
LA LIBERTAD SINDICAL*

Artículo 28. 1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

[...]

Concordancias: Arts. 7, 22, 36, 37, 52, 55.1, 103.3, 104.2, 127.1, 131.2 CE.

1. *Antecedentes.*—La libertad sindical vino recogida en la Constitución española como uno de los principales derechos fundamentales de la persona (trabajadora), después que la Dictadura hubiera sufrido fuertes condenas de la comunidad internacional por mantener un seudosindicalismo oficial —la Organización Sindical Española, OSE— cuyo desmoronamiento comenzó con la Ley Sindical 2/1971, de 17 de febrero, directa y sesgada consecuencia del informe de la OIT sobre la situación sindical en España. Del carácter público de la OSE nos da idea el que su máximo dirigente fuera el Ministro de Relaciones Sindicales, nombrado por el general Franco, y que existiera un «recurso contencioso sindical» (Decreto 2077/1971) para impugnar los actos administrativos que lesionaran intereses y derechos, estudiado en su momento por Casas Baamonde. Al instaurarse la democracia en 1976, la Ley de Asociación Sindical 19/1977, de 1 de abril, reguló la libertad sindical sobre las pautas marcadas por los Convenios internacionales, especialmente el núm. 87 de 1948 y el núm. 98 de 1949 de la OIT, que todavía hoy siguen orientando la interpretación del art. 28.1 CE. La Ley acabada de mencionar tiene gran importancia porque bajo su designio se constituyeron los primeros sindicatos libres del postfranquismo, y también porque actualmente, cuando rige la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, de 2 de agosto (en adelante, LOLS), aquella Ley es aplicable a las organizaciones profesionales y, en particular, las empresariales por expresa indicación de la Disposición Derogatoria de ésta.

Constitución, Convenios Internacionales, LOLS y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, son pues las fuentes que regulan actualmente la libertad sindical en nuestro país. La incorporación a la Unión Europea no ha significado ningún cambio ni adición, pues dicha organización *supranacional* carece de una enumeración de derechos fundamentales hasta el momento,

* Autor: Antonio Ojeda Avilés. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla.

por lo que acepta los contemplados en los Convenios internacionales suscritos por los Estados miembros, entre los que siempre se menciona el de libertad sindical. Alusiones a concretos derechos sindicales vienen contenidas en las diversas normas del Derecho derivado, como por ejemplo el Reglamento 1612/68, sobre libertad de circulación de trabajadores, y las Directivas sobre crisis de empresa.

El artículo 28.1 CE presenta dos partes bien delimitadas: la primera hace referencia al ámbito subjetivo del derecho, quiénes ostentan la libertad sindical en España. La segunda delimita el ámbito material, los concretos contenidos de dicha libertad. Procederemos en ese mismo orden para analizar el artículo.

2. *Ámbito subjetivo.*—A. *Generalidades.*—Aunque el amplio enunciado del artículo podría llevarnos a pensar que «todos» implica una asignación universal en el reconocimiento de la autodefensa colectiva, la jurisprudencia ha procedido a una delimitación que termina por reservar el derecho a solo los trabajadores, en el plano individual, y a solo los sindicatos de trabajadores, en el plano colectivo. Pero no puede calificarse la interpretación como restrictiva, pues en el concepto de trabajadores comprende a los funcionarios y deja abierta la cuestión, cuya solución se hace más imperiosa cada vez, de la sindicación de autónomos.

B. *Trabajadores en sentido estricto.*—Se entiende que todos los trabajadores subordinados, incluso los menores de edad, pueden constituir sindicatos y afiliarse a ellos, pues estamos hablando de un derecho fundamental que se reconoce a todos, por más que la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996, de 15 de enero, solo hable del derecho a afiliarse a organizaciones juveniles de los sindicatos. La cuestión más candente ha surgido respecto de los trabajadores extranjeros, sobre los cuales pesaba una limitación bajo la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, la cual les reconocía el derecho a afiliarse al sindicato español de su elección, pero no a constituir sindicatos, mientras que la nueva Ley Orgánica 4/200, de 11 de enero, que deroga a la anterior, reconoce en su art. 11 el «derecho a sindicarse libremente o afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles», lo que parece indicar que incluye la posibilidad de constituir sindicatos, algo anómalo en el contexto europeo, pero que debe saludarse como un avance en una situación como la de nuestro país, en la que numerosos empresarios contratan a trabajadores extranjeros al objeto de no cumplir con los mínimos legales o convencionales. Como cuestión añadida debe señalarse que la última Ley excluye de su ámbito a los extranjeros pertenecientes a los Estados miembros de la Unión Europea, aunque se les aplicará en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables (art. 1). Entendemos que la libertad sindical aquí reconocida participa de esta condición, por lo que debe aplicarse también a los ciudadanos de los Estados miembros que ejercitan su libertad de circulación para trabajar en España.

Los trabajadores pasivos, es decir, quienes se hallan en situación de desempleo, invalidez o jubilación, plantearon desde el comienzo el problema de si se encontraban dentro del ámbito de la libertad sindical o no. En especial reclamaban la posibilidad de constituir sindicatos propios, al objeto de defender sus reivindicaciones específicas como parados, pensionistas, o beneficiarios de atención sanitaria. Su concepto de «todos» no fue entendido por el Tribunal Supremo, que tempranamente consideró que no tenían derecho a la libertad sindical, aun cuando desde luego pudieran constituir asociaciones privadas para la defensa de sus intereses, línea seguida después por la LOLS, que en su artículo 3.1 viene a reconocer lo mismo, el que puedan afiliarse

a los sindicatos ya constituidos, pero no fundar sindicatos para la tutela de sus intereses singulares. En nuestra opinión, la condición jurídica de estos trabajadores pasivos cuya atención social roza por lo común la insuficiencia es muy similar a la de personas formalmente independientes, pero con dependencia económica derivada del trabajo: un parado o un jubilado no tienen empresario, igual que un semiautónomo, pero ambos tienen un interlocutor que controla la asignación de sus medios de subsistencia; por otra parte, la no actividad presente del parado, el inválido o el jubilado se ve acompañada de una vida activa anterior y, quizá, posterior; como tercer argumento para considerar una reforma de la normativa existente, las asociaciones de defensa colectiva son materialmente sindicatos, como vemos por ejemplo en el caso de las asociaciones de jueces, magistrados y fiscales, por lo que lo más adecuado sería dotarlas del régimen jurídico que les es natural, no existiendo para los trabajadores pasivos una prohibición expresa como la que reza en la Constitución para los jueces.

Las centrales sindicales suelen disponer de Federaciones de Pensionistas cuya situación jurídica, a la vista de lo manifestado, plantea fuertes dudas.

C. *Funcionarios*.—Respecto de estos colectivos de empleados públicos el art. 28 CE establece una situación diferenciada según se trate de Fuerzas o Institutos Armados o demás Cuerpos sometidos a disciplina militar, para los que permite al legislador ordinario señalar limitaciones o excepciones, y los demás funcionarios públicos, para los que permite peculiaridades de ejercicio.

a) Funcionarios de organismos militares o militarizados. La definición de tales organismos puede parecer ambigua, y de hecho lo es, pues el sometimiento a disciplina militar cabe interpretarlo en muy distintas maneras. No hay dificultad en considerar como tales a las Fuerzas Armadas, y dentro de ellas a los funcionarios con dedicación militar, pero no al personal civil de los establecimientos militares, para los que existe una situación especial que veremos seguidamente. La Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, considera falta grave en su art. 8 el estar afiliado a un sindicato, asistir de uniforme o haciendo uso de su condición militar a una reunión sindical o presentar la candidatura o ejercer un cargo en tales organizaciones, sin previamente haber solicitado el pase a la situación legalmente establecida. Tampoco ofrece dudas la Guardia Civil, pues la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad 2/1986 establece que este cuerpo es un Instituto Armado de carácter militar excluido de la libertad sindical (STC. 194/1989, de 16 de noviembre). Si bien cabría plantear si la definición contemplada en una ley ordinaria vincula a los jueces, o si por el contrario éstos deben atender en su decisión a las características intrínsecas del funcionario, como por ejemplo el estar sometido a jurisdicción castrense y/o al Código de Justicia Militar, solución ésta última más adecuada y que podría provocar una solución judicial distinta a la auspiciada por la Ley Orgánica aludida. Es respecto a los «demás Cuerpos sometidos a disciplina militar» respecto de los que surgen las mayores dudas, pendientes del concepto de disciplina militar que adopten los tribunales para estos casos, así como del organigrama de la Defensa Nacional existente en cada momento.

Recuérdese que el art. 28.1 CE permite al legislador ordinario «limitar o exceptuar». Si hasta el momento se ha optado por exceptuar a los Cuerpos militares o militarizados del ámbito sindical, ello no obsta para que en cualquier momento pueda producirse un cambio de postura, y se otorgue una libertad sindical limitada para estos colectivos. Así sucede en numerosos países europeos, donde los militares profesionales se agrupan en sindicatos uniformados para la defensa de sus reivindicaciones, unidos en una Confederación Europea de cierta trascendencia, por lo que quizá fuera conveniente pasar a una regulación como la que veremos a continuación.

De estos funcionarios militares o militarizados han de distinguirse los empleados civiles de establecimientos militares, tanto trabajadores como funcionarios, cuando no están sometidos a disciplina militar. Para ellos establece la Disposición Adicional 3.^a LOLS que su actividad sindical no podrá ejercitarse en el interior de los establecimientos militares, facultando al Gobierno para determinar el concepto. A falta de tal delimitación, la jurisprudencia ha adoptado una postura restrictiva, al considerar que se trata de una restricción a un derecho fundamental, por lo que vino a equiparar establecimiento militar con recinto militar, por un lado, en el sentido de que las dependencias del Ministerio de Defensa sin relación con los Intereses de la Defensa Nacional (oficinas, clubs, hospitales, etc.) quedaban plenamente dentro de la libertad sindical (STS. 2 de junio de 1997, AR. 4617). Queda la cuestión de saber si también en los mencionados recintos de actividad plenamente defensiva (cuarteles, aeropuertos militares, bases navales, sobre todo), debe distinguirse entre quienes están relacionados directamente con el manejo de armas y quienes poco o nada tienen que ver con ello, de similar manera a como en las empresas ideológicas se efectúa al distinguir entre tareas neutras y tareas vinculadas a la tendencia del centro. Pensar que en un cuartel o en una base militar quepa efectuar semejante distinción puede parecer absurdo, pero sin embargo no todos quienes trabajan en un recinto de este tipo están dedicados a las tareas de la Defensa Nacional; así lo demuestra la presencia, en ocasiones, de personal externo, que cumplen determinadas funciones puramente auxiliares como puede ser la cafetería, la reparación de edificios, el mantenimiento de ofimática, etc. Topamos así con un criterio práctico para delimitar las tareas neutras: si hay actividades susceptibles de subcontratación a empresas privadas, también serán susceptibles de actividad sindical. Ad limina, la huelga de camareros en el bar de oficiales no altera la continuidad en las actividades de Defensa, por lo que mal puede quedar afectada por la prohibición impuesta por la LOLS.

b) Funcionarios civiles. Como veíamos, el art. 28 permite al legislador ordinario regular las peculiaridades de la libertad sindical del resto de los funcionarios, pero sin embargo la LOLS no establece ninguna en su art. 1.2, al equiparar a los funcionarios y estatutarios con los trabajadores en el aspecto sindical. Existe no obstante alguna diferenciación respecto de los cuerpos armados de naturaleza civil y disciplina no militar, expresión con la que nos referimos a los funcionarios de policía. La Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad 2/1986, de 13 de marzo, establece para los del Estado una serie de matizaciones cuya calificación en algún caso es más propiamente la de límite que la de peculiaridad: en concreto no pueden los sindicatos policiales federarse ni confederarse con organizaciones no policiales, además de tener que inscribirse en el Registro de la Dirección General de la Policía y otros aspectos que, al menos en cuanto al primero de los aludidos, suprimen una de las facultades de la libertad sindical. Para los funcionarios de la policía local y autonómica se deja por la citada Ley una amplia libertad de regulación, que las autoridades respectivas solventan remitiéndose a lo establecido en la misma Ley (Palomeque López, Fernando Pablo).

No se olvide que los jueces, magistrados y fiscales quedan también al margen de la libertad sindical por expresa prohibición del art. 127 CE, aun cuando el mismo artículo se remite a unas asociaciones profesionales que regulan las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Estatuto del Ministerio Fiscal como organizaciones de autotutela, cuya finalidad consiste en promocionar los intereses profesionales de sus miembros, es decir, sindicatos en sentido material aunque con un régimen jurídico específico.

D. *Autónomos y semiautónomos.*—El art. 28 CE reconoce la libertad sindical a todos, como se ha visto, en una dicción extensiva que comprende a los funcionarios, pero que sin embargo nada dice respecto de los trabajadores autónomos. El art. 3.1 LOLS establece que los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas, pero no fundar sindicatos que tengan por objeto la tutela de sus intereses singulares, en paralelo con lo señalado para los parados, inválidos y jubilados. El panorama de los autónomos, durante mucho tiempo restringido a grupos muy concretos, ha sufrido una gran expansión en el último decenio (López Gandía), tanto en sentido real como simulado, pues con frecuencia las empresas transforman la relación jurídica de sus trabajadores en una relación de servicios formalmente independiente, en lo que se ha llamado falsos autónomos. Por encima de este horizonte en rápida ampliación aparece el hecho de que, sean verdaderos o falsos, el pequeño empresario depende económicamente de una gran empresa o red de empresas: el franquiciado, el agente de seguros o el repartidor tienen su negocio en el que quizá empleen a otros trabajadores, pero se hallan en una posición de dependencia económica bastante similar a la del trabajador subordinado. Por ello se plantea hoy día una aproximación del régimen jurídico laboral a estos colectivos caracterizados por la colaboración estable y en régimen de monopolio u oligopolio. Para nosotros, la cuestión a plantear reside en saber si la LOLS no se acompasa actualmente con lo establecido en el art. 28.1 CE al permitir un limitado derecho de afiliación sindical a los autónomos sin empleados a su servicio. La posición del Tribunal Constitucional ha sido hasta el momento ambigua, pues no ha resuelto directamente la cuestión, y a lo sumo podría citarse alguna sentencia donde se deniega legitimación para negociar los conciertos de los farmacéuticos con la Seguridad Social a un denominado Sindicato Libre de Farmacéuticos de Valencia (STC. 51/1984, de 25 de abril), aunque en su análisis de la constitucionalidad de la LOLS entendiera que el estrecho reconocimiento de alguna facultad sindical a los autónomos sin empleados no estaba exento de justificación (STC. 98/1985, de 29 de julio).

Una parte de la doctrina entiende que los autónomos tienen ya la posibilidad de organizarse en asociaciones civiles, las cuales poseen igual grado de protección e idéntica autonomía que los sindicatos, razón por lo cual no los menciona el art. 28.1 CE (García Murcia, Cruz Villalón). Cabría temer incluso un cierto «dumping social» de los autónomos frente a los subordinados, pues la contratación de aquellos puede ofrecer alicientes a los empresarios, que no estarían obligados a cumplir los standards laborales de los convenios y leyes en vigor (Gottardi).

Sin embargo, a nuestro juicio el mundo de los autónomos ha sufrido un proceso de diversificación que obliga a distinguir, al menos, entre autónomos o pseudoautónomos, siendo estos últimos aquellos que poseen independencia formal o jurídica, pero no económica por depender de un solo dador de trabajo. En países como Alemania e Italia, este tipo de económicamente dependientes vienen asimilados en ciertos aspectos a los trabajadores. Tampoco hay que ver el sindicalismo de autónomos en sentido propio como un factor de desequilibrio, sino justamente como lo contrario, pues la principal función del sindicato consiste en regular las condiciones de trabajo por la vía de la negociación colectiva y el conflicto, por a lo sumo obtendrían unas reivindicaciones que los equipararían al bloque de los subordinados, si se piensa que en Italia, donde existen desde finales de los años noventa tres sindicatos de autónomos, su aspiración principal consiste en mejorar la cobertura aseguradora y compartir con sus interlocutores la

cotización debida. Hay pues dos vertientes conceptuales a tener en cuenta para determinar hasta qué punto debiera aplicarse la libertad sindical a estos colectivos:

a) Si cuentan con empleados a su servicio.

b) Si cuentan con una contraparte mercantil estable y personalizada (Davis, Pedrazzoli).

La primera cuestión cada vez parece tener menos relieve. Un trabajador autónomo que depende de una gran firma para mantener su franquicia o su agencia, por ejemplo, vendrá necesitado de utilizar la negociación colectiva y el conflicto para defender sus posiciones tanto si tiene empleados como si no. Una negociación colectiva laboral, dicho sea de paso, que tiene eficacia supercontractual a diferencia de la civil, y una acción conflictiva que supondría la suspensión de la relación, pero no su extinción, a diferencia asimismo de la civil. Claro que una huelga de autónomos debe respetar a su vez los derechos de sus empleados, en un doble nivel que impediría trasladar a éstos los efectos salariales de la actuación del autónomo. Pongamos un ejemplo: en las «huelgas» de letrados producidas en algunas ciudades españolas e italianas, la no asistencia al turno de oficio o a las vistas en general no impide el que los empleados de dichos letrados pudieran continuar trabajando en el bufete o, en todo caso, mantuvieran su derecho al salario. En el caso italiano, por lo demás, la S.^a del tribunal de Génova de 15 de enero de 1994 ordenó la vuelta al trabajo de los letrados en los servicios esenciales de los tribunales, y la doctrina entendió competente en el conflicto a la Comisión de Garantías (Santoni, McBritton), en estricta aplicación de la Ley 146/1990, sobre huelga en servicios esenciales.

Es el segundo aspecto el importante, pues establece una diferencia sustancial entre quien trabaja para un público innominado y quien lo hace establemente para un solo (gran) cliente, en condiciones muchas veces precarias. Para tales «colaboradores permanentes», como los llama el Ordenamiento italiano, parece deseable que la LOLS sea modificada en el sentido de permitir la libertad sindical plena.

3. *Contenido de la libertad sindical.*—1. *Contenido constitucional, esencial y adicional.*—La libertad que nos ocupa es un derecho con contenido esencial a diferencia de los colegios profesionales, que solo cuentan en el art. 36 con una garantía de instituto, según ha entendido la STC. 83/1984, de 24 de julio. El art. 28 cita como facultades en las que se despliega el derecho o libertad sindical a unas concretas potestades de carácter exquisitamente organizativas, cuales son la creación de sindicatos, la afiliación o no a ellos, y la fundación de, o afiliación a, organizaciones de segundo nivel, incluidas las internacionales. Este contenido no coincide con el esencial que debe respetar el legislador ordinario por mandato del art. 53 CE, sino que está muy por debajo de él, según ha entendido el Tribunal Constitucional. Más conforme con el contenido esencial se halla el art. 2 LOLS, donde, además de los anteriores, aparecen otras posibilidades organizativas muy importantes, así como un conjunto de facultades de actuación en la empresa y fuera de ella, algunas muy avanzadas para nuestro entorno.

El Tribunal Constitucional, en su labor de delimitar el contenido esencial de este derecho, ha formulado unas fronteras que nos parecen excesivas, o si se quiere generosas, en aquello que entiende como perfil típico del sindicalismo, sobre el cual queda prohibido intervenir al legislador ordinario —al menos de forma desproporcionada—. Pero lo prematuro de sus intervenciones, la heterogeneidad de sus pronunciamientos y lo discutible de algunos de ellos, nos indican hasta qué punto las fronteras del contenido esencial no están aún bien definidas. Por supuesto que dentro de él se encuentran las facultades de organización autónoma y la capacidad de obrar

ordinaria que se reconoce a las personas jurídicas, para contratar, intervenir en juicio, expresarse, reunirse, etc. En este sentido coincide en todo con las asociaciones y hasta con otras personas jurídicas contempladas por la Constitución, hasta el punto de que entre ellas ha existido una influencia recíproca que ha llevado, por ejemplo, a reconocer la libertad negativa en las asociaciones y en ciertos tipos de cámaras profesionales (de Comercio, de la Propiedad Urbana, Agrarias). Es en la enumeración de las facultades de actuación propias del sindicalismo consideradas como esenciales o típicas donde se produce la dispersión hermenéutica, pues junto a la capacidad para convocar huelgas o de negociar pactos de eficacia limitada aparecen en algunas sentencias del TC como incluídas en el contenido esencial a la facultad de plantear demandas de conflicto colectivo ante la jurisdicción laboral (SS.TC. 70/1982, de 29 de noviembre, 39/1986, de 31 de marzo, 51/1988, de 22 de marzo, 145/1999, de 22 de julio, entre otras), a la facultad de negociar convenios de eficacia erga omnes (S.^a 4/1983, de 28 de enero), o incluso a la participación institucional (STC. 39/1986, de 31 de marzo), que son claramente contenidos «Schalle», o epidérmicos, de la libertad sindical. Lo típico viene a identificarse, en el correr de los años, con el núcleo duro («Wesenskern»), el esqueleto o parte más noble y principal, sin cuya presencia no cabría identificar al derecho que nos ocupa. Y el sindicato siempre se ha distinguido por negociar colectivamente pactos de eficacia limitada y por convocar huelgas en apoyo de sus reivindicaciones, pero no por poseer legitimación para instar un tipo de procedimiento tan específico que solo existe en nuestro país.

Respecto al contenido adicional, es el que complementa al esencial, sin gozar de la garantía de intangibilidad frente al legislador ordinario, el cual puede suprimirlo, pero que sin embargo goza de las demás garantías del art. 53 CE en cuanto que se adhiere a la definición que en cada momento existe de este derecho fundamental. Como veíamos más arriba, el art. 2 LOLS añade a los contenidos básicos toda una galería de facultades adicionales, a las cuales se agregan las referidas por la misma Ley a los sindicatos representativos y más representativos, a los que nos referiremos más adelante. Junto al elenco LOLS, otras leyes reconocen facultades de participación o actividad a los trabajadores y a los sindicatos: así, la Ley de Procedimiento Laboral 2/1995 reconoce la posibilidad de sustitución procesal, la representación sindical de grupos de trabajadores o ciertas vías privilegiadas de tutela judicial en la aplicación o impugnación de normas laborales reservadas a los sujetos colectivos, que se integran en el derecho fundamental desde luego, vulnerando los actos contrarios a ellos al derecho de libertad sindical aun cuando no se integren en el núcleo esencial (STC. 51/1988, de 22 de marzo). Similarmente, los convenios colectivos reconocen derechos sindicales por encima del nivel legal a los cuales se considera contenidos adicionales de la libertad que nos ocupa (STC. 127/1989, de 13 de julio).

B. *Contenido individual y colectivo.*—El legislador del siglo XIX proclamó inicialmente la libertad sindical de los trabajadores —el derecho a crear sindicatos o afiliarse a ellos—, sin advertir que el nuevo ente surgido de tal libertad podía a renglón seguido quedar aprisionado con medidas más sutiles como, por ejemplo, la designación gubernativa de sus líderes. De ahí que el art. 28.1 CE enumere una serie de facultades, como la creación de, o afiliación a, organizaciones de segundo grado, referidas claramente a los sindicatos. Salvo el aspecto didáctico de la distinción, a efectos jurídicos tiene escaso relieve. Modernamente la distinción en dos planos adquiere, sin embargo, un nuevo significado que poco tiene que ver con el primitivo de evitar las maniobras de los poderes públicos en el nivel colectivo: puesto de relieve por Simitis, y con el lejano referente norteamericano de la Landrum-Griffin Act de 1959, se advierte que a veces el

sindicato puede tomar al trabajador individual como objeto en lugar de como sujeto, y obligarle a actuaciones que no desea, más en los países del norte europeo que en los países latinos, donde las facultades más importantes, como el derecho de huelga, tienen titularidad individual. En nuestro Ordenamiento podemos decir que si bien la libertad sindical colectiva prevalece en los aspectos reguladores (convenio sobre contrato), el legislador constitucional cuidó especialmente de preservar al trabajador individual en sus relaciones con el sindicato, mediante una serie de preceptos que reservan a aquél una determinada faceta de la libertad sindical, en concreto:

a) El principio democrático exigido a los sindicatos en el art. 7 CE, cuya premisa obliga a reservar las decisiones más importantes a la asamblea de afiliados (Alonso Olea).

b) La libertad sindical negativa proclamada en el art. 28.1 CE, por la que nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato que no sea el de su elección, en directo veto de las cláusulas de taller cerrado, sindicado y otras en nuestro Ordenamiento.

c) Prioridad a la voluntad del trabajador en la acción de tutela antisindical en los casos donde la agresión lesione principalmente intereses individuales, art. 175.2 LPL.

d) Ciertos aspectos de la actividad sindical en la empresa enunciados por el art. 8.1 LOLS: crear secciones sindicales, celebrar reuniones, recaudar cuotas y recibir y repartir información sindical.

e) Las facultades potestativas del art. 28.2 CE, cuya redacción se interpreta unánimemente como asignadora del derecho de huelga al trabajador individual.

A continuación examinaremos las diversas facultades de la libertad sindical, comenzando por las individuales, aunque sin marcar en los sucesivos su distinción entre ambos niveles, porque algunas de ellas participan de ambos, como vamos a ver en la primera.

C. *Derecho a fundar sindicatos*.—El art. 4 LOLS regular el procedimiento fundacional de manera harto enigmática cuando dice que los sindicatos constituidos al amparo de esta Ley, para adquirir la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, deberán depositar, por medio de sus promotores o dirigentes, sus estatutos en la oficina pública establecida al efecto. La doctrina ha planteado, en un país donde existen sindicatos que históricamente se han negado a «pasar por el registro», si la frase inicial de los sindicatos constituidos al amparo de esta Ley no indica que pueden existir al margen de ella otros sindicatos, si no con la plenitud de capacidades legales, al menos con personalidad jurídica (Fernández López). A nuestro juicio, la Ley quiere simplemente distinguir a los sindicatos de trabajadores de otros sindicatos que existen en el Ordenamiento en cuanto agrupaciones de intereses, el reflejo de los cuales aparece esparcido por la legislación civil y mercantil, como es el caso de la sindicación de acciones o del síndico de la quiebra. Con todo una mínima subjetividad debe reconocerse a un grupo de trabajadores que actúe coordinadamente aunque no se registre, sin que quepa asignarle personalidad jurídica por imperativo de ese art. 4 LOLS. El Ordenamiento español es considerablemente parco en ofrecer situaciones de este tipo, por lo que solo nos queda la difícil calificación como comunidad de bienes del Código Civil, en donde el grupo de trabajadores se organizaría para la defensa del interés colectivo — las comunidades de bienes pueden girar en torno a un bien inmaterial, S.^a TS. 29 octubre 1984; Elías Mondeja— y decidiría por mayoría, nombraría mandatarios para actuar en representación del conjunto, los cuales deberían rendir cuentas a los mandantes (Mora Aragón).

Una segunda cuestión consiste en saber si basta con el depósito de los estatutos o si es necesario aportar además el acta de constitución entre los promotores. La mera presentación de los estatutos, con el contenido mínimo que exige la LOLS, parece conforme al texto del art. 4,

pero tiene el inconveniente de no identificar al sustrato personal del sindicato, los promotores, aunque solo sea para verificar si pueden o no fundarlo. Por ello que parezca más adecuado seguir al RD 873/1977, sobre depósito de organizaciones sindicales, que aun siendo anterior a la LOLS no vino derogado por ésta, donde aparece en su art. 1.2 que los otorgantes, promotores o directivos deberán presentar por triplicado tanto los Estatutos como el acta de constitución. Como argumento adicional, el art. 4.4 LOLS indica que el registrador deberá publicar en el tablón de anuncios y en el Boletín Oficial «la identificación de los promotores y firmantes del acta de constitución del sindicato».

D. *Derecho a afiliarse al sindicato de su elección, o a no afiliarse a ninguno.*—Aunque la libertad sindical negativa podría entenderse comprendida en la formulación positiva del derecho, pues afiliarse al sindicato de elección implica también no afiliarse cuando no existe el deseado, el art. 28.1 CE prefiere salir dudas mediante su formulación expresa, que hace en solitario entre las Constituciones europeas.

Rechazadas las cláusulas de seguridad sindical que obligan a la afiliación, y estudiados convenientemente sus límites por la doctrina (González Biedma, Soto Rioja), y careciendo nuestra realidad sindical de organizaciones únicas que pudieran hacer pensar en los peligros de la unicidad forzada, una cierta polémica se ha establecido entre los especialistas sobre si el sindicato es una organización «abierta», en el sentido de deber admitir a todo el que lo solicite, o puede por el contrario poner sus condiciones. De nuevo el pluralismo marca las diferencias con aquellos países en los que la unidad e implantación sindicales son tan fuertes que la no admisión pueda significar la marginación práctica del rechazado. El art. 2 LOLS consagra el derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección, pero siempre que observe los estatutos del mismo; y, como libertad de organización de todo sindicato, el art. 4 LOLS contempla como contenido de los estatutos a depositar el especificar los requisitos y procedimientos para adquirir —y perder— la condición de afiliado. Para la doctrina mayoritaria, del conjunto de preceptos se deduce que el sindicato puede limitar la admisión de afiliados, siempre que no lo haga por motivos discriminatorios (Landa Zapirain, Goerlich Peset, García Abellán, Gallardo Moya).

E. *Derecho a participar en la organización y actividad del sindicato.*—Aunque no contemplado por el art. 28.1 CE, de nada valdría afiliarse al sindicato de su elección si pudiera condenarse al ostracismo interno al afiliado incómodo. Tanto el art. 7 CE, que exige una estructura y un funcionamiento democráticos, cuanto el art. 2 LOLS y 4 LOLS, que reconocen el derecho a la actividad sindical, obligan a la elección democrática de los cargos y la información económica a los afiliados, y contemplan la suspensión y extinción sindicales por procedimientos democráticos, resaltan los aspectos principales de este derecho; la jurisprudencia y los estatutos sindicales lo perfilan en otros aspectos, como el derecho a un procedimiento sancionador justo e imparcial o la libertad de expresión. En el último decenio, las luchas entre corrientes internas han deparado numerosas intervenciones judiciales, de ordinario, aunque no necesariamente (S.TC. 135/1990, de 19 de julio), por el procedimiento de tutela de la libertad sindical. Pese a su frecuencia, los tribunales intervienen únicamente cuando existe base legal o estatutaria para ello, en el sentido de producirse una *infracción* de los derechos de los afiliados, quedando al margen del control judicial los conflictos internos en general (S.TC. 1786/1992, de 16 de noviembre).

Repárese en que el derecho de participación es también un deber contemplado por los estatutos sindicales, cuyos preceptos suelen sancionar, incluso con la expulsión, a los afiliados que no tomen parte en las acciones convocadas por los órganos internos.

F. *Derecho a la autonomía organizativa.*—Las organizaciones sindicales tienen libertad para redactar sus estatutos y reglamento, organizar su administración interna y sus actividades y formular su programa de acción, a crear y afiliarse a organizaciones de segundo grado, incluso internacionales, así como a retirarse de ellas, y sobre todo, a no ser suspendidas ni disueltas sino mediante resolución firme de los tribunales fundada en incumplimiento grave de las leyes (art. 2.2 LOLS). Hemos visto más arriba los requisitos para crear un sindicato por parte de los promotores, consistentes en el depósito de los estatutos y el acta fundacional. Pues bien, la plena personalidad y capacidad de obrar surgen por el mero decurso de veinte días hábiles en el registro, al cabo de los cuales nace el sindicato a la vida jurídica (art. 4.7 LOLS). El registrador —que es el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación o sus equivalentes en las Comunidades Autónomas— dispondrá la publicación de un resumen de sus estatutos en el Boletín Oficial del Estado y, en su caso, en el «correspondiente» (seguramente según el ámbito de actuación sindical), y facilitará el examen de los mismos a cualquier solicitante, aunque también podrá remitirlos al juez social para que examine alguna tacha de ilegalidad.

El control sobre el momento inicial del sindicato queda limitado, por ello, a la legalidad del acto, no a su oportunidad; no obstante, algunas oscuridades han sido detectadas por la doctrina (García Becedas), pues si en el art. 4 la labor del registrador consiste en examinar si los estatutos carecen de alguno de los datos exigidos como contenido mínimo, más adelante en ese mismo artículo aparece que tanto la autoridad pública (el Ministerio Fiscal, aclara discutiblemente el art. 171 LPL) como los interesados legítimos podrán promover ante el juez la impugnación de estatutos por no ser conformes a Derecho, en lo que parece un reparto de funciones entre el registrador y otros demandantes. Una segunda contradicción aparente surge respecto de la sentencia del juez, que de ser estimatoria declarará la nulidad de las cláusulas estatutarias no conforme a Derecho o de los estatutos en su integridad, pero acabamos de ver que el control por el Ministerio Fiscal o de los interesados no se constriñe a solo los estatutos, sino que puede consistir, por ejemplo, en la incapacidad de los promotores; no obstante, la ausencia de los llamados presupuestos subjetivos del negocio jurídico conduce a la nulidad del acto, a lo que equivale la nulidad de los estatutos en su integridad. Una tercera contradicción nace de las posibilidades de impugnación contempladas en la LPL por la negativa expresa o tácita del registrador a dar trámite a la solicitud de creación del sindicato. El art. 166 LPL señala que el registrador podrá denegar expresamente el registro, lo cual faculta a una acción de impugnación de tal decisión en los diez días hábiles siguientes, o podrá denegarlo tácitamente por el decurso de un mes desde la presentación sin que haya notificado defectos (ni haya procedido a publicar los estatutos, como es obvio). Ahora bien, acabamos de ver que la LOLS proclama la adquisición automática de personalidad y capacidad por el decurso de veinte días desde el depósito, por lo que tenemos aquí un silencio positivo, mientras que la LPL acoge un silencio negativo. Se trata de una contradicción difícilmente armonizable, por lo que habremos de entender que prevalece la LOLS, aunque a partir del mes de inactividad del registrador las partes puedan instar la acción judicial mencionada por la falta de publicación.

G. *Derecho a la actividad sindical.*—Aunque se trata de uno de los derechos que afectan a ambos niveles de la libertad sindical, el individual y el colectivo, y algunas de sus facultades aparecen en el apartado individual de la LOLS, donde más propiamente encuentra su expresión es en el nivel colectivo, a donde la referida Ley remite un completo elenco de posibilidades (art. 2.2): comprenderá —dice— en todo caso el derecho a la negociación colectiva, el ejercicio del

derecho de huelga, el planteamiento de conflictos individuales y colectivos y la presentación de candidaturas para la elección de representantes unitarios, en los términos previstos en las normas correspondientes. Claro que la LOLS amplía considerable y selectivamente esos derechos a partir del art. 6, donde aparece un jugoso elenco de facultades reservadas solo a los sindicatos representativos y más representativos, en forma tal que deja un escaso margen de juego a los sindicatos minoritarios, por lo que hubo de recaer la STC. 98/1985, de 29 de julio, para negar el posible carácter discriminatorio de la diversificación, basándose en que los criterios utilizados, obtener un porcentaje de representantes unitarios superior al 10 por 100 en un sector o en todo el país (porcentaje distinto para una Comunidad Autónoma), eran objetivos y razonables. Sentencias posteriores han puesto coto a la tendencia a agudizar la distancia entre sindicatos minoritarios y mayoritarios, como ha estudiado Casas Baamonde, en cuestiones que podían afectar a la propia existencia del sindicato, como ha sucedido en materia de subvenciones estatales (SS.TC. 102/1983, de 18 de noviembre, 26/1985, de 22 de febrero, 72/1985, de 13 de junio), de la representación sindical en la comisión consultiva sobre el patrimonio sindical acumulado (STC. 183/1992, de 16 de noviembre), o de la presencia sindical en los antiguos órganos de control de las elecciones a representantes unitarios (SS. TC. 7/1990, de 18 de enero, y 32/1990, de 26 de febrero). Veamos cuáles sean las facultades adicionales a que nos referimos, distinguiendo entre las reconocidas a los sindicatos más representativos a nivel estatal o de Comunidad Autónoma, y a los sindicatos representativos dentro de un sector determinado.

a) Contenidos adicionales para los sindicatos más representativos.

— Ante todo hemos de mencionar, como hace el art. 6.3 LOLS, la participación institucional en los órganos gestores colegiados de las Administraciones públicas u organismos estatales o autonómicos que la tengan prevista. Numerosos organismos de carácter social, laboral y económico, señaladamente las entidades gestoras de la Seguridad Social, reservan varios puestos de su órganos directivos colegiados a estos sindicatos y a las organizaciones empresariales más representativas. El tema conecta con la libertad sindical y el trato igual de los sindicatos minoritarios, así como con varios preceptos constitucionales que hablan de la participación sindical en las instituciones (arts. 41, 129 o 131 CE), por lo que no tardó mucho el Tribunal Constitucional en ser requerido para pronunciarse al respecto. En sus SS. 9/1986, de 21 de enero, y 39/1986, de 31 de marzo, consideró que tanto el art. 129 CE como el art. 6 LOLS se refieren a la participación en el seno de los organismos públicos, pero no a la actividad externa que desarrollan numerosos organismos como puede ser el Consejo Económico y Social y como eran las comisiones analizadas por las sentencias antedichas, por lo que el legislador goza de una amplia facultad para establecer distinciones en ellas, siempre que no sean arbitrarias. Algo más tarde, la STC. 183/1992, de 16 de noviembre, parece mostrar mayor cautela —o acaso otro talante— al entender inconstitucional el reservar a los sindicatos más representativos la participación en un organismo externo como era la comisión consultiva para la asignación del patrimonio sindical acumulado, por conculcar el principio de igualdad en relación con la libertad sindical de las organizaciones excluidas.

— La utilización temporal de inmuebles públicos. Al respecto debe tenerse en cuenta que los provenientes del patrimonio acumulado de la antigua Organización Sindical Española de la dictadura han sido repartidos, de conformidad con la Ley de Patrimonio Sindical 4/1986, a todos los sindicatos (y patronales), teniendo preferencia los más representativos. El TC, en S.^a. 75/1992, de 14 de mayo, entendió que la preferencia se correspondía con la distinta proporción

de los sindicatos, no pudiendo pretender los minoritarios una asignación igual a la de los mayoritarios, por lo que consideraba válida a la Ley mencionada. La contradicción entre la redacción de ésta y la de la LOLS, para la cual las cesiones de uso quedan reservadas a los sindicatos más representativos, no parece que pueda resolverse sencillamente por el hecho de que la última se remita a los términos que se establezcan legalmente, los cuales podrían ser los de la Ley de Patrimonio Sindical. Aunque tal conexión deba mantenerse respecto al patrimonio sindical, el hecho es que caben otras cesiones de inmuebles públicos, sobre todo cuando vayan quedando fuera del mercado los vetustos edificios del verticalismo, y respecto de éstos el legislador ordinario se hallaría en una incómoda equidistancia entre la clara reserva de la LOLS y la vacilante doctrina distributiva del TC.

— Las facultades reconocidas indistintamente a los sindicatos más representativos y a los representativos, que estudiaremos en el siguiente apartado.

b) Contenidos adicionales para los sindicatos representativos en una rama de actividad.

Tales facultades, de las que gozan también los sindicatos más representativos, como se dijo, son las siguientes:

— La negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores. Se refiere a la negociación de convenios erga omnes, aunque en la actualidad, tras la reforma de 1994, la aparición de numerosos casos de acuerdos de empresa en el Título I y II del Estatuto plantea la duda de si también se refiere a ellos. Pero los acuerdos de empresa quedan abiertos a las representaciones unitarias y a las secciones sindicales que tengan mayoría en ellas, por lo cual no parece excluir a ningún sindicato que, solo o en coalición con otros, alcance la mayoría del comité de una empresa. Por otra parte, y de manera indirecta, el Estatuto reserva a los sindicatos representativos y más representativos ciertas funciones de la negociación colectiva, por el sutil método de reservar a los convenios sectoriales su regulación: véase en tal sentido las numerosas remisiones que hace el art. 11 ET a «los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios sectoriales de ámbito inferior» para regular ciertos aspectos de los contratos formativos.

— Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación. La LOLS se está refiriendo sobre todo a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, cuyos acuerdos y pactos vinieron regulados poco más tarde de esta Ley, con la Ley 9/1987. De pasada hemos de señalar cómo esta Ley, que no tiene el rango de Ley Orgánica, se permite crear un «tertium genus» entre los sindicatos representativos y los más representativos, a los que podríamos denominar como muy representativos, porque consisten en «los sindicatos que, sin ser más representativos, hayan conseguido al menos dicho porcentaje del 10 por 100 de los representantes a los que se refiere esta Ley en el conjunto de las Administraciones públicas», a los cuales asigna una serie de facultades que unas veces coinciden con las de los más representativos (así, toman asiento en la mesa general de negociación) y otras con las de los representativos (convocatoria de elecciones a representantes unitarios, etc.). La calificación ha tenido desde sus comienzos a una única confederación como beneficiaria, pero a nuestro modo de ver se halla viciada por la falta del rango adecuado en la Ley que la implementa, y se sustenta en una petición de principio discutible, el de que cada Administración Pública conforma un megasector dentro del cual se identifican diversos sectores —educación, salud, seguridad social, etc.—, para los cuales se arbitran unas mesas sectoriales de negociación.

— Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo. Así, eligen a los árbitros en los conflictos electorales (art. 76 TRET) y pueden establecer sistemas extrajudiciales de solución de conflictos colectivos a través de la negociación colectiva (art. 91 TRET).

— Promover elecciones a representantes unitarios. Dicho en otros términos, la convocatoria de elecciones queda reservada a estos sindicatos mayoritarios, que la han venido utilizando para obtener el máximo beneficio en cuanto al momento más adecuado para sus intereses, por lo que cabría reflexionar sobre lo desproporcionado de la reserva. Para evitar pasadas confrontaciones, la reforma de 1994 determinó que las convocatorias en masa solo pudiera efectuarse mediante acuerdo mayoritario de los sindicatos más representativos o representativos (art. 67 TRET), planteando con la disyuntiva («o») un problema adicional, el armonizar la posiciones encontradas cuando los primeros no se ponen de acuerdo con los segundos.

— Otras funciones representativas que se establezcan. Dentro de los límites razonables de la proporcionalidad que menciona la S.TC. 75/1992, de 14 de mayo, a los sindicatos más representativos quedan también reservados los acuerdos interprofesionales del art. 83 TRET, pensados como clave de arco de la estructura negocial en nuestro país, a los que se ha bautizado con el afortunado apelativo de «convenios para convenir»; ciertas facultades de sus líderes en la empresa, contenidas en el art. 9.1 LOLS; la intervención procesal como coadyuvante en los procedimientos de tutela de la libertad sindical (art. 14 LOLS y 175.2 LPL); etc.

— Como un supuesto excepcional, la LOLS asigna facultades muy importantes dentro de la empresa a los sindicatos con presencia en los comités unitarios, es decir, a los que hayan obtenido al menos el 5 por 100 de los votos (art. 71.2 TRET), que pueden no ser ni representativos ni más representativos, en tanto en cuanto no alcancen el 10 por 100 de los representantes —ad limina, el pequeño sindicato que obtiene un puesto en un comité de setenta y cinco miembros— o a la inversa, los grandes sindicatos que alcanzan tal porcentaje en el sector o en el país y no consiguen el 5 por 100 de los votos en esa empresa. El supuesto es extraño porque no tiene uniformidad ni, a lo que parece, tampoco un significado claro; pues unas veces se conjuga con la misma asignación a los sindicatos más representativos, como sucede con el tablón de anuncios y el local de reuniones en grandes empresas (art. 8 LOLS), y otras se consignan en exclusiva, como el delegado sindical en las grandes empresas (art. 10 LOLS). Bien puede darse el caso, por consiguiente, de que un sindicato más representativo disponga de local de reuniones pero no de delegado sindical, del que sí disfrute un sindicato minúsculo que haya obtenido quince votos en una empresa de doscientos cincuenta trabajadores¹.

c) ¿Y la concertación social?

Desde que se inaugurara la práctica de los acuerdos a tres bandas entre el poder ejecutivo y las partes sociales en 1979, esos acuerdos tripartitos han alternado con los acuerdos

¹ Una discrepancia irresuelta existe dentro del art. 10 LOLS entre su número 1 y su número 2, pues el primero constituye los delegados sindicales en empresas con más de 250 trabajadores, mientras que el número 2 asigna un delegado sindical en las empresas entre 250 y 750 trabajadores. En el art. 66 TRET el tramo más aproximado para la asignación de miembros del comité de empresa es el existente entre 251 y 500, lo que no es lo mismo.

interprofesionales como parientes próximos, y lo mismo puede decirse a nivel europeo, donde el Diálogo Social significa para los especialistas tanto la negociación a tres bandas (acuerdos de Val Duchesse) cuanto los acuerdos que desde 1992 van surgiendo entre las partes sociales europeas. El máximo ejemplo de tal hibridación podemos hallarlo en el Acuerdo Económico y Social de 1984, en donde la primera parte vino firmada por el Gobierno, CEOE y UGT («Acuerdos tripartitos»), mientras que la segunda fue suscrita exclusivamente por CEOE y UGT («Acuerdo Interconfederal»). De ahí que el perfil de la concertación presente un acusado paralelismo con los acuerdos regulados por el art. 83 ET, con la gran diferencia de que no se rigen por él, al tratarse de otro tipo de compromisos que integran la primera línea de la actividad política de los sindicatos y las organizaciones empresariales. De su histórica vinculación a los acuerdos interprofesionales nace también la presencia constante de las grandes confederaciones en su negociación, como si fuera uno más de los contenidos adicionales que acabamos de analizar respecto a los sindicatos más representativos. Pero el principal problema que plantean los acuerdos de concertación radica en su definición y régimen jurídico. Las vacilaciones mostradas al respecto por la doctrina y la jurisprudencia se deben a la evolución que han sufrido estos pactos hacia una progresiva concreción de las materias reguladas. Si en un principio la concertación programaba excesivamente en abstracto, como cuando en el Acuerdo Nacional de Empleo (1981) el Gobierno se comprometía a «mantener, al final de 1982, la misma población asalariada ocupada global que la existente en el momento de la firma de este Acuerdo» y la creación «del orden de 350.000 nuevos puestos de trabajo al objeto de recuperar la posible caída de empleo en este período», los acuerdos a que llegan con las partes sociales el Gobierno central y los gobiernos de las Comunidades Autónomas desde mediados de los noventa pasan ya a perfilar con nitidez la consecución de objetivos posibles y puntuales: así se muestran, por ejemplo, el Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, de 9 de octubre de 1996, o incluso los genéricos Pactos por el Empleo y el Desarrollo Económico de los últimos años.

Mientras la doctrina parece anclada aún en la definición originaria surgida de los análisis sobre el ANE y el AES antecitados, como pactos políticos sin relevancia jurídica, la jurisprudencia ha dado algunos pasos hacia su consideración jurídica, impulsada por las denuncias de los sindicatos minoritarios al no tener participación en ellos. Un grupo de sentencias rechaza la calificación como acto político al no provenir del Consejo de Ministros y no ajustarse al art. 97 CE (SS. TS. 2 de octubre de 1987, AR. 6688, 28 de junio de 1994, AR. 5050 y 19 de junio de 1998, AR. 5913); algunas otras entienden que en realidad se trata de acuerdos interprofesionales del art. 83 TRET y por ende de naturaleza jurídico-laboral, llegando a decir que la presencia de la Administración en esos acuerdos es meramente instrumental (SS. TSJ. Baleares 17 de diciembre de 1996, AS. 4716, y TSJ. Andalucía/Granada 22 de diciembre de 1997, AS. 4631/98). Otras, en fin, señalan la justiciabilidad de las infracciones cometidas en la firma de estos acuerdos, cuyo conocimiento competiría al orden social en materia de discriminaciones sindicales y al orden contencioso-administrativo respecto al contenido de los acuerdos (STS. 30 de noviembre de 1998). El carácter jurídico, coercible judicialmente, de los compromisos asumidos en la concertación parece reforzada por la profunda reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa por Ley 29/1998, de 13 de julio, cuyo art. 2.a asigna a estos tribunales el conocimiento de las indemnizaciones por actos del Gobierno o de los Consejos de las Comunidades Autónomas.

Nos queda por indagar cuál pueda ser su naturaleza jurídica. En nuestra opinión estos acuerdos constituyen contratos-programa, mediante los cuales se asumen compromisos de realizar de-

terminados planes de regulación normativa u obras o servicios por parte del Gobierno firmante, a cambio de la paz social, el apoyo en la realización de los proyectos o de alguna otra contraprestación por las partes sociales. No son actos administrativos dictados unilateralmente en ejercicio de la potestad de imperio, sino contratos administrativos entre una Administración y varias organizaciones privadas; más en concreto, nos hallamos ante contratos administrativos especiales vinculados a una finalidad pública del art. 5.2.b de la Ley 13/1995 modificada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, contratos cuyo régimen jurídico es el de sus propias normas con carácter preferente. Su incumplimiento dará lugar —y en ello no cabe más remedio que subrayar el paralelismo con la eficacia directa de las Directivas comunitarias—, cuando el compromiso sea suficientemente explícito, a una indemnización, y no a su ejecución in natura. Así, cuando el Acuerdo para el Empleo y la Protección Social Agrarios de 1996 dice que «se realizará (en 1997) una actuación extraordinaria en Casas de Oficios por un importe de 5.545 millones de pesetas para la creación de 208 Casas de Oficios con 6.240 alumnos, destinadas a trabajadores eventuales agrarios desempleados en Andalucía, Extremadura, Zonas Rurales Deprimidas y Plan Especial de Aragón», la obligación asumida reviste unos contornos precisos que permite una condena a la Administración incumplidora por los tribunales contencioso-administrativos, a instancias de las organizaciones firmantes y/o de los afectados. Igualmente cuando el Acuerdo Tripartito sobre Formación Continua de 1996 determina que a partir de enero de 1997 la vigente cuota para formación profesional se afectará por mitades a la formación de desempleados y a la de trabajadores ocupados según las modalidades previstas en el II Acuerdo Nacional de Formación Continua, o que dicha cuota se mantendrá estable durante la vigencia de dicho Acuerdo, la obligación está suficientemente delimitada, y su incumplimiento genera una responsabilidad pecuniaria, que posiblemente en algunos casos consista sencillamente en una condena simbólica de una peseta.

Cabe lamentar que la Ley 13/1995 adolezca de una orientación tan mercantilista —ahora desfasada respecto a la responsabilidad por actos del Gobierno que la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa contempla— y otorgue tan pobre acogida a las obligaciones de otra índole. Pero puestos a buscar una calificación adecuada de los acuerdos de concertación, la contractual administrativa parece ajustarse mejor a sus características, al contrario que la de contrato privado de la Administración o de acto administrativo.

La Administración no está obligada a concertar siempre con las confederaciones más representativas, teniendo amplia libertad para elegir a sus interlocutores. Así lo vemos en una muestra algo anómala de diálogo social, el Acuerdo sobre política de inversiones y empleo agrario de 1996, firmado por el Ministro de Trabajo y la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (ASAJA) para la creación de puestos de trabajo en el campo como alternativa al subsidio agrario. Si bien en tales casos los indicios de discriminación antisindical pueden llevar el caso ante los tribunales. Quizá por las dificultades derivadas de la juridificación que acabamos de exponer, en los años más recientes la concertación no se explicita en la firma de acuerdos tripartitos, sino que permanece en la penumbra mediante negociaciones que algunos analistas han denominado «pacto social tácito», a través de las cuales se firma un acuerdo interprofesional entre las partes sociales al que el Gobierno presta su apoyo mediante la emanación de las normas oportunas.

4. *Protección de la libertad sindical.*—La libre sindicación es quizá el derecho social con mayor reconocimiento en los instrumentos internacionales, probablemente por la importancia

que tienen los sindicatos en la defensa de la dignidad del trabajador. Se encuentra proclamado en todos los convenios, a diferencia de la negociación colectiva o del derecho de huelga, con la flagrante excepción del Tratado de la Unión Europea, donde sin embargo se da por supuesto en los numerosos artículos en los que aparecen mencionadas las partes sociales europeas.

En las líneas que siguen analizaremos el sistema nacional de protección de esta libertad, distinguiendo entre la sustantiva y la procesal.

A. *Protección sustantiva.*—Sin trazón sistemática, diluidas en la LOLS, aparecen tres clases de garantías sustantivas: la nulidad de las normas o actos antisindicales, la intangibilidad parcial administrativa, y la inembargabilidad parcial de los bienes sindicales.

a) Nulidad de las normas o actos antisindicales. A tenor del art. 12 LOLS, serán nulos los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empleador 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. Aunque falta la alusión a las leyes antisindicales, tampoco escapan a la sanción de nulidad, por cuanto irían contra lo establecido en el art. 28.1 CE y por tanto caerían bajo la tacha de inconstitucionales.

La eficacia horizontal del derecho se muestra con claridad en el precepto, que no solo declara inválida la antisindicalidad pública, sino también la de los empresarios. El TC, en su S.^º 134/1994, de 9 de mayo, tuvo ocasión de confirmar que para considerar como antisindical una conducta no tiene que recaer sobre un sindicato o un sindicalista, sino que puede afectar a un trabajador no afiliado que secunda una convocatoria sindical —de huelga en el caso examinado—. Igualmente cabe un comportamiento antisindical de un sindicato contra otro, o contra un trabajador.

La nulidad debe ser declarada por los tribunales mediante el procedimiento que veremos más abajo.

b) Intangibilidad parcial administrativa. Ya tuvimos ocasión de comentar que la suspensión o disolución de un sindicato solo puede venir decidida por una sentencia firme, y de ningún modo mediante una resolución administrativa. Tal es el sentido de la intangibilidad a la que aludimos, que es parcial porque admite otras sanciones administrativas, como la multa, siempre que no sean discriminatorias. Evidentemente el sindicato está sujeto a responsabilidad por sus actos ilícitos, contra los que las medidas gubernativas encuentran aplicación como a cualquier otra persona jurídica. Lo cual no equivale a permitir que la Administración pueda emprender una actividad sostenida disciplinaria contra un sindicato que eludiera la prohibición de suspender o disolver pero que en la práctica dejara exangüe a la organización: en cuanto estuviera animada por una intención discriminatoria, sería nula en base a lo visto en el apartado anterior.

c) Intangibilidad parcial de los bienes sindicales. Señala escuetamente el art. 5.3 LOLS que las cuotas sindicales no podrán ser objeto de embargo. Contra lo que pudiera parecer a primera vista, la inembargabilidad no se refiere a las situaciones de insolvencia del trabajador, y a los procedimientos de ejecución contra su patrimonio, que deberían respetar lo que iba dedicado al sindicato. Tampoco se trata de la insolvencia o quiebra del empresario y de la determinación de la masa de la quiebra. Estamos hablando de una cantidad dineraria que ha sido pagada al sindicato y por ello le pertenece, de donde la inembargabilidad entra en juego por falta de liquidez de la organización en el pago de sus deudas.

La aplicación más evidente de la inembargabilidad de las cuotas se da durante el pago de la nómina. En España está muy extendida la práctica del descuento en nómina de la cuota, por lo que el empresario detrae del salario el importe de ella y debe transferirla a la cuenta bancaria del sindicato. El importe total de las cuotas debidas está a salvo de los embargos contra los empresarios, pero esto es obvio; también lo está frente a los embargos contra el sindicato, y este es el punto central. Doctrina y jurisprudencia consideran pacíficamente que esas cantidades deben ir al sindicato sic et simpliciter (S.^a TSJ. Andalucía/Sevilla 23 de junio 1995, AS. 2626).

Ahora bien: hay veces en que el afiliado paga directamente al recaudador sindical en la empresa —quizá el delegado sindical— o ingresa en la cuenta de la organización. Para algunos autores, se produce en tal momento una confusión en el patrimonio del sindicato, a virtud de la cual las cuotas pierden su condición y pasan a sufrir el tratamiento ordinario de la embargabilidad. No obstante, el art. 5 LOLS dice sin mayores detalles que las cuotas son inembargables. A nuestro juicio, ello significa que los ingresos sindicales por cotizaciones vienen protegidos contra la ejecución. Si en el procedimiento de embargo al sindicato quedara probado fehacientemente que una determinada partida procede de una cuota o unas cuotas de los afiliados, el régimen protector mantendría su vigencia. Si, por ejemplo, el recaudador sindical todavía no ha ingresado en la cuenta general del sindicato el importe del último mes, la ejecución no le afectará; o si el sindicato demuestra que una cuenta bancaria está dedicada exclusivamente a las cuotas sindicales. Donde la duda surge con mayor fuerza es en la cuestión de si el sindicato podría pedir la inembargabilidad del importe de sus cuotas de entre el total de su patrimonio dinerario, una vez fusionadas en la caja general. En nuestra opinión la respuesta sería negativa, pues en la masa de los ingresos no cabe defender que permanezca intangible un mínimo abstracto porque proceda de las aportaciones periódicas de los afiliados.

B. *Protección judicial*.—Las garantías reservadas por la Constitución a los derechos fundamentales abarcan al conjunto del sistema jurídico, por más que la defensa del día a día se produzca frente a los empresarios. Así, una ley con elementos de antisindicalidad puede ser combatida directamente ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de inconstitucionalidad o la cuestión de inconstitucionalidad. Una resolución o una omisión de los tribunales contraria a la libertad sindical puede ser combatida a su vez de forma algo más compleja, mediante el correspondiente recurso ante el tribunal superior o por la vía penal de los delitos contra la Administración de Justicia (arts. 446 sigs.), quedando abierto el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional tras agotar la vía judicial ordinaria. Se trata de vías procesales comunes con otras ramas del Derecho en cuyo comentario difícilmente podemos entrar en tan escasas líneas. Más aconsejable parece centrarnos en la protección judicial contra actos sindicales de la Administración y de los particulares (los empresarios, aunque a veces otros sindicatos), la cual emana de un mismo artículo de la LOLS, el 12, aunque por las peculiaridades del actuar administrativo convenga separar ambas situaciones. A tenor del art. 12, serán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de actividades sindicales.

1. Protección frente a reglamentos, actos o vías de hecho administrativos. Habiendo derogado a la Ley 62/1978, la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de

julio, contempla conjuntamente la anulación de disposiciones generales y de actos o vías de hecho administrativos cuando fueran contrarios a los derechos fundamentales, como procedimiento especial de su título V, comprendiendo además la impugnación de los actos aplicativos de las disposiciones generales y también la inactividad administrativa. El procedimiento se articula brevemente en los siguientes pasos: presentado el recurso, se requerirá urgentemente al órgano administrativo para que en cinco días remita el expediente acompañado de los informes y datos que estime oportunos —con multa coercitiva cada veinte días por el posible retraso—, pudiendo comparecer los posibles interesados como demandados; formalizada la demanda por el recurrente, se dará traslado al Ministerio Fiscal y a los demandados para alegaciones en ocho días y se decidirá el recibimiento a prueba, tras lo cual se dictará sentencia, contra la cual procederá siempre apelación en un solo efecto (art. 121).

El problema que el procedimiento contencioso-administrativo viene planteando desde siempre es el de su ámbito de aplicación, pues los tribunales sociales también tienen competencias reconocidas sobre la libertad sindical y los sindicatos. La doctrina y jurisprudencia mayoritarias parten de planteamientos iniciales muy administrativistas, y en la actualidad se orientan a mantener que la competencia contencioso-administrativa surge cuando coinciden los criterios subjetivo —sujeto puramente funcional— y objetivo —actuación dentro del área del Derecho Administrativo—, lo que puede envolver supuestos donde los sujetos afectados son sindicatos de funcionarios (SS. TS. 22 de octubre de 1993, 17 de junio de 1996, 8 de febrero de 1994: por ejemplo, una subvención administrativa denegada a un sindicato de este tipo).

La cuestión debe resolverse en base a cuatro artículos. A tenor del art. 1 de la Ley acabada de citar, los tribunales contencioso-administrativos conocerán de las pretensiones que se deduzcan contra la actuación de las Administraciones Públicas sujetas a Derecho Administrativo. A tenor de su artículo 2, no conocerán estos tribunales de las cuestiones expresamente atribuidas al orden jurisdiccional social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración Pública. Por su parte, el artículo 2 LPL asigna competencia a los tribunales sociales para el conocimiento de los litigios relacionados con el reconocimiento de la personalidad jurídica de los sindicatos, de su régimen jurídico y de su responsabilidad, mientras que el art. 3 LPL excluye de la competencia social a la tutela de la libertad sindical de los funcionarios públicos y del personal estatutario. Tutela de la libertad sindical significa protección contra las agresiones por parte de la Administración de la libertad sindical de los funcionarios y personal estatutario, lo que respecto al personal labora se mantiene como un procedimiento único, o común, respecto a las agresiones contra los afiliados o contra el propio sindicato, pero que este caso parece pedir una solución distinta. Porque del conjunto de artículos se deduce que la tutela de los funcionarios y personal estatutario compete a los tribunales contencioso-administrativo, pero la tutela de sus sindicatos corresponde a los tribunales sociales. La solución propuesta tiene sentido por cuanto el régimen jurídico sindical es puramente laboral (LOLS), mientras que los comportamientos discriminatorios de un órgano contra un funcionario tendrán la naturaleza de actos administrativos.

En este sentido cabe mencionar a una parte de la doctrina científica (Gárate Castro) y judicial (S.^a TSJ. Cataluña de 11 de abril de 1994), y sobre todo a la importante S.TS. 3 de octubre de 1997 (AR. 7704), que considera que los tribunales contencioso-administrativos solo deben entender de la libertad sindical individual de los funcionarios. Un asunto interno entre el sindicato y sus afiliados, o externo entre el sindicato y la Administración, deben proponerse a

los jueces sociales; en cambio, una discriminación de un funcionario por la Administración por motivos antisindicales debe plantearse ante los jueces contencioso-administrativos.

2. Protección frente a los empleadores, públicos o privados. En el ámbito laboral, respecto de trabajadores y sus sindicatos, la competencia pertenece a los tribunales sociales, mediante el procedimiento de tutela de libertad sindical regulado por los artículos 175 LPL. Pero nos apresuramos a indicar dos importantes matices de lo antedicho, pues alteran considerablemente el perfil del procedimiento. Se contemplan en los últimos artículos del capítulo dedicado a este procedimiento en la LPL, los 181 y 182, y configuran una ampliación y una reducción simultáneas del ámbito del mismo:

a) Todas las violaciones de derechos fundamentales en el ámbito laboral se tramitan por este procedimiento, desde la discriminación por razón de género a las coerciones a la libertad de expresión.

b) Por el contrario, los comportamientos antisindicales expresados mediante actos cuyo control disfruta de un procedimiento específico, y en concreto la extinción de contrato, disfrute de vacaciones, elecciones a representantes, impugnación de estatutos sindicales e impugnación de convenios colectivos, habrán de tramitarse necesariamente por dicho procedimiento específico. El problema unido a tan extraordinario recorte consiste en que las garantías del procedimiento de tutela de la libertad sindical desaparecen en los específicos antes citados, como se observa flagrantemente en el de disfrute de vacaciones o de elección de representantes, que carecen de recurso ante los tribunales superiores (arts. 126 y 132.b LPL), aunque siempre existe la posibilidad de acudir mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por ello un sector doctrinal entiende que las garantías de su procedimiento acompañan a la materia antisindical, por ejemplo en el reparto de la carga probatoria, postura a la que nos adherimos.

c) Aunque no dicho en la LPL, los tribunales entienden que no todo comportamiento contrario a los derechos de un sindicato o de un afiliado sindical constituyen una lesión de la libertad sindical, sino que habrá de estarse al derecho afectado, por lo que en ciertos casos habrá de utilizarse el procedimiento ordinario o cualquier otro previsto para tal caso.

Analicemos el procedimiento de tutela de la libertad sindical comenzando por la legitimación activa. Contradiendo hasta cierto punto a los arts. 13 y 14 LOLS, el art. 175.1 LPL la atribuye a los trabajadores o sindicatos que invoquen un derecho o interés legítimo. A renglón seguido se indica que cuando la legitimación principal corresponda al trabajador, el sindicato de pertenencia y los más representativos podrán concurrir como coadyuvantes. ¿Qué significado cabe dar al precepto? ¿Quiere decir que cuando demanda el trabajador podrán personarse en el pleito su sindicato y los más representativos? Pero si quisiera decir solo esto, a los sindicatos no les interesaría, pues podrían interponer sus propias demandas, que vendrían acumuladas en litisconsorcio activo. La expresión del artículo, «casos en los que corresponda al trabajador como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal», indica otra finalidad: la de supeditar el sindicato a la voluntad del trabajador en aquellos casos en donde éste aparece como afectado directo o más relevante. La cuestión peliaguda radica en traducir a supuestos concretos tan vaga redacción. A nuestro juicio, la LPL nos orienta a determinar los casos en los que el trabajador puede salir directamente beneficiado o perjudicado por la sentencia. Tal no es el caso, por ejemplo, de un tablón de anuncios o un local de reuniones; tampoco lo es la consideración de delegado sindical, aunque se trate de un estatus individual y el trabajador a quien se deniega

sufra determinados perjuicios en orden a crédito de horas, etc. Entendemos que existe una posición principal para el trabajador en aquellos derechos derivados directamente de la relación de empleo del trabajador: un despido antisindical, un cambio de funciones o traslado, una preterición en los ascensos por el mismo motivo. Aunque no coincida, queda próxima la doctrina sentada por la STSJ. Murcia de 13 de febrero de 1997 (AS. 373), de «cuando inciden directamente sobre aspectos individuales, sin perjuicio de su posible proyección colectiva». En tales casos, el legislador desea que el sindicato pueda personarse, pero dejando la iniciativa de la demanda y la continuación del pleito al trabajador sobre quien recaerán los efectos directos de la sentencia..., o las represalias del empleador demandado.

El procedimiento se desarrolla bajo el principio de urgencia y preferencia, sin necesidad de presentar reclamación administrativa previa ante los entes públicos (art. 70 LPL) pudiendo además pedir el demandante la suspensión de efectos del acto impugnado en el caso de afectar al interés general de los trabajadores con daños de imposible recuperación, en los supuestos determinados por el art. 178 LPL.

La fase probatoria constituye quizá el rasgo más característico del procedimiento de tutela, porque no sigue el principio general de que la probanza recae sobre el acusador («affirmantis est probare»), sino que acaece un reparto de ella entre ambas partes, de modo que al demandante corresponde aportar los indicios de la antisindicalidad y al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 179.2 LPL). Adviértase que el reparto no llega a una inversión de la carga, ni tampoco es solo una prueba de indicios, pues existe una auténtica distribución de los elementos de prueba, al final de cuya presentación determinará el juez qué bloque prevalece. El reparto alcanza a los matices, pues por una parte la jurisprudencia insiste en que los indicios aportados por el demandante deben ser razonables y serios (SS.TC. 34/1984, de 9 de marzo y 38/1986, de 21 de marzo) y por otra no se exige al demandado probar la no antisindicalidad de su comportamiento, una doble negación que conduce a una «probatio diabólica», sino la existencia de causa justificada y proporcionada en su actuación, un motivo razonable que le aparte de la sospecha de antisindicalidad (SS. TC. 38/1981, de 23 de marzo, y 104/1987, de 17 de junio). A veces el demandado tuvo varias razones para actuar como lo hizo, en el problema que se denomina pluricausalidad, y uno de los móviles consistía justamente en la discriminación sindical. Como entiende la STC. 104/1987, de 17 de junio, citada, el juez deberá determinar si el otro móvil es lo suficientemente serio y grave como para provocar por sí solo la reacción del demandado, poniendo entre paréntesis la motivación antisindical. El problema tiene especial trascendencia en los casos de despido, donde una causa insuficiente condena al empleador a optar entre readmisión e indemnización (salvo que se trate de un representante de personal o un delgado sindical, art. 56 TRET), mientras que una causa discriminatoria lleva a la readmisión sin paliativos (nulidad radical). En el caso contemplado por la sentencia referida, la trabajadora había cometido dos faltas leves de respeto a su superiora y había solicitado la convocatoria de elecciones en nombre de su sindicato, siendo despedida por todo ello, sanción que el tribunal a quo consideró improcedente y el TC radicalmente nulo.

La sentencia condenatoria tiene amplia libertad para determinar las sanciones aplicables al infractor. Como indica el art. 180 LPL, declarará la nulidad radical de la conducta, 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. Desde la STS. 9 de junio de 1993 (AR. 4553) entienden los tribunales que la condena debe ser múltiple como regla general, abarcando todos los pronunciamientos antedichos, aunque algunas sentencias recientes advierten que en ocasiones pueda faltar la indemnización, o ser simbólica, sobre todo en discriminación contra sindicatos.

BIBLIOGRAFÍA

Véase la bibliografía citada en los artículos concordantes.