

legitimidad de medidas que, sin coartar en absoluto la libertad del trabajador que tenga la intención de hacer huelga, tiendan a contener los efectos dañosos de la huelga, especialmente cuando recaigan sobre servicios públicos esenciales como es la función jurisdiccional" (sentencia 23 julio 1980, n.º 125).

La Corte ha tenido la ocasión de ocuparse también de otra forma de lucha sindical, del todo marginal en la experiencia italiana (a diferencia de la norteamericana): el boicot, penalizado por el art. 507 del Código Penal con la reclusión hasta tres años y con mayor gravedad si concurren actos de violencia o de amenazas. Este tipo delictivo se produce cuando, mediante propaganda o valiéndose de la fuerza y autoridad de los grupos sociales, se induce a "una o más personas a no celebrar pactos de trabajo o a no suministrar materias o instrumentos necesarios para el trabajo, o bien a no adquirir los productos agrícolas o industriales ajenos".

La sentencia de 17 abril 1969, n.º 84, ha considerado la norma fundamentalmente legítima, en cuanto que se relaciona con la garantía constitucional de la libertad de iniciativa económica y de la conexa libertad contractual (art. 41 Constitución). Sin embargo, con una distinción de difícil aplicación práctica, se ha dictado un fallo de ilegitimidad parcial que ha afectado a la norma, en cuanto que esta equipara los comportamientos efectuados por las fuerzas sociales organizadas (partidos, sindicatos o coaliciones constituidas *ad hoc*) y los comportamientos individuales de mera propaganda de opinión, no apoyados por fuertes grupos sociales y, por tanto, faltos de "eficacia verdaderamente notable". Circunscrita a este perfil, la norma ha sido juzgada incompatible con el art. 21 de la Constitución, que garantiza la libertad de manifestar el propio pensamiento con la palabra, el escrito y cualquier otro medio de difusión.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y REPRESENTATIVIDAD SINDICAL

Por MARIA EMILIA CASAS BAAMONDE *

SUMARIO.— I: La jurisprudencia constitucional española sobre representatividad de los sindicatos y sus singularidades en el panorama de las jurisprudencias constitucionales comparadas. II: Las singularidades de la ordenación legal española de la representatividad sindical y las variaciones de la jurisprudencia constitucional: de la representatividad superlativa a la simple representatividad. III: El modelo legal español ¿rígido o flexible? La jurisprudencia constitucional como factor de la crisis, flexibilidad y reforma del modelo legal. IV: Los principales caracteres de la interpretación y decisiones de la jurisprudencia constitucional española sobre representatividad sindical. V: La dimensión histórica esencial de dicha jurisprudencia constitucional y de sus soluciones: de la colaboración al desacuerdo con el legislador. VI: Las grandes construcciones doctrinales del Tribunal Constitucional sobre representatividad sindical.

I. La jurisprudencia constitucional española sobre representatividad de los sindicatos y sus singularidades en el panorama de las jurisprudencias constitucionales comparadas.

La jurisprudencia constitucional española ha jugado un papel decisivo en la construcción y ordenación de la representatividad de los sindicatos en nuestro sistema de relaciones laborales.

* Catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense. Madrid.

Siendo este de la representatividad de los sindicatos un tema absolutamente central en la generalidad de los sistemas y ordenamientos sindicales de nuestro entorno, que ha sufrido importantes modificaciones en los últimos tiempos¹, y siendo indiscutible la importancia de las jurisdicciones constitucionales en la evolución de los ordenamientos jurídico-laborales², la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se separa de la producida por otros Tribunales constitucionales europeos, tanto por razón del número de decisiones sobre la materia, mucho más numerosa que la jurisprudencia constitucional española que cualquiera otra, como por su factor o cuota de incidencia, extendida la de la española a la tarea innovadora del legislador y de los agentes sociales y a la interpretativa y aplicativa de los jueces ordinarios.

El Tribunal Constitucional español ha desempeñado, sin duda, un papel protagónico en la construcción del ordenamiento de la representatividad sindical (y de las asociaciones empresariales, aunque aquí con mayor modestia ante la escasa litigiosidad del asociacionismo empresarial y de forma mimética u "homologada", aplicando el tratamiento *bilateral* entre sindicatos y organizaciones empresariales presente en las normas internacionales³, en los arts. 7.^º y 37.^º, 1 y 2, de nuestra Constitución y en nuestras normas internas más antiguas⁴, tratamiento bilateral roto por el art. 28, 1 y 2, de la Constitución y por la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS)⁵ y recuperado por la Ley reformadora del Estatuto de los Trabajadores⁶).

Es cierto que en todos los sistemas democráticos de relaciones laborales que han incorporado técnicas de selección de la función de representación de los intereses de los trabajadores propia de los sindicatos para el mejor gobierno de las relaciones industriales, la adecuación de esa diferenciación o selección al principio de libertad sindical no ha dejado de plantear importantes problemas. Pero si en otros ordenamientos europeos la *jurisprudencia ordinaria* ha sido, por lo común, la encargada de llevar a término la tarea, absolutamente esencial, de acomodar las técnicas de representatividad sindical a los principios de libertad y pluralismo sindicales⁷ entre nosotros esa tarea la ha realizado y realiza de forma prácticamente total la *Jurisprudencia constitucional*, corrigiendo en numerosas ocasiones la labor interpretativa de la jurisprudencia ordinaria.

El papel del Consejo Constitucional francés ha sido (escasamente) relevante sólo con ocasión de la producción de reformas legislativas, por ejemplo, con motivo de la reforma del Código de Trabajo francés por la Ley n.^º 82-957, de 13 de noviembre de 1982, sobre negociación colectiva y conflictos colectivos⁸. Más lo ha sido, sin duda, el de la Corte Constitucional italiana, dada su mayor amplitud competencial que comprende el control de la constitucionalidad de las leyes a través del planteamiento

judicial de cuestiones de "legitimidad constitucional"; vía ésta, por cierto, especialmente utilizada en materia de mayor representatividad sindical, como prueban las *Sentencias constitucionales n.º 54, de 22 de febrero de 1974, y n.º 334, de 24 de marzo de 1988*, que declararon constitucional la opción —"opción racional y consciente"⁹— del art. 19 del *Statuto dei Lavoratori*, pieza esencial del diseño legal de la mayor representatividad sindical, de vincular la Constitución de las representaciones sindicales de empresa a la mayor representatividad de las confederaciones sindicales nacionales. Otro tanto cabe decir de la Corte Constitucional federal alemana, que a la extensión competencial de la italiana suma el conocimiento de "los recursos de queja por inconstitucionalidad" interpuestos por "cualquiera que se crea lesionado por el poder público en uno de sus derechos fundamentales" (art. 93.1).4.a G.G. Su importante *Sentencia n.º 18 de 20 de octubre de 1981*, dictada precisamente en un procedimiento constitucional de este tipo promovido por el sindicato al que el Tribunal Federal de Trabajo había negado capacidad convencional colectiva, confirmó la jurisprudencia¹⁰ que hacía derivar dicha capacidad —la "*Tariffähigkeit*"— del concepto del sindicato representativo —"*Gewerkschaft*"— del concepto del legislador de la *T.G.V.*, distinto al de asociación sindical o coalición del art. 9, III GG—, considerando tal enlace interpretativo constitucional por adecuado al establecimiento de "un orden razonable y justo de la vida social y del mundo del trabajo"¹¹.

También, obviamente, el Tribunal Constitucional español ha ejercido su jurisdicción sobre la legislación en los momentos de innovación del ordenamiento jurídico (la promulgación de la LOLS constituyó el momento estelar a este respecto). Pero además ha sostenido un continuo diálogo con los poderes públicos ejecutivos y los propios sindicatos interesados en consolidar su posición *más representativa*, así como con los jueces ordinarios, desarrollando una verdadera jurisdicción de la interpretación.

En ello, y no obstante la notable comunidad técnica de estas jurisprudencias comparadas, la española se separa de la producida por otras Cortes Constitucionales europeas, separación especialmente visible en los dos extremos, cuantitativo y cualitativo, ya apuntados, que convendrá reiterar:

1.^º) El número de decisiones constitucionales. La ya voluminosa producción de nuestro Tribunal Constitucional en su corto tiempo de actuación no es comparable a ninguna otra.

2.^º) Su factor o cuota de incidencia en la acción de los poderes públicos y de los agentes sociales.

de forma que mientras que la jurisprudencia constitucional en otros ordenamientos europeos tiene un arco de incidencia normalmente limitado a la acción del legislador y, en los sistemas italiano y alemán, a

las interpretaciones judiciales¹², se amplía, en lo que hace al Tribunal Constitucional español para abarcar la actuación de los poderes públicos ejecutivos, de los agentes sociales (en sus relaciones con el poder político a través de la concertación social), de los propios sujetos sindicales (en sus tensiones y luchas internas por facultades de acción y la marca de la mayor representatividad sindical) y, de manera señalada, de la jurisprudencia ordinaria.

En la raíz del comportamiento "original" de la jurisprudencia constitucional española frente a otras experiencias de justicia constitucional anida, lógicamente, además de las diferencias relativas a los sistemas sindicales, la singular conformación estructural de nuestro Tribunal Constitucional, sus competencias y vías procesales de acceso a su jurisdicción, entre las que destaca el recurso de amparo, mediante el cual los sujetos privados pueden hacer oír su propia voz, aún indirecta o mediadamente¹³ (sin entrar a analizar otras posibles causas diferenciadoras, como la diversa composición y formación cultural y jurídica de los componentes de las distintas Cortes constitucionales, las técnicas interpretativas manejadas y, dato realmente trascendental, el diferente momento histórico en que han comenzado a operar y a ocuparse de los problemas jurídico-sindicales). Diferencias propiamente sindicales, y no relativas a los modelos de organización constitucional, alejan la jurisprudencia constitucional alemana de la española, explicando la parquedad de aquélla, más que comprensible en un régimen de virtual monopolio sindical. Son, en cambio, razones de configuración de los respectivos sistemas de justicia constitucional, ante la cercanía de sistemas sindicales plurales y política o ideológicamente divididos, las que distancian la jurisprudencia española, en su abultado resultado, de la italiana y, sobre todo, de la francesa.

En efecto, la mayor parte de las decisiones del Tribunal Constitucional español sobre representatividad de los sindicatos se han dictado precisamente a través de la vía del *recurso de amparo constitucional*, que resuelve conflictivos lesivos de derechos fundamentales y libertades públicas —lo es en la Constitución española el de libertad sindical— por los poderes públicos o entre sujetos privados mediados por un acto de un poder público (normalmente judicial). También se ha utilizado en esta materia el *recurso directo de inconstitucionalidad* (por el Defensor del Pueblo, la oposición parlamentaria a la mayoría socialista y el órgano de Gobierno y la Asamblea de la Comunidad Autónoma vasca, constituyendo como ya se dijo, su momento estelar la impugnación previa de la LOLS y, rebajada, ya de carga polémica y de incertidumbre y sorpresa, la derivada de la reforma del E.T. por la ley 32/1984) y la vía de los *conflictos positivos de competencia* (por el Gobierno frente a las Comunidades autónomas cántabra y vasca). Pero en ningún caso, a diferencia del sistema italiano, *las cuestiones de inconstitucionalidad*, lo

que prueba el entendimiento, primero, y la aceptación, después, del sistema legal, sin dudas de constitucionalidad, por los jueces y Tribunales ordinarios, "no contestadores" de las decisiones del legislador ni de las sentencias constitucionales en la materia.

En suma, en la ordenación de la representatividad sindical el Tribunal Constitucional español no se ha limitado a jugar su tradicional papel de legislador negativo, sino que, además, ha desempeñado un papel de legislador positivo; ha confirmado, auxiliado, complementado, matizado y corregido la ordenación del legislador y sus aplicaciones prácticas. Su jurisprudencia, "constituyente" y colegisladora en los momentos iniciales de alumbramiento del sistema legal y asentamiento de los principios de libertad y organización sindicales frente al estado de cosas anterior, se ha convertido en un formidable instrumento de corrección de los "excesos de crecimiento" de dicho sistema y de sus "desajustes aplicativos", hasta el punto de convertirse el Tribunal en el gran organizador del pluralismo social. Sin el conocimiento de su jurisprudencia no es posible el de las normas legales reguladoras de la representatividad sindical. Normas que también han sufrido correctivos del propio legislador en su posterior aplicación al sector público, caracterizado *grosso modo* por una menor o más débil presencia de los sindicatos "de clase", una mayor rigidez de la negociación colectiva y una mayor dureza de los mecanismos de contención salarial.

Pero la comprensión cabal de la singular jurisprudencia constitucional española precisa de una caracterización, siquiera simple, del modelo legal de representatividad sindical, también singular.

II. Las singularidades de la ordenación legal española de la representatividad sindical y las variaciones de la jurisprudencia constitucional: de la representatividad superlativa a la simple representatividad.

Es sabido que la regulación que la LOLS ha efectuado de la figura de la representatividad sindical supone una solución rigurosamente inédita en el Derecho comparado. La figura, adoptada por el art. 3.º, párrafo 5.º, de la Constitución de la OIT — de 28 de junio de 1919, modificada en 1 de noviembre de 1946 — para la designación de delegados y consejeros técnicos no gubernamentales a las sesiones de su Conferencia General e incorporada después a la generalidad de los ordenamientos comparados, presenta en el nuestro la singularidad de disponer de una ordenación global y de conjunto de su concepto, sus modos de mediación y adquisición, sus grados y sus atribuciones (arts. 6.º, 7.º, 8.º.2, 9º y 10.º.2). Singular es la elección de un *único criterio*, el de *audiencia electoral de los sindicatos*, como determinante básico de la condición represen-

tativa de aquéllos. Y singular también la institucionalización y publicación —progresivamente creciente— de dicho criterio mediante el establecimiento de procesos electorales en las empresas y en la función pública, cuyos resultados, además de servir a la elección de representantes unitarios de los trabajadores y funcionarios en tales ámbitos, computan —los obtenidos en un periodo oficial— para la atribución de la condición legal de representatividad a los sindicatos. Esta doble finalidad de las llamadas elecciones sindicales ha sido destacada por la jurisprudencia constitucional, que reconoce, junto con aquella primera e interna finalidad, la derivada e institucional “de constatar oficialmente el *quantum* de la representatividad de los distintos sindicatos, especialmente de las grandes confederaciones sindicales, a lo que la Ley anuda importantes consecuencias, entre ellas las de representar los intereses de los trabajadores o de la población asalariada en entidades y organismos públicos (*Sentencias 23/1983, de 25 de marzo; 187/1987, de 24 de noviembre; 208/1989, de 14 de diciembre, f.j. 2; y 7/1990, de 18 de enero*).

Con otras palabras: el sistema legal español, de elevada institucionalización, utiliza un principio de selección sindical, cual es la exigencia de representatividad, que descompone y escalafona en dos grados de distinta intensidad: la representatividad simple o menor (arts. 7.^º.2 y 10.^º.2) y la mayor representatividad (arts. 6.^º, 7.^º.1, 8.^º.2 y 9.^º), para, sin crear una representatividad monopolista, incompatible con la libertad y pluralismo sindicales constitucionalmente asegurados, promocionar especialmente su *grado mayor*, expresivo de una mayor o más fuerte integración/homogeneidad de los intereses representados. Prescinde, de otra parte, la ordenación legal española de mecanismos de reconocimiento o indicadores plurales de esa particular cualidad del sindicato: el *criterio electoral* es la fuente básica de legitimación sindical, al que acompaña, para ostentar la representatividad *mayor*, la afiliación a una de las grandes confederaciones sindicales (regla de la mayor representatividad *por irradiación* o de la mayor representatividad *presumida*). Busca, en fin, el sistema español ordenar con vocación o alcance general las facultades de acción que a los sindicatos brinda su poder o capacidad (más) representativa.

No alejado del modelo político de la democracia representativa, hay que reconocer que el diseño legal español, sólidamente articulado sobre la promoción y selección de pocos y grandes sujetos político-sindicales, permite, pese a ellos, la manifestación de intereses heterogéneos. Ahí están para probarlo los dos grados de representatividad señalados, a los que se añade otra fórmula selectiva de menor intensidad, cual es la presencia del sindicato en órganos de representación unitaria de los trabajadores en las empresas, requisito de *implantación*, que no de representatividad, del que derivan para el sindicato derechos de acción

dentro de la empresa (arts. 8.^º.2 y 9.^º.1). En cuanto al criterio legitimador, el *electoral*, que empieza a ser positivamente valorado en otras experiencias sindicales (como criterio cuantitativo y verificable)¹⁴, goza de importantes virtudes: objetividad, legitimidad democrática y coherencia¹⁵. Por lo demás, nuestra tradición se acomoda naturalmente al mismo y nuestra realidad actual no resulta extraña a la importancia que las representaciones de los trabajadores de base electiva tienen acreditada o están cobrando en otros países europeos¹⁶.

Es verdad, entre sus posibles defectos, que la afiliación sindical no comporta, entre nosotros, grandes ventajas; que, como se ha dicho con referencia expresa a nuestro sistema y al francés, la representatividad de tipo electoral “realiza tendencialmente una desincentivación de la sindicalización”¹⁷. A ello ayuda la regla de prohibición de discriminación por razón de “adhesión... a sindicatos y a sus acuerdos”, recogida en el art. 17.^º.1 del E.T. y reiterada en el art. 12.^º de la LOLS, y precisada de años de interpretación y aplicación judicial para su entendimiento correcto. Sin embargo, los problemas que la penuria afiliativa o asociada de los sindicatos españoles, una de las más bajas de Europa, generan, no tienen aquí su única causa ni se resuelven a través de asombrosas fórmulas de cambio como la expresada hace algunos meses por el Secretario de Organización de la Comisión Ejecutiva Confederal de U.G.T., que proponía nada menos que la conversión del modelo español en un modelo de afiliación obligatoria para incentivar la capacidad asociativa de los sindicatos. Semejante protesta, afortunadamente, no tuvo eco en el sindicato al que representaba este cualificado dirigente¹⁸.

Es cierto también que las presiones y cambios sufridos por la realidad laboral de los últimos tiempos, unánimemente reconocidos, han puesto en dificultad los moldes tradicionales de la acción sindical y los esquemas de mayor representatividad en ellos apoyados. Pero lejos de desvirtuar las funciones representativas de los sindicatos, propiamente sindicales y políticas, su impacto no se traduce sino en su necesario enriquecimiento, con obligadas innovaciones funcionales y atención de nuevos frentes en los ámbitos contractual, participativo, institucional y de servicios¹⁹.

La jurisprudencia constitucional, que comienza su andadura aprobando la obra del legislador y confiando en la representatividad de los sindicatos para representar a “los trabajadores como conjunto” (*Sentencia 90/1982, de 29 de noviembre, f.j. 3.^º*) y garantizar el gobierno “eficaz” de las relaciones económico-productivas y del sistema político (*Sentencias 53 y 65/1982, de 22 de julio y 10 de noviembre*), termina rompiendo con esa representación global del mundo del trabajo y favoreciendo su fragmentación con la entrada de sujetos sindicales de representatividad parcial (*Sentencias 184/1987, de 18 de noviembre, 217/1988, de 21 de*

noviembre y 7 y 32/1990, de 18 de enero y 26 de febrero). Resquebraja así la fortaleza del aparato legal, centrado en conveniencia de la convergencia de intereses para el logro de fines generales y en la relevancia de la dimensión "macro", y pone en marcha un sistema de representación de intereses heterogéneos —presumiblemente por considerarlo más adecuado a la expresión de una realidad socio-laboral y sindical compleja y diversificada—, estableciendo nuevas relaciones entre el principio de representación general de los trabajadores, reglas de mayoría y tutela de las minorías²⁰. Frente a la mayor representatividad sindical promovida por el legislador, la jurisprudencia constitucional relegitima el más plural círculo de la representatividad sindical simple o menor; esto es, de aquella representatividad *suficiente y relativa*, "expresión jurídica de una legitimidad indispensable", que, al decir de VERDIER, se desprende del "superlativo", para ser "la traducción terminológica exacta del pluralismo", que ha de impregnar "no sólo el derecho de la representación sindical, sino también el de la representatividad"²¹. Ciertamente sería ingenuo ocultar las dimensiones ideológicas de su doctrina.

El hecho cierto es que en apenas cinco años, las tendencias diversificadoras de nuestro sistema sindical de representación de intereses, no sostenidas por el legislador mas que en ámbitos territoriales y funcionales concretos (y, señaladamente, en la función pública) y a efectos asimismo concretos, lo han sido, y con carácter general, por la jurisprudencia constitucional.

III. El modelo legal español: ¿rígido o flexible? La jurisprudencia constitucional como factor de la crisis, flexibilidad y reforma del modelo legal.

Las críticas levantadas al sistema legal de representatividad sindical por (parte de) la doctrina científica se anticiparon, acompañaron o siguieron a la acción de la jurisprudencia constitucional. Sin dejar de reconocer que el nuestro es un sistema que cuenta con más virtudes que defectos (RODRIGUEZ-PIÑERO, ESCUDERO) y que los sindicatos españoles, aunque bajos en afiliación, son realmente representativos de los trabajadores como prueban las elecciones sindicales en las que las dos opciones sindicales mayoritarias sumaron un porcentaje altísimo de votos (RODRIGUEZ SAÑUDO, PALOMEQUE), la doctrina tampoco ha dejado de proponer alternativas reformadoras de su excesiva fortaleza (y salvadoras de la comentada "crisis de la representatividad sindical"). Estas alternativas van desde la supresión de lo que se considera un exceso de juridificación de las relaciones sindicales españolas heredado del franquismo (RODRIGUEZ-PIÑERO, OJEDA)²² a la corrección más suave del modelo, eliminando la mayor representatividad por irradiación y

haciendo coincidir representatividad con implantación (VALDES, GARCIA MURCIA), demandando la rectificación de las distorsiones electorales y el cómputo de los resultados sobre el número de votos y no sobre el número de representantes (VAZQUEZ YEBRA), el cambio del modelo de elecciones sindicales (ESCUADERO) o el reequilibrio del principio asociativo mediante la introducción legal de técnicas de fomento de la afiliación sindical (propuesta que yo misma he tenido ocasión de defender)²³.

Todas estas son propuestas recientes. Datan en su inicio, en términos aproximados, de 1987. Y sin embargo, con independencia de la vigencia de algunos de ellas (la reforma de los vicios electorales, especialmente oportuna en año de elecciones sindicales o la demanda de incremento afiliativo), resultan hoy haberse quedado a la zaga de los acontecimientos. No es que vivamos un clima propicio a las reformas en este punto. Es que las reformas se están produciendo, de forma suave y continua, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que bien reclama modificaciones normativas *reglamentarias* sobre puntos concretos, bien con su interpretación produce ajustes que hacen innecesarias tales reformas, supliendo así, en cualquier caso, la intervención del *legislador*. Habrá que convenir en que, de la mano de la jurisprudencia constitucional, el diseño legal se acomoda a las cambiantes exigencias político-económicas, a la lógica del momento, probando su *flexibilidad*. Lejos de su denunciada rigidez, el modelo legal español se ha adaptado a situaciones diversas a través de su interpretación y corrección jurisprudencial constitucional.

Por lo demás, si se emprendiese la reforma *legal* del sistema, con alcance general o parcial, ésta tendría que seguir los derroteros marcados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con independencia de la fuerza política que la gestionase, que podría imprimir su sello dentro de las pautas de aquella jurisprudencia. La nueva intervención del legislador debería orientarse, en consecuencia, hacia la moderación o aligeramiento, hacia la dulcificación del sistema (diseño al que, naturalmente, se acomodarían mejor determinadas fuerzas políticas). A nadie se le ocultan, sin embargo, los riesgos de una intervención directa del legislador sobre el poder de representación sindical y sus principios fundamentales de ordenación (ej. redefinición de la mayor representatividad sindical y de su criterio de comprobación y medición) en las actuales circunstancias socio-políticas. Para tal operación se precisaría un amplio y firme consenso sindical, que, convendrá recordarlo, no se ha logrado para afrontar correcciones parciales y pragmáticas (la nueva ordenación reglamentaria del proceso electoral sindical es ejemplo sintomático). Sobre ello, operarían razones de política legislativa contrarias también a la reforma legal del sistema en sus líneas maestras, no

en piezas ajustables a las mismas: siendo, como es, el modelo español de una relativa juventud y gran dureza normativa, la reforma del sistema por vía legal *orgánica* redundaría en descrédito de sus autores, pues cinco años de experimentación del mismo son escasos para comprobar sus virtualidades y defectos.

Sea como fuere, la jurisprudencia constitucional sobre representatividad sindical es determinante: bien porque la reforma legal haya quedado desplazada o simplemente aplazada por sus correcciones, buenas —tal sería la opinión mayoritaria— para el estado de salud del sistema sindical español, al que dotan de estabilidad formal no obstante las variaciones del contexto aplicativo; bien porque, en la hipótesis poco probable de que se produjese, traza los caminos de la reforma *legal* futura, condicionando su destino y conduciendo, *en uno y otro caso*, al aligeramiento del sistema *legal* de representatividad sindical.

IV. Los principales caracteres de la interpretación y decisiones de la jurisprudencia constitucional española sobre representatividad sindical.

Convendrá proceder ya a efectuar una caracterización general, a través de sus perfiles más expresivos, de la jurisprudencia constitucional española sobre la (mayor) representatividad de los sindicatos, destacando los elementos, métodos y técnicas interpretativas de que se sirve, las fórmulas conceptuales empleadas, sus corrientes de influencia, los tipos de sentencias dictadas y sus aplicaciones prácticas y concretas (con alguna valoración cuantitativa, incluso). Estos son sus rasgos propios sobresalientes:

1.^o) La jurisprudencia constitucional española en la materia es una jurisprudencia de formación *temprana*. Arranca de 1982, año en que comienzan las primeras sentencias sobre representatividad sindical. Debe tenerse en cuenta, para la comprensión exacta de este dato puramente cronológico, que el Tribunal Constitucional español inicia sus actividades en 1980 y su producción jurisprudencial propiamente dicha, a través de sentencias, en 1981. Con excepción de dos sentencias, ambas muy importantes aunque de diferente condición, la *Sentencia 11/1981, de 8 de marzo*, sobre constitucionalidad del Real Decreto-Ley 17/1977, de marzo, regulador del derecho de huelga de y los conflictos colectivos, y la *Sentencia 38/1981, de 23 de noviembre*, sobre nulidad radical de los despidos discriminatorios antisindicales²⁴, la representatividad sindical irrumpe en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con los primeros problemas del derecho sindical español. Esa jurisprudencia constitucional es, pues, de formación temprana y acusa la centralidad de

la selección representativa en la construcción del ordenamiento jurídico sindical.

2.^o) La jurisprudencia constitucional española es *numerosa, continua y sostenida* a lo largo del tiempo. Desde la fecha de su inicio, y de forma ininterrumpida en los años siguientes, el Tribunal Constitucional no ha dejado de dictar fallos en materia de representatividad sindical. Su jurisprudencia se ha ocupado de armonizar las exigencias legales de representatividad de los sindicatos con los principios constitucionales de libertad y pluralismo sindicales, ofreciendo cobijo constitucional —sin gran esfuerzo argumental, es verdad— a aquéllas; se ha adentrado en la definición de las funciones constitucionales de los sindicatos y de sus facultades de acción; y ha resuelto problemas laterales, conexos con la representatividad sindical, como es, entre nosotros, dadas las peculiaridades del modelo español, los temas de elecciones a representantes unitarios de los trabajadores en las empresas y en la función pública (comités de empresa y delegados de personal y juntas y delegados de personal), elecciones que, como se dijo, determinan, al tiempo, el “quantum” de dicha representatividad. No causará sorpresa comprobar que el volumen de la jurisprudencia constitucional registra la celebración de elecciones “sindicales”; así, el número más alto de sentencias de 1988 encuentra su causa en los distintos procesos electorales habidos entre los años 1984–1987 (1984 y 1987 en la función pública; y, sobre todo, 1986, en las empresas).

En total, son 38 los fallos constitucionales, en algún caso no completos y en otros de solución eminentemente procesal, que componen esta línea jurisprudencial²⁵. Por orden cronológico se reparten del modo siguiente: tres en 1982, cinco en 1983, uno en 1984, cuatro en 1985, tres en 1986, cinco en 1987, nueve en 1988, 6 en 1989; y van 2 en 1990.

Según las vías de impugnación, seis se han dictado en recursos de inconstitucionalidad; tres en conflictos positivos de competencia promovidos por el Estado, uno frente a la Comunidad Autónoma Cantabria y dos frente a la Comunidad Autónoma del País Vasco; y los restantes en recursos de amparo. No será necesario insistir en la importancia del recurso de amparo como vía de producción de jurisprudencia constitucional en esta materia, que la singulariza en el panorama de las jurisprudencias comparadas.

Respecto de la producción jurisprudencial constitucional total en las materias laboral y de seguridad social, las sentencias sobre representatividad sindical, terminada la jurisprudencia del año 1989, representaban el 7,94% de ese total; porcentaje que se elevaba al 37,5% en relación con el total (subtotal) de sentencias constitucionales sobre derecho sindical *lato sensu*²⁶. Es, pues, un porcentaje significativo, habido en cuenta de que en dichos ámbitos materiales los preceptos más frecuentemente

utilizados de llegada al Tribunal Constitucional son el art. 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva) y art. 14 (derechos de igualdad y no discriminación) de la Constitución Española (y en ocasiones, ambos preceptos unidos).

Ambos preceptos se combinan también en ocasiones, mucho más numerosas las relativas al art. 14 que al art. 24.1, con el art. 28,1 (libertad sindical) en el planteamiento de quejas con "relevancia constitucional" sobre el empleo del criterio selectivo de la mayor representatividad sindical o sobre el desenvolvimiento de los procedimientos electorales. Por lo que hace al art. 14, es doctrina constitucional reiterada desde la primera a la última sentencia que el derecho de libertad sindical comprende el de igualdad de trato entre los sindicatos (que este derecho se subsume en aquél; desde la *Sentencia 53/1982, de 22 de julio*, hasta la *Sentencia 32/1990, de 26 de febrero*, por lo que el manejo o alegación de aquel precepto en tales casos deviene superfluo. Sobre el art. 24.1, ya se dijo que la jurisprudencia constitucional sobre representatividad sindical acoge fallos esencialmente procesales, que, sin necesidad de analizar los posibles sacrificios del derecho de libertad sindical, aprecian vulneración del de tutela judicial efectiva. Fallos de este tipo contienen las *Sentencias 102/1983, de 18 de noviembre, 169, 200 y 217/1988, de 29 de septiembre, 26 de octubre y 2 de diciembre*.

Dejando a un lado otras vías de impugnación, el 63,3% de los amparos se planteó frente a *decisiones judiciales* (el 36,6% restante frente a *disposiciones y actos administrativos* y a las *decisiones judiciales que los confirmaron*, de tramitación obligada para agotar la vía judicial previa al amparo constitucional), estimándose el 45% de los mismos (el 50% de los amparos de naturaleza mixta o "de doble vía"). En porcentaje global, la estimación alcanzó el 46,6%, lo que virtualmente significa el *equilibrio entre las partidas de autorización* (ciertamente un poco más elevada, pero no debe olvidarse que tampoco es infrecuente que la desestimación del amparo se acompañe de interpretaciones correctoras de la decisión judicial impugnada) y *desautorización constitucional de las interpretaciones sostenidas en la materia por los jueces ordinarios*.

Otros datos de interés revelan la presencia activa o combativa de distintos sindicatos (desde luego, todos los más representativos, con la excepción de ELA-STV²⁷) por el reconocimiento de su condición más representativa o representativa a secas y el disfrute de derechos de participación, negociación y acción sindical en la empresa, por la disponibilidad de medios económicos o contra el criterio de audiencia electoral, tachado de discriminatorio por los sindicatos contrarios a participar en los órganos unitarios de representación. Destaca la mayor litigiosidad de CC.OO. (con la promoción de 11 amparos, de los que 5 fueron estimados), seguida de lejos por USO y CNT-AIT (con 5 y 4,

respectivamente, y un porcentaje de éxito del 60% y 25%). Pese a la intensa confrontación intersindical del período 1981-1987, sólo en una ocasión los dos sindicatos más representativos de ámbito estatal actuaron procesalmente enfrentados: en el proceso de amparo constitucional que desembocó en la *Sentencia 39/1986, de 31 de marzo*, sobre participación de los sindicatos más representativos en las comisiones y órganos creados por el Acuerdo Económico y Social para 1985-1986 (AES), que UGT afirmó con el Gobierno y las patronales CEOE y CEPYME, y CC.OO. rechazó pese a haber intervenido en su negociación²⁸. La Sentencia constitucional vinculó el derecho de participación sindical a la aceptación del pacto, con lo que no prestó amparo a las tesis de CC.OO..

Los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Defensor del Pueblo se estimaron²⁹, obligando al legislador a variar su criterio³⁰. No así los del Gobierno y Parlamento vascos y de la oposición parlamentaria, aceptados formalmente en un único caso³¹, aunque, en todos, la interpretación constitucional proyectó dosis nada despreciables de corrección y, por tanto, de deslegitimación sobre la obra del legislador. Las *Sentencias 98/1985, de 29 de julio, y 57/1989, de 16 de marzo*, constituyen dos excelentes ejemplos de sentencias interpretativas/manipulativas.

Los conflictos de competencia a propósito de la convocatoria de elecciones y regulación de órganos de representación electiva de funcionarios públicos se ganaron por el Gobierno frente a la Comunidad Autónoma del País Vasco³². Cantabria, en cambio, resultó vencedora en conflicto similar³³.

3.^º) La producción jurisprudencial constitucional española en la materia se caracteriza también por ser *gradual y recurrente*, y, además, *inacabada*. No sigue, desde luego, un recorrido lineal. A medida que el tiempo avanza las doctrinas interpretativas del Tribunal Constitucional son progresivamente más acabadas y complejas, pero al ser el sistema español de justicia constitucional un sistema abierto, no atado al precedente jurisprudencial constitucional más que a través del fino hilo del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley interpretado por la propia jurisprudencia constitucional, esta jurisprudencia es permanentemente inacabada y permite correcciones posteriores, con motivo del caso concreto que ante el Tribunal se plantea. Así, por ejemplo, si una de las decisiones primeras de esta jurisprudencia constitucional, la *Sentencia 70/1982, de 29 de noviembre*, teoriza, sobre la representación institucional, de intereses, llevada a cabo por los sindicatos, señalando que la función constitucional de éstos "no es únicamente la de representar a sus miembros a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del derecho privado", sino tendencialmente a todos los trabajadores "como conjunto" (f.j. 2.^º), esta construcción la predicará

la Sentencia 208/1989, de 14 de diciembre, sólo de los sindicatos representativos, "que, en tanto que tales, pueden representar al conjunto de los trabajadores" (f.j. 3.^o).

4.^o) Ello es así porque, en efecto, se trata, además de una jurisprudencia que *combina métodos de interpretación de carácter general o universales en la resolución de los grandes problemas* de la representatividad sindical, *con métodos tópicos*, estos últimos aplicables en cada caso y adaptables a la mutada o mutable realidad social, pero —lo que es más importante o peligroso desde el prisma del principio de igualdad que exige esa universalidad de reglas para regular igualmente situaciones análogas y diversamente situaciones distintas— a resultados o doctrinas generales. La jurisprudencia constitucional no tendrá inconveniente en reconocer que la tensión permanente y, en cada caso, el engarce armonioso entre los principios de libertad sindical y de igualdad de trato entre los sindicatos y las exigencias de (mayor) representatividad es un "problema... de límites" (Sentencia 98/1985, f.j. 7.^o) ; o que la "objetividad" de los criterios utilizados para montar las técnicas selectivas de (mayor) representatividad sólo es determinable a través del "análisis concreto de... (cada) situación dada" (Sentencia 9/1986, de 21 de enero, f.j. 3.^o). Elevados a la categoría de fórmulas básicas para la convalidación constitucional del sistema legal de representatividad sindical, semejantes criterios interpretativos obligan a operaciones continuas de limitación, favorecen la siempre posible reapertura de cuestiones ya decididas y arrojan como balance de la jurisprudencia constitucional española una *relativa determinación*, que, aunque relativa, tiene un peso decisivo, pues, como antes dije, no es posible ensayo alguno de reforma del modelo legal de representatividad sindical que dé la espalda a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

5.^o) Esa jurisprudencia, desde sus inicios hasta el balance final que arroja el año 1990, recurre *con profusión creciente a conceptos jurídicos indeterminados*, esto es, *a criterios abiertos que se sobreponen a la acción del legislador y, en general, de los poderes públicos, unas veces para completarla y otras veces para corregirla*. A partir de 1985, es usual encontrar en la jurisprudencia constitucional española referencias continuas a los conceptos de *razonabilidad, proporcionalidad y adecuación* —de ambigüedad semántica unánimemente destacada— en la utilización de los criterios de representatividad, cuya condición objetiva no opera autónomamente y con eficacia general, sino en cada caso concreto, dependiendo de la relación medio-fin (*ratio* de la norma).

El de representatividad es así, en manos de la jurisprudencia constitucional, un criterio selectivo y promocional *elástico o moldeable*, de valor *relacional* o, como señala la jurisprudencia alemana, *funcional*³⁴; de forma que, pese a su objetividad, dirá con absoluta claridad la Sentencia

9/1986, de 21 de enero, no es criterio utilizable "con cualquier propósito", pues la "objetividad no es... una condición predicable en abstracto de un elemento cualquiera de la realidad fáctica, con independencia de la *conexión* en la que, dentro de ésta, se da". Su utilización, por ello, no es legítima "para establecer un trato diferente respecto de materias que ninguna relación guardan" con el mismo. Por el contrario, su empleo ha de constituir *instrumento apr. opiado al fin perseguido* (Sentencias 20, 26 y 72/1985, de 14 y 22 de febrero y de 13 de junio, f.j. 2.^o, 3.^o y único; 39/1986, de 31 de marzo, f.j. 6.^o; 184/1987, de 18 de noviembre, f.j. 4.^o y 5.^o; 217/1988, de 21 de noviembre, f.j. 2.^o y 3.^o).

Con estos criterios, que encubren no sólo exigencias del método lógico-formal sino también valores político-sociales, el Tribunal Constitucional español corrige el empleo por los poderes públicos de fórmulas selectivas de los sindicatos, incluidos los criterios de (mayor) representatividad, si esas fórmulas no se utilizan en forma que revele razonabilidad, adecuación y proporcionalidad al fin perseguido. Si los criterios selectivos del legislador superan el juicio de razonabilidad del Tribunal Constitucional, la acción legislativa será constitucional; no en el caso contrario. Es fácil imaginar la potencialidad correctora o moderadora que el uso de estos conceptos indeterminados pone en manos del Tribunal Constitucional³⁵.

6.^o) Es, además, una jurisprudencia *creativa o innovadora*. En ocasiones el Tribunal Constitucional completa la acción del legislador, introduciendo criterios de selección sindical distintos a los de representatividad sindical. Uno bien conocido, el primero que aparece en la jurisprudencia constitucional (Sentencia 11/1981, de 8 de abril), es el criterio de implantación notoria del sindicato. Los sindicatos se diferencian entre sí no sólo por criterios de representatividad, sino, antes de nada, por un criterio esencial, de fabricación jurisprudencial constitucional, capaz de contrarrestar la permisividad de la legislación española en la creación de asociaciones *sub forma* sindical, cual es el criterio de la *implantación*: el sindicato que realmente existe no es el creado a través del procedimiento de depósito de sus estatutos y adquisición de personalidad jurídica, regulado en el art. 4.^o de la LOLS, sino el implantado en un ámbito determinado.

Otras veces, la jurisprudencia constitucional utiliza criterios distintos a los manejados por el legislador para corregir la acción de éste y su aplicación práctica, judicial y administrativa. El más importante de éstos es, sin duda, el del ámbito de actuación *territorial* o *funcional* limitado o concreto del sindicato en relación con el de la facultad de acción de que trate. El Tribunal Constitucional considera que las facultades legales de la representatividad sindical han de medirse según el fin de la facultad concedida y el ámbito de actuación del sindicato. Si el ámbito de actuación

del sindicato en un ámbito reducido, las facultades de acción de los sindicatos más representativos deben ser acompañadas en tal ámbito de similares facultades de acción de aquellos otros sindicatos que, sin ostentar la condición legal de la mayor representatividad, gozan de representatividad en ese ámbito concreto.

Como dijera la *Sentencia 184/1987, de 18 de noviembre*, a propósito de la facultad de representación institucional, el criterio de medición que se use debe guardar "adecuación con las funciones y ámbito del órgano en que se llevaría a efecto la participación sindical" (f.j. 7.^o a); añadiendo, con palabras de la *Sentencia 98/1985, de 29 de julio*, que "el legislador puede válidamente potenciar las organizaciones de amplia base territorial (estatal o comunitaria) y funcional (intersectorial), que aseguren la presencia, en cada concreto ámbito de actuación, de los intereses generales de los trabajadores, frente a una posible atomización sindical, pero de tal afirmación no se puede concluir que en ámbitos concretos, sólo puedan tener presencia exclusiva las organizaciones de más amplia base, pues de lo que se trata es de garantizar la presencia de éstas sin impedir la de otras de suficiente representatividad en ese concreto ámbito" (f.j. 7.^o b). En igual sentido se manifiesta la *Sentencia 217/1988, de 21 de noviembre*: la necesaria relación de adecuación tiene sus referentes en "las funciones y ámbito de órgano" en que tiene lugar la participación de los sindicatos (f.j. 4.^o).

7.^o) Es una jurisprudencia sujeta a fluctuaciones que están en estrecha conexión con la acción del legislador, los cambios económico-sociales y el desarrollo del propio sistema de relaciones laborales, de forma que la jurisprudencia constitucional separada de tales factores, y señaladamente de la acción del legislador, no es comprensible. La jurisprudencia constitucional ha seguido una determinada línea de interpretación constitucional en función del comportamiento previo del legislador y las exigencias económico-sociales. Este es el último rasgo caracterizador de la jurisprudencia constitucional española que podría enunciarse bajo la denominación de *vinculación a la labor del legislativo en el montaje y definición del sistema español de representatividad sindical*.

El análisis de este ulterior rasgo definitorio demanda una cuidadosa caracterización histórica de la jurisprudencia constitucional. Sólo así podrá comprenderse el juego de relaciones dialécticas que en el proceso de conformación de nuestro sistema de representatividad sindical se ha establecido entre el legislador y el Tribunal Constitucional. La mayor extensión de su problemática específica pide un tratamiento separado.

V. La dimensión histórica esencial de dicha jurisprudencia constitucional y de sus soluciones: de la colaboración al desacuerdo con el legislador.

1. La adhesión de la jurisprudencia constitucional al alumbramiento legal de las primeras medidas de representatividad sindical.

En la fase de instauración del sistema sindical democrático, resuelve la jurisprudencia constitucional dos problemas fundamentales de partida, cuales fueron la constitucionalidad de la introducción legal de técnicas de representatividad sindical —al que, en este momento inicial, no depara fundamento constitucional concreto— y la constitucionalidad de la mediación de la representatividad sindical entronizada sobre el criterio electoral por su condición de criterio objetivo (*Sentencias 53 y 65/1982, de 22 de julio y 10 de noviembre*.) En esta fase histórica inicial, bien conocida, el Tribunal Constitucional se muestra prudente y poco propenso a ocasionar perturbaciones al legislador postconstitucional, santificando su acción, simbolizada en el Estatuto de los Trabajadores (versión centrista de 1980).

A partir de estas decisiones primeras, la jurisprudencia constitucional se enfrenta a otro tipo de problemas. Da vía libre a una concepción de la representación sindical, técnicamente apoyada en el principio de representación general de los trabajadores, que excede el simple vínculo asociativo (*Sentencia 70/1982, de 29 de noviembre*). Y sostiene la constitucionalidad de la opción del Estatuto de los Trabajadores de entregar en exclusiva a los sindicatos representativos la legitimación para negociar colectivamente convenios colectivos de ámbito supraempresarial y eficacia personal general (*Sentencia 4 y 12/1983, de 28 de enero y 22 de febrero*). Pero estas cuestiones, con ser de indiscutible importancia, se instrumenta, la primera, a la organización de la representatividad sindical (a las relaciones externas entre sindicatos y generalidad de los representados, más allá de las relaciones internas entre sindicatos afiliados), y deriva, la segunda, de la resolución de los dos problemas de partida mencionados.

En este primer período temporal se están viviendo los años de puesta en marcha del entramado constitucional, en que el legislador afronta la necesidad de identificar sujetos sindicales fiables en sus relaciones con las empresas (negociación colectiva) y los poderes públicos (consultas, representación institucional, concertación social). Téngase en cuenta que, al calor de la recuperada libertad, el panorama sindical había experimentado un importante y acelerado crecimiento de sindicatos, débiles y políticamente divididos, con fuerte competencia entre sí y en función de oposición al poder político; la crisis económica imponía la adecuación

de las instituciones jurídico-laborales a la adversa situación del empleo; la negociación colectiva presentaba su tradicional pobreza de contenidos y una estructura muy fragmentada a nivel de empresas; y el reconocimiento constitucional de las autonomías territoriales abría la amenaza de fracturas regionales (llamadas, en expresión de la época, "marcos autónomos de relaciones laborales").

Los elementos argumentales que el Tribunal Constitucional maneja en sus primeras decisiones son, así, todos los que utiliza el Comité de Libertad Sindical de la OIT y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: que el derecho de libertad sindical y, como parte integrante de su contenido esencial, el principio de igualdad de trato entre los sindicatos no sufren por la introducción del principio ordenador y selectivo de la representatividad sindical, siempre que la selección representativa se fije con arreglo a criterios objetivos no dados al capricho ni a la arbitrariedad (*Sentencias 53, 65 y 70/1982, de 22 de julio y 10 y 29 de noviembre; 4, 12 y 37/1983, de 28 de enero, 22 de febrero y 11 de mayo; 73/1984, de 27 de junio, y 98/1985, de 29 de julio*), pues el principio de igualdad prohíbe *prima facie* la diferenciación *ratione subiecti*. Explica el Tribunal, con un razonamiento que en otras jurisprudencias constitucionales es de curso corriente, que dicha selección representativa favorece las exigencias de una sana gestión de los intereses de los trabajadores según los valores de la sociedad industrial (eficacia organizativa y economía de gestión); una atomización de la representación de los trabajadores ejercida por una pluralidad de sindicatos perjudica la eficacia de la acción de representación y no conviene a los intereses representados; es, por ello, conveniente la intervención del legislador dirigida a seleccionar de entre los sindicatos existentes aquéllos que tienen una capacidad *real* de representación. La identificación del interlocutor favorece el ordenado y pacífico desarrollo de las relaciones laborales. Y, aunque inicialmente de forma menos explícita, considera también que el legislador español opera con un criterio objetivo de identificación o medición de la idoneidad representativa, porque, a la postre, son los trabajadores los que determinan qué sindicatos son más representativos. Más tarde, en la *Sentencia 98/1985, de 29 de julio*, el Tribunal dirá abiertamente que al criterio de audiencia electoral "nada puede oponerse", pues "arranca de un dato, objetivo, que es la voluntad de los trabajadores" (f.j.12.^o y 13.^o)³⁶; añadiendo en la *Sentencia 217/1988, de 21 de diciembre*, que se trata de una "concepto dinámico", pues "depende del porcentaje de audiencia que se obtenga en las elecciones que sucesivamente vayan celebrándose ..." (f.j. 5).

En suma, el Tribunal Constitucional no hace otra cosa, en esta primera etapa, que confirmar y suscribir el modelo de gobernabilidad racional y centralización de las relaciones laborales propuesto por el legislador

estatutario, apoyado en un frágil y circunstancial consenso político y sindical. Con una consecuencia importante: la figura del sindicato más representativo recibe el aval constitucional.

2. La desautorización constitucional de los primeros extravíos del legislador.

Pero esta armonía de concepciones se interrumpe comenzando el año 1985, cuando los poderes públicos (no sólo el legislativo, también el ejecutivo) deciden utilizar expansivamente el criterio de la mayor representatividad sindical. Con el precedente de la desautorización constitucional a la acción del Ministerio de Trabajo de ceder el uso temporal de bienes patrimoniales públicos exclusivamente a sindicatos más representativos (*Sentencia 99/1983, de 16 de noviembre*), el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de determinadas partidas de las leyes de presupuestos que destinaban subvenciones a los sindicatos más representativos para la realización de actividades socio-culturales, formativas y de promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores (*Sentencias 20, 26 y 72/1985, de 14 y 22 de febrero y 13 de junio*). Encuentra el Tribunal que esta promoción económica del legislador ocasiona a los sindicatos no favorecidos por la misma una desigualdad de trato falta de justificación objetiva, razonable y proporcional al fin perseguido, pues siendo las subvencionadas funciones propias de todo sindicato, según el art. 7.^o de la Constitución Española, el legislador no puede facilitar su realización exclusivamente a los sindicatos más representativos. El medio empleado, el filtro de la representatividad sindical, no se acomoda al fin perseguido, el cumplimiento de las funciones constitucionales del sindicato.

En esta segunda etapa el Tribunal avisa sobre los peligros de incumplimiento del modelo constitucional de libertad y pluralismo sindicales, ocasionando algún desgarró a la obra del legislador.

3. El juicio de constitucionalidad del diseño central del legislador y los equilibrios compondores de la interpretación constitucional.

En la tercera etapa, se produce el consenso formal entre ambos modelos, el del legislador, que interviene nuevamente para desarrollar un ordenamiento sindical articulado sobre el criterio basilar de la (mayor) representatividad de los sindicatos electoralmente legitimados, y el del Tribunal, que con una sentencia manipuladora corrige, en términos de moderación, el nuevo proyecto del legislador. Esta tercera etapa es especialmente significativa para la comprensión del modelo español de representatividad sindical y queda reflejada a la perfección en la Ley

Orgánica de Libertad Sindical y en la *Sentencia 98/1985, de 29 de julio*, que desestimó los recursos (previos) de inconstitucionalidad interpuestos contra aquélla, ofreciendo fundamentación constitucional a las técnicas de representatividad sindical en el principio “de promoción del hecho sindical, que enlaza con el art. 7 de la Constitución” (f.j. 7.º).

Con la luz verde constitucional, la Ley se abrió paso hacia su promulgación; sin tan siquiera una tacha de inconstitucionalidad, pero con una sentencia interpretativa a sus espaldas que corregía decisivamente el alcance del texto legal. Colmando márgenes de indeterminación legal realmente inexistentes, la *Sentencia 98/1985* advertía sobre la conveniencia de “superar” los obstáculos derivados “de la redacción legal” so pena de llevar la “interpretación al absurdo” (f.j. 8.º). La “superación” del Tribunal Constitucional se saldó con la reforma de “la redacción legal”. Al menos, en dos aspectos esenciales.

Se refiere el primero de ellos a la regulación de la mayor representatividad por irradiación, que, en la interpretación correctora de la sentencia constitucional, debe corresponderse con *implantación* del sindicato receptor o irradiado, de forma que ésta, que recibe la mayor representatividad por irradiación por estar afiliado o confederado a un sindicato más representativo (arts. 6.º.2.b y 7.º.1.b) de la LOLS), tiene necesariamente que ejercer las facultades de esa mayor representatividad en *ámbitos concretos y determinados en los que posea implantación* (*Sentencia 98/1985*, f.j. 8.º y f.j. 13.º; sobre esta “modalización” de la capacidad representativa sindical, referida a la legitimación para negociar convenios colectivos conforme al E.T., norma que “solventa” las dificultades de expresión del art. 6.º.3 de la LOLS, insistirá después la *Sentencia 57/1989, de 16 de marzo*, f.j. 2.º b), aun reconociendo que la regulación estatutaria “pudiera no salvar una coincidencia por exceso”, es decir, la negociación “por una confederación nacional... de un convenio sectorial provincial”).

El segundo, de intensa potencialidad correctora, limita la “singular posición jurídica” que la Ley confiere a los sindicatos más representativos a través de una sutil operación interpretativa, aquí apenas desvelada, que sienta las bases para reconducir “las funciones y facultades” de los sindicatos simplemente representativos a las propias de los sindicatos que disfrutan del grado mayor de la representatividad. El resultado es que la atribución diferenciada de facultades de acción, que con voluntad indubitada la Ley Orgánica de Libertad Sindical efectúa en beneficio de los sindicatos más representativos³⁷, se desdibuja en la sentencia constitucional de modo que los dos grados de la representatividad sindical tienden a igualarse.

Semejante nivelación es patente en las dos facultades representativas que en el diseño del legislador separan a los sindicatos más represen-

tativos de los representativos: la obtención de cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos “en los términos que se establezcan legalmente” y la representación institucional (art. 6.º.3 f) y a) en relación con el art. 7.º 2, *in fine*, de la LOLS), precio esta última, los diferentes sistemas sindicales, de la institucionalización del sindicato y de su actividad. Considera la sentencia constitucional que, pese a la ubicación sistemática de la concesión legal en el casillero de la capacidad representativa *exclusiva y excluyente* de los sindicatos más representativos, la obtención de cesiones temporales de inmuebles no se cierra por el legislador orgánico a los sindicatos menos representativos “ni a los demás” (correspondiendo cerrarlo al legislador posterior que se ocupe del tema, cierre que, avisa, “podrá, en su caso, plantear problemas de inconstitucionalidad”). En cuanto a los espacios institucionales que se abren a los sindicatos más representativos, el Tribunal dice que la Ley “debe entenderse” de forma que las Comunidades Autónomas puedan, además de a los sindicatos más representativos, incorporar a “sus propios órganos a otros sindicatos que no tengan esta consideración legal” (*Sentencia 98/1985, f.j. 11.º*).

Ambos entendimientos del Tribunal Constitucional no son sino desarrollos argumentales de la tesis central de que el esfuerzo del legislador por dotar a los sindicatos más representativos de mayores posibilidades de acción plantea problemas de adecuación a la Constitución “sólo” en la medida en que depare rechazo o exclusión de otros sindicatos (f.j. 8.º). Pero justamente en tal *selección privativa* consiste la mayor representatividad sindical: lo que carece de todo sentido —ésta sí que es una operación absurda por vana— es seleccionar a sindicatos más representativos, *con arreglo a criterios objetivos, no parciales ni abusivos*, para procurarles determinadas funciones o prerrogativas, *adecuadas y proporcionales al fin perseguido*, y después extenderlas a las demás que no lo sean. Esta es la evolución experimentada por la representación institucional, como enseguida veremos, que aquí queda preparada.

Pero terminemos con la *Sentencia 98/1985*. Con la laboriosa e inestable composición de equilibrios que dicha sentencia efectúa, la jurisprudencia constitucional logra la cohesión de modelos diferenciados a través de una estrategia interpretativa, cuyo resultado real es la corrección del diseño legal a través de la compartición y moderación de la zona de dominio de la mayor representatividad sindical.

4. *El incremento de las zonas de fricción, la compartición del poder más representativo y la extensión del pluralismo representativo.*

La cuarta y última etapa de la jurisprudencia constitucional española se caracteriza por el desarrollo y puesta en práctica de ambos modelos,

legal y jurisprudencial constitucional, en creciente divergencia, La jurisprudencia constitucional, con claridad desde 1987, no dejará de ejercer, con uso progresivamente desenvuelto, su papel correctivo sobre el "protagonista sindical privilegiado" por el legislador; el sindicato más representativo, invitando a la fidelidad y al retorno hacia los esquemas originarios, más suaves, del Estatuto de los Trabajadores, válidos, por otra parte, para el sostenimiento de la concertación social, cuando ésta se reveló útil a las necesidades de la política económica y social. Sus construcciones técnicas se valdrán de dos apoyos centrales, utilísimos a tal fin: la colocación en cada caso de la frontera móvil de la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación, de un lado; y, de otro, el perfeccionamiento de la idea central —ya avanzada en la *Sentencia 98/1985* y, previamente, en las *Sentencias 20, 26 y 72/1985*— de que la constitucionalidad o inconstitucionalidad del criterio legal de la mayor representatividad sindical y de sus aplicaciones prácticas no está tanto en la concesión de determinadas facultades a los sindicatos que posean esa condición (en las "coincidencias por exceso" de que habla la *Sentencia 57/1989*, j.f. 2.ºb), cuando en la exclusión de otros sindicatos que no la posean de su disfrute. Para la jurisprudencia constitucional no se trata de suprimir facultades de acción de los sindicatos más representativos —lo que redundaría en perjuicio de la presencia y papel institucional del sindicato; aunque en algún caso se diga expresamente que su mantenimiento tampoco resulta necesario³⁸, sino de extenderlas a otros sindicatos, extensión posible por los poderes públicos y la autonomía colectiva.

En el extremo opuesto a esta debilitación del principio de mayor representatividad sindical, la jurisprudencia italiana no sólo relanza y re-legitima, bien avanzada la década de los 80, la noción "más rígida y selectiva" de "confederación sindical más representativa" —lo que hace en la citada *Sentencia constitucional n.º 334, de 24 de marzo de 1988*³⁹— sino que construye el régimen jurídico de la mayor representatividad como reserva de *orden público*, cerrada a los demás —operación ésta, anterior en el tiempo, y debida a la jurisprudencia de casación⁴⁰.

A diferencia del sistema italiano, en el nuestro la mayor representatividad sindical no funciona como *principio de orden público* que prohíba a otros sindicatos obtener sus poderes por vía contractual, unilateral empresarial, o pública. Al contrario, la jurisprudencia constitucional española estimula tal equiparación.

Con tal dilatación de funciones, la mayor representatividad sindical irremediablemente pierde identidad propia. Con el juicio de razonabilidad la mayor representatividad se pliega a las exigencias y razones de la jurisprudencia constitucional.

Esta evolución degenerativa, paralela a la recuperación de la economía y al declive de la concertación de la política de rentas (1986-1989),

es especialmente notable en lo que hace a la representación institucional. Abierta a la *Sentencia 98/1985* la espita de su disponibilidad en favor de las Comunidades Autónomas por razón de sus "competencias de organización", el razonamiento es aplicable a las restantes Administraciones, puesto que todas están dotadas de autonomía de organización, núcleo irreductible de la autonomía. Además, la llamada a otros sindicatos a la representación institucional, que en aquella sentencia se formulaba como facultad organizatoria del órgano administrativo participado, se convierte en sentencias posteriores en consecuencia obligada del respeto de los principios de libertad e igualdad sindicales. Las *Sentencias 184/1987, de 18 de noviembre, y 217/1988, de 21 de noviembre*, constituyen ejemplos insignes de esta nivelación progresiva y extensión de la participación institucional y de otras facultades de acción sindical (crédito horario) para acoger en su seno a los sindicatos menos representativos, especialmente en la función pública.

El resultado de esta interpretación es una nueva equiparación: del régimen jurídico de la representación institucional al de la legitimación para negociar convenios colectivos de eficacia general contenido en el E.T. Afirma la *Sentencia 57/1989, de 16 de marzo, que ámbito geográfico y funcional de la representación sindical debe coincidir con el de la negociación* (f.j. 2.º b), a salvo las coincidencias "por exceso". Otro tanto puede decirse de la representación o "*participación institucional*", si el órgano participado es de ámbito territorial limitado o alcance sectorial o subsectorial y —en aplicación de la doctrina de la *Sentencia 53/1982*— su estructura no está centralizada.

A lo largo de este proceso, de corta, pero intensa duración, la jurisprudencia constitucional española redistribuye el poder representativo de los sindicatos y previene frente a hegemonías peligrosas. El modelo del legislador, más rígido y centralizado, se hace, a través del tamiz jurisprudencial constitucional, flexible y alentado en sus tendencias centrífugas, a cuyo amparo renace el pluralismo competitivo. Todo ello, sin suscitar excesivo clamor, más bien aplauso; y en un momento en que la aparición y crecimiento de sujetos sindicales se ha agotado; los intentos de acotación territorial de las relaciones laborales parecen haberse pacificado, envueltos en la cultura de los gobiernos regionales de coalición o pacto; el papel político de las dos grandes confederaciones sindicales más representativas cambia respecto de años anteriores; y, frente a la fuerte confrontación intersindical de la etapa precedente y la pérdida de confianza en el modelo de concertación global, se inicia el clima de la unidad de acción sindical y, tras el paréntesis de enfrentamiento agudo con el gobierno, de una concertación de nuevo tipo, precisada, como la anterior, de la "autoridad" y eficacia de la acción sindical más representativa.

VI. Las grandes construcciones doctrinales del Tribunal Constitucional sobre representatividad sindical.

No resta, por último, sino reseñar los filones doctrinales más importantes de la jurisprudencia constitucional en la materia. Este método de análisis presenta el inconveniente de fragmentar las decisiones constitucionales y extraerlas de su secuencia temporal propia. Pero, realizado con cautela y sin perder la imprescindible perspectiva histórica, permite la reconstrucción de tesis desarrolladas en sentencias dispersas, el conocimiento de las repercusiones de sus soluciones técnicas sobre el sistema de relaciones laborales y su desenvolvimiento futuro, y, con las reflexiones y desarrollos anteriores, la valoración de síntesis o conjunto de la jurisprudencia constitucional. El análisis que se inicia resulta así obligado para completar los ya abordados, desde las perspectivas lógico-jurídica e histórica, en los epígrafes precedentes. Ello no obstante, ha de hacerse de forma sintética y concisa, pues se trata sólo de sistematizar y recapitular las aportaciones jurisprudenciales más significativas.

Además de la ya vistas, éstas son algunas de las de mayor peso, sin pretender aquí la formulación de un catálogo exhaustivo, tarea que rebasa con creces los objetivos de este trabajo:

1. La elaboración de un contenido diversificado del derecho fundamental de libertad sindical.

Esta doctrina se pone en marcha con la decisiva *Sentencia 39/1986, de 31 de marzo*, que distribuye en círculos concéntricos dicho contenido a partir de un núcleo esencial, "mínimo e indisponible", en el que se integran los derechos de "actividad" de todo sindicato, necesarios para que éste desempeñe sus funciones constitucionales y "sin el cual el propio derecho de libertad sindical no sería 'reconocible'" (f.j. 3.^º b); es decir, la negociación colectiva, la huelga, y el conflicto colectivo, derechos de acción sindical constitucionalizados singularmente por el constituyente español al margen del derecho de libertad sindical consagrado en el art. 28 del texto fundamental, y derechos de autoorganización y acción en la empresa comprendidos en el propio art. 28.1 del texto fundamental (*Sentencias 61 y 84/1989, de 3 de abril y 10 de mayo*). Sobre ese contenido mínimo, indisponible para el legislador (el contenido esencial del derecho es "límite que se impone a la actividad del legislador", reiterará la *Sentencia 61/1989, f.j. 2.^º*), éste, los poderes públicos o la autonomía colectiva pueden introducir diferencias entre los derechos de los distintos sindicatos ("para asegurar la efectividad de la propia actividad que a aquéllos se les encomienda"), apoyadas en criterios objetivos como la

representatividad y la implantación, o pueden engrosar los derechos de acción de cualquier sindicato.

Ambas operaciones fueron realizadas por el legislador de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, que procedió a incrementar los derechos de acción de los sindicatos, añadiendo a los que la Constitución reconoce el de presentación de candidaturas a elecciones a miembros de comités de empresa y a delegados de personal (y órganos electivos paralelos en la función pública; art. 2.^º 2d); y marcó diferencias, concediendo, según una típica construcción gradualista, más derechos adicionales a los sindicatos representativos (arts. 7.^º 2 y 10.^º 2) y, más todavía., a los sindicatos más representativos (arts. 6.^º 3, 7.^º 1, 8.^º 2 y 9; círculos de derechos aproximados luego por la jurisprudencia constitucional).

Pues bien, la operación interpretativa importante del Tribunal Constitucional es que esta ampliación legal de derechos sindicales pasa a "integrarse dentro del propio contenido del derecho fundamental" (*Sentencia 9/1988, de 25 de enero, f.j. 2.^º*)⁴¹; que "tales derechos o facultades adicionales... forman parte del contenido esencial de la libertad sindical" (*Sentencia 127/1989, de 13 de julio., f.j. 3.^º*), y que, consecuentemente, semejante diferenciación de círculos concéntricos (mínimo y "más plenos") dentro del contenido del derecho fundamental no genera una diversificación de regímenes jurídico-constitucionales: todos ellos gozan de las garantías que la Constitución brinda al derecho de libertad sindical del artículo 28.1 de la Constitución, por lo que, en consecuencia, todos ellos disfrutan de la protección del recurso de amparo. El "ámbito de protección en amparo del derecho fundamental... Incluye el efectivo goce del derecho en el marco de su regulación legal, la cual puede, respetando ese contenido esencial, y dentro del margen de elección política, regular de forma más amplia o restrictiva los derechos o medios instrumentales que faciliten al sindicato y a sus afiliados el ejercicio de la actividad sindical..." *sentencia 61/1989, f.j. 2.^º*)⁴².

Tan importante doctrina del Tribunal Constitucional, que al menos en su formulación semántica recuerda a la elaborada por la Corte Constitucional alemana a propósito del "núcleo sustancial" de los derechos de actividad de los sindicatos⁴³, ha sido corregido por su autor, que comprendió ulteriormente las dificultades y peligros de su aplicación generalizada y recurre, de nuevo, al juicio de razonabilidad para medir la ampliación, legal o convencional colectiva, de los derechos sindicales. De este fenómeno de enfriamiento es ejemplo la *Sentencia 99/1987, de 11 de junio*, en relación con la situación administrativa de "servicios especiales" legalmente prevista para los funcionarios públicos que ostentasen "cargos electivos" de sindicatos más representativos, cuya inconstitucionalidad declaró por considerar injustificado el privilegio que, "dentro del género privilegiado" a que el precepto pertenecía, el mismo

introducía en favor de los sindicatos más representativos (f. j. 7.º)⁴⁴. También esta corrección la efectuará el Tribunal Constitucional frente a las intervenciones de los poderes públicos y de los propios sujetos privados, señalando que no toda violación de esos círculos concéntricos constituye un ataque al artículo 28.1 perseguible a través del recurso de amparo, sino tan sólo aquellos ataques infundados (*Sentencias 51/1988, de 22 de marzo*)⁴⁵. El matiz, siempre continuo en la jurisprudencia constitucional, no oscurece, pese a todo, la importancia de esta doctrina.

Sus efectos sobre el sistema constitucional-sindical no son difíciles de precisar: el derecho de libertad sindical tiene un ámbito aplicativo más vasto, que además de otros efectos posibles sobre la democratización y reparto del poder social y político, genera una dinámica de crecimiento en la demanda de las garantías constitucionales. Sin ir más lejos, ésta ha sido la vía de llegada a la justicia constitucional de los litigios sobre las elecciones sindicales (y de algunas cuestiones bien pormenorizadas de los procesos electorales).

2. Apoyo del Tribunal Constitucional a la concertación social, explícito en la ya citada Sentencia 39/1986, de 31 de marzo, a propósito del Acuerdo Económico y Social (AES), precedida de la Sentencia 9/1986, de 21 de enero, sobre participación de los sindicatos en la ejecución y control de los planes de reconversión industrial.

Persuadida de que la mayor representatividad sindical debe utilizarse para llevar a los sindicatos mayoritarios o más representativos a cooperar con el fin general de flexibilización y resistemización del ordenamiento jurídico-laboral, la jurisprudencia constitucional eleva la actitud concertadora de dichos sindicatos, plasmada en la consiguiente aceptación y firma de pactos, a la condición de *criterio objetivo*, válido para separar determinadas facultades de acción participativa entre los propios sindicatos más representativos. La decisión de exigir la aceptación sindical de un plan de reconversión industrial como condición de la participación del sindicato en la comisión de seguimiento del mismo es "adecuada a la finalidad perseguida y, en este sentido, objetiva", pese a que la objetividad en el caso no resulte "de un acto ajeno a la voluntad expresada" por el propio sindicato, "sino de esta misma voluntad" (*Sentencia 9/1986, f.j. 3.º*); perteneciendo a la "lógica... de contrapartidas" de la negociación colectiva "la elemental de exigir que participe en la ejecución de un pacto sólo aquel sujeto jurídico que asumió compromisos en él" (*Sentencia 39/1986, f.j. 6.º*).

Con cierta proximidad, la jurisprudencia constitucional italiana utiliza la noción de la mayor representatividad sindical para justificar la constitucionalidad de las leyes "de la emergencia", en especial de la ley n.º

91 de 1977, que, empujada por las exigencias de la política económica gubernamental, corrigió el juego de los mecanismos negociables colectivos de adecuación automática de los salarios al coste de la vida (escala móvil de los salarios). El acuerdo interconfederal de 1977 y el consenso previo de las confederaciones sindicales más representativas sobre la elaboración de aquella ley permitieron a la Corte Constitucional italiana desarrollar "su ideología antiinflacionista", declarando la constitucionalidad de la intervención del legislador sobre la constitucionalizada autonomía colectiva⁴⁶.

La fijación legal de una política de rentas imperativa en el sector público es también constitucional para la jurisprudencia española⁴⁷, que, sin embargo, no ha buscado apoyos a su solución en la (mayor) representatividad sindical ni en la legitimación sindical previa de la acción del legislador. Es este un tema que excede, en consecuencia, la problemática que aquí nos ocupa, aunque resulte del todo extraño a la consideración que sigue.

3. Diferenciación entre sector público (función pública) y sector privado en la organización de la mayor representatividad sindical y de su régimen jurídico propio, más flexible en aquél que en éste.⁴⁸

Especialmente expresivas de este modo de operar de la jurisprudencia constitucional son las *Sentencias 99 y 184/1987, de 11 de junio y 18 de noviembre y 217/1988, de 21 de noviembre*. El Tribunal Constitucional ve en la función pública el paradigma de su concepto ideal de representatividad sindical: representatividad simple con los poderes y atribuciones de la mayor representatividad convergencia, con sindicatos de amplia base territorial y funcional, de sindicatos sectoriales y subsectoriales en el disfrute de las prerrogativas o ventajas de dicha condición legal, incluida la representación o participación institucional⁴⁹; corrección del juego "exclusivo y excluyente" de la mayor representatividad sindical en "ámbitos concretos"; supresión de privilegios sindicales, más allá de las facultades legítimas o adecuadas a los fines propiamente representativos (representación o participación institucional, consultas con los gobiernos, negociación colectiva, concertación social); y aplicación de los criterios legales con flexibilidad.

También el legislador ha sido sensible a la mayor diversificación sindical de la función pública —a la presencia de un sindicato propio de funcionarios públicos: la CSIF— en la ordenación de las "peculiaridades" del derecho de sindicación de los funcionarios públicos (arts. 28.1 y 103.3 de la Constitución), equilibrando virtualmente los poderes de los sindicatos más y menos representativos en la comunidad funcional (promoción de elecciones sindicales, negociación colectiva y consulta, recurso

a procedimientos de mediación, participación o representación institucional: Ley 9/1987, de 12 de junio, modificada por Ley 7/1990, de 19 de julio; y R.D. 996/1990, de 27 de julio). Pero ha sido la jurisprudencia constitucional, al margen aquí de la acción del legislador (las sentencias citadas no tienen en cuenta la ordenación legal también citada, pues se pronuncian sobre casos o normas anteriores), la que, con el punto de partida de la *Sentencia 98/1985*, ha tomado la función pública como base para explicar su proyecto de reconversión o reordenación del sistema legal de representatividad sindical, asimilando sus niveles o grados posibles con el reconocimiento de poderes de características similares a un mayor número de sindicatos⁵⁰, colocando aquella ordenación legal y sus excesos en la "normalidad" representativa, y advirtiendo contra exclusiones o cerrazones totalitarias que amenazan al necesario pluralismo.

4. Existencia de criterios plurales de diferenciación sindical, distintos de la mayor representatividad, y deseable utilización conjunta de más de uno de ellos, en sintonía con la vocación pluralista del Tribunal Constitucional.

Las citadas *Sentencias 184/1987* y *217/1988*, tras señalar que no es criterio selectivo válido el "de implantación generalizada" o ámbito de actuación general del sindicato (por ser criterio "elegido por la propia organización sindical" y, así, subjetivo y discriminatorio: *Sentencia 184/1987*, f.j. 6.º) preconizaron el empleo junto a la mayor representatividad, garante "de los intereses generales de los trabajadores frente a una posible atomización sindical", de la "representatividad suficiente" o simple de ámbitos, funcionales y territoriales, concretos, (f.j. 7.º b) y 4.º, respectivamente). Por su parte, las *Sentencias 7* y *32/1990*, de 18 de enero y 26 de febrero, declararon inconstitucional el empleo exclusivo por restrictivo y discriminatorio, del criterio legal de la mayor representatividad. Sin embargo, la aconsejada combinación de criterios o fórmulas selectivas no ha supuesto en su realización práctica tanto el manejo de mecanismos o indicadores diferentes, cuanto de distintas versiones del criterio único de audiencia electoral (con su posible traslación, si el porcentaje de audiencia alcanzado depara el grado mayor de representatividad, a través de la ya conocida fórmula de la irradiación).

Reconoce la jurisprudencia constitucional como criterio objetivo y, por tanto, constitucionalmente válido de diferenciación sindical el de la implantación del sindicato (*Sentencias 70/1982*, de 29 de noviembre, f.j. 6.º; *37/1983*, de 11 de mayo, f.j. 3.º; *9/1986*, f.j. 3.º; *184/1987*, f.j. 4.º; y *7/1990*, f.j. 2.º, que le denomina de "mayor implantación"). Y admite también su posible medición, a falta de previsión normativa expresa, a través del "nivel y ámbito de afiliación" u "otros datos reveladores de

la audiencia o prestigio" del sindicato, "la actividad sindical desarrollada u otros índices" (*Sentencia 184/1987*, f.j. 6.º; a los afiliados y al "nivel de afiliación" se refieren también las *Sentencias 79/1982* y *37/1983*, cit.) Sin embargo, a la postre, reduce —o acepta la reducción por los poderes públicos, y muy frecuentemente por el judicial— ese haz posible de índices al único de la audiencia del sindicato, registrada en elecciones a órganos unitarios de representación de los trabajadores en las empresas o a otros órganos (a la Asamblea General de la entidad gestora del régimen especial de la Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado en el caso de las *Sentencias 184/1987* y *217/1988*).

Esta operación interpretativa reductora se acompaña de la de igual signo y de mayor fortaleza que justifica y favorece el empleo por el legislador con idea de exclusividad del criterio de audiencia electoral para fijar la *representatividad originaria o primaria del sindicato*, (arts. 6.º, 1 y 2, y 7.º de la LOLS y *Sentencia 98/1985*, f.j. 12.º y 13.º) y su implantación de la empresa (arts. 8.º.2 y 9.º.1 de la LOLS y *Sentencias 61* y *84/1989*, de 3 de abril y 10 de mayo). En efecto, el Tribunal Constitucional ha confirmado que la exclusión sindical que produce el sometimiento de los sindicatos al filtro electoral no es discriminatoria (no se trata de una injerencia de los poderes públicos en la libre actividad de las organizaciones sindicales ni en su derecho a no ser discriminadas en modo arbitrario o irrazonable: *Sentencias 23/1983*, de 25 de marzo, y *208/1989*, de 14 de diciembre). Por uno y otro camino se llega a la conversión del criterio electoral en pieza o mecanismo cuasi monopolista de legitimación de la acción sindical y a la articulación y anclaje del ordenamiento jurídico sindical en torno al mismo.

5. Constitucionalidad del criterio de audiencia electoral pese a la autoexclusión del sindicato de las elecciones a órganos unitarios de representación de los trabajadores (*Sentencias 23/1983*, de 25 de marzo; *84/1989*, de 10 de mayo; y *208/1989*, de 14 de diciembre) y consiguiente cierre del ordenamiento jurídico sindical en torno al mismo.

No ha arbitrado aquí la jurisprudencia constitucional soluciones para flexibilizar el sistema y brindar protección a esta tendencia sindical minoritaria —sustentada en nuestra realidad sindical por CNT⁵¹— que rechaza y contesta la participación orgánica, también en los órganos unitarios de representación de los trabajadores en las empresas, y que, por fidelidad a su programa, se margina del criterio vertebrador del sistema legal de representatividad e implantación sindicales (la falta de empleo por la jurisprudencia constitucional de técnicas interpretativas sensibles a este problema ha suscitado la crítica de algún autor⁵²). La doctrina constitucional a este respecto es conocida: "Si es la propia entidad sindical la

que se autoexcluye de la participación en los órganos de representación unitaria o electiva de los trabajadores (lo que es perfectamente legítimo y no se le puede impedir), por ello significa que queda igualmente excluida de las consecuencias que la audiencia en dichos órganos lleva aparejadas, entre las cuales sobresale la atribución de la representatividad de los distintos sindicatos; sin que lo anterior entrañe, en modo alguno, que CNT-AIT pierda su cualidad de sindicato, ni la reducción de los derechos que por tal cualidad le corresponden" (*Sentencia 208/1989*, f.j. 7.º; véanse las doctrinas constitucionales 1.ª y 6.ª).

Tan rotunda y decidida recepción constitucional del criterio de audiencia electoral ha producido el progresivo endurecimiento del sistema; fenómeno que ha tenido lugar no solo por la tendencia creciente a la apreciación y medición de la *implantación* del sindicato en función de su audiencia electoral (operación legal y jurisprudencial a la que no ha puesto reparos el Tribunal Constitucional), sino, ante todo, por el recurso a dicho criterio cada vez que el ordenamiento jurídico se ha visto en la necesidad de colmar el vacío ocasionado por una declaración de inconstitucionalidad sobre el empleo de técnicas de mayor representatividad sindical. La audiencia electoral del sindicato, base única de identificación y cálculo de su representatividad, sirve también a la elaboración de nuevas fórmulas selectivas, sustitutivas de las de mayor representatividad.

En efecto, la obtención de representantes en elecciones a órganos unitarios de representación, si acaso corregida por la proporcionalidad para evitar la excesiva generalización resultante, acostumbra a ser la fórmula utilizada en tales casos. Así ocurrió con las leyes presupuestarias y órdenes ministeriales de desarrollo para regular el otorgamiento de subvenciones a las centrales sindicales tras las *Sentencias 20, 27 y 72/1985*, que declararon inconstitucional por irrazonable el destino de tales subvenciones "en exclusiva a las centrales sindicales más representativas". La OM de 27 de enero de 1989, de ejecución de la Ley de presupuestos para aquel año. por citar la última vigente, destinó subvenciones a los sindicatos "según los resultados obtenidos en las elecciones celebradas en las empresas en 1986 y en las elecciones celebradas en la Administración Pública en 1987" (art. 1.º), siempre que "hubieran obtenido algún representante" (art. 2.º, párrafo 1.º). Y lo mismo ha sucedido con la reforma de la composición de la Comisión nacional y Comisiones provinciales de Elecciones Sindicales por obra del R.D. 953/1990, de 20 de julio, tras las *Sentencias constitucionales 7 y 32/1990*. Formarán parte de estos órganos de seguimiento y control de los procesos electorales los sindicatos "en proporción al número de representantes obtenidos en las elecciones..." (arts. 3.º.1.a y 16.º.c), reformados, del R.D. 1.256/1986, de 13 de junio).

Convertidas las elecciones sindicales en epicentro y eje vertebral del sistema sindical, el Tribunal Constitucional advierte sobre las diferencias que separan a éstas de las elecciones políticas generales, al constituir las sindicales "un proceso electoral de distinta naturaleza y finalidad" (*Sentencia 57/1989*, de 16 de marzo, f.j. 2.º.a), que no consiente, a falta de determinación o remisión normativa expresa, la aplicación supletoria ni analógica de la Ley del Régimen Electoral General (*Sentencia 149/1988*, de 14 de julio).

6. Configuración del derecho de libertad sindical como principio base de carácter expansivo y de la acción sindical en la empresa y lugares de trabajo sobre estructuras asociativas (secciones sindicales) más que electivas (comités de empresa y juntas de personal y delegados de personal), y tutela de las minorías sindicales.

Los presupuestos doctrinales de esta construcción constitucional se encuentran en la interpretación objetiva expansiva y subjetiva restrictiva de los derechos de libertad sindical del art. 28.1 de la CE. La enumeración de tales derechos "no puede considerarse como exhaustiva o limitativa", asegurarán las *Sentencias 23/1983*, de 25 de marzo, f.j., y *61/1989*, f.j. 2. Sin embargo, la titularidad sobre los mismos es exclusiva de la asociación sindical, no de cualquier otro sujeto colectivo que, representando y defendiendo intereses de los trabajadores, realice funciones sindicales. Esta segunda línea jurisprudencial está bien estudiada y no la voy a exponer aquí con detalle. Bastará con recordar las palabras de la *Sentencia 118/1983*, de 13 de diciembre, después reiteradas en numerosas decisiones posteriores: en el reconocimiento de los derechos colectivos laborales, la Constitución Española ha eludido "la consagración de un monopolio" en favor del sindicato, lo que permite la existencia de nuestro ordenamiento "de un sistema sindical dual en el que la acción sindical, entendida en cuanto actividad dirigida a la representación y defensa de los intereses de los trabajadores puede ser ejercida...tanto por el sindicato como por el comité de empresa". Que ello sea así no significa, sin embargo, que "exista una indefinición constitucional ni una identidad entre todos los sujetos susceptibles del ejercicio de funciones sindicales. Por el contrario, el art. 7 de la norma fundamental constitucionaliza al sindicato, no haciendo lo mismo con el comité de empresa, que es creación de la Ley y sólo puede encontrar... una indirecta vinculación con el art. 129.2 de la Constitución" (f.j. 4.º).

Es verdad que esto después no es rigurosamente así, pues la jurisprudencia constitucional española, como por cierto ha hecho la alemana⁵³, presta una cierta legitimidad constitucional a estos órganos unitarios de representación al reconocer a los sindicatos derechos sobre ellos, que se

incorporan al contenido "más pleno" del fundamental de libertad sindical. Pero en alguna sentencia reciente ha vuelto a poner de manifiesto la asimétrica construcción constitucional, que desplaza el "sistema sindical dual" hacia su polo orgánico o subjetivamente sindical.

Del art. 28.1 de la Constitución hace derivar la jurisprudencia constitucional derechos de autoorganización y acción del sindicato en la empresa, no precisados del reconocimiento del legislador ni de exigencias de representatividad o implantación. La presencia del sindicato en la empresa, proclama la *Sentencia 61/1989*, es producto de "la libertad interna de autoorganización del sindicato, que, en cuanto tal, no puede ser impedida ni coartada" (f.j. 3). Autoorganizado el sindicato en la empresa, ha de contar en tal ámbito con unos mínimos derechos de acción. La jurisprudencia constitucional española no los delimita expresamente; recurre a una cláusula divisoria genérica —por cierto, la misma que emplea para delimitar la eficacia de los derechos humanos fundamentales y libertades públicas frente al empresario—, según la cual los derechos de libertad sindical en los lugares de trabajo no necesitados con la concreción o atribución expresa del legislador son los que no generan "cargas y costes para la empresa", convirtiendo el derecho de libertad en "un derecho de prestación a cargo de un tercero" (*Sentencias 61 y 84/1989*, f.j. 3, respectivamente).

Con el empleo de tal cláusula el texto de la LOLS sufre una nueva mutación: en síntesis, los derechos que su art. 8.^o.1 confiere a las secciones sindicales, que son derechos de organización/reunión/información sin repercusiones onerosas para el empresario (la reunión ha de serle previamente notificada; la recaudación de cuotas sindicales y la distribución de información ha de hacerse fuera de las horas de trabajo y sin ocasionar perturbaciones a la normal actividad empresarial: art. 8.^o.1 LOLS), se extienden por la jurisprudencia constitucional a los delegados sindicales de sindicatos carentes de presencia electoral en la empresa, reservándose los "mayores" derechos y garantías del art.10.3, costosos para el empresario, a los delegados sindicales de estos sindicatos y de aquellos otros representativos y más representativos.

También aquí la virtualidad expansiva de esta cláusula viene a coincidir en sus resultados con la regla elaborada por la jurisprudencia constitucional alemana, que con el art. 9, III GG garantiza a los sindicatos el derecho a desarrollar en las empresas actividades de organización, proselitismo e información, "sin daño para el contrato de trabajo"⁵⁴.

7. Reducción de la representación institucional y de la idea de participación.

A este resultado llega la jurisprudencia constitucional a través de una triple vía argumental: 1.^a) el de participación no es derecho que forme

parte del contenido esencial o constitucionalizado del derecho de libertad sindical; es derecho de la libertad sindical; "más plena" de los sindicatos más representativos (*Sentencia 39/1986*, f.j. 3.^o) y, tras la reordenación de poderes favorables a los sindicatos simplemente representativos, también de éstos si el órgano participado es de ámbito sectorial o menor (*Sentencia 184/1987*; salvo, con dudas sobre la vigencia de esta doctrina, que se trate de un órgano de estructura centralizada: *Sentencia 53/1982*; 2.^a) sólo es "participación institucional", en el marco constitucional, la "desarrollada en el seno de organismos públicos" (*Sentencia 39/1986*, f.j. 4.^o); y 3.^a) además, dicha participación institucional ha de llevarse a cabo en cumplimiento de funciones que no escapen a su fin propio. Es participación institucional sólo aquella que, por su disposición o naturaleza, se corresponda con la acción de representación y defensa de los intereses generales de los trabajadores. Sobre esta perspectiva finalista introduce la jurisprudencia constitucional una peligrosa y por lo común falaz disociación entre intereses generales de los trabajadores "o de la población asalariada". que el sindicato representativo representa y defiende, e intereses singulares del sindicato representativo, para concluir que la defensa de los intereses propios de este último perjudica e invalida, aún cumplido el presupuesto del carácter administrativo del órgano de participación, la consideración del supuesto como representación institucional. La solución contraria repercutiría negativa y "muy directamente en la competencia de los sindicatos y el respeto de la pluralidad sindical como opción libre de los trabajadores" (*Sentencias 7 y 32/1990*, f.j. 4.^o).

Salva la jurisprudencia constitucional este estrechamiento de la participación sindical a que conduce su interpretación —mejor, sus dos primeros razonamientos; el constreñimiento finalista de la representación institucional es insalvable— con la remisión al legislador ("toda fórmula de participación queda remitida por la Constitución a la normativa legal o, en su caso, reglamentaria que la crea"; *Sentencia 39/1986*, f.j. 4.^o, c); *Sentencia 184/1987*, f.j. 4.^o): a éste, o en el caso que sea posible al poder reglamentario del Gobierno, corresponderá hacer el esfuerzo de incrementar el valor de la participación en nuestro ordenamiento jurídico laboral, concediendo derechos de tal condición a los sindicatos en órganos privados, en la línea de los nuevos empeños comunitarios.

8. Firme engarce entre las exigencias legales de representatividad y la eficacia personal erga omnes de los convenios colectivos.

La generalidad de la eficacia del convenio y la consiguiente "necesidad lógica de reconocer la legitimación a quienes representen cualificadamente los intereses del grupo afectado... justifican la limitación de este

singular derecho de negociación a quienes ostentan una mínima representatividad" (*Sentencia 98/1985, f.j. 10.^o*). El derecho de negociación colectiva de los demás sindicatos es el derecho a "una negociación común de eficacia limitada" o reducida (*Sentencia 98/1985, f.j. 3.^o; Sentencia 57/1989, f.j., 2.^ob*). por lo que la opción del Estatuto de los Trabajadores "por la eficacia general" *ex ante* del convenio colectivo, directamente anudada al cumplimiento de "los requisitos de mayoría representativa que el Estatuto de los Trabajadores exige para la regularidad del convenio" (*Sentencia 108/1989, de 8 de junio, f. j. 2.^o*), es una opción "no excluyente" (*Sentencia 98/1985, f.j. 3.^o; 4 y 12/1983, de 28 de enero y 22 de febrero, f.j. 3.^o; 73/1984, de 27 de junio, f.j. 2.^o*).

No ha coadyuvado, en cambio, la jurisprudencia constitucional a clarificar, como hubiera sido deseable, el sentido del precepto del art. 37.1 de la Constitución y a concluir, por tanto, sobre la falta de coincidencia o correspondencia entre las exigencias legales de representatividad y la eficacia normativa de los convenios colectivos. Hay que reconocer, sin embargo, que hay en sus decisiones suficientes datos indicadores de que la fuerza normativa del convenio no resulta de la condición legal representativa del sindicato negociador (*Sentencia 108/1989, f.j. 2.^o*).

Este proceso hacia la eficacia normativa del convenio colectivo *in genere* coincide virtualmente en el tiempo con las críticas de la jurisprudencia constitucional a la rigidez del modelo legal de negociación colectiva de *eficacia general* regulado en el E.T. (cuyas exigencias de legitimación y aprobación de acuerdos por mayoría de los sindicatos representativos integrantes de las comisiones negociadoras, dice, "con cierta frecuencia dificultan... la consecución de acuerdos de eficacia general": (*Sentencia 235/1988, de 5 de diciembre, f.j.)* y el paralelo favorecimiento de la consecución de acuerdos de eficacia limitada separadamente por sindicatos (mas) representativos en detrimento de las reglas de aprobación mayoritaria que son, en definitiva, reglas ordenadas sobre la base de la confluencia de tales sindicatos en la acción negocial. Son, así, reglas que se orientan a la búsqueda de la unidad de acción de los sindicatos que conviven compartiendo la condición legal de representatividad.

La transformación es, pues, de una enorme importancia; en este y en los demás extremos considerados, por gracia de la jurisprudencia constitucional. En este y en aquellos, en efecto, la jurisprudencia constitucional ha abierto un proceso de alteraciones y reformas, que ha empezado ya a producir sus resultados sobre nuestro sistema sindical y de relaciones laborales, y a cuya evolución y consecuencias futuras —y a la evolución misma, sin duda necesaria, de la interpretación constitucional— habrá que prestar singular y continuada atención.

NOTAS:

- ¹ Incluso en los sistemas dotados de una gran estabilidad formal, como el de la vieja RFA, asentado sobre un sindicalismo unitario y de afiliación virtualmente sostenida desde la segunda postguerra mundial —representado por la DGB— y sobre el éxito del sistema dual de representación en la empresa: vid. W. DÄUBLER, *Mutamenti nella struttura della rappresentanza di interessi: il caso della Repubblica federale tedesca*, Lavoro e Diritto, n.º 2, 1988, págs. 313 y ss.
- ² Vid. U. ROMAGNOLI, *Una certa idea de cultura industriale*, Lavoro e Diritto, n.º 1, 1989, pág. 177.
- ³ Naturalmente derivado del tripartidismo organizativo de la OIT, que luce expresivamente a lo largo de su Convenio n.º 87 y en los arts. 2º y 4º del Convenio 98 y en otras normas internacionales: Carta Social Europea, Pactos Internacionales de la ONU de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Declaración Universal de Derechos Humanos.
- ⁴ Ley de 1.º de abril de 1977, reguladora del derecho de asociación sindical, y Ley del Estatuto de los Trabajadores, versión de 1980, anterior a su reforma por la Ley 32/1984, de 2 de agosto (arts. 87.2 y disp. adicional 6ª, básicamente).
- ⁵ Sin que su desafortunada disp. derogatoria pueda alterar el planteamiento constitucional, incluyendo a las asociaciones empresariales en el derecho de libertad sindical del art. 28.1.
- ⁶ Por su nueva disp. adicional 6ª. La *Sentencia* del Tribunal Constitucional 57/1989, de 16 de marzo, se ocupa de la mayor representatividad de las asociaciones empresariales; bien es verdad que sin despejar definitivamente las dudas sobre el fundamento constitucional de la libertad de asociación empresarial, pues aunque su f.j. 1.º b) niega expresamente que las exigencias legales de mayor representatividad, que la citada disp. adicional 6ª impone a las asociaciones empresariales (y que se adquiere "por la pertenencia (afiliación) de las distintas empresas a una organización específica"), vulneren el art. 22 de la Constitución, y no el art. 28.1, lo hace al dictado de las alegaciones del Gobierno vasco recurrente. También es verdad, sin embargo, que la decisión constitucional podía haber desautorizado el manejo del precepto constitucional alegado.
- ⁷ En el caso italiano, por causa de la ausencia de regulación legal de su sistema sindical y la "fuerza normativa de los hechos": vid., R. GRECO, *L'autonomia collettiva nella giurisprudenza costituzionale e ordinaria*, Lavoro e Diritto, n.º 1, 1988, pág. 166; en el francés, por la estrecha conformación competencial de su justicia constitucional: sobre el papel del *Conseil d'Etat* y de la *Cour de Cassation* en la formación del "corpus" jurisprudencial de la representatividad sindical, vid. J.-M. VERDIER, *Syndicats et droit syndical*, en *Traité de droit du travail*, Paris (Dalloz), 1987, t. 5, vol. X, 2.ª ed., págs. 473 y ss.; en el alemán, debido a la construcción de las exigencias de representatividad en torno al concepto legal de "Gewerkschaften" en orden al ejercicio de funciones sindicales concretas: la negociación de convenios colectivos con eficacia normativa —la "Tariffähigkeit" de los "Gewerkschaften"—, y la acción en la empresa —derechos de los "in Betrieb vertreten Gewerkschaften" en el marco de la "Betriebsverfassung"—: vid. U. RUNGGALDIER, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale. Rapporto nazionale. Germania Federale. Austria*, ponencia presentada a las Jornadas de estudio de la AIDLASS sobre el tema "Rappresentanza e rappresentatività del sindacato", Macerata, 5-6 mayo 1989.
- ⁸ Su *Sentencia* n.º 82-145, de 10 de noviembre de 1982, declaró la constitucionalidad del art. 10 de la citada ley (nuevo art. L. 153-1 *Cod. Trav.*), sobre sancionabilidad de infracciones de preceptos convencionales colectivos (*Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, París, 1982, págs. 64-65).
- ⁹ *Sentencia* n.º 54, de 22 de febrero de 1974, considerando 3 (*Raccolta Ufficiale delle Sentenze e Ordinanze della Corte Costituzionale*, vol. XL, 1974, pág. 366).
- ¹⁰ En concreto, la impugnada *Sentencia* del Tribunal Federal de Trabajo de 14 de marzo de 1978 (*Arbeitsrechtliche Praxis*, n.º 30, § 2 TUG).

- ¹¹ Fundamentos B.I.1, 2, 3.a) y 5.c) (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, t. 8, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1982, págs. 233 y ss); decisión precedida de las *Sentencias*, también en estos procedimientos de "excepción de inconstitucionalidad", n.º 9 de 18 de noviembre de 1954 y n.º 2 de 6 de mayo de 1964 (*ibid.*, t. 4, págs. 96 y ss., y t. 18, págs. 18 y ss, respectivamente). Sobre esta última decisión constitucional, T. RAMM, *Koalitionsbegriff und Tariffähigkeit*, Jus, 1966, págs. 223 y ss.
- ¹² Sobre las relaciones entre Corte Constitucional y magistratura en Italia, vid. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bolonia (Il Mulino), 1977, págs. 355 y ss. Sobre la delicada posición institucional del *Conseil d'Etat* y las relaciones entre su jurisprudencia y la del *Conseil Constitutionnel*, ROBERT, *Conseil Constitutionnel en una auténtica jurisdicción de la interpretación y la eficacia vinculante de sus interpretaciones*, L. FAVOREU, *La Cour de Cassation, el Conseil Constitutionnel et l'Art. 66 de la Constitution*, Rec. Dalloz, 1986, págs. 172 y ss.
- ¹³ Como se sabe, el ciudadano sigue siendo "el gran ausente" en el sistema de justicia constitucional francés, no obstante los múltiples proyectos de reforma barajados; recientemente, G. D'ORAZIO, *Una proposta francese per un più ampio ricorso al Consiglio Costituzionale*, Política del Diritto, n.º 2, 1990, pág. 311. En el italiano está presente a través de su participación en la amplia tramitación de las cuestiones judiciales de legitimidad constitucional.
- ¹⁴ En el caso francés, si no por el legislador, sí por los jueces que utilizan y aplican los "índices legales de representatividad" con cierta libertad: así, A. LYON-CAEN, *Le regole della rappresentanza sindacale alla prova del cambiamento*, Lavoro e Diritto, n.º 3, 1988, pág. 489. En la experiencia italiana, por los propios sindicatos -la CGIL, en concreto- y por la doctrina: así, U. ROMAGNOLI, *Time-out*, Lavoro e Diritto, n.º 1, 1989, págs. 1 y ss.
- ¹⁵ R. ESCUDERO, *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Madrid (Tecnos), 1990, págs. 55-57.
- ¹⁶ Dejando a un lado el caso alemán, en Francia la negociación colectiva protagonizada por los comités de empresa "ha conquistado un lugar importante", generando problemas sobre su eficacia jurídica próximos a los producidos por nuestro doble sistema, estatutario y extraestatutario, de negociación colectiva: cfr. A. LYON CAEN, *op. cit.*, pág. 491; Ch. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques*, Droit Social, 1988, págs. 54 y ss. y 464 y ss.
- ¹⁷ T. TREU, *Innovazione e regole della rappresentanza sindacale*, Lavoro e Diritto, n.º 2, 1988, pág. 225.
- ¹⁸ A. SARACIBAR, *La cultura sindical en la empresa*, Seminario sobre el camino cultural en la empresa, Universidad Menéndez Pelayo, Santander, 21 a 25 agosto 1989.
- ¹⁹ Las exigencias de representatividad, indiferentes a la acción conflictiva del sindicato, son, en cambio, imprescindibles para organizar su función de "representación participativa", orgánica y convencional: sobre el tema, VERDIER, *op. cit.*, págs. 35 y ss.
- ²⁰ Tema de especial actualidad en los ordenamientos objeto de atención comparada, y no sólo en la organización de sus fórmulas de representatividad sindical, sino también en la de las instituciones unitarias o electivas del personal en las empresas y en el seno de las propias organizaciones sindicales unitarias. En el ordenamiento alemán, por ejemplo, la *Betriebsverfassungsgesetz* ha sido recientemente modificada, con efectos de 1 de enero de 1989, para ampliar las posibilidades de representación de las minorías en los consejos de empresa. Convendrá llamar la atención sobre el hecho de que semejante reforma legal sigue la línea interpretativa de la *Sentencia del BVG n.º 28, de 16 de octubre de 1984* (dictada en cuestión judicial de inconstitucionalidad), que con tal fin tutelar de las fuerzas minoritarias declaró inconstitucional y abrogó, por opuesto al principio de igualdad, el art. 19 de *Bundespersonalvertretungsgesetz*, sobre elección de representantes del personal en el empleo público (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, t. 67, 1985, págs. 369-381): críticamente, sobre esta decisión constitucional, W. HERSHEL, *Tarifizensur und Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit*, Recht der Arbeit, n.º 2, 1985, págs. 65 y ss.

- ²¹ *Représentation et représentativité syndicales en France*, ponencia presentada a las jornadas de estudio de la AIDLASS, Macerata, 5-6 mayo 1989, pág. 6.
- ²² Exceso de juridificación/institucionalización que alcanza, obviamente, al modelo de negociación colectiva de eficacia normativa y personal *erga omnes*. Recientemente, con la pertinente incorporación del debate doctrinal al respecto, nuevas propuestas de flexibilización y de reforma legislativa, F. DURAN, *El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva*, Relaciones Laborales, n.º 15-16, agosto 1990, págs. 16 y ss.
- ²³ De los autores citados en el texto, vid. M. RODRIGUEZ PIÑERO, *Sobre la representatividad sindical*, Relaciones Laborales, n.º 14/15, 1988, monográfico sobre *Problemas actuales de la representación y representatividad sindical*, págs. 1 y ss.; R. ESCUDERO, *op. cit.*, págs. 55 y ss. y 268 y ss.; F. RODRIGUEZ SAÑUDO, *La representatividad sindical (arts. 6 y 7 LOLS)*, en *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical* coordinados por M. RODRIGUEZ PIÑERO, Madrid (Tecnos), 1986, pág. 197; M. C. PALOMEQUE, *Derecho Sindical*, Madrid (Tecnos), 3.ª ed., 1989, págs. 72; M. RODRIGUEZ PIÑERO, *El valor cuasi legal de los convenios colectivos*, Relaciones Laborales, 1987, t. I, págs. 34 y ss.; A. OJEDA, *Derecho sindical*, Madrid (Tecnos), 4.ª ed., 1988, págs. 135 y ss.; F. VALDES, *Representación y representatividad sindicales en España*, Relaciones Laborales, n.º 14/15, 1988, monográfico sobre *Problemas actuales de la representación y representatividad sindical*, págs. 67-68; J. GARCIA MURCIA, *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Madrid (MTSS), 1987, págs. 105 y ss.; J. VAZQUEZ YEBRA, *Disfunciones del criterio de audiencia electoral en el sistema español de determinación de la representatividad sindical*, Madrid, trabajo de doctorado inédito, 1989; M. E. CASAS, *Democracia, representatividad y afiliación sindical*, en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid (MTSS), 1990, págs. 609-610.
- ²⁴ Dictada en recurso de inconstitucionalidad, la primera; en recurso de amparo, la segunda.
- ²⁵ Compárese este dato numérico con el siguiente: 49 son las sentencias dictadas por la Corte Constitucional alemana desde su creación (su ley reguladora es de 1951) en el ámbito global del derecho sindical, de las cuales sólo 13 modificaron la situación jurídica existente, incidiendo 7 sobre la acción del legislador y 6 sobre decisiones de órganos judiciales (T. RAMM, *Corte costituzionale e diritto sindacale nella RFT*, *Giornale dir. lav. rel. indust.*, n.º 42, 1989, pág. 272). 96 son las sentencias emanadas del Tribunal Constitucional español en igual ámbito material en sus nueve primeros años de funcionamiento.
- ²⁶ Tomando como base de cómputo las 453 sentencias recogidas y comentadas por M. ALONSO OLEA y otros autores en sus VII tomos, correspondientes a los años 1981-1989, de *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, Madrid (Civitas), 1984, 1985, 1986, 1987, 1988, 1989 y 1990; y excluyendo, como el citado autor hace, las 25 decisiones idénticas (*Sentencias n.º 112 a 136/1985, de 11 de octubre*) sobre jubilaciones forzadas derivadas de convenios colectivos.
- ²⁷ Demandada en vía judicial precedente, tan sólo se personó como parte en el recurso de amparo interpuesto por el "Organismo Unitario de Trabajadores de Agencias de Aduanas, Consignatarios de Buques, Estibadores y Transitarios de la provincia de Vizcaya" sobre reconocimiento de capacidad negocial colectiva, resuelto en sentido desestimatorio por la *Sentencia 12/1983, de 22 de febrero*.
- ²⁸ En cambio, UGT y CC.OO. demandaron unidas amparo constitucional frente a decisiones judiciales que habían satisfecho las exigencias de CNT sobre el reparto a los sindicatos de subvenciones presupuestarias en 1982 (*Sentencia 102/1983, de 18 de noviembre*). Obtuvieron una estimación o victoria meramente procesal. Asimismo unidas se personaron en los amparos judiciales iniciados por la reclamación de CNT sobre cesión de locales del patrimonio sindical acumulado (*Sentencia 99/1983, de 16 de noviembre*) y por la demanda de USO de la participación en la Comisión Nacional de Elecciones Sindicales (*Sentencia 32/1990, de 26 de febrero*). En ambos casos, los sindicatos recurrentes resultaron victoriosos.

- ²⁹ El Defensor del Pueblo interpuso también un recurso de amparo contra sentencias de un órgano judicial laboral de instancia, que asimismo fue estimado por la *Sentencia 178/1987, de 11 de noviembre*.
- ³⁰ *Sentencias 20, 26 y 72/1985, de 14 y 22 de febrero y 13 de junio*.
- ³¹ El promovido por 53 diputados contra la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, por la *Sentencia 99/1987, de 11 de junio*, a la que, no obstante, en el punto concreto de la mayor representatividad sindical que aquí nos interesa, acompañó el voto disidente de dos magistrados.
- ³² *Sentencias 102 y 158/1988, de 8 de junio y 15 de septiembre*.
- ³³ *Sentencia 165/1986, de 18 de diciembre*.
- ³⁴ Es notable que las jurisprudencias comparadas emplean, con variantes más o menos acusadas, las mismas técnicas: en este caso la técnica de la conexión funcional o relacional. La conexión funcional se maneja por el BVG para convalidar, desde la óptica de los Arts. 9^o, III y 3^o, I GG, la operación interpretativa judicial que, sobre la regulación de la TVG, limitaba la concesión de determinadas facultades de acción a los sindicatos dotados de "soziale Mächtigkeit": la capacidad de negociar convenios colectivos de eficacia normativa por razón de la función del propio convenio colectivo en las citadas *Sentencias constitucionales de 6 de mayo de 1964 y 20 de octubre de 1981*. La jurisprudencia constitucional italiana recurre al criterio de la "ragionevolezza o razionalità de la norma" en relación con "los objetivos o fines de las acciones", otorgando así al criterio valor relacional.
- ³⁵ Sobre la relación entre elasticidad de parámetros empleados por la jurisprudencia constitucional y amplitud de sus poderes interpretativos, LOSCHAK, *Le Conseil Constitutionnel protecteur des libertés*, Pouvoirs, n.º 13, págs. 35 y ss.
- ³⁶ También la OIT confirmaría el carácter objetivo del criterio de audiencia electoral en su *Memorandum sobre adecuación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical a sus Convenios núms. 97 y 98, emitido el 12 de julio de 1985 a solicitud del Ministerio español de Trabajo y Seguridad Social*.
- ³⁷ A tan segura conclusión conduce la interpretación literal de la norma y la histórica, extraída de los materiales de su elaboración parlamentaria.
- ³⁸ Así, en la *Sentencia 7/1990, de 18 de enero*, que recuerda que "no es constitucionalmente obligado que los sindicatos participen en los órganos de seguimiento y control de las llamadas elecciones sindicales" (f. j. 5.º).
- ³⁹ Evitando que el valor del pluralismo sindical se convierta "en el disvalor del quebrantamiento y dispersión representativa": F. CARINCI, *La rappresentatività sindacale e i conflitti di valore secondo la Corte Costituzionale*, Lavoro e Diritto, n.º 3, 1989, pág. 479; y B. VENEZIANI, *Corte Costituzionale e relazioni industriali*, *ibid.*, pág. 495. Vid. A. VALLEBONA, *La libertà sindacale in azienda secondo la Cassazione: diritto di "esclusiva" per le confederazioni maggiormente rappresentative*, Riv. it. diritto del lavoro, 1986, II, págs. 699 y ss. También la jurisprudencia ordinaria, afirma GRECO, muestra una "aquiescencia" absoluta de la mayor representatividad sindical: *op. cit.*, pág. 177...
- ⁴¹ También, *Sentencias 104 y 184/1987, de 17 de junio y 18 de noviembre*, f.j. 1º y 4º, respectivamente; *Sentencia 127/1989, de 13 de julio*, f.j. 3.
- ⁴² Previamente, *Sentencias 104/1987, f.j. 1.º, y 9/1988, f.j. 2.º*.
- ⁴³ Aunque ésta sea de menor alcance, configurando un estrecho ámbito de acción sindical garantizado por el art. 9, III GG, y con dudas entre las distintas decisiones constitucionales; sobre dicho "núcleo sustancial", indispensable para la existencia misma del sindicato, vid. la citada *Sentencia de 18 de noviembre de 1954*, y T. RAMM, *op. ult. cit.*, págs. 276-277.
- ⁴⁴ El voto particular de los magistrados disidentes, con que se aprobó la sentencia, negaba que la medida, "concesión discrecional del legislador", encubriese un privilegio; antes bien, se justificaba en el "interés prevalente" de la función sindical representativa, ordenándose a permitir a los sindicatos más representativos del adecuado ejercicio de sus

- "funciones de relevancia, cuyos efectos alcanzan a toda la población asalariada, ya sea en régimen de empleo privado o de empleo público".
- ⁴⁵ Sentencia a la que también acompañó un voto discrepante, que la acusaba de efectuar "una interpretación formalista de los preceptos legales", restrictiva del derecho de libertad sindical.
- ⁴⁶ En su *Sentencias n.º 141 y n.º 142 de 25 de junio y de 18 de julio de 1980*; vid., VENEZIANI, *op. cit.*, pág. 500. Añade GRECO que "los poderes, las prerrogativas y la evolución de las grandes confederaciones sindicales" han sido sostenidas por la Corte Constitucional italiana "en la medida en que han resultado funcionales al diseño de contención de la conflictividad, de paz empresarial, de flexibilidad del sistema o de reducción del costo del trabajo, perseguido en cada momento por el legislador (*op. cit.*, pág. 165).
- ⁴⁷ *Sentencias 63/1986, de 21 de mayo, f.j. 11.º, y 96/1990, de 24 de mayo, f.j. 3.º*.
- ⁴⁸ También esta doble versión, "rígida" y "laxa", de la mayor representatividad sindical en los sectores privado y público, producida en la práctica contractual y administrativa, se sostiene por la jurisprudencia constitucional italiana: vid., críticamente, CARINCI, *op. cit.*, págs. 480-481. La jurisprudencia constitucional alemana acusa asimismo las diferencias entre ambos sectores en la organización de las instituciones electivas de representación del personal, tutelando la acción en su seno de los sindicatos minoritarios en el sector público y limitando en el mismo el alcance de la codeterminación: vid., RAMM, *op. cit.*, págs. 280-282; RUNGALDIER, *op. cit.*, págs. 27-28.
- ⁴⁹ Facultad reservada, en cambio, por la jurisprudencia constitucional italiana exclusivamente a las confederaciones sindicales más representativas, en detrimento de los sindicatos representativos de categoría: *Sentencia n.º 15 de 23 de enero de 1975*. La divergencia en este punto entre las jurisprudencias constitucionales española e italiana es, pues, manifiesta. Responde al mayor y más firme apoyo que la Corte Constitucional italiana procura a la mayor representatividad sindical.
- ⁵⁰ En los procesos de amparo que culminaron con las *Sentencias 184/1987 y 217/1988*, el sindicato que demandó y obtuvo el amparo constitucional frente al desigual tratamiento recibido de la Administración en relación con los sindicatos UGT, CSIF y CC.OO. fue la subsectorial Asociación Nacional del Profesorado Estatal (ANPE).
- ⁵¹ Las tres sentencias constitucionales que terminan de mencionarse desestiman los recursos de amparo promovidos por dicho sindicato.
- ⁵² M. R. ALARCON, *El sindicato más representativo en la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Rev. de Trabajo, n.º 73, 1984, monográfico sobre *Interrogantes sobre el derecho colectivo postconstitucional en España*, págs. 220-221.
- ⁵³ En sus *Sentencias de 30 de noviembre de 1965 y 23 de febrero de 1982*: *apud RAMM, op. ult. cit.*, págs. 280-281.
- ⁵⁴ Vid. RUNGALDIER, *op. cit.*, págs. 25 y ss., en especial págs. 28-29.