bien por medio de un acuerdo colectivo de sector, de grupo o de empresa, se podrá establecer otra duración de mandato. Y, en un ámbito dado (empresa, rama, intersectorial) “la representatividad de las organizaciones sindicales se establece para toda la duración del ciclo electoral” (sentencias de la Corte de casación, de 19 de febrero de 2014).

Ciertamente, y como era previsible, la aplicación de los nuevos criterios no ha desembocado, en la práctica, en un vuelco radical de los sindicatos que pueden alcanzar –y, de hecho, alcanzan ya– la condición de representativos en los diferentes ámbitos, pues los mayoritarios siguen ostentando tal atribución. En efecto, en el nivel nacional, la consolidación de los resultados electorales no ha provocado la reducción del número de organizaciones sindicales consideradas representativas, que siguen siendo cinco: CGT, CFDT, FO, CFTC y CFE-CGC para los cuadros. Pero, aun así, el nuevo modelo conlleva una serie de efectos directos sobre los sindicatos minoritarios, ya que ellos se ven obligados a fusionarse para intentar adquirir tan cualificada noción, pues, de no ser así, corren el riesgo de convertirse en marginales. Todo ello explica la oposición de muchos de ellos al importante cambio producido.

Y, por último, aunque sea incidentalmente, cabe decir que la representatividad de las organizaciones empresariales conocía, históricamente, una laguna que ha sido superada por ley de 5 de marzo de 2014, sobre la formación profesional en el empleo y la democracia social. En concreto, el artículo L. 2151-1 del Código de Trabajo francés establece seis criterios, de los que cinco se corresponden con los exigidos a las organizaciones sindicales, si bien la audiencia de dichas organizaciones se mide en función del número de empresas adheridas a la organización en relación a los distintos niveles de negociación.

4.2. La actualidad del criterio electoral, en combinación con el afiliativo, en Italia.

La experiencia italiana es, también, muy ilustrativa a los efectos que nos interesan. Es bien sabido que no existe una norma legal de desarrollo del art. 39 de la Constitución que había previsto un específico procedimiento para garantizar la eficacia general o “erga omnes”

de los llamados en Italia “contratos colectivos”, que son el equivalente a nuestros convenios colectivos. Además, no hay un reconocimiento formal, con carácter general, de la representatividad sindical ni en el sector privado ni en público. Ahora bien, tradicionalmente, se ha admitido una mayor representatividad sindical de facto, es decir, por la evidencia de la realidad de los hechos, a las confederaciones CGIL, CISL y UIL.

Con todo, existen ciertas normas que reconocen determinados derechos al sindicato “mayormente representativo” o a aquél que sea “comparativamente más representativo”. Pero lo más interesante para las reflexiones que aquí nos interesan es que ha habido algunos cambios, legislativos y provenientes de la autonomía colectiva, que han reforzado el sistema electoral como un indicio determinante de la representatividad sindical.

Así, en el empleo público, se admite la aplicación general del contrato colectivo que haya sido suscrito por la mayoría conforme al procedimiento previsto legalmente. En concreto, se permite participar en la negociación colectiva sólo a los sindicatos que tengan una representación “media” del cinco por ciento medido entre el porcentaje de los trabajadores afiliados a cada uno de aquéllos y el resultado de las últimas elecciones de la representación sindical. Por ejemplo, si un sindicato cuenta con una tasa de cuatro por ciento de trabajadores inscritos al sindicato y, en las últimas elecciones, ha obtenido el uno coma ocho por ciento de tales resultados, tiene una representación media del seis por ciento y, en consecuencia, tiene derecho a participar en dicha negociación. Y, además, el contrato colectivo suscrito por la mayoría de los sindicatos seleccionados de tal modo, se aplica con carácter general a todos los trabajadores de su ámbito de referencia.

Sin embargo, en el sector privado, se mantiene la ausencia de legislación sobre la materia, por lo que el contrato colectivo si aplica únicamente a los sujetos, trabajadores y empresas, representados por las partes que lo hayan pactado, respetando, por tanto las exigencias derivadas del Código Civil italiano. En cualquier caso, existen diversos mecanismos que, indirectamente, permiten una aplicación más amplia de los referidos contratos colectivos. Así, por ejemplo, es ya clásica la interpretación jurisprudencial según la cual es obligado extender los efectos de los mencionados contratos a los trabajadores no afilia-

dos a los sindicatos pactantes a fin de garantizar la suficiencia del salario garantizada constitucionalmente. Además, a veces, juegan a favor de la generalización de los reiterados contratos colectivos elementos de pura conveniencia, ya que los empresarios prefieren aplicar las mejoras del mismo también a los no afiliados a los sindicatos a fin de evitar que éstos se inscriban en ellos para obtener aquéllas. Y hay, incluso, ventajas de naturaleza legal, como determinados beneficios relativos a la contratación de determinadas obras o servicios con las Administraciones Públicas. En especial, cuando aquélla se reserva a las empresas que se comprometan a reconocer a los trabajadores condiciones de laborales no inferiores las previstas en los contratos colectivos.

Por su parte, el acuerdo interconfederal de 28 de junio de 2011, alcanzado por las principales confederaciones sindicales y la patronal, reconoce la facultad de participar en las negociaciones colectivas sólo a los sindicatos que ostenten una representación del cinco por ciento como promedio -al igual que sucede, como ya he señalado, en el empleo público-; y, asimismo, establece la aplicación del contrato colectivo a todos los trabajadores inscritos en los sindicatos firmantes del referido acuerdo, siempre que éste sea suscrito por la mayoría de los mismos. En la práctica, ello significa que, si la CISL y la UIL firman un contrato colectivo, pero no lo hace la CGIL y aquéllos tienen una representación del cincuenta y uno por ciento, este último sindicato se compromete a respetarlo.

Ciertamente, no es una solución que garantice le eficacia general de los contratos colectivos, porque el acuerdo únicamente vincula a las partes que lo han acordado, pero, en cualquier caso, es una fórmula que permitiría superar los problemas del controvertido caso de la empresa Fiat, en el que no se pudo imponer a la asociación patronal FIOM la aplicación del contrato colectivo firmado por la mayoría de que representaban los sindicatos CISL y UIL. En suma, aunque no se trata de una regulación legal sino de un acuerdo de eficacia limitada a los sujetos, sindicales y patronal, de carácter privado que lo han estipulado, es evidente que se trata de un paso adelante que resuelve muchos problemas que han lastrado la historia de las relaciones laborales en Italia, muy especialmente, en los últimos y difíciles años coincidentes con la crisis económica y con una marcada desunión sindical.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el punto de inflexión -por no decir de ruptura del anterior modelo- que ha supuesto el muy polémico -y, desde mi punto de vista, inaceptable desde el punto de

vista de su contenido- art. 8 de la Ley nº 148, de 14 de septiembre de 2011. Este precepto prevé, bajo la equívoca rúbrica de “apoyo a la negociación colectiva de proximidad”, que los contratos colectivos suscritos a nivel de empresa o territorial por asociaciones de trabajadores comparativamente más representativas en el ámbito nacional o territorial o bien por las representaciones sindicales que, según la ley o los acuerdos interconfederales –como, señaladamente, el ya aludido de junio de 2011-, actúen en la empresa pueden alcanzar específicos pactos que tendrán eficacia para todos los trabajadores siempre que ellos se suscriban conforme a un criterio mayoritario. Esto es, dicho artículo admite la eficacia general de los contratos colectivos, pero, además, acepta que ellos contengan condiciones peyorativas respecto de los de ámbito sectorial nacional y, en particular, que puedan disponer de derechos reconocidos legalmente, con los únicos límites de respetar los principios constitucionales, las exigencias derivadas del Derecho comunitario y de Convenios internacionales ratificados por el Estado italiano.

5. Una breve reflexión final

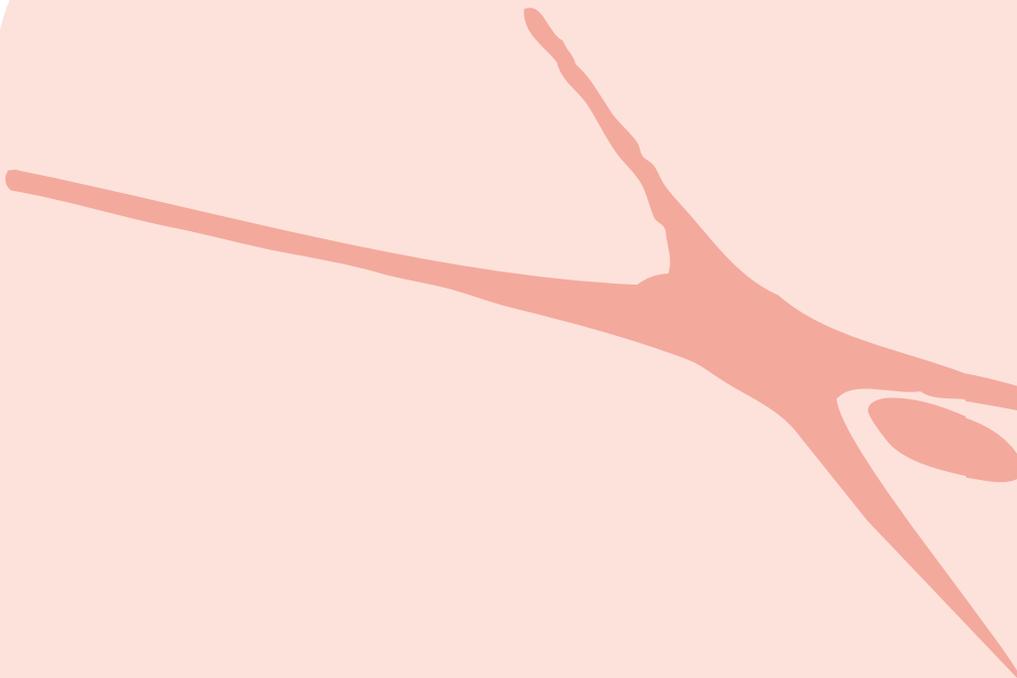
Entiendo que conviene ser muy prudentes y muy cautelosos ante cualquier cambio legislativo que pretenda cambiar, sobre todo si es de raíz, el actual modelo español de medición de la representatividad sindical. Una operación de tal envergadura precisa favorecer, previamente, un amplio debate entre los diferentes agentes sociales y, muy en especial, buscar un consenso entre los sindicatos más representativos. De otro modo, se podría dar entrada a un sistema aleatorio y altamente conflictivo o disfuncional, ya que los equilibrios existentes en esta materia son muy delicados y los intereses en juego excesivamente sensibles y complejos como para que el legislador improvise o asuma riesgos que pueden ser excesivos tengan resultados inciertos. En fin, la modificación de los criterios de medición de la representatividad sindical no es una tarea precisamente sencilla que, además, no ocupa lugar alguno entre las prioridades de los principales partidos políticos más vinculados a los sindicatos que ostentan tal cualidad.

Sea como fuere, cabe reiterar que no hay un solo criterio de medición que sea perfecto, ya que la piedra filosofal no existe en esta materia y todos los parámetros imaginables tienen sus ventajas, pero también sus puntos débiles. Además, si se aplicaran otros criterios alternativos, muy posiblemente, no iba a haber grandes cambios en

los sindicatos que alcanzaran la selecta condición de la mayor representatividad sindical. Lo cual, obviamente, no supone defender que se petrifique la actual regulación española sino que ella se depure a fin de evitar o, al menos, de corregir algunos de los defectos y disfunciones que la misma propicia. Por ello, considero que el punto de mira ha de situarse en las reformas legislativas posibles que superen los problemas derivados de la opción contenida, básicamente, en el título II del ET y en su desarrollo reglamentario.

Por otra parte, el análisis de las experiencias francesa e italiana permite concluir que, pese a que en ellas se prevea también la afiliación sindical como parámetro medidor de la representatividad sindical, se ha producido un significativo acercamiento al modelo español vigente en la materia. En efecto, la revalorización del criterio electoral en tales realidades producida, especialmente, en los últimos años evidencia que éste ha pasado a ser considerado ahora como un auténtico y solvente punto de referencia para otros ordenamientos caracterizados, también, por la existencia de representaciones de los trabajadores de naturaleza dual en los centros de trabajo. Por consiguiente, el Derecho comparado es un argumento más, a añadir a los ya analizados, que pone de manifiesto la enorme actualidad, validez y objetividad de dicho criterio.





Reformas y alternativas a la representatividad sindical en España

Jesús Lahera Forteza

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense*

1. La representatividad sindical por audiencia electoral

El modelo español de representatividad sindical se sustenta en la representación electiva de los trabajadores en los centros de trabajo regulado en el Título II del Estatuto de los Trabajadores (ET) y, en el sector público, en los arts 39 y ss del Estatuto del Empleado Público 7/2007 (EBEP) reformados por el Decreto-Ley 20/2012. En el marco de los arts.6 y 7 Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985 (LOLS) la representatividad sindical se mide exclusivamente en función de la audiencia electoral. Los resultados electorales en las elecciones a los representantes unitarios de los trabajadores y funcionarios (delegados de personal y comité de empresa y juntas de personal) determinan la representatividad de los sindicatos en España.

En este marco, existe una conexión clara entre esta representatividad sindical obtenida por audiencia electoral y el singular modelo español de negociación colectiva de eficacia general automática. Los arts. 87-89 ET, que regulan la legitimación inicial negociadora, la comisión negociadora y la toma de decisiones en la firma de convenios colectivos, se construyen sobre la noción de representatividad sindical por audiencia electoral. El reparto proporcional de puestos en las mesas negociadoras en función de los resultados electorales, con el criterio del número de representantes electivos en el ámbito del convenio colectivo, evidencia que el reparto del poder sindical español se efectúa con estas bases. La triada audiencia electoral-representativi-

dad sindical-negociación colectiva de eficacia general sustenta, así, todo nuestro modelo de relaciones laborales. De igual modo, la audiencia electoral permite formular la participación institucional de los sindicatos más representativos y conjugar todas las distintas ramificaciones del poder sindical español en función de este criterio democrático.

Si la representatividad sindical se mide por audiencia electoral no es de extrañar que el modelo de representantes unitarios del Título II ET y del EBEP esté profundamente sindicalizado. Los sindicatos presentan candidaturas en los centros de trabajo sobre las que construir su poder sindical. Este estímulo concluye en una inevitable sindicalización de los delegados de personal, comités de empresa y juntas de personal.

Este modelo de representatividad sindical fue articulado en el ET de 1980 y culminado en la LOLS de 1985, sin que haya sido alterado por ninguna de las reformas laborales posteriores. De igual modo, el Título II ET apenas ha recibido cambios normativos en su estructura pues las unidades electorales y los órganos de representación unitaria continúan siendo los mismos que cuando fueron fundados en 1980. Puede afirmarse, así, que la representatividad sindical por audiencia electoral es, tras 35 años, un sistema estructural, más allá de toda coyuntura.

2. Puntos débiles del modelo español de representatividad sindical

El modelo español de representatividad sindical por audiencia electoral ha logrado consolidar una negociación colectiva de eficacia general con alta cobertura convencional, ha integrado democráticamente al sindicalismo en la sociedad española y ha dotado a nuestro país de estabilidad y paz social frente a todas las coyunturas. Estos logros no deben, sin embargo, ocultar algunos de sus puntos débiles, que se pueden categorizar en los siguientes:

- a) Falta de protagonismo directo del sindicato en las empresas
- b) Desincentivo a la afiliación sindical
- c) Falta de adaptación del modelo electoral que sustenta el modelo
- d) Desigual cómputo de la representatividad sindical
- e) La excesiva institucionalización del sindicalismo

2.1 Falta de protagonismo directo del sindicato en las empresas

Dejando ahora de lado el sector público, el sistema gira en torno a los delegados de personal y comités de empresa elegidos conforme al Título II ET. Estas elecciones sirven para que los trabajadores elijan a sus representantes y, al la vez, para configurar el reparto del poder sindical. Los órganos de representación unitaria están, por ello, sindicalizados, pero este sistema otorga, de suyo, mayor protagonismo a los delegados de personal/comités de empresa que a las secciones sindicales y sindicatos en las empresas. Al no existir ningún reparto de funciones entre ambos representantes, el sistema estimula que la acción sindical sea protagonizada por la representación unitaria, al tener la capacidad de ejercer esta labor para todos los trabajadores en la unidad electoral correspondiente. Tan sólo tendrán protagonismo directo las secciones sindicales o el propio sindicato de empresa en ámbitos de gran afiliación de los trabajadores y siempre que el sindicalismo haya optado por esta estrategia. El sistema permite esta decisión sindical, pues es posible alcanzar acuerdos que representen a todos los trabajadores cuando las secciones sindicales sumen la mayoría de representantes unitarios (art.87.1 ET), pero no incentiva este tipo de opciones o en la práctica resultan irrealizables por la escasa afiliación sindical. Es cierto que, tras la reforma del decreto-ley 7/2011, existe preferencia legal de esta vía sindical en distintas negociaciones con la empresa. Pero de poco sirve esta preferencia cuando todo el sistema gira en torno a los representantes unitarios que ya pueden ejercer de manera íntegra la defensa sindical de todos los trabajadores y existe una escasa afiliación sindical en numerosos lugares de trabajo.

El sindicato actúa, así, por regla general, a través de representantes no sindicales en los centros y empresas. La habitual acción del sindicato canalizada a través de representantes no sindicales, como los delegados de personal y comités de empresa, plantea, técnicamente, problemas de acción y protección porque, como viene sentando la jurisprudencia constitucional, los órganos de representación unitaria no son titulares ni ejercen la libertad sindical, con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva. La sindicalización de los delegados de personal y de los comités de empresa ofrece algún tipo de protección de libertad sindical, en calidad individual, al trabajador perteneciente al órgano de representación, pero, en ningún caso, garantiza este amparo al propio órgano de representación. Pero más allá de esta distinción técnica, este resultado del sistema afecta a la propia percepción social del sindicato, que no es directamente visible en mu-

chos lugares de trabajo, cuando es realmente quien canaliza la defensa de los trabajadores a través del órgano electoral.

2.2. Desincentivo a la afiliación sindical

Esta invisibilidad del sindicato en la percepción social ejerce, por sí misma, de desincentivo a la afiliación sindical en los lugares de trabajo. El trabajador es convertido por el sistema en un elector, frente a opciones sindicales, más que en un afiliado, que coopera de manera responsable y directa en la representación de sus intereses en las empresas. La representatividad sindical por la exclusiva audiencia electoral conduce a este resultado de manera inevitable. El trabajador elector apenas recibe estímulos para afiliarse a un sindicato.

A ello hay que unir un elemento central del modelo como es la eficacia general automática del convenio colectivo estatutario (art.82.3 ET) y de todas las manifestaciones negociales reguladas en el ET. La aplicación directa de los acuerdos colectivos a todos los trabajadores ejerce de desincentivo a la afiliación sindical del trabajador. Se bloquea, así, el principal estímulo de la aplicación del convenio colectivo, siendo indiferente estar o no afiliado al sindicato. La triada audiencia electoral-representatividad sindical-negociación colectiva de eficacia general es coherente y permite un poder de representación de todos los trabajadores pero asume el precio de la baja afiliación a los sindicatos. Lo mismo sucede con las empresas y sus patronales, con problemas distintos e incluso más agravados de representatividad empresarial, que no cabe aquí desarrollar.

Si a ello se suma también la sacralización de la libertad sindical negativa, incluida expresamente en el art.28.1 CE, y el cierre judicial de puertas de todas las iniciativas convencionales que han intentado fomentar la afiliación sindical o la implicación del trabajador en la acción del sindicato - como ha desarrollado la aportación del profesor Goerlich Peset en esta misma obra colectiva, a la que me remito - la conclusión es que en España existe un generalizado desincentivo a la afiliación a los sindicatos, sin salida con las reglas vigentes de juego.

2.3. Falta de adaptación del modelo electoral

Todo el sistema de elecciones a representantes unitarios, que sustenta la representatividad sindical, se construye en torno a la unidad

electoral del centro de trabajo (art.62 y 63 ET), con determinados umbrales de trabajadores. Esta opción podía ser entendible en 1980, al tener la pretensión de acercar los representantes a los lugares de trabajo, pero tras 35 años tiene graves problemas de adaptación a la actual realidad y organización empresarial, lo que termina deteriorando a la representatividad sindical.

Este modelo descentralizado vacía de representantes a las empresas organizadas en centros pequeños, que no alcanzan los umbrales de 6 o 10 trabajadores (art. 62.1 ET), haciendo posible que, plantillas grandes diversificadas, puedan carecer de representación elegida o tenerla de manera escasa. La intrascendencia del cómputo global de la plantilla de empresa para tener representantes, o para obtener un mínimo de ellos, debilita la acción de representación, más en un tejido productivo como el español, y simultáneamente excluye del sistema de cálculo de la representatividad sindical a numerosas empresas. Ello resulta evidente con la exclusión directa del sistema de toda la pequeña empresa, con normalmente menos de 10 trabajadores a su cargo (art.62.1 ET). La opción de las elecciones por centro debilita el sistema y reduce las empresas con representantes, lo que termina convirtiendo en ficticia la conexión entre audiencia electoral, representatividad sindical y negociación colectiva de eficacia general, al quedar excluido del criterio de legitimidad y poder sindical buena parte de nuestro tejido productivo.

En sentido contrario, esta descentralización en la gran empresa con centros de trabajo densos multiplica y diversifica el número de representantes electivos, pero los sitúa en muchas ocasiones en un ámbito ineficaz para la participación y negociación, salvo que exista por convenio colectivo un comité intercentros o el protagonismo sea cedido a las secciones sindicales de empresa. Existe, así, un déficit de representantes en la pequeña y mediana empresa y una saturación en la grande. Este diagnóstico afecta sin duda a la propia representatividad sindical, obtenida, por la vía electoral, de manera extraordinariamente desigual con un gran papel de la gran empresa y muy escaso de la mediana y pequeña que es la que domina nuestro tejido productivo.

Desde otra perspectiva, la unidad del centro, y no del lugar de trabajo, aleja, en ocasiones, los representantes de los representados, como sucede en las contratas, donde, en todo caso, las elecciones se celebran en el centro adscrito de los trabajadores y no en la contrata

donde desempeñan su actividad. Si el legislador quiso con esta opción aproximar los representantes a los representados, la realidad ha desbordado el propósito, porque, a través de distintas fórmulas organizativas, precisamente lo que ocurre es que muchos trabajadores desempeñan su actividad fuera del centro de trabajo donde son elegidos sus representantes. El modelo sindical descentralizado puede ser útil en un ámbito típicamente industrial pero no lo es en las nuevas formas de organización de la empresa, que tienden a alejar a los trabajadores de sus centros de trabajo convertidos en unidades electorales. La medición de la representatividad sindical por este desestructurado sistema electoral no deja, por ello, también de ser cuestionable en muchos ámbitos dominados por estas fórmulas de organización empresarial.

Los intentos de la negociación colectiva de corregir estos desfases del modelo electoral han sido frenados por la jurisprudencia que cataloga de normas de derecho absoluto las reglas electorales del Título II ET (SSTS 9 Julio 1991, 31 Enero 2001, 28 Mayo 2009). La autonomía colectiva carece, así, prácticamente de posibilidades de revitalizar la representatividad sindical por audiencia electoral adaptando a la realidad el sistema de representantes elegidos.

2.4. Desigual cómputo de la representatividad sindical

Esta falta de adaptación del modelo electoral genera un desigual cómputo de la representatividad sindical, al menos en el sector privado. Por un lado, buena parte del tejido productivo español está, por estas razones, fuera del sistema electoral, lo que excluye a millones de trabajadores como electores de la representatividad sindical. Por otro lado, el sistema está concentrado en la gran empresa con centros densos, donde hay un sólido electorado de la representatividad sindical. El desigual cómputo de la representatividad sindical se agrava dentro de este propio electorado, donde la capacidad y estímulo de participación en las elecciones sindicales es mayor en el colectivo de trabajadores fijos que, de suyo, en el de los temporales, tanto en el sufragio activo como en el pasivo. Este tipo de distorsiones electorales termina condicionando la propia estrategia y orientación sindical.

No sucede lo mismo en el sector público donde la adecuada articulación de las unidades electorales y el perfil del electorado, tanto de funcionarios como de personal laboral, permite una alta participación de los representados en el cómputo de la representatividad sindi-

cal. Pero ello desliza el modelo hacia una excesiva concentración de electorado en el sector público frente a enormes déficits en el sector privado, lo que agrava este cómputo desigual de representatividad sindical en todo el sistema. Teniendo en cuenta, además, que los arts.6 y 7 LOLS suman representantes elegidos en el sector privado y público, sin distinción, para que los sindicatos alcancen la categoría de más representativos con todas sus consecuencias.

La comparativa entre número de representantes elegidos por elector muestra, en cambio, un cómputo desigual, esta vez a favor del sector privado. La proporción entre el número de trabajadores para obtener representantes elegidos en el sector privado no tiene nada que ver con los del sector público, donde el decreto-ley 20/2012, que reforma el EBEP, procedió a una racionalización de las unidades electorales que ha disminuido mucho el número de representantes elegidos. La conclusión es que en el sector público hay un gran electorado con proporcionalmente pocos representantes y en el privado un electorado minoritario con proporcionalmente muchos representantes donde los hay. Todo ello desajusta y desestructura el sistema de representatividad sindical.

Además, el sistema, al no contar votos sino representantes, privilegia las unidades empresariales pequeñas, que contabilizan de manera desproporcionada para la representatividad sindical. Este efecto contrasta, a la vez, con los obstáculos casi insalvables para la obtención de representantes reales en este tejido productivo, como si fuera una compensación del propio sistema. Pero la apuesta por la configuración de la representatividad sindical sobre las elecciones se distancia así del principio general un trabajador-un voto, con todas las consecuencias que ello implica.

2.5. La excesiva institucionalización del sindicalismo

El sistema sindical español tiene, aún con estas deficiencias, una legitimidad democrática sustentada en procesos electorales en los centros de trabajo del sector privado y público. Pero esta vinculación electoral con los trabajadores y funcionarios, unida a la particular concepción española normativa de la negociación colectiva y a los incentivos a la participación institucional tiene un evidente riesgo de publicación del sindicalismo. El sistema motiva que la dialéctica político/sindical prevalezca sobre la autonomía contractual y que el des-

tinatario de la acción sindical sea percibido más como un elector que como un representado. La hegemonía de defensa del interés general, con raíz democrática electoral y en distintas vertientes, puede desbordar así los intereses colectivos concretos que sustentan toda autonomía privada colectiva.

Esta institucionalización de la actividad sindical tiene un destacado sentido histórico y ha otorgado décadas estables de paz social a nuestro país, pero puede estar teniendo ya síntomas de enorme debilidad tras los cambios sociales y de las relaciones laborales en el tiempo de hoy. La distancia entre el actor sindical y sus destinatarios puede estar creciendo en exceso, y son numerosos los colectivos huérfanos de autonomía contractual, que no terminan de percibir los beneficios de esta acción institucional. Del lado del sindicalismo, además, el coste de esta función es ahora mucho mayor, al tener que gestionar la flexibilidad laboral, el malestar y el conflicto de manera permanente desde esta perspectiva y en ausencia de instrumentos de una autonomía contractual fuerte. La publicación del sindicalismo y la petrificación de estas estructuras neocorporativas conducen, de esta manera, a prácticas donde el actor sindical asume todo el coste social sin ningún beneficio, lo que obliga a replantear las raíces de nuestra representatividad sindical electoral.

2.6. Algunas preguntas obligadas sobre la crisis de la representatividad sindical en España

Todos los factores enunciados desembocan en una crisis de la representatividad sindical en España. La triada audiencia electoral-representatividad sindical-negociación colectiva de eficacia general es excesivamente ficticia en un sistema con esta continua erosión de la representatividad sindical sustentada, exclusivamente, en la audiencia electoral.

Por ello, creo oportuno plantear algunas preguntas obligadas, aunque incómodas, que rodean estos factores en torno a la cuestionada representatividad sindical.

-¿Qué tanto por ciento de trabajadores sobre el total votan en las elecciones sindicales que sustentan la representatividad sindical?

-¿Qué tanto por ciento de empresas sobre el total tienen representantes elegidos por los trabajadores que arman la representatividad sindical?

-¿Qué diferencial de funcionarios votantes respecto a trabajadores existe en las elecciones sindicales?

-¿Qué nivel de afiliación sindical tienen los sindicatos españoles?

-¿Es razonable bajo estos porcentajes negociar para TODOS los trabajadores con el precio que tiene ello en la afiliación sindical y teniendo en cuenta la debilitada eficacia general del convenio colectivo tras las reformas laborales?

-¿Existe cercanía entre la labor sindical y los trabajadores representados?

-¿Es asumible un sistema que desincentiva tanto la afiliación sindical y la representación de intereses concretos?

-¿Hay que recuperar el predominio de la autonomía contractual y la defensa de intereses colectivos concretos frente a la hegemónica dialéctica político/sindical y el exceso de institucionalización del sindicalismo?

Son preguntas que no necesitan de respuestas concretas para repensar, en el siglo XXI, la representatividad sindical. El método de la pregunta incisiva, a veces, invita a la reflexión sin necesidad de respuesta. O a ser consciente, en todo caso, de lo que implica mantener un status quo. Pero en ningún caso debería dejar indiferente.

Con estas claves de análisis y replanteamiento, existen dos opciones, que paso a desarrollar a continuación. La primera, proponer una reforma interna del modelo español de representatividad sindical manteniendo su cómputo por exclusiva audiencia electoral. La segunda, plantear alternativas al propio sistema, alterando el modo de configuración de la propia representatividad sindical.

3. Propuestas de reforma interna del modelo español de representatividad sindical

3.1. Sindicalización real del sistema

Ha sido detectado el escaso protagonismo directo del sindicato en los lugares de trabajo y la escasa afiliación sindical, lo que, arrastra, de suyo, a un exceso de dependencia de la financiación pública y a una asunción de costes sociales sin beneficio alguno. Antes esta realidad,

cabría plantear revertir esta factor y aplicar técnicas que aseguren la sindicalización real del sistema, sin necesidad de cambiar el cómputo de representatividad por audiencia electora. De hecho, los representantes elegidos ya están sindicalizados. Se trataría, de introducir fórmulas jurídico-políticas que convirtieran esta sindicalización de hecho en derecho y otorgaran al sindicato un protagonismo directo en las empresas.

Caben dos vías para lograr este propósito, dependiendo del mantenimiento o no del doble canal de representación de los trabajadores articulado desde los años ochenta y de gran arraigo en nuestras empresas y en el sector público.

El mantenimiento del doble canal de representación, unitaria y sindical, si es lo que se desea, debería conllevar un reparto de funciones entre ambos órganos, otorgando exclusivamente a las secciones sindicales la acción reivindicativa en defensa de los trabajadores. La representación sindical tendría en monopolio el derecho a la negociación colectiva, la convocatoria/gestión de huelgas o conflictos, y la legitimación procesal colectiva. La representación unitaria ejercería exclusivamente derechos de participación, de información y consulta ante decisiones de la empresa, y de colaboración con la empresa, asumiendo, por ejemplo, las funciones vigentes de los delegados de prevención de riesgos laborales. La regulación española del sector público (EBEP) ya ha caminado en este dirección de la sindicalización. Existen, además, experiencias en el derecho comparado (Francia, Alemania) en esta línea, que otorga al sindicato una mayor visibilidad y protagonismo directo en la defensa de los intereses de los trabajadores. Los resultados electorales de la representación unitaria servirían para medir la representatividad sindical, como en la actualidad, pero con este monopolio y exclusividad en la acción reivindicativa.

La superación del doble canal de representación y su sustitución por un único canal sindical es la técnica que de manera más clara apuesta por el sindicalismo en los lugares de trabajo, con abundantes experiencias en el derecho comparado. Las secciones sindicales serían las únicas que representarían los intereses de los trabajadores frente a la empresa, en todas las dimensiones de la autonomía colectiva reivindicativa y participativa. La medición de la representatividad sindical por audiencia electoral no es incompatible con esta opción. Se pueden celebrar elecciones en las empresas donde los trabajadores libremente

opten entre candidaturas sindicales y, sobre la base de estos resultados electorales, configurar la representatividad sindical. El proceso electoral determinaría directamente la representatividad sindical de secciones que pasarían, por ello, a representar a toda la plantilla con esta legitimidad democrática.

La primera alternativa tiene la virtud de mantener el arraigado doble canal unitario y sindical en España pero la dificultad de repartir funciones reivindicativas y participativas, nada nítidas en la práctica. La segunda opción tiene la gran ventaja de situar al sindicalismo como el actor de defensa de los trabajadores en los lugares de trabajo, con legitimidad democrática por su representatividad electoral, pero la dificultad de desmontar el consolidado sistema de comités y delegados de personal. En mi opinión, con valentía, sería preferible optar por esta segunda opción, de canal único sindical con elecciones, porque es más clara, evita problemas técnicos y potencia mucho más al sindicato.

Esta nueva formulación incentivaría, de suyo, la afiliación sindical y estimularía también a los sindicatos a buscar afiliados, no tratando al trabajador exclusivamente como un elector. El nuevo escenario facilitaría la aplicación de técnicas de incentivo a la afiliación sindical, abriendo las puertas actualmente cerradas porque quien gestiona en muchos casos la negociación son órganos no sindicales, en una configuración normativa particular de la negociación colectiva de eficacia general, hoy también felizmente puesta en cuestión en ámbitos académicos y en la propia jurisprudencia.

3.2. Adaptación del modelo electoral

Ha sido diagnosticada la falta de adaptación del modelo electoral, que sustenta la representatividad sindical, a nuestra realidad social. Los cambios para corregir esta patología deben incidir en las unidades y reglas electorales, otorgando así indirectamente una mayor capacidad de cercanía a la representatividad sindical. En lógica democrática, se trataría de aumentar el electorado de los trabajadores, si, insisto, la apuesta es que todo gire en torno a unos resultados electorales.

De nuevo, se abren dos vías para conseguir este objetivo, dependiendo del mantenimiento o no del centro de trabajo como unidad

electoral legal. En una primera alternativa, las elecciones podrían celebrarse en los centros de trabajo, dando plena capacidad a la negociación colectiva para crear unidades electorales complementarias o distintas. La segunda vía, mucho más incisiva, procedería a una recentralización de las unidades electorales, con determinados umbrales, situando en el eje del sistema a la empresa, sin perjuicio de que la negociación colectiva pudiera descentralizar los representantes también a los centros de trabajo.

En mi opinión, sería preferible esta segunda opción legal, mucho más clara y contundente. El número de trabajadores electores subiría mucho si, a partir de un umbral medido en la empresa (por ejemplo 10 trabajadores), se celebrarían elecciones a representantes unitarios. Descendería el número de representantes en empresas con centros densos pero el sistema alcanzaría a mucho más electorado. El sindicato tendría, así, la representatividad sindical en función de los resultados electorales de la empresa, cuantificados con claridad en esta unidad electoral legal. A partir de esta premisa, ya la negociación colectiva podría descentralizar representantes de los trabajadores.

La combinación del antes defendido canal único sindical y de unidad electoral de empresa sería la más idónea para revitalizar la representatividad sindical por audiencia electoral. Por lo expuesto, de un lado, subiría mucho el electorado, y de otro, el sindicato asumiría la defensa de los trabajadores en los lugares de trabajo, con su representatividad sindical medida en la empresa, siendo mucho más importante la presencia de afiliados que el número de representantes unitarios, que, de suyo, con esta propuesta, desaparecerían.

3.3. Correcciones a la desigual representatividad sindical

Ha sido constatada la desigual representatividad sindical. Las propuestas de reforma interna anteriores, por sí mismas, corregirían este cómputo de la hoy desigual representatividad sindical. El aumento de electorado y la presencia directa del sindicato en los lugares de trabajo serían variables que acercarían la realidad social a la audiencia electoral y al trabajador a su actor de representación de intereses.

Aún así, cabe plantear medidas añadidas correctoras, como el cómputo de votos en vez de representantes de los trabajadores, para medir la representatividad sindical. Si se pretende mantener el doble canal, nada impediría contar votos en vez de representantes unitarios. Y si se

apuesta por el canal único sindical, de suyo, el cómputo sería por votos, en el ámbito empresarial, sectorial e intersectorial. La recuperación del principio un trabajador-un voto revitaliza democráticamente el sistema de representatividad sindical si, insisto, todo debe girar en torno a unos resultados electorales. El foco giraría de la estructura orgánica, número de representantes unitarios, hacia las bases sociales, número de electores y afiliados, en un cambio de mentalidad representado por un trabajador- un voto como elemento clave del sistema.

La visibilidad de estos procesos electorales debería ser, a su vez, mucho mayor que lo que es ahora. Se debería encontrar alguna fórmula para hacer de las elecciones sindicales un acontecimiento más mediático y cercano a la población trabajadora. La recuperación de la concentración de estos procesos electorales, que ya existió antes de la reforma de 1994, quizás no sería una mala idea, para revitalizar mediáticamente un acontecimiento democrático que determina el poder sindical en nuestra sociedad.

Finalmente, creo necesario que exista una distinción clara entre la representatividad sindical privada y pública. Debería existir, a mi juicio, una medición distinta de los resultados electorales en el sector público y privado, de tal modo que la mayor representatividad sindical se adquiriera de manera independiente en los dos ámbitos y no como es ahora conjunta (art.6 y 7 LOLS). Las lógicas sindicales del sector público – Administraciones y empresas públicas – son distintas a las del sector privado – el resto de tejido productivo -, y ello debería tener incidencia en la representatividad sindical. Esta medida debería servir de estímulo a los sindicatos, para no descansar excesivamente en una representatividad obtenida a través del sector público frente a las dificultades del tejido productivo privado. De hecho, ya la representatividad sindical se mide en el terreno concreto de juego privado o público, sobre todo en la negociación colectiva de eficacia general, pero esta medida, creo, sería positiva para revitalizar el sistema sindical español.

4. Alternativas al modelo español de representatividad sindical

Siempre cabe, ante los problemas detectados, plantear un cambio de sistema de medición de la representatividad sindical en España que, de nuevo, podría ser más o menos intenso.

Con los cambios antes expuestos, el cómputo de la audiencia electoral podría combinarse con la afiliación sindical, en un modelo mixto, como en algunas experiencias de derecho comparado (Francia, Italia). La incorporación añadida y complementaria de la afiliación sindical al sistema actual electoral ejercería de incentivo al aumento de las bases sociales del sindicalismo, siendo un dato objetivo que enriquecería el de los resultados electorales. El trabajador no sería exclusivamente un elector sino también un afiliado que suma por ello representatividad sindical.

La opción más intensa consistiría en sustituir la audiencia electoral por exclusivamente la afiliación sindical, como también sucede en abundantes experiencias de derecho comparado. Este cambio de medición sería radical y rompería la tradición electoral-sindical española. La apuesta por esta vía debería de ir acompañada de cambios profundos en el sistema que incentivarán la afiliación sindical, porque lo contrario debilitaría al sindicato en nuestra sociedad. Algunos de estos cambios han sido apuntados pero desde luego el más incisivo sería la transformación de la actual negociación colectiva de eficacia general en eficacia limitada, siendo sólo aplicable el convenio colectivo al afiliado sindical de la parte firmante. En numerosos países, el principal incentivo a la afiliación sindical es la aplicación del convenio colectivo de eficacia limitada, lo que permite medir la representatividad sindical con amplias bases de población trabajadora afiliada. El cómputo exclusivo de representatividad sindical debería de ir acompañado, por tanto, de este cambio de modelo de negociación colectiva.

A mi juicio, resultaría preferible un modelo mixto, que combinara la audiencia electoral con la afiliación sindical, que apostar por este arriesgado cambio de sistema de representatividad. Las experiencias de derecho comparado que nos pueden servir de referencia (Italia, Francia) han ido incorporando la audiencia electoral a la afiliación sindical y otros criterios. Nosotros podemos incorporar la afiliación sindical a los resultados electorales, en una convergencia, así, aún en dirección distinta, con países de nuestro entorno. Además, el modelo mixto audiencia electoral-afiliación sindical permite mantener el actual sistema de negociación colectiva de eficacia general automática o, en todo caso, converger también con países europeos en una eficacia limitada con técnicas de extensión general sustentadas en esta representatividad sindical mixta.

Y es que el problema de fondo, que atañe directamente a la representatividad sindical es, precisamente, el modelo de negociación colectiva. La mayoría de países europeos han optado por convenios de eficacia limitada, del lado laboral y/o empresarial, que han permitido incentivar en sus sociedades la afiliación sindical y el asociacionismo patronal, sin perjuicio de la aplicación de técnicas posteriores, administrativas o jurisprudenciales, de extensión de la cobertura convencional a población no afiliada y tejido productivo no asociado, necesitadas de medición de una representatividad. En el particular caso español, la eficacia general es legal y automática, en conexión con la representatividad sindical y empresarial, lo que desestimula el asociacionismo laboral y de empresas, y han sido necesarias técnicas posteriores de salida de la cobertura convencional como han demostrado las últimas reformas. La convergencia europea con España puede estar en este punto intermedio, pues donde la mayoría de países meten trabajadores en convenios limitados, nosotros los sacamos de la eficacia general, en aras de la flexibilidad y adaptabilidad. Pero la incidencia de uno u otro modelo en la representatividad sindical resulta extraordinaria, siendo común, en la mayor parte de países europeos, tener en cuenta la afiliación frente a la opción española de la exclusiva audiencia electoral.

En todo caso, habría que descartar implantar criterios ajenos a la audiencia electoral y afiliación sindical debido a su riesgo de inseguridad jurídica. En experiencias de derecho comparado es cierto que se utilizan en ocasiones variables como grado de presión, la movilización social, el reconocimiento como interlocutores en la negociación, el número de huelgas planteadas etc.... Pero algunas de estas experiencias comparadas han caminado precisamente en el sentido de dar más valor a criterios objetivos como la audiencia electoral y la afiliación sindical, debido a la inseguridad jurídica de estos factores. Si un valor tiene el actual sistema español de representatividad sindical es su fiabilidad, objetividad y seguridad jurídica, más allá de sus abundantes y expuestas disfunciones. Por ello, sería un gran error proponer como alternativa la incertidumbre e inseguridad jurídica de criterios ajenos a la audiencia electoral o afiliación sindical en la medición de la representatividad sindical.

En definitiva, la crisis de la representatividad sindical en España obliga a replantear algunos de los elementos del sistema sin necesidad de renunciar a la arraigada audiencia electoral. Como he propuesto en

este estudio, un modelo mixto de audiencia electoral/afiliación sindical, con reformas electorales adecuadas a la realidad social y con un único canal sindical en las empresas, abriría una nueva etapa en el sindicalismo español del siglo XXI, adquiriendo una legitimidad social y vigor que se está diluyendo, cada vez más, con las reglas vigentes de representatividad sindical.

Bibliografía de referencia

Sobre el modelo español de representatividad sindical:

- * ALVAREZ CUESTA,H, La mayor representatividad sindical, Universidad de León, 2006
- * ESCUDERO RODRIGUEZ,R, La mayor representatividad sindical en el modelo laboral español, Tecnos, Madrid, 1990
- * GARCIA MURCIA,J, Organizaciones sindicales y empresariales más representativas, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1987
- * LAHERA FORTEZA,J, La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios, CES, Madrid, 2000
- * NAVARRO NIETO,F, La representatividad sindical, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1993
- * VALDES DAL-RÉ, F, “Representación y representatividad sindical en España”, Relaciones Laborales 1988, nº14-15

Sobre los problemas y disfunciones actuales de la representatividad sindical en España:

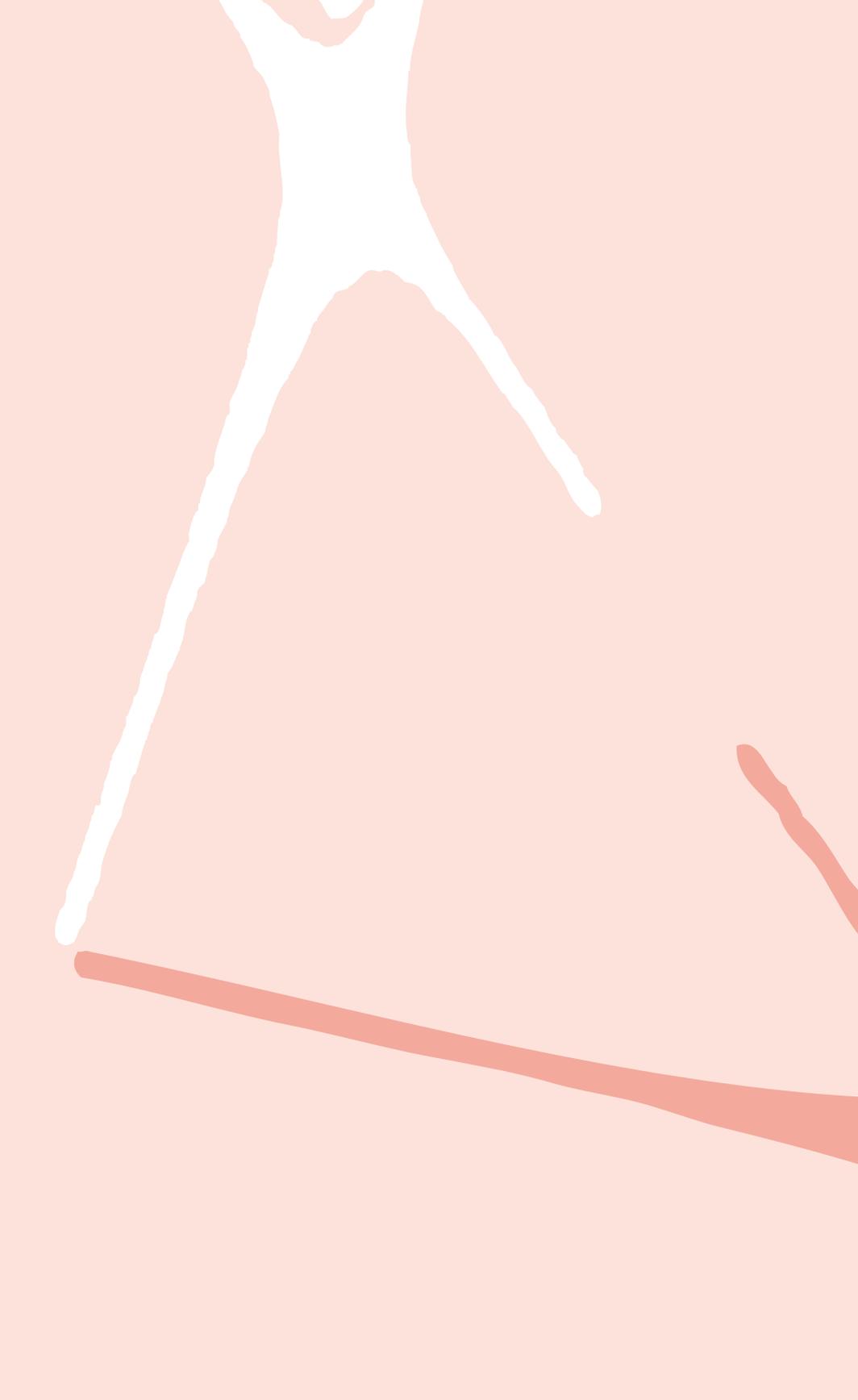
- * ALVAREZ CUESTA,H, Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la representatividad sindical, Comares, Granada, 2006
- * CASAS BAAMONDE,M.E, “Representatividad y mayor representatividad sindical en España: ¿un modelo en crisis?”, Revista Española de Derecho del Trabajo 1988, nº33
- * CRUZ VILLALÓN,J, “La actividad sindical en la empresa: viejos y nuevos problemas”, Relaciones Laborales 2007, nº21
- * ESCUDERO RODRIGUEZ,R, “La representatividad sindical tras tres décadas de libertad sindical” en dir VALDÉS,F, 30 años de libertad sindical, Fundación Largo Caballero, Madrid, 2007
- * FALGUERA BARO,M;SENRA BIEDMA,R, “Marco jurídico competencial de los representantes sindicales y unitarios: análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas”, Relaciones Laborales 1996, Tomo II

- * GARCIA MURCIA,J, “El sistema español de representatividad sindical: funciones y disfunciones”, en dir VALDÉS,F;MOLERO,M.L, La representación de los trabajadores en la nueva organización de empresa, Ministerio de Trabajo-Fundación Largo Caballero, Madrid, 2010
- * LAHERA FORTEZA,J, “El modelo español de representantes de los trabajadores en la empresa: funciones y disfunciones” en dir VALDÉS,F;MOLERO,M.L, La representación de los trabajadores en la nueva organización de la empresa, Ministerio de Trabajo-Fundación Largo Caballero, Madrid, 2010

Sobre la regulación de derecho comparado de representatividad sindical:

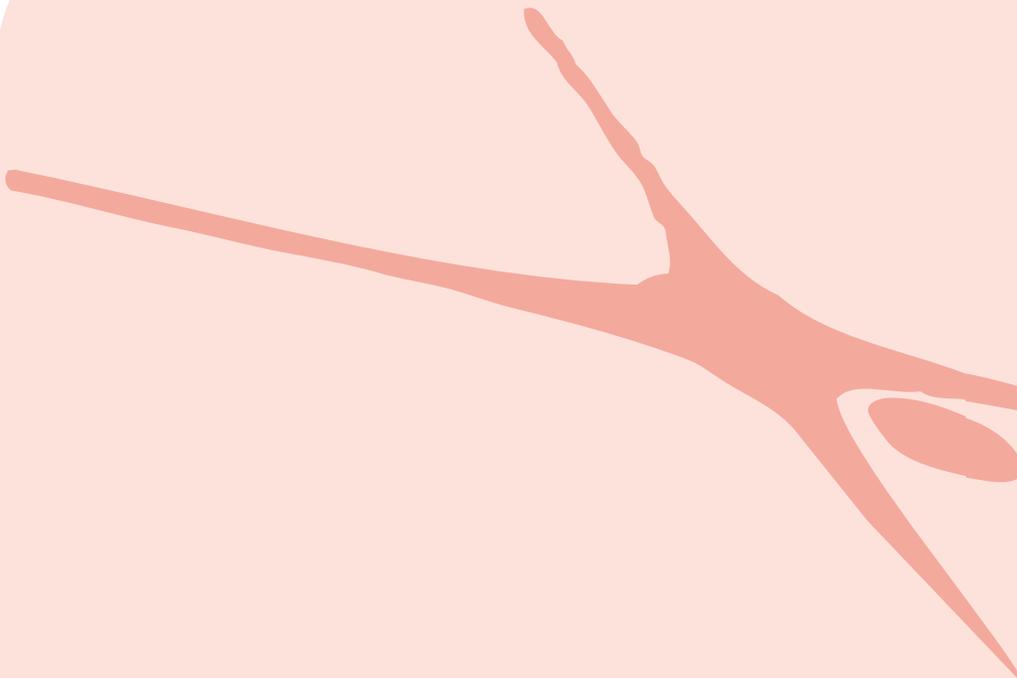
- * FERNANDEZ DOMINGUEZ,J,J, “Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva” en AA.VV, Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo-XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, Cinca, Madrid, 2015
- * Directores SALA FRANCO,T y GOERLICH PESET,J.M, (AAVV) Negociación colectiva y conflicto en la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- * Director VALDÉS DAL-RÉ,F, (AAVV), La libertad sindical y de asociación empresarial en la Unión Europea, Ministerio de Trabajo, 2001
- * YSAS MOLINERO,H, “La aplicación de la reforma de la representatividad sindical en Francia”, Revista Centro Estudios Financieros 2012, nº357





*SEGUIMIENTO
DE OTROS TEMAS
DE INTERÉS*





La indemnización de la libertad sindical en la jurisprudencia

Fernando Luján de Frías

Abogado

ÍNDICE

1. La indemnización de la Libertad Sindical en la jurisprudencia. Introducción.
 2. La indemnización de daños y perjuicios en la historia judicial.
 3. La sentencia del tribunal constitucional de 24 de julio de 2006.
 4. La actual redacción del art. 183 LRJS y el art. 13 de la LOLS
 5. Las resoluciones judiciales a partir de la entrada de la ley reguladora de la Jurisdicción Social
 6. La Libertad Sindical y daños y perjuicios. Pronunciamientos judiciales
 - a) Con daños
 - b) Sin daños
-

1. La indemnización de la Libertad Sindical en la jurisprudencia. Introducción.

Durante todas las jornadas hemos ido estudiando el capítulo XI del Libro 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. A mi me interesa detenerme en la cuantificación del daño, y en concreto, en la redacción del artículo, el 183. El referido artículo es del siguiente tenor literal:

1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a

la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.

Debemos destacar que esta redacción ha sido introducida “ex novo” por nuestro Legislador en la regulación del proceso laboral efectuada en el año 2011 a través la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en adelante la LRJS, la ley 36/2011 de 10 de octubre, en la que parece que se pretende apuntalar las indemnizaciones derivadas de la vulneración de derechos fundamentales.. Entendemos que la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, a la que luego nos referiremos, más la redacción de este artículo han venido han dar un nuevo impulso a la petición, y obtención, de indemnizaciones por vulnerar la libertad sindical

Uno de los hitos más importantes de la LRJS ha sido la de unificar en el orden social todos los litigios relacionados con el contrato de trabajo. A este respecto y en orden a la conjunción de las normas que regulan el mundo del trabajo, y a los efectos de esta ponencia, nos debemos de referir a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, la conocida como LISOS, que en su artículo. 7.10 califica que es infracción grave, en materia de relaciones laborales

“los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores”.

Asimismo, el artículo siguiente, preceptúa como muy grave

“los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio”.

Infracción que tiene lugar también cuando la “sustitución” se efectúa a través de una ETT, tal como prevé el artículo 19.3.a) de este mismo cuerpo normativo calificando, asimismo, como muy grave en relación con las empresas usuarias

“los actos del empresario lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de trabajadores en huelga por otros puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal”.

Por último, el artículo 8.12 LISOS considera como muy grave, la conducta consistente en la adopción por parte de la empresa de decisiones unilaterales *“que impliquen discriminación por razón de la adhesión a los acuerdos de los sindicatos”.*

Existen en este texto que hemos traído a colación, muchos otros preceptos legales que sancionan, en el ámbito del derecho administrativo del trabajo, cualquier conducta discriminatoria..

Con estas referencias tratamos de poner de relieve que existe un amplio cuerpo normativo que ya define conductas contrarias a la libertad sindical, que califica las mismas y que las sanciona, desde el punto de vista punitivo administrativo, lo que nos va a servir de referencia a la hora de determinar las indemnizaciones, al menos desde el punto de vista del daño moral, que se van a solicitar a nuestros Tribunales de Justicia.

Si nos fijamos en otros textos normativos que también tratan la indemnización por vulneración de derechos fundamentales nos encontramos que en el art. 18.2 de la Ley 51/2003 Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, la indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no está limitada por un tope máximo fijado a priori. La indemnización por daño moral procederá, según este texto, aun cuando no existan

perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión. Para ahondar en este tema, se recomienda la lectura de “Las nuevas leyes «antiacoso»: ¿Tienen algo útil para la prevención y sanción del acoso moral en el trabajo –mobbing–?”, Diario La Ley, N° 5942, Editorial LA LEY, efectuadas por el profesor Don Cristóbal Molina Navarrete.

También nos resulta de obligada referencia el art.7.a) de la señalada Ley 51/2003, relativa a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, que a los efectos que ahora nos ocupan, regula la indemnización por vulneración de la siguiente forma:

“La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a la circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión”

Vemos, en consecuencia, que la actual redacción de nuestro art.183 LRJS tiene un antecedente válido en esta Ley, aunque no deja de ser cierto que varios autores se han planeado que la supuesta automaticidad de las indemnizaciones que se apunta en este precepto no es trasladable a situaciones reguladas al margen de la protección a las personas con discapacidad.

Si continuamos con nuestro periplo legal buscando las consecuencias punitivas de los actos de discriminación, nos encontramos con el del art. 10 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22/03, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que establece que:

“Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”

Como vemos tanto en el caso de la protección a las personas con discapacidad como en la búsqueda de la igualdad se ha apostado por un régimen de indemnizaciones, que además de reparar el daño causado, tengan carácter disuasorio, lo que se ha interpretado como una apuesta clara por la automaticidad de la indemnización: probada la lesión del derecho procede el abono de una indemnización.

Sin embargo, la doctrina, y en lo referente al carácter disuasorio de la indemnización por conductas antisindicales, no se expresa con la misma rotundidad y así lo señala Angel Blasco Pellicer en sus comentarios sobre la Ley Orgánica de libertad Sindical. (Editorial LA LEY, Madrid, Octubre 2010).

No obstante, nosotros abogamos que cuando se produce la vulneración del derecho a la libertad sindical, y para todo supuesto, la sentencia, además de contener una parte declarativa debe contener una declaración ejemplarizante o inhibitoria respecto del acto lesivo de la libertad sindical (art 183-2 LRJS), una tutela restitutoria o de reposición del derecho vulnerado, y, en su caso una tutela resarcitoria de los daños producidos al trabajador o sindicato afectado (STS de 14/07/1993, y de 20/06/2000). Se trata de cumplir el objetivo de la plena restauración del derecho fundamental vulnerado, como señala Jacinto Villa Jup (Responsabilidades por Lesión de Derecho Fundamentales. Daño Moral).

Este autor, Jacinto Villa, nos ilustra sobre la trasposición de legislación europea, no sólo sobre la función reparadora, sino también sobre la función disuasoria y así se ampara para sostener su tesis en la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva 76/207/CE del Consejo (relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo), que afirma que “Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación contraria al artículo 3, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori.

Pero este trabajo trata sobre la indemnización de daños y perjuicios por tutela de libertad sindical, así que haremos un breve recorrido por lo que han sido las corrientes jurisprudenciales; analizaremos la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 2006, STC 247/2006; nos detendremos someramente en lo que sostiene mi maestro, el catedrático de Derecho del Trabajo, Don Antonio Baylos Grau, y, por último, repasaremos los pronunciamiento judiciales que

figuran en las colecciones legislativas desde la entrada en vigor del art. 183 LRJS con el que comenzábamos esta ponencia hasta fechas muy recientes.

2. La indemnización de daños y perjuicios en la historia judicial.

En un primer momento, y quizá por el efecto pendular que siempre tiene nuestra historia, los Tribunales de justicia se pronunciaron abiertamente por el carácter automático de la indemnización, una vez se constatará la lesión de la libertad sindical, así nos encontramos con la STS de 9 de junio de 1993.

En esta sentencia nuestro Tribunal Supremo unifica la doctrina sobre si, apreciada la violación del derecho de libertad sindical, era automática la indemnización del daño producido –como se establecía en las sentencias que se aportaron de contraste-, o si para recibir esa indemnización, era preciso acreditar una prueba que justificase el sufrimiento del daño, como dictaba la sentencia recurrida. Dicha sentencia en su fundamento jurídico cuarto se manifestaba, estableciendo la automaticidad de las indemnizaciones, de esta manera:

“(...) Se debe entender que esta interpretación es adecuada, pues así se desprende del Art. 15 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical que establece con carácter imperativo que el órgano judicial decretará el cese inmediato del comportamiento antisindical, así como la reparación de sus consecuencias ilícitas, si entendiéndose probada la violación del derecho de libertad sindical, criterio que se refuerza con el mandato del Art. 179.1 de la Ley de Procedimiento Laboral de reparar, en tal caso, las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera”.

Por lo tanto, a partir de esta sentencia todas las lesiones de la libertad sindical debían de indemnizarse automáticamente sin necesidad de probar los daños que justificasen dicha indemnización.

Jurisprudencia que modifica la automaticidad de la indemnización:

Pero desgraciadamente, y con posterioridad, varias sentencias del Tribunal Supremo revisaron esta jurisprudencia exigiendo pruebas sobre el daño producido. La doctrina de nuestro Tribunal Supremo

exigía que, además de acreditarse la vulneración de la libertad sindical, la demanda, y, en su caso, la sentencia, debía de contener los indicios o fundamentos que permitieran apoyar la petición indemnizatoria

Resaltamos un fragmento importante de una de ellas: la STS de 22 julio de 1996, que pasa a interpretar de nuevo el Art. 15 de la Ley Orgánica de la Libertad Sindical y el 180.1 de la entonces vigente LPL, al principio del fundamento jurídico segundo, señalando:

“(…) Lo que se dispone en el Art. 15 de la Ley Orgánica de la Libertad Sindical al decir que el órgano judicial, si entendiéndose probada la violación del derecho de libertad sindical, decretará la reparación consiguiente de las consecuencias ilícitas del comportamiento antisindical, y en el Art. 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral al precisar que la sentencia que declare la existencia de la vulneración de este derecho, ha de disponer «la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera», no significa, en absoluto, que basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical, para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización. Estos preceptos no disponen exactamente esa indemnización automática, puesto que de lo que en ellos se dice resulta claro que para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”

Este criterio fue seguido en las sentencias de 20 de enero de 1997 (RJ 1997/620), 2 de febrero de 1998 (RJ 1998/1251) y 28 de febrero de 2000 (RJ 2000/ 2242). Así pues la doctrina consolidada de nuestro Tribunal Supremo exigía que:

- a) El demandante alegase adecuadamente las bases y elementos de la indemnización reclamada justificando porque deben ser aplicados

- b) Que se acredite indicios o puntos de apoyo suficientes para que se pueda asentar una condena indemnizatoria.

Esta tesis, que llamaremos restrictiva, fue asentándose en nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 11 de abril de 2003 (RJ 2003/4525) y 16 de julio de 2004 (RJ 2004/5810).

A nuestro juicio, esta doctrina causaba una gran dificultad en la condena por los llamados daños morales, lo que impedía tanto el valor resarcitorio como el disuasorio de la condena por vulneración de la libertad sindical que se quedaba en una mera declaración y en consecuencia desprotegido de facto, pues, como ha sostenido Aurelio Desdentado Bonete, cuando se trata de “Daños Morales “ no es factible realizar una evaluación pormenorizada del daño en términos dinerarios, porque, el daño moral es incuantificable por su propia naturaleza.

Consolidada, pues, esta doctrina restrictiva, no fue hasta que nuestro Tribunal Constitucional dictó, como garante de nuestro derechos fundamentales básicos, la importante sentencia de 24 de julio de 2006 (STC 247/2006) que decide sobre criterios para la fijación de la indemnización por lesión de la libertad sindical y que cambia, al menos en una gran parte, la restricción que venían aplicando nuestros tribunales a la hora de indemnizar la vulneración de la libertad sindical.

3. La sentencia del tribunal constitucional de 24 de julio de 2006.

En la sentencia analizada, el trabajador había sido objeto de conducta antisindical consistente en la prohibición por parte de la empleadora de la asistencia a las reuniones del Comité de empresa. Se le había trasladado injustificadamente y, además, se le había reducido la jornada y el salario. Pidió en su demanda, como indemnización por los daños y perjuicios causados, tanto morales como económicos, y con fundamento en las sanciones establecidas en la LISOS, la cantidad de 10 millones de pesetas. (60.000 euros).

La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo social num.5 de las Palmas de Gran Canaria, estimó en parte la demanda y le concedió una indemnización de 30.000 euros, lo que confirmó el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, que señalaba que, una

vez que se establecía la lesión de la libertad sindical, procedía automáticamente la indemnización, apartándose, por lo tanto, de la doctrina del Tribunal Supremo anterior a la del STS de 22 de julio de 1996, jurisprudencia que ya hemos visto.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2003 estimó el recurso del Gobierno Canario al considerar que el demandante, afiliado a un sindicato, no había dado dato alguno que facilitara la pautas para cuantificar el daño a reparar, mostrándose, en consecuencia, contraria a su cuantificación a partir del régimen de sanciones establecidas en la LISOS.

El Tribunal Constitucional ampara al trabajador señalando que *“la denegación sin motivación razonable de cualquier indemnización a un trabajador o a un sindicato que ha sufrido por parte de un sujeto un comportamiento lesivo de su derecho de libertad, limitando los efectos del procedimiento de tutela a la declaración de nulidad de la conducta vulneradora, no puede considerarse suficiente para lograr una reparación real y efectiva de derecho fundamental vulnerado, que queda por ello desprotegido”*.

El Tribunal Constitucional sí considera que el trabajador trató de justificar la procedencia de la indemnización sobre la base de la intensidad misma del comportamiento antisindical y los daños que tales conductas necesariamente habrían de provocar en la persona que los padecía, señalando que es válido el criterio relativo a las cuantías sancionadoras previstas para las infracciones empresariales establecidas en la LISOS. Así, la conducta de la Consejería había producido perjuicios económicos perfectamente cuantificables y daños morales para su imagen y dignidad como representante sindical de más difícil cuantificación, por ello se termina concediendo el amparo, señalando que la motivación incorrecta del TS supone una vulneración material de la libertad sindical y, anulando la dictada en casación, se mantiene el fallo de la sentencia de instancia.

A partir de esta sentencia, el TS y los Tribunales Superiores de Justicia, por lo que luego veremos, han venido aplicando la referida doctrina de nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales. Como muestra de lo anterior, merece la pena detenerse en la importante STS de 15 de diciembre de 2008, en la que la Sala admitiendo la tesis del TC, reconoció como criterios o parámetros suficientes para estimar la

indemnización en cuantía equivalente a la sanción administrativa correspondiente a faltas muy graves tipificadas en el art. 8.12 de la LISOS, en la que se señala que existe una valoración prudencial ante el claro menoscabo del sindicato actuante en su imagen y credibilidad ante sus afiliados, valorando también el número de centros afectados y la persistencia en el tiempo del comportamiento antisindical en la empresa, señalando expresamente para justificar una indemnización de 18.000 euros al sindicato accionante, que:

“En este caso, en la demanda se ofrecieron criterios o parámetros suficientes para su cuantificación (“...equivalente a la sanción administrativa correspondiente a infracciones muy graves, tipificadas en el art. 8.12 de la LISOS..., que el art. 40.c) cuantifica en su grado medio de 12.020,25 euros a 48.080,97 euros...”: hecho 15º de la demanda), en el sentido aceptado por la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio) que, aunque calificados como no claros por la sentencia impugnada, sin duda permitieron a la Sala de instancia hacer una “valoración prudencial” ante el -ahora sí- “claro menoscabo del sindicato actuante en su imagen y credibilidad ante sus afiliados, valorando también el número de centros afectados y la persistencia en el tiempo del comportamiento antisindical de la empresa”. Es decir, acreditada sin duda la conducta -constante y permanente-, vulneradora del derecho fundamental, la indemnización señalada se encuentra plenamente justificada, tanto por su gravedad como por los parámetros que sirvieron a la Sala de instancia para su cuantificación, y, por todo ello, procede su confirmación”

También conviene destacar la STS de 7 de marzo de 2011 que viene a señalar que la Sala toma en cuenta la doctrina de la STC 247/2006, ya que consideró que debía entenderse cumplida en la situación examinada, a través de la alegación de unos hechos que, por “su intensidad y duración” constataban la existencia de “un maltrato o daño psicológico” señalando:

“Realmente de la anterior doctrina se desprende que es necesario en cada caso analizar si en la pretensión de la parte actora, en la demanda, se contienen suficientes elementos, factores, descripciones o valoraciones que permitan identificar el daño o perjuicio producido a efectos de señalar la indemnización que pueda corresponderse con aquéllos”.

En este caso el TS no exige en absoluto un desglose de partidas y una justificación de los conceptos indemnizables y del valor asignado, sino que considera suficiente la descripción del daño para reconocer la indemnización. En cualquier caso, y aunque los parámetros para exigir la indemnización se refieran al régimen sancionatorio de la LISOS, se viene exigiendo que se plasmen elementos suficientes para solicitar el montante indemnizatorio. Elementos a los que nos referiremos en el siguiente apartado.

4. La actual redacción del art. 183 LRJS y el art. 13 de la LOLS

Al comienzo del presente estudio señalábamos la actual redacción del art. 183 de la LRJS, vigente desde el año 2012- su entrada en vigor se produjo en diciembre de 2011-, y la transcribíamos para remarcar el actual marco normativo, que no es sino fruto del devenir legislativo y jurisprudencial que hemos venido desarrollando. A la hora de hacer historia, y por aquello de hacer una interpretación hermenéutica de la actual legislación, quizá no esté de más recordar lo que señalaba el último de los artículos de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, la conocida LOLS,- que sirvió para justificar la automaticidad de las indemnizaciones en la STS de 9 de junio de 1993-, vigente desde mediados de los años ochenta del pasado siglo. El citado precepto decimoquinto es del siguiente tenor literal:

Si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical, decretará el cese inmediato del comportamiento antisindical, así como la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas, remitiendo las actuaciones al Ministerio Fiscal, a los efectos de depuración de eventuales conductas delictivas

Pues bien, puesto de relieve este artículo de la LOLS y encajándolo en el texto procesal laboral TRLPL, nos encontramos, de acuerdo con lo que nos señala Yolanda Maneiro Vázquez en su artículo “*El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia TC 247/2006 de 24 de julio*” que lo que busca el actual art. 183 LRJS es “*el total restablecimiento del afectado por la vulneración de un derecho fundamental que no se consigue con la sola declaración de nulidad de la conducta impugnada*”.

Los términos a los que se refiere el art. 183 LRJS ordenan al órgano judicial, que declara la existencia de la vulneración de la libertad sindical, a pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que en su caso le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas.

Por su parte el art. 179 LRJS obliga al demandante a incluir en su demanda (Sobre la cuantificación y redacción de la demanda recomendamos la lectura del trabajo de la letrada Doña Ana Mejías en estas mismas jornadas) las siguientes precisiones:

“la cuantía de la indemnización pretendida con la adecuada especificación de los daños y perjuicios, estableciendo las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración, y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador (art. 179.3).

El propio art.179.3 contempla el caso en la que la estimación detallada de los daños morales resulte demasiado difícil y costosa, señalando el art. 183 que los órganos judiciales deberán de fijarlos prudentemente al hilo de tres parámetros:

1. Resarcir suficientemente a la víctima. **Parámetro resarcitorio**
2. Restablecer a la víctima, en la medida de lo posible, a su situación anterior. **Parámetro restitutorio.**
3. Contribuir a la finalidad de prevenir el daño. **Preventivo o disuasorio.**

Como señala el profesor Baylos, a los efectos de definir la indemnización por daño moral, tenemos ciertos parámetros objetivos que permiten precisar la intensidad del daño y sus consecuencias que, a los efectos de la tutela de la libertad sindical, resume en cuatro aspectos, y que conviene incluir a la hora de nuestra petición indemnizatoria vinculada a la lesión de la libertad sindical.:

- A) El efecto disuasorio y desincentivador sobre la afiliación sindical y la audiencia electoral que haya podido originar la conducta anti-sindical

- B) La llamada pérdida de oportunidad
- C) Los beneficios que obtienen los vulneradores de la libertad sindical. La ventaja que le resulta al infractor su conducta antisindical.
- D) La llamada función aflictiva o punitiva de la indemnización por daños morales, en las que cabe acudir al sistema sancionatorio administrativo (LISOS)

En la doctrina científica (Blasco Pellicer, Angel “Ley Orgánica de libertad sindical. Comentada y con jurisprudencia“, artículo 15, Editorial LA LEY, Madrid, Octubre 2010), se ha elaborado un concepto de daño moral, más descriptivo, más integrativo, que puede servir de referencia. Se dice así que lo es: A) Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito (o hasta haber sido víctima de un ataque a su prestigio y reputación artística- nosotros diríamos que sindical-) también es posible que ello integre ese daño moral. B). Puede ser también aspecto integrador de ese daño moral, cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito; y es que lo que se pretende sustantividad como daño moral es el dolor inferido o el sufrimiento, tristeza, angustia o soledad padecida por las personas que ese hecho ilícito. C). El deterioro o menoscabo que la **imagen del sindicato demandante padeció ante, al menos, sus afiliados; la privación de la posibilidad de defender los intereses de aquéllos; o el padecimiento de la imagen del trabajador ante sus compañeros, amigos o familiares.**

5. Las resoluciones judiciales a partir de la entrada en vigor de la ley reguladora de la Jurisdicción Social

Hemos señalado al comienzo de este trabajo, su función eminentemente práctica, y una vez repasada la doctrina vamos a extraer las sentencias que sobre indemnización de daños y perjuicios derivados de la vulneración de la libertad sindical aparecen publicadas en la editorial jurídica Aranzadi, westlaw, desde 2010 hasta la fecha de estas

jornadas. No obstante me gustaría destacar la reciente sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014) que concede una indemnización de 100.000 euros al sindicato accionante por vulneración del derecho de huelga en el que al hablar del quantum indemnizatorio se pronuncia del siguiente tenor, fundamento jurídico decimo sexto:

“Reclaman asimismo, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la cantidad de 100.000 € para el sindicato accionante CCOO. Razona que dicha cantidad se reclama al considerar el sindicato conculcado su derecho de libertad sindical por las demandadas, debido a la conducta antisindical seguida, que dejó sin efecto la huelga convocada por el comité de empresa, en el que la representación única la ostenta CCOO. Continúa razonando que: “La conducta de la empresa desactivando la huelga mediante las sustituciones de los trabajadores huelguistas constituye un descrédito y una pérdida de credibilidad del sindicato CCOO como convocante de la huelga y parte en las negociaciones del proceso de despidos en el que se encontraba la empresa. Por ello, basado en criterios de razonabilidad y atendiendo al repudio social, la transgresión del derecho fundamental violentado, así como a la salvaguarda del libre ejercicio de los derechos fundamentales, esta parte considera que procede la imposición de una cuantía indemnizatoria tendente a resarcir el daño causado, tomando como criterio la cuantía de la sanción prevista para esa infracción en materia de relaciones laborales como falta muy grave (art. 8.10 LISOS), conforme al artículo 40.1c) de la LISOS “. Señala que dicha cuantía se reclama en concepto de daños morales que tratan de lograr la satisfacción del interés lesionado mediante la necesaria tutela reparadora que, de un lado, permita la restitución de la confianza y credibilidad de la acción sindical y, por otro, cumpla el objetivo profiláctico de conservación del estado de libertad sindical, devolviendo al Sindicato las armas que le son propias y los instrumentos de tutela de sus derechos”...

Para terminar concluyendo en el párrafo tercero de ese mismo Fundamento jurídico:

“La Sala ha de proceder a establecer la misma, atendidas las circunstancias del caso. Los datos que han de tomarse en considera-

ción para determinar la indemnización correspondiente son los siguientes: a) La gravedad de la conducta de las demandadas, consistente en la vulneración de los derechos de libertad sindical y de huelga de los trabajadores de PRESSPRINT SL; b) La intensidad de la misma, ya que la contratación con otras empresas alcanzó a la impresión de la totalidad de las publicaciones de las empresas editoras; c) La reiteración de la conducta, pues la contratación con otras empresas se extendió a todos los días de huelga, a saber, los días 13, 14, 15, 19, 20 21, 22, 23, 26 y 27 de diciembre de 2012; d) El número de trabajadores afectados, ya que la huelga fue secundada por la totalidad de la plantilla de los dos centros de la empresa, el de Madrid (12 trabajadores) y el de Barcelona (80 trabajadores); e) El efecto que produjo que supuso que, no solo cercenó la presión que los trabajadores pueden ejercer con la huelga, sino que privó de visibilidad a la misma; f) El descrédito y pérdida de confianza que ha originado en el sindicato convocante de la huelga pues ante la ciudadanía la misma pasó totalmente inadvertida”.

Por lo que concluye que procede estimar al sindicato reclamante una indemnización de 100.000 euros.

Como se puede apreciar, hemos ordenado las sentencias en dos grandes grupos; las que conceden indemnización y las que no. Hemos puesto en todas ellas la causa de la petición de la indemnización y la justificación del quantum indemnizatorio o de su denegación. Por último el orden cronológico es decreciente, empezando por las más modernas hasta las dictadas en el comienzo de este decenio.

Esperamos que esta labor pueda ser de utilidad para los sindicalistas y los servicios jurídicos vinculados a nuestro sindicato

Pasemos, pues, al repaso de las sentencias que se han ido dictando en estos casi cinco años:

6. La Libertad Sindical y daños y perjuicios. Pronunciamientos judiciales

6.1 Con daños

* Tribunal Superior de Justicia Castilla y León 15/04/15, JUR 2015/118393

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Privar de un Delegado Sindical durante 15 días	100 € Daño moral

* Tribunal Superior de Justicia Castilla y León 12/03/15, JUR 2015/90964

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No proporcionar acceso a Internet al Comité	1.250 € Daño moral

* Tribunal Supremo 11/02/15, RJ 2015/1011

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Vulneración derecho huelga al pactar con otras empresas del grupo la realización de las tareas	100.000 € Daño moral LISOS (Gravedad de la conducta, intensidad de la misma, reiteración de la conducta, núm. De trabajadores afectados, el efecto que produjo hacienda invisible la huelga, descrédito y pérdida de confianza en el sindicato)

* Tribunal Supremo 05/02/15, RJ 2015/895

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Denegar permiso para asistir a las reuniones de la Comisión del Convenio a 7 representantes	12.000 € Daño moral (daños al sindicato, problemas organizativos, perjuicios actividad sindical) No concede los 221.235€ solicitados en concepto de salarios de los días que se ha denegado permiso por no considerarlos acreditados

* Tribunal Superior de Justicia Castilla y León 05/02/15, JUR 2015/63293

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Desplazamientos entre niveles salariales injustificados a Delegado	Diferencias salariales + 3.000 € Daño moral (menoscabo dignidad personal y profesional)

* Tribunal Superior de Justicia Galicia 04/02/15, AS 2015/518

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Disminución salarial	12.000 € (pérdidas económicas y daño moral por tener que demandar)

* Tribunal Supremo 02/02/15, RJ 2015/762

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No autorizar la liberación sindical	3.126 € Daño moral LISOS

* Tribunal Superior de Justicia País Vasco 27/01/15, JUR 2015/97116

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No reconocer a Sección Sindical y retirar el correo electrónico	1.500 € Daño moral LISOS

* Tribunal Superior de Justicia Andalucía 15/01/15, JUR 2015/96661

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Denegar crédito horario durante 4 días	500 € Daño moral (se rebaja de los 2.000 € solicitados por no alegar bases de cálculo)

* Tribunal Superior de Justicia Canarias 30/12/14, JUR 2015/1906

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Negativa al disfrute de horas sindicales	150 € Daño moral (No da los 6.250 € solicitados con la LISOS por falta de indicios o puntos de apoyo justificativos para la cuantificación del daño)

* Tribunal Superior de Justicia Murcia 18/12/14, JUR 2015/40234

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	Promover elecciones	6.000 €

* Tribunal Superior de Justicia Castilla León 17/12/14, AS 2015/559

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Delegado incluido en ERES, salarios pendientes...	2.000 € (los 400 € que pide de dietas: procedimiento ordinario, los 235,56 € que pide de diferencias retributivas: procedimiento ordinario y los 25.001 € que pide por la LISOS tampoco los concede)

* Audiencia Nacional 27/11/14, JUR 2014/285991

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Denegación crédito horario	100 € Daño moral (considera que el perjuicio es mínimo porque sí se concedió permiso no retribuido)

* Tribunal Supremo 14/11/14, JUR 2015/38937

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No reconocimiento de un 2º Delegado Sindical	1.000 € Daño moral

* Tribunal Superior de Justicia Andalucía 06/11/14, JUR 2015/54941

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Imponer la presencia de representantes de la empresa en las reuniones de los trabajadores	2.000 € Daño moral (Deterioro y menoscabo de la imagen del sindicato y obstaculización de la acción sindical, corta duración y retractación de la empresa)

* Tribunal Superior de Justicia Aragón 24/10/14, AS 2014/3133

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Amortización plaza administrativa	1000 Daño moral (Corresponde al Juez de instancia)

* Audiencia Nacional 09/10/14, JUR 2014/257726

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Negociar con los pasivos puenteando a los sindicatos	3.000 € Daño moral (Desprecio y marginación a los sindicatos que perjudica su acción sindical)

* Tribunal Superior de Justicia Madrid 02/10/14, AS 2015/277

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Negociar con los pasivos puenteados a los sindicatos	3.000 € Daño moral (Desprecio y marginación a los sindicatos que perjudica su acción sindical)

* Tribunal Superior de Justicia Galicia 25/09/14, JUR 2014/270864

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Cese de los órganos elegidos en el Congreso	2.420 € Honorarios Letrado

* Audiencia Nacional 22/09/14, JUR 2014/237331

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Falta de reconocimiento por la empresa de la condición de Delegado	1.300 € (1.200 € por impedir el ejercicio normal de las funciones del Delegado y 100 € daño moral por daño a la imagen) La mera vulneración del derecho fundamental constituye un daño

* Tribunal Supremo 18/09/14, JUR 2015/23067

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Deficiente funcionamiento Comité y no convocar reuniones con periodicidad bimensual	3.000 € Daño moral (en vez de los 10.000 € solicitados por entenderla más razonada y proporcionada)

* Tribunal Supremo 11/09/14, JUR 2015/24336

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Impedir derecho de negociación al sindicato ELA	6.000 € Daño moral, daños causados a la imagen (en vez de los 36.000 € solicitados por ser más proporcionada)

* Tribunal Superior de Justicia Cantabria 30/07/14, AS 2014/1877

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Expulsión de afiliado a sindicato con irregularidades en el procedimiento sancionador	4.000 € Daño moral (daño por apartarlo del sindicato, imagen y honor)

* Tribunal Superior de Justicia Cataluña 25/07/14, AS 2014/2784

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	Candidato electoral	5.000 € Daño moral (los 2.000 € reclamados como honorarios de Letrado no los da por entender que no es obligatoria la asistencia letrada y de los 30.000 € reclamados por la LISOS da 5.000 € por no haber hechos anteriores ni un clima de represión)

* Tribunal Supremo 08/07/14, RJ 2014/4521

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Vulnerar el derecho a la información de las Secciones y Delegados sindicales	4.382 € Daño moral LISOS

* Audiencia Nacional 30/06/14, AS 2014/1809

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Control por la empresa del crédito sindical	3.000 € Daño moral

* Tribunal Supremo 18/06/14, JUR 2014/251565

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No facilitar local a la Sección Sindical	3.000 € Daño moral (en vez de los 5.000 € pedidos por entenderla más proporcionada)

* Tribunal Supremo 17/06/14, RJ 2014/4373

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Retirada crédito horario	Doble del salario de las horas de crédito horario no disfrutadas como daño moral

* Tribunal Superior de Justicia Galicia 30/05/14, AS 2014/1769

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No reconocer al Delegado de Prevención, denegar horas sindicales, exigir su justificación, sancionar, cambio de condiciones...	4.500 € Daño moral (Daños a la imagen y dignidad del trabajador)

* Audiencia Nacional 27/05/14, AS 2014/1240

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Impedir la transmisión de información sindical a sus afiliados a través de correo electrónico instalado por la empresa	1.500 € Daño moral LISOS (no concede los 3.000 € solicitados por entender que es un sistema de indemnizaciones restauratorias del derecho y no punitivas, de tipo anglosajón)

* Tribunal Superior de Justicia Andalucía 22/05/14, JUR 2014/196058

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Traslado injustificado	1.800 € Daño moral (en vez de los 6.800 € solicitados por no aportarse ningún parámetro y el escaso tiempo transcurrido)

* Tribunal Superior de Justicia Cataluña 06/05/14, AS 2014/2182

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Discriminación salarial a miembros del Comité y Sección Sindical	12.000 € / cada demandante LISOS

* Tribunal Superior de Justicia País Vasco 29/04/14, AS 2014/1607

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Vulneración derecho huelga, esquirolaje externo, comunicaciones individuales, retirada unilateral de servicios mínimos...	7.500 € + 1.000 €/día desde la firma del Acuerdo de Paz Social (no vinculante) y al Sindicato ELA 375 €/día desde la firma del Acuerdo de Paz Social (no vinculante) + 900 € honorarios de Letrado

* Tribunal Supremo 29/04/14, RJ 2014/4348

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No permitir la asistencia del Sindicato a las reuniones del Comité Intercentros	3.000 € (300 €/reunión a la que no ha sido convocado) + 3.858,10 € (nº horas crédito sindical)

* Tribunal Superior de Justicia Cataluña 25/04/14, JUR 2014/153019

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Modificación sustancial	Cambio injustificado de funciones a Delegada Sindical	4.000 € Daño moral

* Tribunal Supremo 14/03/14, RJ 2014/2522

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Negativa a proporcionar información a Delegados de personal	3.000 € Daño moral (Perjuicio para la actividad sindical, reiteración comportamiento de la empresa, Sentencias anteriores)

* Tribunal Superior de Justicia Andalucía 13/03/14, AS 2014/1154

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Denegación a Sindicato de acumular horas sindicales tras pacto alcanzado al respecto	800 € Daño moral (Imagen del sindicato) No se conceden cantidades en concepto de honorarios de letrado porque éste no es preceptivo y no se concede cantidad alguna en concepto de horas perdidas no acumuladas porque no se acredita su reclamación y su denegación expresa

* Tribunal Superior de Justicia País Vasco 11/03/14, AS 2014/1592

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No reconocimiento de la condición de Delegado Sindical nombrado por la Sección Sindical	10.000 € al Sindicato Daño moral (interferir en la facultad de autoorganización y mermar su actividad sindical)

* Tribunal Supremo 17/12/13, RJ 2013/8473

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Negativa de la empleadora a entregar el censo e imposibilidad celebrar elecciones	6.000 € Daño moral (en vez de 187.515 € solicitados LISOS, por entenderla más ajustada y por ser una facultad discrecional)

* Tribunal Supremo 20/11/13, JUR 2014/20360

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	Opiniones vertidas en un diario	6.000 € (50 €/día por el tiempo que no pudo desempeñar sus funciones sindicales)

* Tribunal Superior de Justicia Canarias 18/11/13, AS 2014/980

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No reconocer crédito horario	800 € daño moral LISOS

* Audiencia Nacional 14/11/13, AS 2014/1261

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Exclusión Secciones Sindicales de la negociación en el SIMA	600 € cada sindicato (valorando la precaria situación económica de la empresa y que los trabajadores quedarán repuestos en sus condiciones)

* Tribunal Superior de Justicia Asturias 11/10/13, AS 2013/2867

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	No readmision tras despido nulo	6.300 € Daño moral LISOS (necesidad de acudir a los Tribunales a pedir lo ya reconocido por Sentencia)

* Tribunal Superior de Justicia Andalucía 10/10/13, AS 2013/3062

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Comisión Paritaria que asume indebidamente funciones de la Comisión negociadora del C.C.	1.500 € Daño moral (daños escasos al haber obtenido + representantes en las siguientes elecciones)

* Tribunal Superior de Justicia Cataluña 04/10/13, JUR 2013/358609

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Suspensión del contrato en un ERE durante más tiempo por su afiliación sindical	3.000 € Daño moral (de los 18.000 € que pedía)

* Tribunal Superior de Justicia Galicia 18/09/13, AS 2013/3051

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No autorización de liberación sindical a Delegada que sustituye a otra (también liberada)	3.126 € Daño moral LISOS

* Tribunal Superior de Justicia Valencia 22/07/13, JUR 2013/285196

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No reconocimiento 2º delegado sindical	1.320,70 € (320,70 € de lucro cesante: pérdida crédito horario + 1.000 € daños morales)

* Tribunal Superior de Justicia Madrid 10/07/13, JUR 2013/302439

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	No prioridad Delegada Sindical	6.251 € Daño moral LISOS (perjuicio crédito, audiencia y eficacia de la acción sindical de la actora)

* Tribunal Superior de Justicia Canarias 28/06/13, AS 2013/2811

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Falta de local adecuado	4.200 € Daño moral LISOS

* Tribunal Superior de Justicia Cataluña 27/06/13, JUR 2013/337277

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Cambio de condiciones injustificado al Delegado	6.000 € Daño moral

* Tribunal Superior de Justicia Madrid 26/06/13, AS 2013/2783

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Falta de información	4.382 € (626 € x 7 incumplimientos) LISOS

* Tribunal Superior de Justicia Cataluña 10/06/13, AS 2013/2537

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	Candidato elecciones	3.005 € Daño moral LISOS

* Tribunal Superior de Justicia Galicia 14/05/13, JUR 2013/216422

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Traslado injustificado	3.000 € Daño moral (aunque el traslado no se hizo efectivo por I.T. el perjuicio existe: inquietud, trastorno y desasosiego que produce)

* Tribunal Superior de Justicia Galicia 21/03/13, AS 2013/1693

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Retirar a 2 Delegados su crédito horario	Daño moral. Doble del salario de las horas de crédito no disfrutadas

* Tribunal Superior de Justicia Cataluña 06/03/13, AS 2013/1671

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	Afiliación a sindicato	3.000 € Daño moral

* Tribunal Superior de Justicia Canarias 30/01/13, JUR 2013/161714

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Negativa a dar información y documentación	3.000 € Daño moral (conducta obstaculizadora)

* Tribunal Supremo 24/01/13, RJ 2013/1955

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Exclusión de un sindicato de la negociación de un acuerdo complementario del C.C.	2.000 € daño moral

* Tribunal Superior de Justicia País Vasco 15/01/13, AS 2014/1253

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Impedir la participación de un sindicato en la negociación del C.C.	6.000 € Daño moral

* Tribunal Superior de Justicia Cantabria 08/01/13, JUR 2013/362420

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Obstaculización proceso electoral	4.145,23 € (2.645,23 € como daño material por pérdida de subvenciones + 1.500 € de daño moral)

* Tribunal Superior de Justicia Andalucía 13/12/12, JUR 2013/251166

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Presiones a candidatos	3.000 € Acreditado el perjuicio debe fijarse la indemnización. A falta de una base de cálculo se considera proporcional alas conductas violadoras

* Tribunal Superior de Justicia La Rioja 30/11/12, JUR 2013/7100

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	Manifestaciones en un diario	6.000 € Daño moral

* Tribunal Superior de Justicia Andalucía 29/11/12, JUR 2013/248495

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Privación a Delegado de horas extras, formación y permisos	1.800 € Daño moral En caso de violación de un derecho fundamental se presume siempre la existencia de un daño moral

* Tribunal Superior de Justicia Madrid 26/10/12, JUR 2012/379442

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Derecho a local adecuado	1.500 €

* Tribunal Superior de Justicia Cataluña 08/10/12, AS 2013/406

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Cambio de puesto injustificado a miembro del Comité	6.000 € Daño moral LISOS (Lesión a la integridad moral, imagen y prestigio desde el punto de vista sindical)

* Tribunal Superior de Justicia Cataluña 25/09/12, AS 2013/986

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Servicios mínimos nulos	600 € Daño moral

* Tribunal Supremo 18/09/12, JUR 2012/371407

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Amenazas a trabajador por ir a votar y despidos a los que han votado	15.000 €

* Audiencia Nacional 27/07/12, AS 2012/2512

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Conflicto colectivo	Incumplimiento de acuerdo de estabilidad en la plantilla	12.000 € Daño moral

* Tribunal Superior de Castilla León 24/07/12, AS 2013/189

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Privación de la condición de representante tras sucesión de empresa	8.000 € Daño moral

* Tribunal Supremo 18/07/12, RJ 2012/9605

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No dotar de local y medios adecuados	Piden 10.000 € que la Sala entiende perfectamente cuantificados: 2.500 € por la adquisición de medios materiales (concedidos), 2.500 € por no poder usar los medios económicos en acción sindical (no los concede porque ya están incluidos en los primeros) y 5.000 € daños moral por trato discriminatorio (concedidos)

* Tribunal Superior de Justicia País Vasco 15/05/12, AS 2014/1399

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No permitir el disfrute del crédito horario	1.050 € (Horas no disfrutadas)

* Tribunal Superior de Justicia Aragón 09/05/12, AS 2012/1657

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Traslado injustificado a un puesto peor a Delegado	1.000 € Daño moral

* Tribunal Superior de Justicia Andalucía 08/03/12, AS 2012/1001

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Suspensión del derecho como elector y elegible de afiliado	6.000 € Daño moral La indemnización es a criterio del juez de instancia, en tanto no se aprecie desmesura. Aquí se valora que se descabalga de su cargo, no se le deja participar en la vida interna del sindicato, se le aparta de la comisión negociadora y se difunde dentro y fuera del sindicato

* Tribunal Supremo 15/02/12, RJ 2012/3894

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Falta de local adecuado a la Sección Sindical	6.000 € Daño moral LISOS (en vez de los 35.000 € solicitados)

* Tribunal Superior de Justicia Valencia 16/01/12, AS 2012/1264

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Modificación injustificada de condiciones	6.000 € Daño moral (Disminución salario, imposibilidad de ejercer las funciones de representación y ansiedad)

* Tribunal Superior de Justicia Navarra 16/01/12, JUR 2013/28431

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Modificación sustancial. Cambio de categoría	6.500 € Daño moral La lesión de un derecho fundamental determina normalmente la producción de un daño. En este caso se considera el daño moral como alegado, precisado y acreditado basándose en la degradación profesional y el indudable sufrimiento psíquico que provoca la obstaculización del ejercicio del derecho de libertad sindical

* Tribunal Superior de Justicia Canarias 23/12/11, JUR 2012/90944

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No permitir la entrada a dirigentes sindicales al comedor del personal	6.000 € Daño moral (en vez de los 60.000 € solicitados por considerarlo más proporcional)

* Tribunal Superior de Justicia Galicia 22/12/11, AS 2012/396

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Computar en el absentismo el crédito horario	238,20 €

* Tribunal Superior de Justicia Andalucía 15/12/11, AS 2012/223

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Falta de reconocimiento del Delegado de Prevención elegido por el sindicato	6.000 € Daño moral

* Tribunal Superior de Justicia Andalucía 10/11/11, AS 2011/2990

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No reconocimiento del Delegado Sindical designado por la Sección	7.700 € Daño moral (Deterioro en la imagen del sindicato)

* Tribunal Superior de Justicia Madrid 04/11/11, JUR 2011/412237

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Sanción diferente al Delegado por negarse a un registro	1.000 € Daño moral

* Tribunal Superior de Justicia Madrid 27/10/11, AS 2011/2568

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No facilitar información y documentación al Comité	3.000 € / demandante (2) Daño moral (daño a la imagen)

* Tribunal Superior de Justicia País Vasco 11/10/11, AS 2012/1056

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Represalias a trabajadores que participan en las elecciones sindicales	15.000 € Daño moral LISOS (Conducta prolongada que afecta a muchos trabajadores)

* Tribunal Superior de Justicia Aragón 07/10/11, AS 2011/2896

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Permisos retribuidos indefinidos a miembros de determinados sindicatos	10.000 € Daño moral Se fijan prudencialmente al no aportar medio probatorio alguno

* Tribunal Superior de Justicia Asturias 15/07/11, AS 2011/2518

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Minoración de primas a afiliados	404,72 euros dejados de percibir

* Tribunal Superior de Justicia Cataluña 12/07/11, AS 2011/2714

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Exclusión de sindicato en comisión negociadora de C.C.	3.000 € Daño moral (daños a la imagen y prestigio del sindicato y gastos de defensa jurídica)

* Tribunal Superior de Justicia Asturias 24/06/11, JUR 2011/277850

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	Candidato a elecciones	6.251 € Daño moral LISOS

* Tribunal Superior de Justicia Canarias 07/04/11, JUR 2011/282653

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No abono de prima al Delegado	1.890 € Daño material

* Tribunal Superior de Justicia Canarias 18/03/11, AS 2011/1119

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Conducta obstativa de la empresa a la constitución de una candidatura	3.000 € Daño moral + 1.000 € por amenazas

* Tribunal Supremo 10/03/11, JUR 2011/126504

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	Actitud reivindicativa	6.000 € Daño moral. LISOS

* Tribunal Supremo 07/03/11, RJ 2011/3111

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Impedir una candidatura despidiendo a los candidatos	3.000 € Daño moral (Imagen Sindicato)

* Tribunal Superior de Justicia Murcia 28/02/11, AS 2011/961

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Privación horas sindicales a Delegado por el Secretario General del sindicato por criticarle	3.000 € Daño moral

* Tribunal Supremo 17/02/11, JUR 2011/154573

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Delegado sancionado, denegar vacaciones, despido nulo	12.000 € Daño moral (Gravedad de las conductas denunciadas y reconocimiento por parte de la empresa)

* Tribunal Superior de Justicia Asturias 11/02/11, AS 2011/949

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Lesión derecho de huelga	30.000 € a CC.OO. y 15.000 € a CSI Daño moral LISOS

* Tribunal Superior de Justicia Murcia 07/02/11, AS 2011/1401

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Retirar horas sindicales	3.000 € Daño moral Honorarios de letrado Mayor margen de discrecionalidad en los daños morales aún cuando no haya parámetros

* Tribunal Superior de Justicia Valencia 02/02/11, AS 2011/1390

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Retirada carteles de huelga y falta de medios de difusión de la misma	6.000 € Daño moral (lesión imagen sindicato)

* Tribunal Superior de Justicia Valencia 01/02/11, JUR 2011/162141

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Impedir la celebración de elecciones sindicales	200 € por desatender la promoción electoral, 1.000 € por vulnerar el derecho de promoción electoral, 1.800 € por impedir participar en el proceso electoral, 444,96 € por impedir el disfrute de horas sindicales, 200 € por impedir el derecho a la negociación colectiva, 250 € por reducir la implantación del sindicato, 211,08 € por pérdida de subvenciones, 739,86 € por gastos de agentes electorales y tiempo de trabajo

* Tribunal Superior de Justicia País Vasco 25/01/11, JUR 2011/305467

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	Convocar elecciones	3.000 € Daño moral (por no poder ejercer su actividad sindical) No es correcto cifrar el daño moral en la indemnización diaria por IT derivada de accidentes de circulación porque ya hay salarios de tramitación, porque la actora no está de IT y no hay ningún daño corporal

* Tribunal Superior de Justicia Castilla La Mancha 18/01/11, AS 2011/1890

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Denegación crédito horario	1.000 € gastos juicio

* Tribunal Superior de Justicia Valencia 14/01/11, JUR 2011/163354

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Negar la condición de delegado	3.000 € Daño moral (Desprestigio sindical)

* Tribunal Superior de Justicia Canarias 30/12/10, AS 2011/1806

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	Falta de contratación de profesores como represalia a reivindicaciones	6.010,52 € Daño moral LISOS

* Tribunal Superior de Justicia Asturias 22/11/10, JUR 2011/49246

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Comisión de redacción que usurpa funciones negociadoras	3.000 € Daño moral

* Tribunal Superior de Justicia Madrid 10/11/10, AS 2010/3130

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	Inclusión en ERE a delegado	8.400 € daño emergente + 182.331,04 € lucro cesante (diferencia entre pensión de jubilación y salario) + 20.700 € daño moral

* Tribunal Superior de Justicia Baleares 09/11/10, JUR 2011/47945

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Negativa a compensar el día de descanso cíclico con la asistencia a reunión del Comité de Seguridad	2.000 € Daño moral La indemnización tiene un componente sancionatorio que cumple una función preventiva

* Tribunal Superior de Justicia Aragón 06/10/10, AS 2010/2353

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Sustitución de huelguistas	1000 Daño moral (Desprestigio, reducir la eficacia de la huelga)

* Tribunal Superior de Justicia Madrid 16/07/10, JUR 2010/318266

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Supresión plus absorbible y modificación horario	9.881 € Daño moral

* Audiencia Nacional 11/06/10, JUR 2010/237234

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Excluir de las negociaciones de un sindicato	7.293,59 € (3.125 € por lesionar la negociación colectiva + 4.168,59 € establecidos en el C.C. para la negociación)

* Tribunal Superior de Justicia Canarias 20/05/10, JUR 2011/9773

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Denegación local	2.500 € Daño material 100 €/mes abonados en concepto de alquiler No solicita daños morales

* Tribunal Superior de Justicia Madrid 14/05/10, JUR 2010/229410

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Exceso jornada mensual año anterior a su liberación sindical	1.768,02 € /mes desde la liberación en concepto de promedio de horas turnicidad

* Tribunal Superior de Justicia País Vasco 11/05/10, JUR 2010/406075

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No reconocimiento de Delegado	285,94 € Daño moral

* Tribunal Superior de Justicia País Vasco 04/05/10, AS 2010/2488

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Prohibición de acceso a asamblea de asesores del sindicato	2.000 € Daño moral LISOS

* Tribunal Superior de Justicia Valencia 26/04/10, JUR 2010/253521

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Sanción	Actividad sindical	600 €

* Tribunal Supremo 21/04/10, RJ 2010/4675

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No otorgar subvenciones a un sindicato	19.763,52 € Daño material (Pérdida de subvenciones y desequilibrio económico y material)

* Tribunal Superior de Justicia Madrid 09/04/10, JUR 2010/204456

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Cambio injustificado de horario a candidato electoral	1.500 € Daño moral

* Tribunal Superior de Justicia Baleares 08/03/10, JUR 2010/196962

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Discriminación retributiva a representantes	1.500 € cada demandante (3) + 6.000 € al sindicato de daño moral

* Tribunal Superior de Justicia Canarias 26/02/10, AS 2010/2727

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Acusación falsa de robo a representante	3.000 € Daño moral (Lógica, objetiva, razonable y proporcionada)

* Tribunal Superior de Justicia País Vasco 02/02/10, AS 2010/1343

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Reducción injustificada de plantilla tras preaviso	2.000 € Daño moral (Menoscabo función sindical y afiliación e impedir una votación de la que iba a resultar claro vencedor)

* Tribunal Superior de Justicia Galicia 27/01/10, JUR 2010/126279

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Impedir asistir a las reuniones de negociación del C.C. provincial	1.264,78 € Salarios de los días que no fueron a la reunión + 1.000 € daño moral

* Tribunal Supremo 25/01/10, RJ 2010/3125

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Sustitución huelguistas	15.000 € Daño moral

6.2. Sin daños

* Tribunal Superior de Justicia Madrid 10/02/15, JUR 2015/108786

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Plan de incentivos que no tiene en cuenta el crédito horario de la Delegada	No solicita daño moral No hay daños materiales al no acreditar que los incentivos serían mayores

* Tribunal Superior de Justicia Galicia 21/01/15, JUR 2015/41943

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	Condición de Delegada	No se conceden daños por no concretar en demanda perjuicio o daño alguno

* Tribunal Superior de Justicia Navarra 22/12/14, JUR 2015/27501

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	Participación en huelga	No concede los 2.000 € solicitados como daño moral por depresión sufrida porque había sufrido ansiedad con anterioridad

* Tribunal Superior de Justicia País Vasco 23/09/14, AS 2014/2978

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Denegación crédito horario	No se conceden daños por no concretar en demanda perjuicio o daño alguno

* Tribunal Superior de Justicia Castilla y León 13/03/14, AS 2014/791

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Prohibición de acceso al centro para una asamblea a la Secretaria Sindical	No hay daños. La indemnización no es automática y no se especifica en la demanda

* Tribunal Superior de Justicia Aragón 13/12/13, AS 2014/196

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Pacto entre empresa y algunos sindicatos para nombrar a Delegados de una candidatura independiente que no es organización sindical	No hay daños. No hay prueba del perjuicio.

* Tribunal Superior de Justicia Extremadura 05/11/13, JUR 2013/345648

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	Persecución sindical	No hay daños porque no se concretan (pide 18.000 € LISOS)

* Tribunal Superior de Justicia Madrid 10/09/13, JUR 2013/356909

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Denegación de local y plaza de garaje	No hay daños. No se prueba la cantidad solicitada por alquiler local y no consta parámetro alguno para los daños morales.

* Tribunal Superior de Justicia Cataluña 22/07/13, AS 2013/3181

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Concesión a 2 sindicatos de mayor núm. de liberados de los que les corresponden	No hay daños No se aporta ningún parámetro o base de cálculo

* Tribunal Supremo 15/04/13, RJ 2013/5129

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Impedir participar en el Congreso de UGT	No hay daños No se aportan elementos objetivos para extraer el daño moral

* Tribunal Superior de Justicia Cataluña 29/01/13, AS 2013/1074

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Exclusión de sindicato de la comisión de seguimiento del acuerdo en el ERE	No hay daños. No se concretan los daños y no se conceden los honorarios de Letrado por no ser preceptivo

* Tribunal Superior de Justicia Aragón 29/06/12, AS 2012/1946

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Denegación de acceso a internet para transmitir información sindical	No se puede apreciar de oficio

* Tribunal Supremo 11/06/12, RJ 2012/9283

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Cargo sindical debidamente expulsado	No hay daños. La indemnización no es automática y no se aportan elementos objetivos evidenciadores del daño

* Audiencia Nacional 17/02/12, AS 2012/1310

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Exclusión del sindicato en la elaboración del Plan de Igualdad	No hay daños. No se acredita la existencia de perjuicio ni dato alguno.

* Tribunal Supremo 15/02/12, RJ 2012/3892

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Cambio injustificado de centro a delegado	No hay daños. El daño se repara reponiendo al actor.

* Tribunal Superior de Justicia Madrid 30/01/12, AS 2012/520

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	Afiliación a sindicato	No hay daños. No proceden porque no se justifican.

* Tribunal Superior de Justicia Castilla y León 26/01/12, AS 2012/872

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Impedir participación en la negociación colectiva al no respetar la proporcionalidad	No se dan daños. No hay detalle pormenorizado, ni prueba, ni detalle, ni se acreditan.

* Tribunal Superior de Justicia Canarias 09/11/11, JUR 2012/79790

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Modificaciones sustanciales injustificadas	No proceden daños. Los daños se resarcen al reponerle en su puesto

* Tribunal Supremo 08/06/11, RJ 2011/5331

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Sustitución trabajadores huelguistas	No proceden daños. Son solo 2 días y no se acredita sufrimiento o descrédito

* Tribunal Superior de Justicia Castilla la Mancha 09/11/10, AS 2010/3125

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Despido	Candidato electoral	No proceden daños. No hay indicios, ni pruebas

* Tribunal Superior de Justicia Madrid 21/10/10, AS 2010/3031

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	No facilitar información al Comité	No hay daños ni hay perjuicio

* Tribunal Superior de Justicia Madrid 29/06/10, AS 2010/1723

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Denegación crédito horario	No hay daños No hay datos objetivos

* Tribunal Superior de Justicia Madrid 09/06/10, JUR 2010/337615

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Denegación de local	No hay daños No se han justificado

* Tribunal Superior de Justicia Canarias 01/06/10, AS 2010/2847

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Denegación crédito horario	No hay daños No se han justificado

* Tribunal Superior de Justicia Galicia 07/05/10, AS 2010/2426

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Expulsión del centro consecuencia de ejercer tareas de vigilancia y control	No hay daños No hay prueba de los mismos

* Tribunal Superior de Justicia Cataluña 18/01/10, AS 2010/983

MATERIA	CAUSA	DAÑOS
Tutela	Denegación información	No hay daños. Ni se alegan elementos objetivos ni perjuicio alguno.





La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo más reciente

Juan Carlos Álvarez Cortés

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga*

I. INTRODUCCIÓN

Como es conocido, el art. 15 de la LOLS indica que si “el órgano judicial entendiéndose probada la violación del derecho a la libertad sindical decretará el cese inmediato del comportamiento antisindical, *así como la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas*, remitiendo las actuaciones al Ministerio Fiscal, a efectos de depuración de eventuales conductas delictivas”.

Quizás, la cuestión más polémica en mucho tiempo, aparte de la determinación o prueba de la vulneración del derecho fundamental, ha sido la referida a la reparación consiguiente de sus consecuencias jurídicas. Esto es, el cálculo de la indemnización adecuada para reparar el daño causado por la conducta atentatoria al derecho fundamental de la libertad sindical conculcado.

En el momento actual, con la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social, la reparación de una conducta antisindical puede referirse a triple plano que debería de ser valorado en la determinación del quantum de la indemnización: los daños materiales, los daños morales y los daños punitivos (a modo de prevención de futuros comportamientos antisindicales).

II. HITOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR LESIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL.

En esta materia podemos encontrarnos al menos con 4 fases o períodos distintos¹:

1. La STS de 23 de julio de 1990 (RJ 1990, 6457)

Se dictó con la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 en la que, como se sabe, no existía un proceso especial de tutela de la libertad sindical.

Por ello, dicha resolución razonaba esta cuestión aplicando de forma exclusiva el art. 15 LOLS, y en consecuencia puede destacarse de su doctrina que:

- Es importante el criterio de la instancia en la fijación de la indemnización *“discrecionalmente, que no debe revisarse en casación cuando se ajusten a los parámetros previstos en cada caso concreto...”*. De ahí, la “cierta” libertad del juzgador de instancia para fijar el quantum, siempre que el mismo no fuera irracional.

- Aunque pueda haber daños materiales, la reparación es esencialmente de naturaleza moral, pues es necesarios para resarcir la propia lesión sin que quede vacía, por ello son criterios a valorar *“las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida”*.

Podríamos decir que es una sentencia premonitoria de lo que iba a pasar 20 años después, ya que la idea de reparación de daños morales y la valoración de los mismos, es precisamente, grosso modo, lo que ocurre en la actualidad.

¹ Seguimos en esta cuestión la estructura, aunque simplificada y actualizada, realizada por, a nuestro juicio uno de los mejores trabajos al respecto, CARDENAL CARRO, M., en *La indemnización en los Procesos de Tutela de la Libertad Sindical* (Un estudio jurisprudencial del razonamiento acerca de su pertinencia), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

2. La automaticidad en la indemnización: la STS de 9 de junio de 1993 (RJ 1992, 4553)

Con la LPL de 1990, el artículo 180 LPL estableció que: “*La sentencia declarará la existencia o no de la vulneración denunciada. En caso afirmativo y previa la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera*, que será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores”.

Ese “que procediera” ha sido interpretado por algunos Tribunales como posibilidad más que como consecuencia lógica de un establecimiento de indemnización por haberse lesionado un Derecho fundamental. O sea que algunos Tribunales entendieron que pudiera o no proceder.

Pero lo cierto es que, inicialmente, la mayoría de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) anudaban a cualquier condena por lesión de la libertad sindical una respuesta indemnizatoria. Pero varias salas entendieron que no procedía la indemnización al “*no considerarse acreditados los daños morales*” (STSJ Baleares de 14 de octubre de 1992) o que con la “*victoria procesal*” ya se satisfacían los daños morales (STS Andalucía Sevilla de 16 de diciembre de 1992).

La STS de 9 de junio de 1993 (RJ 1992, 4553) resolvió en unificación de doctrina indicando que la interpretación adecuada era que el “*criterio de que declarada la violación del Derecho fundamental se presume la existencia del daño moral y nace el derecho a la indemnización del mismo*”.

Así pues, una vez acreditada la vulneración del Derecho fundamental se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente. Si se estima la lesión, ha de condenarse a indemnizar al sujeto que haya vulnerado el derecho.

Por consecuencia, declarada la violación del Derecho fundamental, se presume la existencia del daño moral y ha de nacer el derecho a la indemnización

Fue citada en multitud de ocasiones por los TSJ y hasta la condena que impuso fue repetidamente imitada. Esta sentencia ofreció el cauce para que se afirmara reiteradamente que la condena a una indemnización económica constituía una consecuencia legal del fallo estimatorio de la lesión.

3. La formulación de la doctrina más seguida, la STS de 22 de julio de 1996 (RJ 1996, 6381): rotura de la doctrina de la automaticidad de la indemnización y decenio “negro para la indemnización de daños morales”.

Esta STS de 22 de julio de 1996 va a ser la resolución “madre” de una línea jurisprudencial que ha sido consolidada por numerosas sentencias del Tribunal Supremo y, seguida, hasta la saciedad, por la doctrina menor².

Indica respecto de los artículos 15 LOLS y 180.1 LPL que del contenido de ambos “*no significa en absoluto, que basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical, para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización*”. Esto es, no hay principio de automaticidad en el establecimiento de la indemnización, a pesar de que se acredite la vulneración de un Derecho fundamental³.

Son dos los requisitos que necesariamente se extraen, según el Tribunal Supremo en esta sentencia, de los art. 15 LOLS y 180.1 LPL:

²Una visión crítica de esta doctrina puede verse en el excelente trabajo de SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., *Los efectos patrimoniales derivados de la conducta antisindical del empresario*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2004.

³Se rechaza por la doctrina científica que el demandante debiese probar que existía un daño o perjuicio (pues el mismo se presumía automáticamente con la vulneración del derecho), sino que, si acaso, lo que debía fijar, en la demanda o en el acto de juicio y en fase de conclusiones («de manera concreta y líquida» era la cuantía indemnizatoria con la que se considerase que había de ser reparado el daño, así VALLE MUÑOZ, F.A., en “La reparación de las consecuencias ilícitas del comportamiento antisindical: la indemnización procedente”, *Actualidad Laboral*, T.3, 1999, pág. 797.

- En primer lugar, *el demandante ha de alegar adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama*, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión.

- En segundo lugar, tras la correspondiente actividad probatoria, *han de quedar acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena indemnizatoria*.

Desde luego, es una interpretación “constructiva”, creadora de derecho, ya que ninguno de los preceptos hacen referencia a estos requisitos inventados ahora por el Tribunal Supremo. Ahora la demanda tiene que hacer constar una serie de datos que en no se contemplaban en la norma adjetiva y en la fase probatoria habrán de acreditarse aspectos para asentar una condena indemnizatoria.

El resultado final es que cada pleito es un escenario distinto, respecto de los que no caben extraerse reglas generales ya que en cada supuesto o pleito habrá de examinarse si la lesión merece o no la tutela resarcitoria, tras el intento de demostración por parte del demandante de la conexión causal “lesión-daños”. La actuación del letrado y la valoración subjetiva del juez de instancia de la situación (la intermediación en la prueba) serán las que determinen si puede producirse daño y si, además, éste es o no indemnizable y, finalmente, en tal caso, cuál habrá de ser la cuantía. Una verdadera carrera de obstáculos en orden a la consecución de un resarcimiento por la vulneración de un Derecho fundamental⁴.

El plano secuencial sería el siguiente⁵:

Descripción de la lesión padecida (por vulneración de la libertad sindical) => Identificación de los daños y descripción de su relación con la vulneración => Cuantificación adecuada del perjuicio padecido.

⁴ Ello vendría a dejar como única reparación, el reconocimiento por parte de la sentencia de la vulneración del Derecho fundamental, lo cual no es fácil de comprender, en sentido parecido, MELLA MENDEZ, L., en “*La reparación de los daños derivados de la conducta antisindical*”, en Trabajo y libertades públicas, (Dir. Borrajo Dacruz), La ley- Actualidad, 1999, pág. 506.

⁵ Nuevamente, CARDENAL CARRO, M., en *La indemnización en los procesos de tutela de Libertad Sindical*, op. cit., pág. 57.

Posteriormente a esta sentencia, nos encontramos con sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que han ido endureciendo las exigencias ya que, además del nexo casual, incluso llegan a solicitar a los demandantes “los aspectos fácticos que puedan haberse utilizado para realizar el cálculo del montante”. Con esos parámetros, ¿cómo se cuantifica un daño moral? Parece que los daños morales, con esta doctrina, serían imposibles de resarcir.

Está meridianamente claro que si no existe nada lesivo, no hay nada que indemnizar. Pero si se establece la existencia de un acto lesivo, se indemnizará o no dependiendo de cómo sea de exigente el juez o tribunal respecto de la prueba del daño o del cálculo de la indemnización. Es decir, se rompe el silogismo: si no hay lesión, no hay nada que indemnizar; si hay lesión, depende de la exigencia del juez en materia probatoria, para que pueda otorgarse una indemnización. Ya no es solo subjetivo, sino también puede contener altas dosis de discrecionalidad en la adopción de la resolución final.

El problema es que no existen en nuestro ordenamiento criterios legales para fijar la cuantificación, ni tampoco se han establecido por la doctrina del Tribunal Supremo.

Por ello, en numerosas ocasiones, el TS y el resto de los tribunales, indican que no se ha alegado ni probado perjuicio alguno derivado de la conducta antisindical por lo que se desestima la indemnización pedida.

Desde luego, una interpretación tan severa lo que tiene como consecuencia es beneficiar al infractor ya que la lesión de un Derecho fundamental no tendrá coste para él y le permitirá reincidir en esta situación.

Finalmente, frente a esta severidad, el Tribunal Supremo ha dictado sentencias en ocasiones en las que ha demostrado la discrecionalidad más absoluta. La STS de 8 de junio de 2001 (RJ 2001, 5503) ante la impugnación de una condena a indemnizar a un sindicato que fue excluido de una comisión negociadora basada en que tal fijación se produjo “sin prueba alguna para ello”, el Alto Tribunal quiebra la doctrina tradicional eludiendo el debate sobre lo pedido, para aducir que “*los daños morales son patentes*” y parece extraerlos y justificarlos a partir de lo recogido en la resultancia fáctica del proceso, aduciendo además que tales “*consisten en el daño sufrido por la imagen del sindicato*”. Esa “notoriedad” en los daños, rebaja la exigencia de prueba

de los daños para la fijación de la indemnización. Pero nuevamente, ¿cuándo y para quién algo es notorio?⁶

4. La STC 247/2006 de 24 de julio de 2006, ¿un nuevo panorama?

4.1. El contenido de la STC 247/2006

Lo cierto es que esta sentencia del Tribunal Constitucional no cuestiona la doctrina del Tribunal Supremo respecto de las indemnizaciones por vulneración de libertad sindical y entiende que la misma no debe de ser automática. Pero si lleva consigo algunas consideraciones que han de tenerse en cuenta 5 aspectos, algunos de ellos ya aplicados por los Tribunales ordinarios:

a) La instancia es la que ha de determinar la cuantía de la indemnización. Se reconoce, como ya lo hacían los tribunales ordinarios, a la instancia como sede de determinación de la cuantía de la indemnización por la lesión del derecho a la libertad sindical. Evidentemente, con las limitaciones establecidas por la propia doctrina: existe un desajuste total o un arbitrario proceder; si la cuantía fuese ilógica por irrazonable; haya una notoria desproporción entre el daño y la compensación económica fijada; etc.

⁶Tras la etapa de la STS de 22 de julio de 1996, la mejor doctrina ha indicado que hubo otra etapa posterior: “En una tercera etapa, el TS consolida este criterio de la desconexión entre lesión sindical y daño, con la prueba adicional en el proceso de los perjuicios causados al demandante, endureciendo cada vez más los requisitos probatorios de la acreditación del daño (por todas, SSTS de 2 de febrero de 1998, de 16 de marzo de 1998, de 28 de febrero de 2000, de 23 de marzo de 2000, de 8 de junio de 2001, de 11 de abril de 2003, de 21 de julio de 2003, de 15 de diciembre de 2003, de 23 de diciembre de 2003, de 6 de abril de 2004, de 2 de octubre de 2007, de 11 de febrero de 2009, de 21 de septiembre de 2009, de 30 de noviembre de 2009, de 12 de mayo de 2010 o de 7 de marzo de 2011). Esta tesis jurisprudencial será acogida por los Tribunales Superiores de Justicia con heterogeneidad y cierto recelo, abriendo dos líneas jurisprudenciales: una fundamentada en la acreditación del daño con criterios restrictivos y otra más favorable a la automatización utilizando, sobre todo, el daño moral –imagen y prestigio sindical– como el fundamento de las indemnizaciones. Línea esta última también presente el algún pronunciamiento del Tribunal Supremo (como las SSTS de 24 de junio de 2009, de 30 de noviembre de 2009 o de 7 de marzo de 2001), cuando se asocia las conductas antisindicales a los daños en la imagen del sindicato y al desprestigio, desánimo y desgaste sindical; así SALA FRANCO, T. y LAHERA FORTEZA, J., en *Las indemnizaciones a favor de las empresas y de los trabajadores en el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 88 y 89.

b) La falta de motivación en la revocación por parte del Tribunal *ad quem*, lo que podría ser extensible a la negación de una indemnización, afecta a la tutela judicial efectiva. Esto es, se produce la anudación de la tutela judicial efectiva a la denegación de la indemnización no motivada. Y ello porque se reconoce que se vulnera el derecho fundamental a tutela judicial efectiva por falta de motivación de la causa de revocación de la indemnización establecida por la instancia si no se motiva suficientemente o razonablemente en el sentido de no haber aportado al proceso *“los elementos necesarios para sustentar la condena indemnizatoria”*.

c) Las bases y elementos clave para sustentar la condena indemnizatoria pueden venir extraerse de la LISOS, según el Tribunal Constitucional, siguiendo la tesis mantenida por el recurrente de amparo y que sufrió la vulneración de su derecho. Desdentado Bonete está en contra de esta posibilidad, porque *“la compensación de un daño, por muy moral que sea, no puede establecerse en función de la sanción punitiva prevista para la conducta del infractor”*⁷.

d) Pueden cuantificarse los daños morales en virtud de los hechos probados. Evidentemente, los daños materiales o patrimoniales son perjuicios económicos perfectamente contables o valuables. Pero los daños morales son de más difícil cuantificación, como la imagen o la dignidad (el honor, la credibilidad, maltrato, afectación psicológica, etc), pero cuya realidad no puede negarse. Para ello podrán tenerse en cuenta los hechos probados para la fijar la indemnización y, entre otras cuestiones:

⁷ En “Lesión de libertad sindical e indemnización de los daños morales (Otra discrepancia entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo), La Ley, Año XXVIII. Número 6689. Martes, 10 de abril de 2007, además continúa diciendo: “Esto tiene el riesgo de confundir la función de reparación con la función represiva, abriendo la puerta de las indemnizaciones punitivas en concurrencia con el régimen de sanciones penales y administrativas con el consiguiente riesgo de infracción del principio non bis in idem, si el infractor ha sido ya sancionado con la misma multa que ahora se toma como elemento decisivo de cálculo para fijar la indemnización. Hubiera sido más razonable detenerse en la falta de motivación y devolver el asunto al TS para que dictase otra sentencia. No se ha hecho así, con lo que se podría estar abriéndose la vía para solicitar indemnizaciones punitivas por daños morales en los procesos de tutela en eventual concurrencia con las sanciones administrativas o penales. Es muy fácil: basta pedir como reparación el importe que la LISOS prevé para la multa. Pero, ¿es esto correcto?”.

- Cómo se desarrollaron o en qué consistieron
- Intensidad
- Duración
- Gravedad
- Su plasmación en la esfera de sus derechos y en los intereses que representa

En cierto modo, venía a aplicar las reglas de los *Principles of European Tort Law* que ya venían recogiendo en la doctrina de la Sala I del Tribunal Supremo.

f) Finalmente, y a mi juicio lo más importante, la nulidad simplemente no sirve para reparar la conducta antisindical, así la conculcación de un Derecho fundamental no puede ser gratuita. Por ello, constatar un comportamiento lesivo y limitar los efectos del procedimiento de tutela a la mera declaración de nulidad de la conducta antisindical “no puede considerarse suficiente para reparar el derecho lesionado, que queda de este modo desprotegido dada la nimiedad de la reparación otorgada y su clara desproporción con la lesión sufrida, lo que torna en estéril su denuncia en un proceso judicial y en prácticamente gratuita su conculcación”. Se introduce por primera vez la idea de “daños punitivos”, típica del Derecho anglosajón, en la determinación de las posibles indemnizaciones por la violación de un Derecho fundamental.

En definitiva, podría decirse que la STC 247/2006 asume, así, en conductas antisindicales, la dificultad de probar el perjuicio causado y su cuantificación monetaria cuando están en juego daños morales relacionados con la imagen, el prestigio y la oportunidad de la acción del sindicato, pero aunque “no recupera el inicial automatismo entre lesión del Derecho fundamental y daño pero si incorpora matices importantes, desde le punto de vista de la tutela judicial efectiva, que reconsideran las tesis más restrictivas del Tribunal Supremo en los procesos de vulneración de la libertad sindical con reparación de un daño”⁸.

⁸ Como indican, nuevamente, SALA FRANCO, T. y LAHERA FORTEZA, J., en *Las indemnizaciones a favor de las empresas y de los trabajadores en el contrato de trabajo*, op. cit., pág. 89

4.2. Los efectos de la STC 247/2006 en la posterior doctrina⁹.

Como se dijo anteriormente, esta sentencia del Tribunal Constitucional no cuestionó la doctrina del Tribunal Supremo respecto de las indemnizaciones por vulneración de libertad sindical y entiende que la misma no debe de ser automática.

Pero sí se ha reflejado en doctrina posterior ya que con independencia de la cuantía finalmente reconocida, el derecho a una indemnización reparadora de los daños, materiales y morales sufridos por la conducta antisindical resulta, en ocasiones imprescindible para lograr el completo resarcimiento del daño causado vid, SSTS de 12 diciembre 2007 (RJ 2008\3018); de 12 mayo 2010 (RJ 2010, 5254) y de 7 marzo 2011 (RJ 2011, 3111).

- La STS de 24 octubre 2008 (RJ 2008\7399) exigía al demandante, a pesar de la dificultad de ofrecer un cálculo exacto de la cuantía indemnizatoria una mínima base objetiva que la sustente, más allá de una simple e insuficiente referencia a la “vejación humillación y sufrimiento” que la conducta lesiva le supuso al actor. Esta idea se recoge en una importante posterior sentencia de 15 de abril de 2013, a la que posteriormente haremos referencia específica.

- La STS de 15 diciembre 2008, tras remitirse a la doctrina constitucional fijada por la sentencia STC 247/2006, reconoció como criterios o parámetros suficientes para estimar la indemnización la referencia a la LISOS de forma “prudencial”.

- La STS de 6 de abril de 2009 RJ 2009\2616 estableció que hacía imposible la determinación de la indemnización la no acreditación de las bases en la demanda que permitan fijar la indemnización ni la existencia de un daño específico ni la valoración de otros elementos que sirvan para evitar la falta de motivación a la que se refería la STC 247/2006.

- La STS de 24 junio 2009 RJ 2009\6061 estableció las bases de la indemnización por daños morales, al modo que lo hizo la STC

⁹ Sobre el tema, in extenso, véase MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la STC 247/2006, de 24 de julio”, Rev. Dereito, Vol. 22, nº 245-263, 2013, pág. 13 y sigs..

247/2006, por lo que se “concreta en el desprestigio que causa a los sindicatos convocantes, el desánimo y desgaste psicológico de los afiliados, cuando el ejercicio del derecho no tiene las consecuencias que pretende, precisamente por la evidente actuación de la empresa en impedir el ejercicio del derecho al no atenerse a lo resuelto por la autoridad en cuanto a los servicios mínimos”. También, en este sentido, la Sentencia de 30 noviembre 2009 RJ 2009\8029.

- La STS de 7 marzo 2011 (RJ 2011, 3111) aplicó claramente la doctrina de la STS de 22 de julio de 1996, pero con matices: “la denegación sin motivación razonable de cualquier indemnización a un trabajador que ha sufrido (...) un comportamiento lesivo de su derecho de libertad sindical de la índole, intensidad, reiteración y duración en el tiempo del analizado, limitando los efectos del proceso de tutela a la declaración de nulidad de la conducta vulneradora, no puede considerarse suficiente para lograr una reparación real y efectiva del derecho fundamental vulnerado, que queda por ello desprotegido”.

- La STS de 11 junio 2012 (RJ 2012\9283) se reconoció la influencia de la STC 247/2006 en la redacción del art. 183.2 de la LRJS.

Algo parecido, pero de forma más dispar, se produce en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia.

III. LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO MÁS RECIENTE

1. La LRJS.

La Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción social incorporó a su texto parte de la doctrina emanada por la STC 247/2006 y también de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de indemnización de daños por vulneración de la libertad sindical¹⁰.

¹⁰Así, LAHERA FORTEZA, J, indica que el artículo 173.2 LJS recoge “los matices del TC y la línea jurisprudencial de los TSJ propicia a aceptar la presencia de daños morales de complicada prueba concreta en las conductas antisindicales”, en “Las acciones de indemnización de daños por vulneración de la libertad sindical tras la Ley 36/2011 de Jurisdicción Social”, Relaciones Laborales, nº 8, 2012.

Evidentemente, este procedimiento previsto para dilucidar los pleitos basados de forma única en vulneración de Derechos fundamentales, ha sido modificado en lo que nos interesa, en las siguientes cuestiones:

a) Respecto de la tramitación, ex art. 179.3 LRJS, en la demanda, además de los requisitos generales, se deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador.

Como puede verse, la indemnización ha de ser acorde a la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, con la salvedad de los daños morales (cuando resulte su estimación detallada). Deberá pues establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño (como postulaba la STC 247/2006) o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador (como recogía la STS 22 de julio de 1996).

b) Pues bien, de forma muy similar al art. 180 LPL, la sentencia tiene una parte declarativa compleja, declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, la nulidad radical de la conducta antisindical y, en su caso, el cese inmediato de la misma, según las pretensiones concretamente ejercitadas (ex art. 182) pero además: dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera.

Evidentemente, esta indemnización “que procediera”, ha de interpretarse, con el art. 183 LRJS, sobre la indemnización correspondiente, ya que el uso del subjuntivo podría lugar a una dudosa interpre-

tación ya que, como con la ocurrió con la interpretación del anterior art. 180.1 LPL, los Tribunales interpretaron que la indemnización que “procediera”, como “en su caso, por lo que podría, también, “no proceder”.

c) Por ello es fundamental enlazar este precepto con el art. 183 LRJS, que se refiere a la indemnización:

- En el caso de que se declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. Esto es, si hay vulneración, imperativamente, el Juez se pronunciará sobre la cuantía de la indemnización por daños morales como, ahora sí podría interpretarse, en su caso de los daños materiales que existieran y se probaran.

- El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño (nuevamente, reflejo de la doctrina de la STC 247/2006).

No se trata de una indemnización, pues, automática (STS 22 de julio de 1996) pues exige cierta prueba. Aunque el segundo apartado, dirigido quizás a los daños morales, parece establecer una cuantía semiautomática.

2. La doctrina más reciente: cuatro sentencias recientes de referencia.

2.1. La STS de 15 de abril de 2013

Se trataba de una afiliada a UGT que pide indemnización por daños y perjuicios por limitación al acceso a un Congreso Provincial y, con ello, vulneración de su libertad sindical. Aunque el JS de Huelva

entendió que no hubo vulneración, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, revocó dicha sentencia y entendió que hubo vulneración y estableció la indemnización en 12.000 euros.

Replica otra sentencia, la STS de 11 de junio de 2.012 (recurso 3336/2011) en la que se resolvió sobre la similar reclamación planteada por otro afiliado al Sindicato con motivo de hechos semejantes ocurridos en las mismas fechas y Congreso.

Se recuerda que la doctrina de la Sala no permite la “automaticidad de la indemnización” y para que se indemnice por la violación de un derecho, en aplicación de la doctrina de la STS de 22 de julio de 1996, “es precisa la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se basa el cálculo, y que los mismos resulten acreditados”.

Pero lo verdaderamente importante es la motivación, anula la STS de Andalucía porque estableció la indemnización por daños morales sin que la demandante determinara los parámetros para fijar los daños morales, esto es, “sin detalle alguno explicativo y en indebida sustitución de la actividad alegatoria y probatoria que correspondía indudablemente a la actora”. En cierto modo, aplica la misma doctrina de la vulneración tutela judicial efectiva por falta de motivación en el recurso de suplicación que cambió el criterio de la instancia, en cierto paralelismo a lo que ocurrió con la STC 247/2006: si la sentencia de suplicación establecía o cambiaba la cuantía de la indemnización por vulneración de la libertad sindical había de motivar por qué lo hacía así.

2.2. La STS de 17 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 8473)

Se está convirtiendo en la referencia de muchas otras posteriores, ya que ajusta la doctrina a lo establecido en la LRJS. Es posible que sea la nueva “madre” de la línea jurisprudencial. Indicándose que la LRJS en la modalidad procesal de Tutela de Derechos fundamentales, “articula un sistema indemnizatorio en caso de violación de derechos fundamentales, con la pretensión de clarificar su problemática, dando pautas para la fijación del importe indemnizatorio, en especial, en cuanto se refiere a los daños morales.”

Especialmente, porque esta redacción “tratándose especialmente de daños morales, de difícil determinación y prueba por su propia

naturaleza, y acorde con la jurisprudencia constitucional, ha flexibilizado la interpretación que de tales extremos se venía efectuando por un sector de la jurisprudencia ordinaria”.

De la misma, pueden obtenerse las siguientes conclusiones (FJ 6º)

- La vulneración de un derecho fundamental lleva aparejada un daño moral. O en palabras de la sentencia: “Los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental y que tratándose de daños morales cuando resulte difícil su estimación detallada deberán flexibilizarse, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización”

- La indemnización forma parte del fallo para resarcir íntegramente el derecho vulnerado. La sentencia que otorgue el amparo deberá “disponer, entre otros extremos, la reparación de las consecuencias de la infracción del derecho o libertad fundamental incluyendo expresamente la indemnización, con lo que la indemnización forma parte integrante de la obligación de restablecimiento en la ‘integridad’ del derecho o libertad vulnerados”.

- En coherencia con lo anterior, o reiterando, el juez ha de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización del daño moral vinculado a la vulneración del derecho fundamental. Así pues, el art. 183.1 LRJS reitera “los principios del deber judicial de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, así como de la esencial vinculación del daño moral con la vulneración del derecho fundamental”.

- Si la prueba del daño es difícil o costosa, el juez tiene la facultad de determinar prudentemente la indemnización. El daño sobre cuyo importe debe pronunciarse “necesariamente” el Tribunal, se atribuye a éste, tratándose especialmente de daños morales (“cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa” ex art. 179.3 LRJS), la facultad de determinándolo prudencialmente, así como, con respecto a cualquier tipo de daños derivados de vulneraciones de derechos fundamentales o libertades públicas, flexibilizando, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización.

- El importe de la indemnización ha de ser suficiente tanto para la reparación íntegra como para evitar o prevenir futuros compor-

tamientos dañinos por contrarios a los derechos fundamentales. Por ello, y en palabras del Tribunal Supremo, se preceptúa que el importe indemnizatorio que se fije judicialmente debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra, esto es, para resarcir a la víctima y para restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño, es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y de prevención.

2.3. La STS de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015, 762)

Se trata de un asunto de una liberada de CIGA a la que el BBVA ni le reconoce la condición de representante sindical ni tampoco el correspondiente crédito horario.

Por fin, el Tribunal Supremo entona el mea culpa, “ha de reconocerse que la doctrina de la Sala” en orden al establecimiento de indemnizaciones por vulneración de la libertad sindical, “no ha tenido la uniformidad que sería deseable”, pasando de una inicial fase de concesión automática, a una posterior exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena.

Reconoce que, “en los últimos tiempos esta doctrina de la Sala también ha sido modificada”, en primer lugar atendiendo al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral por dos motivos:

- La aplicación de criterios internacionales (PETL y UNIDROIT) según Sala I. Como se sabe, el Grupo Europeo de Responsabilidad Civil (Grupo Tilburg) realiza estudios para conseguir la armonización del derecho de daños y responsabilidad civil a nivel europeo. Sus Principles of European Law Tort, art. 10.301, establecen la indemnización de daños no patrimoniales (daños a la dignidad o a derechos y libertades) y para cuantificarlos se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso “incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño”, como indicó la STC 247/2006. Es posible que esta sea la clave futura de la determinación de la cuantía de la indemnización de los daños morales: o bien la justicia de la Unión Europea nos enseña el camino o bien hemos de aprender de experiencias comparadas.

- Y, también, más bien sobre todo, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el art. 179.3 LRJS precepto para el que la exigible identificación de “circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada” ha de excepcionarse “en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada”.

Evidentemente, el orgullo del Tribunal (¿o fue un despiste?) hizo que se le olvidara incluir en ese “criterio aperturista” la llamada de atención del Tribunal Constitucional a través de la STC 247/2006.

2.4. La STS de 11 de febrero de 2015.

Hasta el momento, que conozcamos, es la que establece la indemnización más alta por daños morales (100.000 euros). Se trata de la vulneración del derecho a la huelga, ligado a la de libertad sindical (por la convocatoria) por un grupo de prensa e impresión, El País, que adoptó decisiones para anular o minimizar el impacto de la huelga convocada por CCOO.

A mi juicio, lo importante de esta sentencia está en las bases para justificar la indemnización impuesta a través del daño moral causado por la vulneración de los derechos fundamentales. Y para ello habla de la “Gravedad, reiteración y otras circunstancias”, como se hacía en la STC 247/2006, y llega hablar de “Repudio social, transgresión del DF, salvaguarda ejercicio de derechos fundamentales.” Y más concretamente de:

- Gravedad de la conducta
- Intensidad de la misma
- Reiteración de la conducta
- Número de trabajadores afectados
- Efecto social que produjo
- Descrédito y pérdida de confianza de los sindicatos

Desde luego, puede ser una buena base para que los abogados puedan aquilatar en sus demandas (y puedan aportar documentación probatoria para justificar tales daños morales) la cuantificación de la indemnización solicitada.

Anexo: Sentencias 2014-2015 más significativas

- a) Motivos de lesión a la libertad sindical
- b) Determinación de la indemnización por el juez de instancia
- c) Aplicación de doctrina
- d) Fijación de bases para la determinación de la indemnización
- e) Sindicatos afectados
- f) Tipos de empresas

a) Motivos de lesión a la libertad sindical

** Denegación del crédito horario*

- STS de 17 junio de 2014, JUR\2014\221105
- STS 5 febrero de 2015 RJ\2015\895
- STS de 2 febrero de 2015 RJ\2015\762
- SAN de 22 septiembre de 2014, JUR\2014\237331.
- SAN de 30 junio de 2014, JUR\2014\190089.
- SAN de 27 noviembre de 2014 JUR\2014\285991
- STSJ Islas Canarias, Las Palmas de 2 septiembre 2014 AS\2015\153
(de los delegados de prevención que no son miembros del comité)
- STSJ de Andalucía, Sevilla de 13 marzo de 2014, AS\2014\1154
(Acumulación y cesión del crédito horario)
- STSJ de Murcia de 24 marzo de 2014, JUR\2014\99214,
(Sanción a trabajador por no justificar crédito horario, aunque no hace referencia a indemnización)

** Denegación del derecho a la información*

- STS de 8 julio de 2014, JUR\2014\230430
- STS de 14 marzo de 2014 RJ\2014\2522.
- SAN de 27 mayo de 2014 AS\2014\1240.
(envíodeinformaciónsindicalatravésdelascuentasdecorreo deRTVEporCGT)

** Falta de reconocimiento del delegado/a sindical o de los representantes de los trabajadores*

- STS de 2 febrero 2015 RJ\2015\762
- SAN de 22 septiembre de 2014, JUR\2014\237331.
- SAN de 27 noviembre de 2014 JUR\2014\285991
- STSJ Cataluña Tribunal de 6 mayo de 2014, JUR\2014\180881
- STSJ de La Rioja, de 30 mayo 2014 JUR\2014\183750
- STSJ País Vasco de 11 marzo 2014AS\2014\1592
- STSJ de Madrid de 2 octubre de 2014 AS\2015\277

** Huelga y libertad sindical*

- STS de 11 de febrero de 2015

- * Reducción salarial a los representantes de los trabajadores
 - STSJ Cataluña Tribunal de 6 mayo de 2014, JUR\2014\180881
 - STSJ de Galicia de 4 febrero 2015 AS\2015\518
 - STSJ de Madrid de 8 enero de 2015 AS\2015\737
 - STSJ Madrid de 17 noviembre de 2014 AS\2014\3164
(Miembro de la CIVEA liberado que se reincorpora a su puesto en China y dejan de pagarle el complemento de vivienda)

- * Despido por funciones sindicales
 - STSJ de Madrid de 25 abril de 2014, JUR\2014\134454
Despido por presentarse como candidato a unas elecciones
 - Sentencia JS de Cáceres de 7 julio 2014 AS\2014\2039

- * Expulsión de un afiliado sin procedimiento sancionador
 - STSJ Cantabria de 30 julio 2014, JUR\2014\225344

- * Múltiples vulneraciones o represalias:
 - STSJ de Galicia de 30 mayo de 2014 JUR\2014\207795 No crédito horario, descuentos indebidos, sanciones empresariales, cambios de turnos
 - STSJ de Galicia de 29 julio de 2014 JUR\2014\221190 Falta de ocupación efectiva, degradación de funciones
 - STSJ de Aragón de 24 octubre de 2014 AS\2014\3133 Represalia a un representante amortizando una plaza para que no pudiera cubrir la por concurso de traslado
 - Juzgado de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria Sentencia de 15 septiembre 2014 JUR\2014\273071 Represalia a un miembro del comité por participar en una manifestación

- * Realización de Asamblea de trabajadores por la empresa solapando otra celebrada por los representantes de los trabajadores e impidiendo entrar en la misma para informarse a alguno de ellos.
 - STSJ Cataluña de 25 de abril de 2014 JUR\2014\153020

- * “Pelea sindical”, la mayoría de los miembros del Comité impiden al resto de candidatos acudir a la constitución del mismo
 - STSJ Islas Canarias, Las Palmas de 30 septiembre 2014 AS\2014\3278

- * Por no negociar
 - Juzgado de lo Social de Barcelona de 21 febrero de 2014 AS\2014\1052
Negativa a sentarse a negociar un nuevo convenio
 - Sentencia JS nº 19 de Barcelona de 16 febrero 2015 AS\2015\410
Facultad de negociar las condiciones de trabajo de un determinado colectivo de Directores y Técnicos
 - Juzgado de lo Social de Santa Cruz de Tenerife de 2 julio de 2013 AS\2014\2860 Pacto secreto con la empresa por parte de un sindicato para liberar a tres miembros del Comité de Empresa, frente a otro sindicato que no ostenta la mayoría.

b) Determinación de la indemnización por juez de instancia “de forma prudente”

- STS de 17 junio 2014, JUR\2014\221105
- STS de 14 marzo 2014 RJ\2014\2522
- STS de 8 de julio de 2014 (RJ 2014, 4521)
- STS 30 de abril de 2014
- STSJ Cantabria de 30 julio 2014, JUR\2014\225344
- STSJ de Andalucía, Sevilla de 13 marzo de 2014, AS\2014\1154
- STSJ de Madrid de 25 abril de 2014, JUR\2014\134454
- STSJ de Galicia de 29 julio de 2014 JUR\2014\221190
- STSJ de Galicia de 30 mayo de 2014 JUR\2014\207795
- STSJ de La Rioja, de 30 mayo 2014 JUR\2014\183750
- STSJ de Andalucía, Málaga de 22 mayo 2014 JUR\2014\196058 de forma prudente sin que sea necesario aplicar la LISOS.
- STSJ País Vasco de 11 marzo 2014 AS\2014\1592
- STSJ de Galicia de 4 febrero 2015 AS\2015\518
- STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife de 30 diciembre de 2014 JUR\2015\91906 no se aplica la LISOS sino la prudencia ya que no hay un designio antisindical manifiesto y no puntos de apoyo o indicios para cuantificación del daño”
- STSJ Cataluña Tribunal de 6 mayo de 2014, JUR\2014\180881 en aplicación de la LISOS
- STSJ de Aragón de 24 octubre de 2014 AS\2014\3133
- Juzgado de lo Social de Barcelona de 21 febrero de 2014 AS\2014\1052
- Juzgado de lo Social de Santa Cruz de Tenerife de 2 julio de 2013 AS\2014\2860

Citadas:

- STS de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3368) LA MÁS REFERIDA
- STS de 25 de enero de 2010 (RJ 2010, 3125) (Rec. Cas. 40/2009)
- STS de 16 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2993)
- STS de 12 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 2876)

*** Determinación daños morales en la aplicación de la LISOS**

- STC 247/2006
- STS de 8 julio 2014, JUR\2014\230430
- STS de 2 febrero 2015 RJ\2015\762
- STS de 11 de febrero de 2015
- STS 30 de abril de 2014
- STSJ Cataluña Tribunal de 6 mayo de 2014, JUR\2014\180881
- STSJ Cataluña de 25 de abril de 2014 JUR\2014\153020
- STSJ de Madrid de 2 octubre de 2014 AS\2015\277
- Sentencia JS nº 19 de Barcelona de 16 febrero 2015 AS\2015\410
- Juzgado de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria Sentencia de 15 septiembre 2014 JUR\2014\273071 Aplica la LISOS con matizaciones ya que fue un solo acto de muy corta duración (mandar a limpiar de pegatinas la pared a un oficial de segunda)

Efecto de Tesis Desdentado:

- SAN de 30 junio de 2014, JUR\2014\190089: PERO DE FORMA MATI-

ZADA O MODERADA” TESIS DE DESDENTADO “Ello no obsta a que, aunque no estamos ante un sistema de indemnizaciones punitivas, de tipo anglosajón, sino restauratorias del derecho o bien jurídico perdido, también debe considerarse bajo el nuevo régimen legal, de acuerdo con la citada doctrina del Tribunal Supremo, la “finalidad de prevenir el daño”, con efectos por tanto disuasorios de futuro”

- SAN 27 mayo de 2014 AS\2014\1240 De forma matizada
- **Sentencia Juzgado de lo Social de Cáceres de 7 julio 2014AS\2014\2039**
No aplica la LISOS por la tesis de Desdentado, “Se ha de calcular esta según la entidad del perjuicio causado no aplicando analógicamente la norma sancionatoria que cuantifica multas que han de ingresarse en el tesoro público”
Citadas: STS de 5 de febrero de 2013, recurso 89/2012 SSTS 15/02/12 (RJ 2012, 3894) -rco. 67/11 -; y 08/07/14 (RJ 2014, 4521) -rco 282/13 -).

*** Corrección al juez de la instancia**

- STSJ de Madrid de 8 enero de 2015 AS\2015\737
“por error notorio y evidente” en la fijación de los daños materiales
- STSJ de Madrid de 2 octubre de 2014 AS\2015\277
“no es posible admitirlo como razonable y lógico” (lo que la empresa se ha ahorrado en horas sindicales)
- STSJ Islas Canarias, Las Palmas de 2 septiembre 2014 AS\2015\153
“resulta extravagante por irrisoria y desproporcionada” y la eleva de 150 a 1250 para cada representante.
- **Sentencia Juzgado de lo Social de Cáceres de 7 julio 2014AS\2014\2039**

c) Aplicación de doctrina anterior

*** Aplicación doctrina de la STS 22 de julio de 1996**

- STS de 11 de febrero de 2015 “No ha sido afectada por la STC 247/2006” (aun así la sigue en fijación cuantía)
- STSJ Cantabria de 30 julio 2014, JUR\2014\225344 “No ha sido afectada por la STC 247/2006”
- STSJ Cataluña Tribunal de 6 mayo de 2014, JUR\2014\180881
- STSJ de Andalucía, Sevilla de 13 marzo de 2014, AS\2014\1154
- STSJ de Galicia de 4 febrero 2015 AS\2015\518
- STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife de 30 diciembre de 2014 JUR\2015\91906
- STSJ de Aragón de 24 octubre de 2014AS\2014\3133
- STSJ de Madrid de 2 octubre de 2014 AS\2015\277

*** Aplicación de la STC 247/2006**

- STS de 11 de febrero de 2015
- STS de 5 de febrero de 2013, recurso 89/2012
- SAN de 22 septiembre 2014, JUR\2014\237331
- SAN de 27 mayo 2014 AS\2014\1240
- STSJ de Aragón de 24 octubre de 2014AS\2014\3133

*** Aplicación de la STS de 15 de abril de 2013**

“no se han proporcionado elementos objetivos en la demanda de los que pueda extraerse el daño moral que a la actora le hubiera producido”

- STSJ Cataluña Tribunal de 6 mayo de 2014, JUR\2014\180881
- STSJ de Aragón de 24 octubre de 2014 AS\2014\3133

*** Aplicación de la STS de 17 de diciembre de 2013**

- STS de 5 febrero 2015 RJ\2015\895
- SAN de 22 septiembre 2014, JUR\2014\237331
- SAN de 27 mayo de 2014 AS\2014\1240
- SAN de 27 noviembre de 2014 JUR\2014\285991
- JS de Las Palmas GC Sentencia de 15 septiembre 2014 JUR\2014\273071
- JS de Santa Cruz de Tenerife de 2 julio de 2013 AS\2014\2860

*** Aplicación de la STS de 9 de diciembre de 1993 con matices**

Juzgado de lo Social de Barcelona de 21 febrero de 2014 AS\2014\1052

Matizando con la doctrina de las SSTS de 20 de enero de 1997 (RJ 1997, 620) y 2 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1251) alegando en la demanda indicios o fundamentos que apoyen su pretensión.

*** Bases siguiendo a la STC 247/2006**

- STS de 14 marzo 2014 RJ\2014\2522
- El perjuicio para la actividad sindical en defensa de los trabajadores dado el contenido de la información solicitada y denegada, y más, si tenemos en cuenta la falta de funcionamiento del Comité de Empresa.
- La reiteración del comportamiento empresarial.
- La existencia de resoluciones judiciales anteriores en las que CORREOS ya había sido condenada por idéntica situación"
- STS de 11 de febrero de 2015.
"Gravedad, reiteración y otras circunstancias" Repudio social, transgresión del DF, salvaguarda ejercicio de derechos fundamentales.
- Gravedad de la conducta
- Intensidad de la misma
- Reiteración de la conducta
- Número de trabajadores afectados
- Efecto social que produjo
- Descrédito y pérdida de confianza de los sindicatos

- SAN de 30 junio, JUR\2014\190089

En este caso hay que valorar:

- a) Que la demandada no ha hecho manifestación alguna de oposición a la valoración del daño por el demandante ...
- b) Que no obstante la cuantía solicitada abarca todo tipo de daños incluidos los materiales y éstos están sometidos a su contrastada identificación y acreditación, lo que no se ha llevado a cabo.
- c) Que sí se han demostrado diversas prácticas contrarias al ejercicio del derecho, las referidas en los hechos probados, habiéndose llegado incluso a sancionar a un representante por incumplir las normas establecidas unilateralmente por el empresario sobre el preaviso
- d) Que no se han aportado razones por la empresa con una mínima verosimilitud sobre la eventual justificación de la limitación del derecho introducida, debiendo atenderse también a la finalidad disuasoria de la indemnización

- En sentido parecido, SAN de 27 mayo 2014 AS\2014\1240
- STSJ País Vasco de 11 marzo 2014AS\2014\1592
- Doble despido
- Oposición a la readmisión en ejecución provisional
- diversas negativas a reconocerlo como delegado sindical
- limitación del ejercicio de la libertad sindical.

- STSJ de Galicia de 4 febrero 2015 AS\2015\518
- condenada la empresa por vulneraciones anteriores (reincidencia)
- pérdidas económicas
- tener que acudir a un procedimiento
- sufrimiento durante un largo período de tiempo
- prevenir una futura conducta antisindical

- Sentencia Juzgado de lo Social de Cáceres de 7 julio 2014AS\2014\2039
Innegable perjuicio por la afiliación o empatía a CCOO, represalia automática y amilanante (despido) “El sindicato ve comprometida muy seriamente su posibilidad de implantación legítima pues ningún obrero, menos en las circunstancias actuales, desea jugarse el puesto de trabajo.” Y SOLO PONE 2000 euros, frente a los 12.000 pedidos.

- Sentencia Juzgado de lo Social de Santa Cruz de Tenerife de 2 julio de 2013 AS\2014\2860
“al nombrar a liberados de un sindicato frente a otro, de forma discrecional, se produce una posición de desventaja pues este último, al contar con tres liberados en el centro de trabajo, despliega un mayor protagonismo sindical sin tener derecho a ello y desequilibrando y lastrando ilegitimamente la actividad sindical en el seno de la empresa”

- * Menoscabo de imagen y privación de medios para realizar actividad sindical

- STS de 17 junio de 2014, JUR\2014\221105
- STS de 2 febrero de 2015 RJ\2015\762
- SAN de 22 septiembre de 2014, JUR\2014\237331
- SAN de 27 noviembre de 2014 JUR\2014\285991
- STSJ de Andalucía, Sevilla de 13 marzo de 2014, AS\2014\1154, solo menoscabo de imagen del sindicato CGT

- * Los daños patrimoniales o materiales han de justificarse

- STS de 5 febrero 2015 RJ\2015\895
- SAN de 22 septiembre 2014, JUR\2014\237331
- SAN de 27 noviembre de 2014 JUR\2014\285991
- STSJ de Andalucía, Sevilla de 13 marzo de 2014, AS\2014\1154
- STSJ de Andalucía, Málaga de 22 mayo 2014 JUR\2014\196058
- STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife de 30 diciembre de 2014 JUR\2015\91906

- * No procede incluir en los daños materiales los honorarios de abogados, solo por condena en costas

- STSJ de Andalucía, Sevilla de 13 marzo de 2014, AS\2014\1154
- Juzgado de lo Social de Barcelona de 21 febrero de 2014 AS\2014\1052

Citan: SSTS de 4 de abril de 2007, RJ 2007, 3171; STS 16 de enero de 2008, RJ 2008, 460; STS 11 de mayo de 2012, RJ 2012, 8120

*** Para los daños morales es necesario una prueba de indicios o puntos de apoyo suficientes**

- *STSJ Cantabria de 30 julio 2014, JUR\2014\225344 "daño a la propia imagen"*
- *Juzgado de lo Social de Barcelona de 21 febrero de 2014 AS\2014\1052 DAÑOS MORALES DE ACREDITACIÓN AUTOMÁTICA*
- *STS de 2 febrero 2015 RJ\2015\ citando: SSTS 12/12/07 -rco 25/07 (RJ 2008, 3018) -; y 18/07/12 -rco 126/11 (RJ 2012, 9605).*

*** No procede indemnización ya que no hay responsabilidad sindical de CCOO en la aplicación del art. 5.2 LISOS ya que este no responde de los actos individuales de sus afiliados**

STSJ Islas Canarias, Las Palmas de 30 septiembre 2014 AS\2014\3278

*** Sindicatos afectados**

USO

- *SAN de 22 septiembre 2014, JUR\2014\237331.*
- *SAN de 27 noviembre JUR\2014\285991*

UGT

- *STS de 15 de abril de 2013*
- *STS de 17 junio 2014, JUR\2014\221105*
- *STSJ Cantabria de 30 julio 2014, JUR\2014\225344*
- *STSJ de Madrid de 8 enero de 2015 AS\2015\737*

CIGA

- *STS de 17 junio 2014, JUR\2014\221105*
- *STS de 2 febrero 2015 RJ\2015\762*

CGT

- *STS de 14 marzo 2014 RJ\2014\2522*
- *SAN de 27 mayo de 2014 AS\2014\1240*
- *STSJ de Andalucía, Sevilla de 13 marzo de 2014, AS\2014\1154*
- *STSJ de Andalucía, Málaga de 22 mayo 2014 JUR\2014\196058*
- *Sentencia JS nº 19 de Barcelona de 16 febrero 2015 AS\2015\410*

USTEA

STS de 5 febrero 2015 RJ\2015\895

CCOO

- *STS de 11 de febrero de 2015 asunto 95/2014*
- *SAN de 30 junio de 2014, JUR\2014\190089*
- *STSJ Cataluña Tribunal de 6 mayo de 2014, JUR\2014\180881*
- *STSJ de La Rioja, de 30 mayo 2014 JUR\2014\183750*
- *STSJ Madrid de de 17 noviembre de 2014 AS\2014\3164*
- *STSJ de Madrid de 2 octubre de 2014 AS\2015\277*
- *STSJ Islas Canarias, Las Palmas de 30 septiembre 2014 AS\2014\3278*
- *Sentencia JS de Cáceres de 7 julio 2014AS\2014\2039*
- *Sentencia JS de Santa Cruz de Tenerife de 2 julio de 2013 AS\2014\2860*

Colación Sindical Independiente de Trabajadores

STSJ de Madrid de 25 abril de 2014, JUR\2014\134454

CNT

STSJ País Vasco de 11 marzo 2014 AS\2014\1592

CPSA (aerportuarios)

STSJ Islas Canarias, Tenerife de 30 diciembre de 2014 JUR\2015\91906

*** Empresas vulneradoras**

Empresas de Seguridad

- STS de 17 junio 2014, JUR\2014\221105
- SAN de 22 septiembre 2014, JUR\2014\237331.
- SAN de 27 noviembre JUR\2014\285991

Transportes y comunicaciones

CORREOS

- STS de 8 julio 2014, JUR\2014\230430.
- STS de 14 marzo 2014 RJ\2014\2522.

RTVE

SAN de 27 mayo AS\2014\1240

TRANSPORTES MARÍN

STSJ Cataluña Tribunal de 6 mayo de 2014, JUR\2014\180881

AENA

- STSJ Islas Canarias, Tenerife de 30 diciembre de 2014 JUR\2015\91906
 - STSJ Islas Canarias, Las Palmas de 2 septiembre 2014 AS\2015\153
- FERROCARRIL METROPOLITA BARCELONA
Sentencia JS nº 19 de Barcelona de 16 febrero 2015 AS\2015\410

*** ADMINISTRACIÓN PÚBLICA o similares**

JUNTA DE ANDALUCIA

STS de 5 febrero 2015 RJ\2015\895

EGMASA y AMAYA de la JA

STSJ de Andalucía, Sevilla de 13 marzo de 2014, AS\2014\1154

ADMINISTRACIÓN LOCAL EMPRESA

STSJ de Andalucía, Málaga de 22 mayo 2014 JUR\2014\196058 Empresa RSU

STSJ de Aragón de 24 octubre de 2014 AS\2014\3133

Real Federación de Natación

STSJ de Madrid de 25 abril de 2014, JUR\2014\134454

Banca:BBVA

STS de 2 febrero 2015 RJ\2015\762

Prensa: El País

STS 95/2014 de 11 de febrero de 2015

INGENIERÍA

SAN de 30 junio, JUR\2014\190089.

ASCENSORES

- STSJ de Galicia de 4 febrero 2015 AS\2015\518
 - Sentencia JS de Las Palmas de GC 15 septiembre 2014 JUR\2014\273071
- ALTADIS e IMPERIAL TOBACCO
STSJ de Madrid de 8 enero de 2015 AS\2015\737
EMPRESAS DE LIMPIEZA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA
STSJ de Madrid de 2 octubre de 2014 AS\2015\277



La Libertad de auto-organización Sindical y la designación de Delegados Sindicales/ LOLS tras las Sentencias del Tribunal Supremo

Ana Mejías García

Abogada de UGT-País Valenciano

El contenido esencial de la libertad sindical comprende, entre otros derechos, la libertad de organización, esto es el derecho de elegir la estructura organizativa que las organizaciones sindicales estimen oportunas y convenientes para la consecución de sus fines. El Tribunal Supremo ha dictado sentencia en unificación de doctrina modificando un criterio restrictivo anterior y reconociendo el derecho de auto-organización sindical de forma más amplia, lo que posibilita una mejor organización, y, lo que es más importante, mayor obtención de recursos sindicales, especialmente los derivados del crédito sindical horario. Esta comunicación pretende concretar la delimitación del derecho de auto-organización sindical y el alcance de las SSTs de 18-07-2014 y 30-01-2015 respecto del nombramiento de los Delegados Sindicales/ LOLS.

Ciertamente, los sindicatos legalmente constituidos, con personalidad jurídica y capacidad de obrar, ostentan el derecho de libertad organizativa. Esta afirmación encuentra un evidente respaldo en las normas, en la jurisprudencia y también en la doctrina científica e implica, en principio, el reconocimiento de una libertad absoluta a los sindicatos para configurar su estructura interna¹.

¹ El Art. 3 del Convenio nº 87 OIT concreta que: “Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. Y además, declara que: “Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.”

En efecto, el art. 28 CE declara que la libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos así como el derecho de éstos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. La LOLS reconoce el derecho de las organizaciones sindicales a acordar y redactar sus estatutos y reglamentos; a establecer los órganos de representación, gobierno y administración que consideren oportunos; a establecer su organización interna y sus actividades; a formular su programa de acción; a constituir Secciones Sindicales de conformidad con lo establecido en sus propios Estatutos y a designar Delegados Sindicales que representen los intereses de sus afiliados en la empresa y/o en los centros de trabajo. El único requisito que se exige en la ley es que la estructura interna y el funcionamiento del sindicato sean democráticos, excepto para el nombramiento de los Delegados Sindicales denominados LOLS, a los que la norma impone, como veremos, determinadas exigencias (art. 8 y 10).

La jurisprudencia constitucional, en consonancia con las normas referidas, ha venido reconociendo sin restricción el alcance del derecho de auto-organización sindical. En este sentido, la doctrina constitucional ha declarado que: “...*el art. 10.1 LOLS, ni por sí mismo ni en conexión con otros artículos como, por ejemplo, el 8.1 a) impide en modo alguno que se constituyan Secciones Sindicales en cualesquiera unidades productivas, con independencia de la forma en que ésta se organice y de las características de su plantilla. De hecho, al no supeditar la constitución de Secciones Sindicales a requisito alguno de representatividad del Sindicato o de tamaño de las empresas o de los centros, se posibilita la presencia de todo Sindicato en cualquier lugar de trabajo.*”². Además, los derechos reconocidos en los arts. 9 y 10 LOLS, en cuanto expresión de tutela legal para otorgar efectividad al derecho fundamental de la libertad sindical, han de considerarse como desarrollo del art. 28.1 de la CE, por lo que el desconocimiento, la privación o la no tutela de esos derechos por los órganos judiciales puede ser objeto de protección en vía de amparo constitucional.

La doctrina científica³ ha señalado que se puede hacer de las Sec-

² La STC 292/1993 (RTC 1993/292) declara que: “Esta facultad de creación de las secciones sindicales es configurada en la LOLS como facultad que se ejerce con independencia de cualquier índice de representatividad o implantación que tenga el sindicato al que pertenecen”. En idéntico sentido, STC 173/1992 de 29 de octubre.

³ GARRIDO PÉREZ, E. *Representación y libertad sindical. La LOLS y la sección sindical en la pequeña y mediana empresa*. AA.VV. CEC UGT. Madrid 2013. Pág. 131.

ciones Sindicales el eje de la acción sindical utilizando los elementos argumentativos derivados, tanto de la norma como del derecho mismo de la libertad sindical. Estructuralmente las Secciones Sindicales pueden situarse en todo centro o empresa, cualquiera que sea la morfología, por cuanto son un medio de inserción o penetración del sindicato. Además, mientras que la existencia de una representación unitaria de trabajadores sólo es posible a partir de unas elecciones mediante las que se decide qué candidatura consideran los trabajadores que merece hacerse con la representación de todos los trabajadores de la empresa; en la génesis de las Secciones Sindicales no existe una confrontación electoral sino, al contrario, un agrupamiento de quienes trabajan con homogeneización por su común afiliación sindical y que, aplicando lo que establezcan al respecto los estatutos del sindicato del que se trate, coinciden en su voluntad de que su sindicato tenga una voz propia dentro de la empresa⁴.

Así pues, en virtud del derecho a la libertad de auto-organización, la UGT y cualquier otra organización sindical pueden crear las estructuras organizativas que les resulte de interés dentro de los centros de trabajo, de la empresa o incluso de ámbito superior a la empresa (centros de trabajo compartidos por contratas, ETTs, grupos de empresa...), sin más requisitos que los que sus propios estatutos exijan. Además, no es necesaria una plantilla mínima de trabajadores en alta. La creación de la estructura sindical en la empresa no está condicionada, ni se establecen otros requisitos, más que la existencia de afiliados al sindicato y que éstos deseen organizarse y constituirse formalmente. Por decirlo de otro modo, la capacidad de creación de Secciones Sindicales está concebida en la Ley como una facultad de las organizaciones sindicales que se ejerce con independencia de cualquier índice de representatividad o implantación que tenga el sindicato al que pertenecen y sin sujeción a formalidades legalmente preestablecidas, debiendo únicamente observar lo que dispongan al respecto los estatutos del propio sindicato, que es el único a quien, dentro de su marco estatutario, corresponde comprobar el cumplimiento de esas formalidades.

⁴ DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M. "Reuniones de comités de empresa y asistencia de delegados sindicales en empresas con varios centros." Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010.

El Tribunal Constitucional también ha reconocido que cualquier Sección sindical puede elegir representantes o portavoces permanentes y que los mismos actúen en representación de los afiliados, por ser facultades que integran la libertad sindical (STC 84/1989, 10-5-1989 [RTC 1989, 84], STC 173/1992, 29-10-1992 [RTC 1992, 173] y STC 292/1993, 18-10-1993 [RTC 1993, 292]).

Ahora bien, para que los Delegados Sindicales puedan gozar de los derechos y garantías que reconoce el art. 10 LOLS es necesario que se cumplan determinados requisitos que impone la norma. Este estatus jurídico es relevante pues permite a los Delegados Sindicales/LOLS tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa; asistir a las reuniones de los comités de empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, con voz pero sin voto; ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de éstos últimos; las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa: apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas, crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de las funciones de representación...

La LOLS exige para poder designar Delegados Sindicales con garantías o Delegados Sindicales/LOLS que las empresas o, en su caso, los centros de trabajo ocupen a más de 250 trabajadores, cualquiera que sea la clase de su contrato, y que las Secciones Sindicales que puedan constituirse por los trabajadores afiliados a los sindicatos tengan presencia en los comités de empresa (art. 10.1 LOLS). Se establece así una doble exigencia, en relación con la dimensión de la empresa o centro y con la representatividad unitaria del sindicato.

De lo expuesto hasta el momento se extrae la conclusión de que podemos hablar de dos tipos de representantes sindicales, en función

de su estatus y de las garantías y derechos que las normas legales y convencionales les reconozcan:

- Los Delegados Sindicales/LOLS: aquellos designados en cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 10 LOLS.
- Delegados Sindicales representantes o portavoces de las Secciones Sindicales: todos los demás, esto es aquellos elegidos por las Secciones Sindicales que no se ajustan a los parámetros establecidos en la LOLS.

Resulta evidente que para optimizar los recursos sindicales, especialmente el crédito horario sindical que se concede a los Delegados Sindicales LOLS, la organización sindical en la empresa debe ajustarse a los parámetros establecidos en la LOLS. En este sentido, puede afirmarse que la libertad de auto-organización sindical ha venido siendo restringida por la interpretación restrictiva que ha efectuando la jurisprudencia y especialmente el Tribunal Supremo del referido derecho. En efecto, el derecho de auto-organización sindical ha estado condicionado por el cumplimiento de estos requisitos, y de forma determinante por la necesidad de alcanzar el umbral de los 250 trabajadores que la norma exige para la concesión del estatus de Delegado sindical/LOLS. Así, si bien la elección del ámbito de constitución de las Secciones Sindicales es una facultad del sindicato y de sus afiliados, el nombramiento de los Delegados Sindicales, en concreto de los Delegados Sindicales/LOLS estaba mediatizando la estructura organizativa sindical en el seno de las empresas. Por decirlo de otro modo, la opción entre organizar la Sección Sindical de Empresa -y, consiguientemente, los Delegados Sindicales que la van a representar ante el empresario de manera conjunta para toda la empresa o de forma fraccionada por centros de trabajo corresponde al sindicato en cuestión, puesto que se trata de un ejercicio de la actividad sindical integrante del derecho de libertad sindical del que es titular el sindicato; pero la designación de Delegados Sindicales/LOLS condicionaba sobremanera el ejercicio del derecho de organización sindical.

La STS de 18 de julio de 2014 repara sobre el requisito relativo a la plantilla de la empresa o del centro de trabajo, **rectifica la doctrina** que venía aplicándose sobre este extremo y **supone en la práctica el reconocimiento del derecho de auto-organización sindical sin condicionantes** y con mayores derechos y recursos sindicales de los reconocidos hasta el momento.

Para concretar el alcance de la nueva doctrina del Tribunal Supremo respecto del nombramiento de los Delegados Sindicales/LOLS conviene revisar la evolución que la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha experimentado en este extremo.

- En un primer momento, la interpretación judicial entendió que el centro de trabajo y la empresa eran ámbitos compatibles de constitución y designación de los Delegados Sindicales, siendo posible tomar como referencia la empresa en su conjunto para cumplir el requisito del número de trabajadores necesario (250) para la designación de Delegados Sindicales. Por ello, atendiendo a la libertad de elección del ámbito de constitución de la Sección Sindical, la designación de los Delegados Sindicales podía referirse a uno y otro ámbito, empresa o centro de trabajo. La Sala estableció la doctrina consistente en que es el sindicato quien libremente adecua su acción y presencia en cada empresa a la táctica que entiende ser más favorable, llegando a la conclusión de que podía configurarse la Sección Sindical a nivel empresa, globalmente. Con ello se salvaba, en numerosas ocasiones, el límite mínimo exigido por el precepto de la Ley Orgánica de, al menos, 250 trabajadores en el centro de trabajo, pudiéndose sumar el censo de todos los centros de trabajo de la empresa en cuestión para conseguir el nombramiento del Delegado sindical/LOLS. Exponente de este criterio fue la STS de 15 de Julio de 1996 (RJ 1997, 8919), que casó el fallo desestimatorio de la pretensión fundada en los más de 250 trabajadores de toda la empresa, porque el órgano de instancia entendió que sólo era atendible el censo de cada centro de trabajo. En este caso, se declaró que “... la Ley Orgánica de 2 de Agosto de 1985 configura la constitución de la sección sindical con carácter alternativo en la empresa o en el centro de trabajo, opción ésta que corresponde al sindicato en el desarrollo de su libertad de organización interna”, reconociéndose el derecho al sindicato a designar Delegados Sindicales /LOLS sumando a todos los trabajadores de todos los centros de trabajo de la empresa. En idéntico sentido, la STS de 28/11/1997 (RJ 1997, 8919).

- Este criterio cambia a partir de la STS de 10/11/1998 [RJ 1998, 9545], que vincula las exigencias legales para la designación de Delegados Sindicales establecidas en la LOLS «a los criterios y modos de participar de los trabajadores en la empresa»; esto es, refiriéndolas al número de trabajadores del centro de trabajo, exigiendo, por tanto, que el número de 250 trabajadores se refiera al centro de trabajo y no al conjunto de la empresa. La STS de 10/11/1998 afirmó que: “es claro que la posibilidad de acudir a la empresa o al centro de trabajo no es algo que quede al

arbitrio del sindicato sino que ello está en función de los órganos de representación de los trabajadores para ejercer su derecho de participación en la empresa”. En definitiva, para designar a los Delegados Sindicales/LOLS la exigencia de 250 trabajadores del art. 10.1 LOLS había de referirse a cada centro de trabajo y no al conjunto de la Empresa.

Posteriormente, la Sala del Tribunal Supremo matizó este criterio y admitió la designación de Delegados Sindicales en supuestos de comités de empresas conjuntos, pero exigiendo siempre un paralelismo entre la representación unitaria y la representación sindical. Por tanto, había que atenerse a lo dispuesto en el art. 63 ET y a la efectiva configuración de la representación unitaria, de modo que si las elecciones a representantes unitarios se configuraban por centros de trabajo y estos no alcanzaban individualmente el umbral de 250 trabajadores, no podía designarse Delegados Sindicales/LOLS, aunque el total de trabajadores de la empresa superase la cifra referida. Se establecía, así, una especie de paralelismo entre la representación unitaria y la representación sindical, de tal manera que si la representación unitaria tomaba como referencia el centro de trabajo, la Sección Sindical de Empresa y sus Delegados Sindicales también debían tomar esa referencia y no el conjunto de la empresa. En el mismo sentido, cabe citar las SSTs de 5/9/2006 (RJ 2006, 6435); de 30/4/2012 (RJ 2012, 6090) y 14-3-2014 (RJ 2014, 2522).

- Un tercer estadio lo configura la sentencia del Alto Tribunal que da nombre a esta comunicación. La importancia de la STS de 18 de julio de 2014 (JUR 2014, 260963)⁵ reside en que de nuevo, la Sala del Tri-

⁵ En este caso, la empresa tenía aproximadamente 1.400 trabajadores en diversas Comunidades Autónomas si bien en ningún centro de trabajo alcanza la cifra de más de 250 trabajadores. El sindicato recurrente, que acreditó más del 10 % de los representantes unitarios de la empresa, tenía constituida con el conjunto de sus afiliados una Sección Sindical Estatal de Empresa que, al amparo del art. 10.1 LOLS había elegido dos delegados sindicales, que es el número que le corresponde en aplicación de la escala establecida en el artículo 10.2 LOLS. El conflicto se plantea porque el sindicato entiende que, en aplicación de la escala establecida en el artículo 68 ET, sus delegados sindicales tienen derecho a disfrutar de 40 horas mensuales como crédito para actividades sindicales y no solamente de 20. La empresa solo les reconoce 20 horas mensuales a cada uno de ellos porque, el centro de trabajo donde trabajan cada uno de los dos delegados sindicales tiene entre 101 y 250 trabajadores, nivel al que, según la escala del art. 68 ET, corresponden 20 horas de crédito para cada representante. El sindicato, por el contrario, entiende que esa escala se refiere al centro de trabajo porque está establecida para los representantes unitarios -que, en principio, son de centro de trabajo- pero que para los Delegados Sindicales, que representan a una Sección Sindical de Empresa, debe hacerse la correspondiente adaptación y aplicar, con referencia al conjunto de la empresa, el nivel 5º de la escala del art. 68 ET, según el cual a partir de 751 trabajadores corresponden cuarenta horas de crédito horario sindical.

bunal Supremo cambia el criterio y establece que lo determinante a los efectos que aquí se dilucidan, no es tanto que la exigencia de 250 trabajadores del art. 10.1 LOLS se refiera o no a cada centro de trabajo o al conjunto de la empresa. Lo decisivo es la necesidad de vincular los derechos que se derivan de ese precepto de la LOLS “a los criterios y modos de participación de los trabajadores en la empresa” y **que la opción que se ofrece en el art. 10.1 de la LOLS entre nombrar los Delegados Sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical.** El Tribunal Supremo vuelve sobre sus pasos, asume la doctrina mantenida en primer lugar y reconoce que el derecho de opción en el nombramiento de los Delegados Sindicales/LOLS a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al Sindicato como titular del derecho de libertad sindical.

Con esta nueva doctrina, el sindicato recobra el derecho de auto-organización, sin necesidad de supeditarse o vincularse a la estructura organizativa electoral que haya configurado las elecciones a representantes unitarios, pudiendo, en definitiva, optar para estructurar su representación y cumplir el requisito de 250 trabajadores en plantilla para el nombramiento de los Delegados Sindicales/LOLS, por el cómputo a nivel de empresa o a nivel de centro de trabajo.

La fundamentación jurídica de este posicionamiento, favorable a los intereses sindicales, reside esencialmente en **romper el paralelismo que se venía exigiendo entre las unidades electorales que conformaban la representación unitaria y la estructura organizativa de la representación sindical.** Así, la Sala declara que, a diferencia de lo que ocurre con el Comité de empresa -que, pese a llamarse así, es en realidad, en nuestro sistema, un Comité de centro de trabajo de 50 o más trabajadores- la Sección Sindical de empresa sí hace honor a su nombre. El art. 10.1 LOLS establece que las Secciones Sindicales podrán constituirse las “en las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores”. La diferencia con el Comité de empresa es clara: para el Comité la referencia es el centro de trabajo; y sólo en ciertos casos se podrá constituir un “Comité de empresa conjunto”, para posibilitar la representación unitaria cuando hay varios centros de trabajo pero de menos de 50 trabajadores (art. 63.2 ET) o el “Comité intercentros” para el supuesto contrario: muchos centros de trabajo con Comités a los que les puede interesar coordinarse (art. 63.3 ET). Por el contrario, para los Delegados

Sindicales la referencia que aparece en primer lugar es la empresa y solo “en su caso” aparece el centro de trabajo. Esta diferencia entre los representantes unitarios (regla general: para centros de trabajo de 50 o más trabajadores) y los Delegados Sindicales (regla general: para empresas de más de 250 trabajadores) debe tenerse en cuenta, según el Tribunal, a la hora de interpretar el alcance de las remisiones del régimen jurídico de unos a otros.

Para la Sala, el motivo del legislador al efectuar esta diferencia entre los dos regímenes de representación (sindical-unitario) y las estructuras en que se conforman prioritariamente uno y otro (empresa-centro de trabajo) reside esencialmente en la estructura de nuestro tejido empresarial, en su dimensión, en el número de trabajadores que prestan servicios en las empresas. Y así, el Tribunal Supremo en esta sentencia plantea ¿Cuántos centros de trabajo de más de 250 trabajadores hay en nuestro país? Ciertamente, muy pocos. Y concluye que si para poder contar con Delegados Sindicales con los derechos y garantías establecidos en el art. 10 LOLS, la exigencia de la cifra de 250 trabajadores contratados se exige en relación a cada centro de trabajo, eso equivaldría a dedicar nada menos que un artículo de la LOLS a un supuesto de hecho realmente marginal. Es más, sigue argumentando el Tribunal, si la representación unitaria se constituye esencialmente a nivel de centro de trabajo, siendo las únicas excepciones el Comité de empresa conjunto y el Comité intercentros, y la elección de los Delegados Sindicales/LOLS se vincula necesariamente a la representación unitaria, dado el volumen de plantilla que alcanzan nuestras empresas, la designación de Delegados Sindicales/LOLS resulta prácticamente inviable.

La STS que se comenta declara que la vinculación que se venía exigiendo entre la representación unitaria y la sindical no se exige en la norma, es de origen jurisprudencial y choca con el espíritu y literalidad del art. 10 de la LOLS y con el principio de equiparación de los derechos, garantías y facilidades de los representantes unitarios y sindicales que se deriva de la literalidad del artículo 10.3 LOLS.

La conclusión a la que se llega es que el sindicato tiene derecho a organizar su Sección Sindical y sus Delegados Sindicales por centros de trabajo o conjuntamente para toda la empresa y en éste último caso, también tiene derecho a obtener los recursos sindicales derivados de la suma de todos los trabajadores de la empresa respecto del crédito sindical horario.

El interés del fallo de la sentencia que comentamos procura un reconocimiento pleno del derecho de auto-organización sindical, sin condicionantes derivados de la encorsetada estructura unitaria y además, y esto también es relevante, un importante aumento de los recursos sindicales que de la aplicación de la misma pueden derivarse. Téngase en cuenta que si el sindicato ha optado por constituir la sección sindical a nivel de empresa, la aplicación de la escala del artículo 68 ET para determinar el número de horas sindicales a que tendrá derecho cada Delegado Sindical/LOLS debe hacerse interpretando que el número de trabajadores a que se refiere cada uno de los niveles de esa escala es el de la empresa en su conjunto y no el de cada uno de sus centros de trabajo, lo que, indudablemente supone un incremento considerable de los créditos horarios sindicales que hasta ahora se venían reconociendo.

Esta doctrina del Tribunal Supremo ha sido reiterada en Sentencia de 30 enero 2015 (RJ\2015\1268) en la que se declara expresamente y de nuevo que: **“la opción que se ofrece en el art. 10.1 de la LOLS entre nombrar los Delegados Sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical”**. También se confirma el criterio jurisprudencial según el cual si la estructura representativa sindical se constituye a nivel de empresa, la aplicación de la escala del artículo 68 ET para determinar el número de horas sindicales a que tendrá derecho cada Delegado Sindical/LOLS debe hacerse computando a todos los trabajadores de la empresa en su conjunto y no el de cada uno de sus centros de trabajo.

A mi juicio, el cambio de criterio del Tribunal Supremo debe tenerse en consideración a la hora de determinar las estructura representativa sindical en las empresas, y junto a los intereses sindicales y a los de representación, debe también entrar a jugar otro factor, el número de trabajadores que presta servicios en la totalidad de la empresa y en cada uno de sus centros de trabajo. En base a ello, se puede viabilizar la creación de la Sección Sindical que procure el nombramiento de Delegados Sindicales/LOLS, a nivel de empresa y nacional, a nivel de agrupación de centros de trabajo de CC.AA, a nivel de agrupación de centros de trabajo de una determinada provincial, o incluso de una comarca...Las posibilidades son infinitas y estarán en función de la estructura de la empresa, de la plantilla de la empresa en su conjunto, de cada uno de los centros de trabajo y lógicamente del interés sindi-

cal. Ello permitiría la obtención de más Delegados Sindicales/LOLS y mejorar la acción sindical en las empresas, al contar con más medios y más recursos, especialmente los derivados del crédito sindical horario, cuyo incremento, sin duda, puede ser significativo. Todo ello, sin perjuicio de la constitución de las correspondientes Secciones Sindicales de centro de trabajo que se decidan crear y que podrán seguir siendo representadas por los Delegados Sindicales “portavoces” aunque no tengan reconocidos los derechos especiales del art. 10 LOLS.



Sebastián de Soto Rioja

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva*

Magdalena Nogueira Guastavino

*Catedrática de Derecho del Trabajo
Universidad Autónoma de Madrid (UAM)*

Carlos L. Alfonso Mellado

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València*

José María Goerlich Peset

*Catedrático de Derecho del Trabajo
Universitat de València*

Carmen Ferradans Caramés

*Profesora Titular de Universidad
Universidad de Cádiz*

Ricardo Escudero Rodríguez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alcalá de Henares*

Jesús Lahera Forteza

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense*

Fernando Luján de Frías

Abogado

Juan Carlos Álvarez Cortés

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga*

Ana Mejías García

Abogada de UGT-País Valenciano

Julio Vega López

*Profesor Titular Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
Coordinador del Grupo de Reflexión Permanente de UGT*

www.ugt.es

 facebook.com/ugt.es

