

CRITERIOS DE REPRESENTATIVIDAD,  
IGUALDAD DE TRATO Y LIBERTAD SINDICAL:  
NOTAS PARA UN BALANCE  
DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

JOAQUIN GARCIA MURCIA

*SUMARIO:* I. LOS CRITERIOS DE REPRESENTATIVIDAD SINDICAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.—II. LOS CRITERIOS DE REPRESENTATIVIDAD COMO ACTUACIÓN SELECTIVA DE LOS PODERES PÚBLICOS.—III. LOS CRITERIOS DE REPRESENTATIVIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: UNA PRESENTACIÓN.—IV. LOS PRESUPUESTOS DE APOYO A LA MAYOR REPRESENTATIVIDAD: LA TESIS DE LA PROMOCIÓN DEL HECHO SINDICAL.—V. SIGUE: LA IRRADIACIÓN COMO VÍA DE EXPANSIÓN DE LA MAYOR REPRESENTATIVIDAD.—VI. LA EXIGENCIA DE CIERTAS CONDICIONES: UNA PRIMERA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS DE EXCLUSIÓN Y REGLAS DE PREFERENCIA.—VII. LA CLASE DE ACTIVIDAD Y EL TIPO DE DERECHOS AFECTADOS POR LA REPRESENTATIVIDAD.—VIII. LOS REQUISITOS DE OBJETIVIDAD Y RAZONABILIDAD EN LAS DIFERENCIAS DE TRATO.—IX. MAYOR REPRESENTATIVIDAD *VERSUS* REPRESENTATIVIDAD EN LA EMPRESA: UN CONTRASTE INTERESANTE.—X. LA EXIGENCIA DE INDICADORES OBJETIVOS Y RAZONABLES: LA AUDIENCIA ELECTORAL.—XI. EL REQUISITO DE IMPARCIALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE REPRESENTATIVIDAD.—GUÍA BIBLIOGRÁFICA.-

I. LOS CRITERIOS DE REPRESENTATIVIDAD SINDICAL  
EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Como ha venido sucediendo en otros muchos países, la legislación laboral española ha utilizado con bastante profusión los criterios de representatividad a la hora de acotar el alcance y contenido de la actividad sindical, unas veces para seleccionar en exclusiva a los sindicatos «más representativos», y otras para condicionar la legitimación o la capacidad de obrar del sindicato a la acreditación de una «mínima representatividad». Tras algunos precedentes en normas reglamentarias, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET), supuso una primera consagración de tales criterios, especialmente a efectos de negociación colectiva, de consulta previa y de participación institucional. También supuso el inicio de una tendencia, cada vez más generalizada, a usar la representatividad como factor de distinción entre las organiza-

ciones sindicales, en tanto que a partir de esa Ley empezó a ser habitual que la correspondiente norma legal o reglamentaria no se refiriera a cualesquiera sindicatos, sino tan sólo a los más representativos o a los que pudieran reunir un mínimo de representatividad.

Aunque en los primeros años ochenta pudo decirse que los criterios de representatividad estaban plenamente asentados en nuestro sistema legal, quedaba margen todavía para un uso más intenso de los mismos. Así pudo comprobarse con la reforma del ET mediante la Ley 32/1984 y, sobre todo, con la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS). En efecto, frente a la exposición de motivos de esta última disposición legal, en la que se dejaba constancia de la pretensión del legislador de «abrir la legislación lo más posible al pluralismo sindical... primando el principio de igualdad sobre lo que podría ser un razonable criterio de reducir a través de la ley la atomización sindical, evolución que se deja al libre juego de las fuerzas sindicales con presencia en las relaciones de trabajo», su texto normativo encerraba una profunda diferenciación entre los sindicatos en atención a su representatividad, abandonando de forma ostensible aquella aparente remisión al «mercado sindical». Objetivo específico de la LOLS era la distinción entre los sindicatos más representativos y las restantes organizaciones sindicales, dado que a los primeros se atribuía una «singular posición jurídica» de la que iban a brotar múltiples posibilidades de acción sindical; posibilidades que en buen número de casos iban a estar vedadas o limitadas para las demás organizaciones sindicales.

La determinación legal de las organizaciones sindicales más representativas, y de las posibilidades de actividad sindical que esa cualidad llevaba aparejadas, tenía su epicentro en el artículo 6 LOLS, según el cual se consideraban sindicatos más representativos aquellos que a través de las «elecciones sindicales» acreditaran la obtención, al menos, de un diez por ciento de representantes, computando tanto el ámbito privado (delegados de personal y comités de empresa) como el ámbito de la función pública (delegados de personal y juntas de personal). Ese porcentaje del diez por ciento estaba referido al conjunto del territorio nacional y de los sectores de actividad, con inclusión, como se ha dicho, de la función pública; y por ello, como es fácil de suponer, tan sólo podía ser conseguido por organizaciones sindicales de amplia base territorial y funcional. Para ser más precisos: la condición de sindicato más representativo a través del procedimiento previsto en el artículo 6 ET tan sólo estaba al alcance de las confederaciones sindicales de ámbito estatal.

Bien es verdad que la condición de sindicato más representativo también podía conseguirse en el ámbito de una Comunidad Autónoma. Según el artículo 7.1 LOLS, tendrían la condición de sindicatos más representativos en

este otro ámbito aquellos que obtuvieran, dentro de esos contornos territoriales y en el conjunto de los sectores de actividad, un quince por ciento al menos de representantes en las correspondientes elecciones sindicales, siempre que en términos absolutos acreditaran un mínimo de mil quinientos representantes y siempre que la organización correspondiente no estuviera federada o confederada a una organización de ámbito estatal. Se trataba, en todo caso, de una regla favorable igualmente a las organizaciones de tipo confederal, aunque fuese, en este supuesto, en un ámbito más reducido.

La especial consideración de esta clase de organizaciones sindicales contaba, además, con un soporte añadido, desde el momento en que la «mayor representatividad» irradiaba por mandato legal desde la confederación más representativa a todos «los sindicatos o entes sindicales federados o confederados» a la misma (arts. 6.2.b y 7.1.b LOLS). Mediante este procedimiento («irradiación»), como es fácil de entender, no sólo se intensificaba la distinción entre las organizaciones más representativas y las restantes, sino que, al mismo tiempo, se ponía en marcha un proceso prácticamente imparable hacia la concentración del movimiento sindical en grandes organizaciones de tipo confederal y, a la postre, hacia la centralización del sistema de representaciones profesionales, ya fuese a escala nacional, ya fuese, si se daban las condiciones para ello, en el ámbito de una Comunidad Autónoma.

Junto a estas reglas dedicadas a los sindicatos más representativos, el artículo 7.2 LOLS concedía ciertas facultades de acción sindical a los sindicatos que, sin alcanzar aquella cualidad, acreditaran un mínimo de representatividad en un ámbito territorial y funcional determinado, lógicamente inferior al nacional o al de Comunidad Autónoma definido según los esquemas anteriores. Se exigía, en concreto, un diez por ciento de representantes, computado en el ámbito territorial y funcional de referencia, y extraído, al igual que en los casos anteriores, de los resultados obtenidos en las correspondientes elecciones sindicales. A estas otras organizaciones se les vino dando desde entonces la consideración de «sindicatos de representatividad mínima» o de «representatividad suficiente», pese a no ser expresiones utilizadas expresamente por la ley.

Otros preceptos de la legislación laboral (de la propia LOLS o de otras disposiciones legales, como el ET o la Ley de procedimiento laboral) acogieron reglas similares, si bien con un objetivo más específico y con un radio de acción mucho más limitado. Entre ellos cabría citar lo dispuesto en los artículos 8.2 y 10 LOLS a efectos de acción sindical en las empresas y centros de trabajo; lo dispuesto en el artículo 67.1 ET a efectos de promoción de elecciones sindicales; o lo dispuesto en el artículo 87.2 ET a efectos de negociación colectiva de eficacia general. Por otra parte, la tendencia legal iniciada con el ET y reforzada con la LOLS siguió plasmándose con posterioridad en suce-

sivas disposiciones legales y reglamentarias, como la Ley 4/1986, de 8 de enero, de cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado (desarrollada por el RD 1671/1986, de 1 de agosto) o la Ley 9/1987, de 13 de mayo, sobre órganos de representación y participación de los empleados públicos en la determinación de las condiciones de trabajo (reformada en profundidad por la Ley 7/1990, de 19 de julio).

## II. LOS CRITERIOS DE REPRESENTATIVIDAD COMO ACTUACION SELECTIVA DE LOS PODERES PUBLICOS

Como es fácil de comprender, el uso de los criterios de representatividad tiene efectos claros sobre el desenvolvimiento de las organizaciones sindicales y, a la postre, sobre el propio funcionamiento del sistema de relaciones laborales. Es claro, en primer lugar, que su aplicación efectiva lleva consigo una mejor posición en favor de determinadas organizaciones sindicales. Es posible, además, que las ventajas concedidas a las organizaciones más poderosas en función de su mayor representatividad actúen como factor multiplicador de sus posibilidades de acción sindical. Es probable, en fin, que todo ello cree diferencias apreciables entre las organizaciones concurrentes en un determinado ámbito y momento histórico, y que condicione, de forma más o menos sutil, las decisiones o preferencias de los trabajadores respecto de su afiliación sindical. El uso de los criterios de representatividad implica, pues, ciertos riesgos para el derecho de libertad sindical, así como para el principio de igualdad de trato y no discriminación entre organizaciones sindicales.

De ahí que la plasmación legal o reglamentaria de esos criterios no haya dejado de suscitar reacciones y controversias, muchas veces canalizadas como quejas y reclamaciones ante las instancias encargadas específicamente de velar por la protección y la garantía de la libertad sindical, o como demandas ante los tribunales competentes. Entre esas instancias especializadas habría que citar, desde luego, al Comité de Libertad Sindical (CLS), órgano que fue creado en 1951 en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con la misión específica de resolver las quejas (de trabajadores o empresarios, o de sus respectivas organizaciones profesionales) relativas a la restricción o lesión de ese derecho; y que a lo largo de su existencia ha debido analizar múltiples reclamaciones con ese objeto, muchas de ellas ligadas a presuntas limitaciones derivadas del uso de los criterios de representatividad. Toda esa labor ha dado lugar a numerosísimas resoluciones y, a la postre, a una doctrina muy amplia y elaborada en la materia.

De esa doctrina no se desprende, ciertamente, que tales criterios sean con-

trarios a la libertad sindical. El CLS en ningún momento ha descartado el uso de la representatividad de los sindicatos o asociaciones empresariales para encauzar el desarrollo de las actividades que les son propias, entre otras razones porque ese criterio ha sido profusamente utilizado en el seno de la propia Organización Internacional del Trabajo, que se rige desde su constitución por el «tripartismo» en la composición de sus órganos de dirección y gobierno. Ha dejado ver, además, que esas medidas pueden formar parte de una política estatal dirigida al fomento de un sindicalismo fuerte y concentrado, para evitar una fragmentación excesiva del movimiento sindical. Pero al mismo tiempo ha venido insistiendo en la necesidad de utilizar la representatividad sindical con límites y cautelas, para que la intervención estatal de ningún modo mediatice ni el desarrollo de la actividad sindical ni la conformación del sistema de representaciones profesionales, y para que se preserve en todo momento la igualdad y el pluralismo sindical.

Partiendo de esas premisas, el CLS ha considerado aceptable que se concedan a los sindicatos más representativos ciertas ventajas y preferencias, para garantizar la protección de aquellos intereses profesionales que sólo ellos sean capaces de defender de manera útil y efectiva. Si bien, ha exigido en todo caso que concurren dos condiciones básicas: que con ese tipo de medidas no se ponga en peligro la libertad sindical, y que la correspondiente intervención legal no suponga influencia en los trabajadores a la hora de decidir su afiliación, pues las ventajas legales concedidas a un determinado sindicato de ningún modo deben actuar como condicionante de una decisión que ha de ser enteramente libre.

En particular, para el CLS la distinción entre aquellos sindicatos que sean más representativos y los restantes no es en sí misma criticable, siempre que no se prive a ningún sindicato de su capacidad de autoorganización y de los medios esenciales para llevar a cabo su actividad de defensa de intereses profesionales. En todo caso, las distinciones deben limitarse a determinados aspectos de la actividad sindical, precisamente a los que estén íntimamente conectados con aquellos fines de protección de los intereses profesionales de alcance más general. Se acepta la selección de sindicatos, en concreto, a efectos de desarrollar la negociación colectiva, de evacuar consultas con los Gobiernos y de designar delegados o representantes sindicales ante la OIT.

Por lo que se refiere a los indicadores de representatividad, el CLS ha venido exigiendo que sean razonables y de carácter objetivo, de modo que no puedan ofrecer visos de parcialidad en la actuación de los poderes públicos, ni riesgos de que se creen situaciones abusivas. Aunque el CLS no ha ofrecido nunca una lista de los indicadores que pueden cumplir esos requisitos mínimos, sí ha parecido decantarse, al menos en principio, en favor de la implan-

tación efectiva del sindicato, medida por el número de afiliados o cotizantes. Este sería, para el CLS, el criterio más apropiado de selección o distinción, aunque ello no supone la exclusión de otros posibles factores, como la antigüedad, la experiencia, la capacidad de convocatoria o la audiencia electoral.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido oportunidad de hacer alguna consideración acerca del uso de los criterios de representatividad y, en particular, sobre la medida en que pueden afectar a los derechos de libertad sindical y no discriminación reconocidos, respectivamente, en los artículos 11 y 14 del Convenio de Roma. En síntesis, ha estimado el TEDH que la promoción de determinadas organizaciones sindicales respecto de otras no es en sí misma rechazable, aunque tales medidas serían discriminatorias, y por tanto nulas, si no se llevaran a efecto mediante criterios objetivos y razonables. Para dicho Tribunal, las diferencias que puedan establecerse a través de la representatividad son aceptables si se cumplen dos requisitos nucleares: si con ello se persiguen fines legítimos y aceptables, y si se mantiene en todo caso una relación de proporcionalidad o adecuación entre los medios empleados y los objetivos propuestos.

Como habrá podido apreciarse, las diferencias de trato que se derivan de los criterios de representatividad pueden chocar también con algunos pasajes de nuestro texto constitucional: por un lado, con el principio de igualdad y no discriminación, consagrado con carácter general en el artículo 14 de la Constitución; por otro, con el derecho a la libertad sindical reconocido en el artículo 28.1 de ese mismo texto legal, del que se deriva no sólo el derecho a la «actividad sindical», sino también el derecho de los sindicatos a no sufrir discriminación. De ahí que las quejas y reclamaciones hayan llegado también ante nuestros tribunales —especialmente los de la jurisdicción social, pero también los de la jurisdicción contencioso-administrativa—, y que en muchos casos hayan aparecido en recursos (de amparo o de inconstitucionalidad) o en cuestiones planteadas ante nuestro Tribunal Constitucional (TCO). Ni qué decir tiene que para la valoración y enjuiciamiento de las mismas han jugado un papel muy apreciable las consideraciones vertidas tanto por el CLS como por el TEDH, cuyos criterios, vertidos sobre normas internacionales ratificadas por España, han sido utilizados con frecuencia como elemento interpretativo de nuestro ordenamiento interno, al amparo del artículo 10.2 de la Constitución.

Tales demandas han sido presentadas por sujetos de variada condición. En muchos casos han sido interpuestas por asociaciones profesionales o sindicatos de carácter minoritario (CNT, USO, ANPE, etc.), seguramente porque se han sentido perjudicados en el desarrollo de la actividad sindical, o preteridos en el acceso a subvenciones o bienes de naturaleza pública. En esos casos normalmente se ha pedido el reconocimiento del derecho presuntamente lesionado y

la corrección del acto discriminatorio. En otros supuestos (en la impugnación directa de reglamentos, o en los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad) la reclamación ha presentado mayor alcance y una dimensión más general, en el sentido de que no se ha reaccionado frente a una concreta lesión sino, más bien, frente al sentido de la norma, como sucedió en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo frente a la Ley 4/1986, de cesión de bienes del patrimonio sindical; o en el recurso presentado por determinados grupos de parlamentarios y ciertas Comunidades Autónomas frente a la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical.

### III. LOS CRITERIOS DE REPRESENTATIVIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: UNA PRESENTACION

Todas estas impugnaciones han dado lugar, a estas alturas, a un importante acervo de jurisprudencia constitucional; en numerosas ocasiones el TCo ha tenido que pronunciarse, en efecto, sobre la acomodación de los criterios de representatividad a los citados preceptos constitucionales. Tomando como referencia la doctrina del CLS y del TEDH, el TCo parte en sus consideraciones de que en el derecho a la libertad sindical está implícita la exigencia de igualdad de trato y la prohibición de discriminaciones e injerencias de los poderes públicos en el desarrollo de la actividad sindical. Así pues, si los criterios de representatividad entrañan por definición diferencias de trato, han de ser valorados en todo caso desde los artículos 14 y 28.1 de la Constitución, a los que necesariamente han de adaptarse; y ello no sólo teniendo en cuenta la diferencia de trato que introducen entre las organizaciones sindicales, sino también atendiendo a su posible influencia en el ejercicio de la libertad sindical en su vertiente individual, pues ha de ser amparada en todo caso la libertad del trabajador de elegir para su afiliación el sindicato que considere más conveniente.

En términos generales, el TCo ha estimado que la técnica de la representatividad en sí misma no es incompatible con los principios constitucionales, sin perjuicio de que, como iremos viendo, también haya hecho hincapié, caso por caso, en las condiciones que ha de revestir y en las limitaciones a las que en todo momento ha de sujetarse. Como en otros muchos casos, el TCo ha recordado a estos efectos que no toda reducción de las posibilidades de acción de un sindicato «puede calificarse de vulneración de la libertad sindical»; para llegar a esa conclusión es preciso, además, «que esas eventuales restricciones sean arbitrarias, injustificadas o contrarias a la ley» (TCo 188/1995, de 18 de diciembre).

Esta posición del TCo, inicialmente favorable a la admisibilidad constitu-

cional de los criterios de representatividad, ha sido declarada en numerosas sentencias. Ha sido expuesta sobre todo en la sentencia 98/1985, de 29 de julio, que supuso la convalidación constitucional (bien es verdad que mediante una sentencia en buena medida «interpretativa») de las reglas incluidas en los artículos 6 y 7 LOLS. Se ha mostrado con particular claridad en aquellas sentencias que han enjuiciado las reglas legales y reglamentarias sobre selección de sindicatos a efectos de participación institucional (53/1982, de 22 de julio, y 65/1982, de 10 de noviembre) o de negociación colectiva de eficacia general (4/1983, de 28 de enero, y 73/1984, de 27 de junio, entre otras). Y ha aflorado constantemente en aquellas sentencias que han debido dar respuesta a quejas concretas de lesión o perjuicio derivados del uso de los criterios de representatividad.

Por su claridad y por su cercanía en el tiempo vale la pena citar, a estos efectos, la Sentencia TCo 188/1995, de 18 de diciembre, en la que viene a recordarse la doctrina «tradicional» en la materia. Así, destaca en primer lugar que el uso de los criterios de representatividad es constitucionalmente aceptable, dado que, «entre otras razones, arranca de un dato objetivo que es la voluntad de los trabajadores expresada en las elecciones a órganos de representación de los trabajadores y funcionarios»; sin perjuicio de que tales criterios estén sujetos a límites, que pueden derivar «del juego de los artículos 14 y 28.1 CE, conjuntamente o por separado». Estos preceptos constitucionales han de actuar, pues, como parámetro de constitucionalidad en tales casos, siendo aconsejable una interpretación conjunta de los mismos, y una valoración de «la proporcionalidad de la medida en directa relación con la pérdida de posibilidades de acción de los sindicatos no protegidos por ella».

En segundo lugar, y ya desde la perspectiva concreta del artículo 28.1 de la Constitución, recuerda que no sería constitucionalmente admisible una norma que usando los criterios de representatividad atribuyera exclusivamente prerrogativas o medios de acción a ciertos sindicatos, privando a otros de tales ventajas, siempre que éstos fuesen «inexcusablemente necesarios para que la organización sindical pueda realizar las funciones que le son propias, porque ello equivaldría a negar la función institucional de estos grupos, reconocida por el artículo 7 CE». Los derechos inherentes a la libertad sindical, cabría decir, no son susceptibles de atribución discriminada; todo sindicato ha de disponer de esos medios.

Y en tercer lugar, y en relación con el artículo 14 de la Constitución, considera que «resulta rechazable una diferencia de trato huérfana de justificación objetiva y razonable y que produzca un efecto desproporcionado en relación con la finalidad perseguida con ella». Como siempre, y como es regla general en la aplicación del principio de igualdad, «las diferencias de trato entre los

sindicatos han de cumplir con los requisitos de objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad». En concreto, la regulación de los criterios de representatividad, aun siendo constitucionalmente legítima, «ha de reunir los restantes requisitos exigibles y, singularmente, el de proporcionalidad».

De todas formas, para hacer una presentación más exacta de la jurisprudencia constitucional acerca de los criterios de representatividad conviene hacer algunas matizaciones. Ante todo ha de decirse que, además de las condiciones y limitaciones exigidas a los criterios de representatividad para considerarlos constitucionalmente aceptables, dentro de ese cuerpo jurisprudencial cabe advertir una doble orientación, que a veces, por cierto, aparenta cierta contradicción. Por un lado, es claro que la jurisprudencia constitucional avala globalmente los criterios de representatividad; podría decirse, incluso, que en más de una ocasión se ha mostrado fervorosa partidaria no sólo de su utilización legal, sino, más aún, de la selección que llevan implícita en favor de las grandes confederaciones sindicales. Quizá la Sentencia 98/1985 sea, de nuevo, la más explícita y significativa desde esta perspectiva.

Pero también cabe advertir, por otro lado, una línea interpretativa de carácter restrictivo, que trata de eliminar aquellas ventajas o concesiones legales que pudieran conducir a una posición de privilegio de las organizaciones más representativas sobre las restantes. Desde un punto de vista temporal, esta línea interpretativa tiene raíces en sentencias de ese mismo año 1985, aunque seguramente se ha expuesto con mayor claridad y rotundidad en algunas sentencias posteriores, como la Sentencia 183/1992, de 16 de noviembre. En estas ocasiones el TCo se muestra crítico no exactamente contra el uso de los criterios de representatividad, pero sí contra la dimensión que en algunos supuestos han alcanzado dentro de nuestra legislación y contra la preponderancia que, mediante ese uso, han adquirido las organizaciones más representativas.

#### IV. LOS PRESUPUESTOS DE APOYO A LA MAYOR REPRESENTATIVIDAD: LA TESIS DE LA PROMOCION DEL HECHO SINDICAL

La línea interpretativa que dentro de la jurisprudencia constitucional se ha mostrado más favorable al uso de los criterios de representatividad, y a la formulación que se les ha dado en la legislación actual, arranca de algunos presupuestos dignos de comentario. Uno de ellos, quizá el más retórico pero a la postre el que parece haber tenido mayor virtualidad, es el que aparece citado como «promoción del hecho sindical». Para el TCo, la valoración jurídico-constitucional de la representatividad ha de atender a las exigencias de los artículos 14 y 28.1 de la Constitución, como es natural; pero también ha de tener

presente otras consideraciones. En concreto, defiende el TCo que ese análisis «no puede prescindir de dos principios derivados del texto constitucional, cuya compatibilidad es preciso garantizar: en primer lugar, el de libertad sindical e igualdad de trato de los sindicatos, derivado del artículo 28.1 de la Constitución (en relación con el art. 14); el segundo, el de promoción del hecho sindical, que enlaza con el artículo 7 de la Constitución, y sería obstaculizado por una defensa a ultranza del primero» (TCo 98/1985, seguida por otra muchas, como la TCo 204/1994, de 11 de julio, o la Sentencia TCo 188/1995, de 18 de diciembre).

De esa forma, si los artículos 14 y 28.1 de la Constitución proporcionan los límites y condiciones a los que deben sujetarse los criterios de representatividad para su convalidación constitucional, la «promoción del hecho sindical» parece utilizarse como fundamento y justificación en el uso de tales criterios. Como se advierte claramente en la Sentencia TCo 188/1995, la jurisprudencia constitucional suele avalar la diferencia de trato que por lo general deriva de la representatividad en razón de que «la promoción del hecho sindical y la eficaz y efectiva defensa y promoción de los intereses de los trabajadores (art. 7 CE), finalidades también necesitadas de atención..., pueden malograrse por una excesiva atomización sindical y la atribución de un carácter absoluto al principio de igualdad de trato...y del libre e igual disfrute del derecho reconocido en el artículo 28.1 CE».

De esa manera, estricta igualdad de trato y «promoción del hecho sindical», vienen a situarse como puntos de contraste en el correspondiente juicio de constitucionalidad. Es éste, sin embargo, un punto de partida discutible. El problema estriba, sobre todo, en que frente a unos mandatos claros y taxativos que impiden la discriminación y la afectación a los derechos de libertad sindical, se contraponen un objetivo que no tiene acomodo expreso en el texto constitucional (tan sólo en el art. 7 de la Constitución podría encontrarse alguna clase de apoyo, bien es verdad que para todo sindicato), que presenta unos perfiles bastante borrosos y que, en cualquier caso, podría ser valorado desde una óptica de relaciones laborales (conveniencia o no de que el movimiento sindical camine por unos u otros senderos) pero no desde una estricta consideración jurídico-constitucional.

Por otra parte, lo que el TCo llama eufemísticamente «promoción del hecho sindical» se convierte en realidad, al menos en la mayor parte de las ocasiones, en la promoción de las grandes organizaciones sindicales. Aún más: se traduce en buen número de casos en una posición de desventaja para las organizaciones de menor dimensión o entidad, consecuencia ésta que, como es fácil de entender, resulta más difícil de aceptar desde el punto de vista de la igualdad de trato e incluso desde la perspectiva de la libertad sindical. En realidad, la llamada «promoción del hecho sindical» se va a utilizar, no en beneficio de

todos y cada uno de los sindicatos, sino para la promoción de las grandes confederaciones sindicales, lo cual supone, en definitiva, una opción de política sindical o de relaciones laborales. A la postre —y quizá haciéndose eco de aquella doctrina del CLS—, ese presupuesto «promocional» ha servido para justificar que los criterios de representatividad sean utilizados para evitar una «atomización sindical», esto es: para primar a las grandes organizaciones sindicales y consolidar su posición en el sistema de relaciones laborales, con la consiguiente dificultad para la afloración o supervivencia de organizaciones más específicas o de radio más limitado, creadas al margen de las anteriores.

Defiende el TCo, ciertamente, que el artículo 28.1 de la Constitución garantiza a los sindicatos un área de libertad frente a los poderes públicos, que no pueden interferir ni en su organización ni en su esfera de actividad. Pero a renglón seguido hace la salvedad de que ello no impide que los poderes públicos intervengan para asegurar la efectividad de la actividad sindical y de las funciones constitucional y legalmente encomendadas a los sindicatos (TCo 75/1992, de 14 de mayo); fines genéricos que pueden amparar y justificar, según esa construcción, que mediante los criterios de representatividad los poderes públicos traten de evitar «una atomización sindical» con el fin de hacer más eficaz la actividad de «defensa de los intereses de los trabajadores» (TCo 98/1985 y 164/1993, de 18 de mayo).

Desde luego, no olvida el TCo que la actitud de apoyo a ciertos sindicatos, en atención a su representatividad, podría suponer una especie de «inducción o presión indirecta» para la afiliación a dichas organizaciones, con la consiguiente lesión del artículo 28.1 Constitución (TCo 20/1985, de 14 de febrero). Pero al mismo tiempo, considera que si el mero apoyo a los sindicatos más representativos desanima la afiliación a otras posibles organizaciones, ello no es más que una consecuencia normal de tales medidas, que en sí misma no es contraria al artículo 28.1 de la Constitución, salvo que sea ese precisamente el objetivo buscado por los poderes públicos, bien porque los medios de diferenciación se utilicen desproporcionadamente, bien porque se quiera favorecer directamente a determinados sindicatos, bien porque se nieguen por completo medios de acción a otras organizaciones. De no ser así, entiende el TCo que tan sólo se trataría de una actitud amparada en aquella «promoción del hecho sindical», lo cual, como ya vimos, se considera compatible con la libertad sindical (TCo 75/1992).

#### V. SIGUE: LA IRRADIACION COMO VIA DE EXPANSION DE LA MAYOR REPRESENTATIVIDAD

Como ya se dijo, la adquisición de la mayor representatividad va acompañada en nuestras normas de la «irradiación» de esa condición a todos los sindi-

catos y entes sindicales vinculados orgánicamente con la confederación más representativa (arts. 6.2 y 7.1 LOLS). Esta vía de transmisión de la mayor representatividad introduce un nuevo factor de distinción entre las organizaciones sindicales, y supone una indudable posición de ventaja de unos sindicatos frente a otros, según estén o no integrados en aquellas organizaciones más representativas. Por ello en más de una ocasión se ha cuestionado su validez desde el prisma constitucional. La jurisprudencia constitucional, en cualquier caso, ha seguido situada, a este respecto, en aquella línea interpretativa favorable a la «promoción del hecho sindical», que conduce, a la postre, a la promoción de las grandes confederaciones sindicales.

El TCo ha considerado en principio que el criterio de la irradiación «en sí mismo no plantea problema constitucional alguno». No sólo eso, sino que —como expresamente añade el TCo— el hecho de que el legislador «haya decidido potenciar la actividad sindical mediante la extensión de un sistema de mayor representatividad, es una decisión política no controlable jurídicamente, salvo si se vulnerara la obligada igualdad de trato a los sindicatos, que sólo admite aquellas diferencias que estén justificadas, o si impide el ejercicio de los derechos sindicales de los trabajadores y sus organizaciones» (TCO 98/1985). Con este pórstico, el TCo no ha considerado que el uso de la irradiación que hacen los artículos 6.2 y 7.1 LOLS incurra en esas supuestas violaciones, fundamentalmente por dos razones.

En primer término, porque «la representatividad por afiliación, federación o confederación, no es el único criterio de medición, de forma que no impide que quienes no pertenezcan a las organizaciones más representativas puedan igualmente alcanzar la representatividad y ejercer las funciones en los concretos ámbitos de ejercicio». Adicionalmente, porque la irradiación de representatividad «arranca de un dato objetivo, que es la voluntad de los trabajadores», expresada, se entiende, en las elecciones de las que se deriva la condición de mayor representatividad de la confederación sindical correspondiente. Por último, porque tal mecanismo se funda en «la opción del legislador en favor de la potenciación de las organizaciones de amplia base territorial (estatal o comunitaria) y funcional (intersectorial), que asegure la presencia en cada concreto ámbito de actuación de los intereses generales de los trabajadores frente a una posible atomización sindical» (TCO 98/1985).

En estas últimas consideraciones puede apreciarse con toda claridad cómo aquel presupuesto de «promoción del hecho sindical» produce efectos precisos de promoción de ciertas organizaciones frente a otras. Pero, en cualquier caso, los argumentos del TCo son criticables porque en definitiva hurtan un análisis efectivo, y desde el prisma jurídico-constitucional, de las diferencias que entraña esa técnica de «irradiación de representatividad». Ya hemos dicho que la

opción del legislador en favor de la consolidación de un sistema presidido por grandes confederaciones sindicales no debe tomarse, en una valoración de constitucionalidad, como justificación de sus medidas, sino, a lo sumo, como explicación de su contenido.

Por otra parte, no es del todo exacto que la representatividad adquirida por irradiación arranque de «la voluntad de los trabajadores»; antes al contrario, el sindicato que obtiene la representatividad únicamente por esa vía, sin contar con los resultados electorales que exige la ley para acreditar una representatividad efectiva, es un sindicato al que esa misma voluntad de los trabajadores ha dado la espalda. Y en fin, es cierto que en nuestro sistema la representatividad no se adquiere solamente por irradiación; pero también lo es que algunos sindicatos cuentan con dos posibilidades (audiencia electoral e irradiación) y a otros tan sólo se les ofrece la contienda electoral directa.

#### VI. LA EXIGENCIA DE CIERTAS CONDICIONES: UNA PRIMERA DISTINCION ENTRE REGLAS DE EXCLUSION Y REGLAS DE PREFERENCIA

De todas formas, ya dijimos que la jurisprudencia constitucional ha alterado esas posiciones con la imposición de límites y condiciones para el uso adecuado de los criterios de representatividad. El TCo, consciente seguramente de que la utilización de esos criterios puede provocar efectos desmedidos, ha tratado de corregir esa tesis inicial mediante una serie de procedimientos que, aun siendo diversos, tienen como nota común matizar el alcance de los criterios de representatividad atendiendo a sus fines, a su ámbito de aplicación o al tipo de actividad sindical sobre el que se proyectan.

A estos efectos conviene destacar, en primer término, que de la jurisprudencia constitucional parece deducirse una inicial distinción entre los posibles usos y aplicaciones de la representatividad. A juicio del TCo, habrían de separarse, en concreto, los criterios que suponen una reserva de actividad en favor de determinados sindicatos (los sindicatos más representativos), con exclusión de los restantes; los que se limitan a conceder preferencias a las organizaciones más representativas, dejando abierta, al mismo tiempo, la posibilidad de que también intervengan los restantes sindicatos, aunque sea con menores facilidades; y los que atienden a criterios de proporcionalidad, según el grado de representatividad acreditado por cada sindicato.

En definitiva, no puede hacerse la misma valoración, a juicio del TCo, cuando la norma concede determinadas facultades o medios de acción a los sindicatos más representativos, con exclusión de los restantes, que cuando se limita a conceder a esas organizaciones una posición ventajosa (de preferencia,

primacía o prelación) en el desarrollo de la actividad correspondiente, o en el disfrute de ciertos bienes o derechos (TCo 75/1992). En consecuencia, una regla que formulada en términos de exclusión podría ser contraria a los principios constitucionales, por falta de justificación, podría ser aceptable en el supuesto de que se limitase a conceder una mejor posición, en proporción a su mayor representatividad, a determinadas organizaciones sindicales.

En cualquier caso, considera el TCo que, como regla general, la preferencia legal en favor de determinadas organizaciones no puede conducir a la exclusión de las restantes. La exigencia inicial del texto constitucional es que los medios y posibilidades de acción puestos a disposición de los sindicatos se distribuyan con criterios de proporcionalidad entre todas las organizaciones concurrentes en atención a su representatividad. Con todo, hay casos en los que los derechos o bienes sobre los que se proyecta la distribución son «escasos e indivisibles», y en tal supuesto es admisible que la preferencia o prelación concedidas a determinadas organizaciones conduzca en la práctica a la exclusión de las restantes (TCo 75/1992).

Todas esas consideraciones están muy ligadas, como ha podido apreciarse, a las características de los bienes, derechos o actividades sobre los que incida el uso de los criterios de representatividad. Hay casos en los que el criterio de proporcionalidad es el único admisible, como ocurre con la concesión de subvenciones económicas (TCo 20/1985); en otros casos, parece justificada la concesión de preferencias en la adjudicación de bienes y derechos, como sucede en el reparto de bienes inmuebles (TCo 75/1992); y en otros, en fin, puede estar justificada la simple y mera selección de las organizaciones más representativas ante la imposibilidad de dar entrada a todas las concurrentes, como ocurre a propósito de la participación institucional (TCo 53/1982).

## VII. LA CLASE DE ACTIVIDAD Y EL TIPO DE DERECHOS AFECTADOS POR LA REPRESENTATIVIDAD

De la jurisprudencia constitucional también se deduce, como correlato en buena medida de lo anterior, la necesidad de atender a las características de la actividad sindical afectada por los criterios de representatividad y al tipo de facultades o ventajas que pueden derivarse del uso de dichos criterios, pues esos factores también pueden condicionar la validez constitucional de la norma correspondiente. Ejemplo señero de ello es la acción sindical en la empresa y en los centros de trabajo, especialmente cuando se desarrolla a través de secciones y delegados sindicales.

Interesa recordar a este respecto que para el TCo (Sentencias 61/1989,

84/1989 y 188/1995) tales formas de representación presentan una doble dimensión, cada una de ellas con unas características propias y, sobre todo, con distinta trascendencia desde el punto de vista del ejercicio de los derechos correspondientes. Así, si por un lado son instrumentos de autoorganización del sindicato, aptos para canalizar su labor representativa y para actuar como co-rea de transmisión con sus afiliados, por otro son representaciones con trascendencia externa, cuyo desenvolvimiento puede afectar, y normalmente afecta, a terceras personas, especialmente a los titulares de la empresa. Por esa razón, si la faceta interna puede ser abordada en exclusiva por el sindicato y sus afiliados, el desarrollo de esa dimensión externa requiere alguna clase de apoyo jurídico, que puede venir de la ley o del acuerdo entre las partes afectadas.

De ello cabría deducir que la acción sindical en la empresa no es componente necesario y consustancial de la libertad sindical, al menos en la faceta que en principio presenta mayor trascendencia, que es precisamente aquella de la que pueden derivar cargas y obligaciones para terceros. En tanto la actividad sindical no afecte a otros sujetos, el sindicato y sus afiliados podrán desarrollar las tareas que tengan por conveniente, incluso, cabría pensar, en el interior de la empresa. Ahora bien, en el momento en que tales actividades afecten a terceros —y así ocurrirá normalmente si se ejercitan dentro de la empresa, como es fácil de entender— deberán contar con respaldo legal o pactado, salvo que se estimen de todo punto necesarias para el ejercicio de la libertad sindical.

Dicho más claramente, en tanto que tales actividades —ya sea la constitución de secciones o la designación de delegados, ya sea el desarrollo de sus tareas típicas— generen cargas y prestaciones para el empresario no podrán entenderse como mero ejercicio del derecho de libertad sindical, sino, en su caso, como un componente añadido por la ley o por otras fuentes de regulación. En este punto es clara la sentencia TCo 188/1995, que, siguiendo pronunciamientos anteriores, declara que el derecho que tienen determinadas secciones sindicales a nombrar delegados sindicales «no integra el contenido esencial del derecho de libertad sindical, sino que forma parte del llamado contenido adicional». La designación de delegado sindical no es, así pues, una derivación necesaria del derecho constitucional a la libertad sindical, ni forma parte del contenido esencial de ese derecho, que continúa siendo reconocible aun cuando el sindicato no pueda proceder a ese nombramiento.

De ello se desprende, asimismo, que la ley no está obligada a reconocer esa faceta de la libertad sindical. La ley puede hacerlo desde luego, puesto que, como viene diciendo el TCo con carácter general, los derechos y los instrumentos de acción que lleva aparejados el derecho a la libertad sindical recono-

cido en el artículo 28.1 de la Constitución pueden ser ampliados y mejorados por las disposiciones legales. Y la ley, en efecto, ha procedido a tal ampliación en este caso, en tanto que lo dispuesto en los artículos 8 y 10 LOLS no es más que un desarrollo legal de los derechos esenciales reconocidos en aquel precepto constitucional. Pero de la misma manera podría haber guardado silencio sobre el particular, en cuanto que tales facultades no constituyen una exigencia estricta de la Constitución.

Por otra parte —y con ello entramos en la cuestión que ahora nos afecta—, la ley tiene mayores posibilidades en esos aspectos complementarios de la libertad sindical. Para el TCo, la ley no sólo puede añadir facultades a lo que se desprende de la Constitución, sino que también puede ordenarlas y configurarlas a su criterio, siempre que tal labor de configuración se restrinja a la parte del derecho que excede de lo que se entiende como contenido esencial del derecho, que, como se sabe, es el límite general y absoluto que el artículo 53.1 de la Constitución impone al legislador. En cuanto se trate de derechos de origen legal, su configuración y, en su caso, sus limitaciones, dependen del legislador. Son facultades que no necesariamente han de ser concedidas a todo sindicato, ni, en caso de que lo fueran, habrían de serlo en igual medida para toda organización sindical.

La ley, dicho de otra forma, puede condicionar su disfrute y ejercicio a la acreditación de determinados requisitos, siempre que sean aceptables desde el punto de vista constitucional. Puede condicionarlos, en concreto, a la acreditación de requisitos de representatividad o implantación, salvo que impliquen abuso o se muestren contrarios al principio de igualdad y no discriminación. La posibilidad de que la ley introduzca exigencias de ese tipo es lo que ha llevado a convalidar, en concreto, la regulación que a tales efectos ofrecen los artículos 8 y 10 LOLS, que utilizan con frecuencia los criterios de representatividad; y la que justificaría, en su caso, el uso de dichos criterios por parte de los acuerdos o convenios colectivos que procedieran a la ampliación de los derechos legales (TCo 188/1995).

#### VIII. LOS REQUISITOS DE OBJETIVIDAD Y RAZONABILIDAD EN LAS DIFERENCIAS DE TRATO

Los principios de igualdad de trato y no discriminación exigen, con carácter general, que la introducción de diferencias se base en factores objetivos y razonables, y así lo ha considerado el TCo, reiteradamente, a propósito de la representatividad. De ese modo, el problema de constitucionalidad se sitúa, más bien, en los límites que han de ser respetados en el uso de los criterios de representa-

tividad. Como ha señalado el TCo, «desde el punto de vista constitucional no importa tanto el hecho de que unos sindicatos sean calificados legalmente de más representativos ni el modo en que se articulen los diversos grados de representatividad, cuanto los efectos que de ello se deriven» (TCo 98/1985).

El requisito de objetividad tiene a su vez múltiples manifestaciones. En principio, ha de tenerse en cuenta que para el TCo la objetividad no es una mera condición abstracta; excluye, por supuesto, las diferencias arbitrarias o caprichosas (TCo 184/1987, de 18 de noviembre), pero también exige que exista una conexión clara y razonable entre la medida que introduce la diferencia, los fines que con ella se persiguen y la realidad fáctica sobre la que proyecta sus efectos y consecuencias (TCo 9/1986, de 21 de enero, 39/1986, de 31 de marzo, y 183/1992, de 16 de noviembre).

Esa acotación significa, en primer término, que ha de prestarse atención, de nuevo, a la formulación de la diferencia de trato (según suponga exclusión o mera preferencia), a la actividad sobre la que proyecta sus efectos, y a los bienes o derechos objeto de reparto. Quiere ello decir que los criterios de representatividad no pueden utilizarse con fines que no guarden la debida correspondencia con la diferencia de trato que ineludiblemente entrañan. Es aceptable, por ejemplo, que se utilice la representatividad para seleccionar a las organizaciones más idóneas para desempeñar tareas de representación institucional (TCo 65/1982), para constatar la significación de las organizaciones que aspiren a desarrollar actividades que produzcan efectos más allá del círculo de afiliados, como sucede con la negociación colectiva de eficacia general (TCo 73/1984), o para limitar la concesión de derechos y medios de acción a los representantes sindicales cuando generen obligaciones y cargas para el empresario (TCo 173/1992, de 29 de octubre).

Pero, por esa misma razón, no son admisibles dichos criterios para excluir a determinadas organizaciones del acceso a subvenciones o bienes patrimoniales de titularidad pública. Todo sindicato, por el mero hecho de serlo, tiene encomendadas las funciones genéricas de defensa y promoción de los intereses que le son propios (art. 7 Const.), y por consiguiente tiene derecho a participar en el reparto de los medios dispuestos por los poderes públicos para coadyuvar al cumplimiento de esos fines; otra cosa es que su participación en el reparto correspondiente pueda hacerse en proporción a su significación o representatividad (TCo 20/1985, 26/1985, de 22 de febrero, y 72/1985, de 13 de junio). Tampoco está justificado distinguir entre sindicatos a efectos de conceder situaciones especiales a las personas que, siendo funcionarios públicos, ocupen cargos sindicales (TCo 99/1987, de 11 de junio).

Quiere decir también, en segundo lugar, que los umbrales o topes utilizados para aplicar criterios de representatividad deben fijarse de modo propor-

cionado, siempre de acuerdo con el fin que específicamente se persigue con su uso. Esa es la razón de que una distinción en proporción a la representatividad de cada organización concurrente pueda ser aceptable, pero que no lo sea, a esos mismos efectos, la selección exclusiva de las que traspasen un determinado límite, con exclusión de los restantes, máxime si es un umbral a todas luces excesivo. Estas consideraciones son aplicables ante todo a la distribución de subvenciones con cargo a los presupuestos públicos (TCo 20/1985 y 26/1985) o a la cesión en uso de bienes inmuebles de titularidad pública (TCo 99/1983 y 75/1992).

Quiere decir, en tercer lugar, que la medida diferenciadora no puede ser adoptada *ad hoc* o con carácter puntual. En palabras del TCo, no puede constituir «una singular y contingente opción del poder público, sino manifestación de un esquema legal abstracto que se aplicará —y beneficiará— a cualquier sindicato que en el futuro pueda reunir esas condiciones que, al respecto, la ley exige para otorgar la preferencia que se impugna» (TCo 75/1992). No puede tratarse, en consecuencia, de medidas adoptadas en atención a concretos y determinados sindicatos, sino de medidas de carácter y aplicación general; lo cual tiene especial trascendencia, como cabe suponer, en las medidas que entrañan reparto de bienes o fondos públicos (TCo 99/1983).

Y significa, en fin, que la representatividad de las organizaciones que pudieran concurrir a una determinada sede o parcela de actividad ha de ser medida siempre en el ámbito geográfico y funcional sobre el que va a proyectarse la actividad correspondiente. Es lo que podría formularse como «principio de correspondencia» entre el ámbito de acreditación de la representatividad sindical y el ámbito de aplicación de las ventajas correspondientes. Con ello, el TCo ha querido poner de relieve que el alcance de aquellos criterios (y, sobre todo, de la mayor representatividad) debe matizarse cuando se utilizan para regular la actividad sindical en ámbitos específicos (sea un sector de actividad, sea, por ejemplo, la empresa), de tal manera que no queden cercenadas las posibilidades de actuación de los sindicatos que sin ser «más representativos» acrediten fuerte presencia en ese terreno. El «principio de correspondencia» entre el ámbito de medición de la representatividad y el ámbito de ejercicio de las facultades que esa cualidad lleva aparejadas, exige que en todo momento se abran posibilidades de intervención a las organizaciones que acrediten suficiente o notoria representatividad en el ámbito territorial y funcional correspondiente, aunque no hayan obtenido la condición legal de mayor representatividad.

Para el TCo, no cabe descartar por completo la concesión de ciertas ventajas a las organizaciones más representativas, en cuanto portavoces de los intereses generales y del conjunto de los trabajadores; pero ello no debe menos-

cabar en ningún caso la actividad de otros sindicatos que, sin tener una implantación tan generalizada entre la población trabajadora, acrediten un peso indiscutible en el ámbito de referencia. La concesión de ventajas a las organizaciones más representativas, viene a decir el TCo, no debe hacerse «a costa de impedir la presencia en dicho ámbito de un sindicato que aun no siendo más representativo, tiene notable presencia en aquél» (Tco 188/1995).

De todos modos, esta exigencia ha sido aplicada de una forma bastante matizada por la jurisprudencia constitucional. Y ello porque, a juicio del TCo, no hay obstáculo constitucional para que las organizaciones más representativas tengan atribuida en todo caso capacidad representativa «a todos los niveles territoriales y funcionales», como dice el art.6.3 LOLS. Lo exigible no es que todos participen según su representatividad real, sino, más bien, que en cada uno de esos niveles se reconozca legitimación, junto a esas organizaciones más representativas, a los sindicatos que dentro de tales contornos acrediten representatividad suficiente (TCo 184/1987, de 18 de noviembre, y 217/1988, de 21 de noviembre).

#### IX. MAYOR REPRESENTATIVIDAD *VERSUS* REPRESENTATIVIDAD EN LA EMPRESA: UN CONTRASTE INTERESANTE

Particular aplicación de esas consideraciones, y de aquel «principio de correspondencia», ha tenido lugar a propósito del desarrollo de la acción sindical en la empresa (TCo 188/1995). Para el TCo, en estos casos debe atenderse a la situación de los sindicatos concurrentes en la empresa, en función de su implantación efectiva (número de afiliados) y de su presencia en los órganos de representación unitaria de los trabajadores. La representatividad efectiva en la empresa puede modular, así pues, el alcance de las facultades concedidas por la ley, máxime cuando la designación de delegados sindicales, en cuanto supone cargas y obligaciones para el empleador (asistencia a reuniones, reconocimiento de crédito horario, etc.), conforma «un derecho de prestación a cargo de un tercero» (TCo 188/1995). Por esa razón, no es objetable que se conceda mayor número de delegados sindicales a determinados sindicatos en comparación con otros, siempre que acrediten mayor implantación que éstos.

De todas formas, es aceptable también que la representatividad en la empresa no actúe como único factor determinante del reconocimiento de derechos y facultades; puede conjugarse con otras variables que permitan tener en cuenta la representatividad en el sector o, llegado el caso, la condición de mayor representatividad. Según la jurisprudencia constitucional, a la hora de regular la acción sindical en la empresa pueden utilizarse, en efecto, otros pa-

rámetros de medida, más lejanos a la situación en la empresa pero que también podrían tener proyección sobre ésta. En concreto, si el ejercicio de funciones sindicales en un ámbito más amplio que la empresa (sector, ámbito interprofesional, etc.) «lleva normalmente aparejada una superior carga organizativa y de trabajo», es razonable que se concedan mayores medios y facilidades a los sindicatos que asumen esas tareas, o que las tienen encomendadas en virtud de la ley.

Uno y otro factor justifica, a la postre, que la mejora de los medios de acción sindical a través de acuerdos y convenios colectivos respecto de los mínimos legales (por ejemplo, el aumento del número de delegados sindicales) no se haga indiferenciadamente, ni siquiera para todos los sindicatos que superen unos mínimos de audiencia electoral, sino que se lleve a efecto de acuerdo con «el carácter más representativo o no del sindicato en cuestión y su presencia o no en los órganos de representación del personal» (TCO 188/195). A juicio del TCO, estas reglas no deberían considerarse desproporcionadas, entre otros motivos porque no suponen que las restantes secciones sindicales —al amparo de la regla general del artículo 10.1 LOLS o de las previsiones complementarias de acuerdos o convenios— se vean privadas del derecho a designar delegados sindicales.

No es fácil determinar, sin embargo, cuál de esos criterios (la representatividad en la empresa o la representatividad en un ámbito superior) debe ser preponderante, o en qué grado e intensidad puede ser utilizado cada uno de ellos para que la medida no resulte discriminatoria ni atentatoria de la libertad sindical. Para el TCO parece ser ineludible que quede salvaguardada en todo caso la posibilidad de acceder a tales ventajas por parte de los sindicatos con presencia en los órganos de representación unitaria de la empresa (TCO 188/1995), lo cual es razonable. No lo parece tanto, sin embargo, que ello sirva para justificar la concesión las organizaciones más representativas de iguales o mayores medios de acción, sin necesidad de acreditar una representatividad notable en el ámbito de referencia. La concesión de ventajas a esas organizaciones por el mero hecho de acreditar tal condición puede convertirse en una prima nada desdeñable en el ejercicio de la acción sindical en la empresa, sin que quede demostrada claramente la necesidad de ese trato especial. Hay ocasiones en las que no cabe ninguna duda sobre la conveniencia de seleccionar o primar a los sindicatos más representativos, como ocurre en el ámbito de la participación institucional; pero no sucede lo mismo cuando se trata de la acción sindical en la empresa.

En este otro terreno, en efecto, no está en juego la representación del conjunto de la población trabajadora, sino únicamente de quienes efectivamente trabajan en el ámbito correspondiente. Acaso sea necesaria cierta labor de se-

lección, ya sea porque la acción sindical genera cargas a la empresa que de una manera u otra han de limitarse, ya sea por otras razones similares. Pero tal medida debería atender ante todo no a los índices de representatividad general, sino a la presencia o implantación efectiva en la empresa. De otra manera, se estaría favoreciendo a determinados sindicatos sin más justificación que el etéreo argumento de la «promoción del hecho sindical».

En contra de esa sospecha no cabe aducir que mediante esa práctica no se lesiona el derecho de otros posibles sindicatos, bajo el argumento de que se les deja abierta, en todo caso, la posibilidad de desarrollar su actividad sindical en la empresa y, en concreto, de designar delegados sindicales. Y ello por la sencilla razón de que para respetar los postulados del principio de igualdad de trato y del derecho a la libertad sindical no basta con dar opciones a los sindicatos que siendo pequeños acrediten suficiente implantación; para ser estrictos, también es necesario no conceder primas excesivas a los grandes.

#### X. LA EXIGENCIA DE INDICADORES OBJETIVOS Y RAZONABLES: LA AUDIENCIA ELECTORAL

Los criterios de representatividad han de utilizarse, en todo caso, de forma adecuada y proporcionada, guardando la necesaria correlación entre el ámbito de medida de dicha representatividad, el grado de selección que su uso implica, y los fines que se pretenden conseguir a través de ese procedimiento, que en todo caso han de estar jurídicamente justificados. Pero, además, la representatividad ha de ser medida por procedimientos que resulten acordes con esos principios básicos, de manera que se excluya toda posibilidad de discriminación. Ello quiere decir, ante todo, que se ha de medir con arreglo a indicadores objetivos y razonables. Según la jurisprudencia constitucional, en efecto, «los criterios en que se inspire la distinción entre organizaciones más o menos representativas tienen que ser de carácter objetivo y fundarse en elementos que no ofrezcan posibilidad de parcialidad o abuso» (TCO 53/1982 y 65/1982).

Desde luego, el derecho a la libertad sindical, al igual que el derecho de asociación, no pide que la representatividad de las organizaciones concurrentes se constate a través de un determinado indicador. Tampoco lo exige el texto constitucional, ni las normas internacionales sobre la materia, aunque el CLS mostrara su preferencia por el criterio de la afiliación sindical. Pero sí es exigible, desde una consideración conjunta del principio de igualdad y no discriminación con aquellos otros derechos, que la representatividad se mida por el procedimiento que sea capaz de proporcionar mayor objetividad y que, al mismo tiempo, evite en mayor grado la minusvaloración o el perjuicio de alguna de las organizaciones afectadas.

Desde este punto de vista, el TCo considera que la audiencia electoral como indicador de la representatividad de las organizaciones profesionales se adapta en principio a las exigencias constitucionales; es compatible, en concreto, con las exigencias del derecho a la libertad sindical y del principio de igualdad y no discriminación. Según el TCo, en efecto, «nada puede oponerse a esta forma de medición», máxime cuando, como ocurre en los artículos 6 y 7 LOLS, se parte «de una relación entre el carácter del órgano y el interés que en él ha de representarse» (TCo 98/1985).

Esta afirmación merece, no obstante, algunas acotaciones. Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que por exigencias de aquellos principios, el procedimiento electoral ha de cumplir unos requisitos mínimos. Es exigible, en particular, que la representatividad resultante del mismo se ajuste a la significación real de cada organización, y que la diferencia de trato que pudiera surgir de la aplicación de esa técnica responda, en consecuencia, a motivos objetivos y razonables. No vale, por consiguiente, cualquier procedimiento electoral, sino únicamente aquél que pueda asegurar las debidas condiciones de objetividad e imparcialidad tanto en su preparación y convocatoria como en su desarrollo y atribución de resultados, pues de lo contrario quedaría sesgada la *representatividad resultante del mismo*.

El TCo ha tenido oportunidad de hacer alguna observación a este respecto, bien es verdad que de manera indirecta. Así, ante la queja de que las elecciones pudieran estar sesgadas de parcialidad, ha considerado que «difícilmente se puede decir que la representatividad dependa exclusivamente de las organizaciones sindicales y que se conviertan las elecciones de representantes de los trabajadores en un hecho discrecional que deteriora la seguridad jurídica al ser quienes ganan las elecciones los que deciden si se celebran o no las siguientes»; en concreto, la opción legal por un modelo abiertamente sindicalizado en la promoción de dichas elecciones «no es motivo que permita concluir la inconstitucionalidad de los preceptos mencionados» (TCo 57/1989).

En cualquier caso, la compatibilidad de la audiencia electoral con los principios constitucionales no excluye la admisibilidad de otros posibles indicadores. En realidad, desde la perspectiva constitucional son admisibles todos aquellos criterios que sean capaces de asegurar que se den las citadas condiciones de objetividad e imparcialidad en la medida de la representatividad y que no se propicien diferencias de trato injustificadas o discriminatorias. En principio pueden ser válidos todos los que se han utilizado y se utilizan en la experiencia comparada (afiliación o consistencia numérica, capacidad de movilización y convocatoria, antigüedad y actividad desplegada, etc.), siempre que sean usados de manera que reflejen con fiabilidad la representatividad de las distintas organizaciones.

Aunque no lo haya hecho de manera directa y frontal, el TCo se ha mostrado favorable a la utilización de la afiliación o consistencia numérica de la organización correspondiente, indicador de representatividad utilizado entre nosotros para medir la representatividad de las asociaciones empresariales. A tal efecto, ha considerado constitucionalmente aceptables las reglas de la disposición adicional sexta ET que delimitan la mayor representatividad de aquellas asociaciones, haciendo ver que la única diferencia en comparación con la representatividad sindical estriba en que esa condición se adquiere en el caso de los sindicatos a través de elecciones y en el caso de las asociaciones empresariales «por la pertenencia (afiliación) de las distintas empresas a una organización específica», lo cual no influye para su admisibilidad constitucional (TCo 57/1989).

La «implantación» del sindicato (medida, sobre todo, a través del número de afiliados) también ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional y ordinaria como posible indicador de representatividad. En concreto, se ha considerado como circunstancia de la que puede extraerse legitimación suficiente del sindicato para desarrollar determinadas facetas de la actividad sindical (negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo, etc.). No se ha hecho en estos casos un pronunciamiento directo sobre su compatibilidad con los principios constitucionales, pero se ha dado por supuesto que la implantación no plantea ningún problema desde esta perspectiva; es más, han sido los tribunales los que, sin indicación legal al respecto, han optado por exigir esa condición, dando por hecha su admisibilidad.

#### XI. EL REQUISITO DE IMPARCIALIDAD EN LA APLICACION DE LOS CRITERIOS DE REPRESENTATIVIDAD

Para el TCo, los derechos a la libertad sindical y a la igualdad de trato exigen, asimismo, que la medición de la representatividad, y la aplicación de los derechos y beneficios que pueden acompañarle, se lleven a cabo por procedimientos que eviten parcialidad, abuso o atención al «interés propio» de quienes tengan participación directa. En particular, considera el TCo que no pueden reconocerse, legal o fácticamente, posiciones abusivas o de monopolio en favor de las organizaciones que tienen reconocida la condición de mayor representatividad. Esta restricción, como puede comprenderse, tiene como objetivo básico impedir actuaciones en provecho exclusivo de dichas organizaciones y en perjuicio de las restantes.

Estas consideraciones han sido vertidas por el TCo a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las normas que regulan la participación de las organiza-

ciones sindicales en algunos órganos de naturaleza pública o semipública. Los problemas se han suscitado, especialmente, a propósito de la composición de los órganos a los que inicialmente fue atribuida la función específica de llevar a cabo el cómputo global de los resultados de las elecciones sindicales (la «comisión nacional de elecciones sindicales», ya suprimida) y de decidir y gestionar el reparto de los bienes adscritos al patrimonio sindical acumulado (la «comisión consultiva del patrimonio sindical acumulado»).

La comisión nacional de elecciones sindicales fue inicialmente regulada por el RD 1.236/1986, de 13 de junio, que diseñó una composición de carácter tripartito con participación, por el lado sindical, de tres vocales de las organizaciones más representativas. Esa estructura fue dispuesta también para las comisiones de ámbito provincial, bien por el propio RD 1.236/1986, bien por disposiciones reglamentarias de algunas Comunidades Autónomas con competencias en la materia (por ejemplo, Orden de 12 de agosto de 1986 de la Comunidad Valenciana). Tanto la comisión nacional, como las comisiones provinciales, tenían funciones de control y seguimiento del procedimiento electoral, con competencia para adoptar decisiones sobre cómputo e imputación de resultados electorales, a efectos de determinar, en cómputo global, qué sindicatos obtienen la condición de mayor representatividad.

Para el TCo, hay una evidente conexión entre el desarrollo de esas funciones y la obtención de los resultados que pueden dar paso a la condición de sindicato más representativo, lo cual hace «lesiva de los derechos reconocidos en los artículos 28.1 y 14 CE a la disposición que se impugna y sus actos de aplicación». Así pues, «tratándose de órganos que imputan resultados electorales a los sindicatos a efectos de medir su representatividad y que forman parte de un engranaje encaminado todo él a proclamar cuáles son los sindicatos que han obtenido la condición de más representativos en el ámbito estatal y de la Comunidad Autónoma, no es razonable, ni objetivo, ni tampoco proporcionado a la finalidad y funciones de dichos órganos electorales, que únicamente formen parte de las mismas, y precisamente en proporción a su representatividad, los sindicatos que de conformidad con los últimos resultados electorales disponibles hayan alcanzado la condición de sindicatos más representativos». La razón principal para esa declaración es que «ello no garantiza adecuadamente la imparcialidad necesariamente exigible a un órgano de control electoral» (TCo 7/1990, de 18 de enero, seguida por TCo 32/1990, de 26 de febrero y TCo 228/1992, de 14 de diciembre).

Argumentos de sentido similar se han expresado a propósito de la comisión consultiva del patrimonio sindical, creada por Ley 4/1986 con la finalidad de decidir y gestionar la concesión a los sindicatos de derechos de uso de bienes inmuebles de titularidad pública, en función de la representatividad acreditada

por las distintas organizaciones. La composición de tal comisión vino dispuesta específicamente por el RD 1.671/1986, de 1 de agosto, y quedó reservada, como en el caso anterior, a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, aparte de representantes de la Administración.

Para el TCo, la finalidad de gestión atribuida a dicha comisión no justifica la atribución exclusiva de intervención a las organizaciones más representativas, ya que al reparto estaban llamados todos los sindicatos, sin perjuicio de que la propia ley concediera preferencia a los más representativos. Siendo así, la reserva a estos últimos de la facultad de participar en la comisión de reparto supone que pueden intervenir en su propio favor en un asunto que afecta a las organizaciones con las que están en concurrencia. Si los sindicatos más representativos gozan de «interés propio» en el reparto se puede dudar de su imparcialidad cuando ese interés entra en conflicto con el de otras organizaciones sindicales, máxime teniendo en cuenta que se trata de la distribución de bienes que por naturaleza son limitados. Concluye el TCo, en consecuencia, que no hay obstáculos para atender al grado de representatividad de las organizaciones sindicales, pero de ninguna manera es legítima la selección exclusiva de los sindicatos más representativos, que son parte entre los interesados (TCo 183/1992, de 16 de noviembre).

#### GUIA BIBLIOGRAFICA

Para una aproximación general a los criterios de representatividad sindical, y a su uso en España y en otros países, son recomendables los siguientes estudios: M. E. CASAS BAAMONDE: «Representatividad y mayor representatividad de los sindicatos en España. ¿Un modelo en crisis?», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 33 (1988); R. ESCUDERO RODRÍGUEZ: *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Tecnos, Madrid 1990; J. GARCÍA MURCIA: *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas*, MTSS, Madrid, 1986; J. MONTALVO CORREA: *El concepto de sindicato más representativo en los sistemas sindicales europeos*, IELSS, Madrid, 1980; J. MONTALVO CORREA: «El derecho de libre sindicación y la mayor representatividad sindical», en VV. AA.: *Estudios de derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980; F. NAVARRO NIETO: «El sindicato más representativo en la reciente historia normativa española», *Relaciones Laborales*, 1987-II; F. NAVARRO NIETO: *La representatividad sindical*, MTSS, Madrid, 1993, y F. VALDÉS DAL-RÉ: «Representación y representatividad sindicales en España», *Relaciones Laborales*, núm. 14/15 (1988).

Sobre la regulación de esos criterios en la Ley 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS): M. R. ALARCÓN CARACUEL: «El sindicato más representativo en la LOLS», *Revista de Trabajo*, núm. 73 (1984); E. BORRAJO DACRUZ: «Sindicatos y ne-

gociación colectiva en el proyecto de LOLS», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 7 (1985); J. GARCÍA MURCIA: «La actividad sindical y los criterios de representatividad», *Relaciones Laborales*, núms. 16 y 17 (1987); J. L. MONEREO PÉREZ: «La noción de sindicato más representativo en el proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical», *Revista de Trabajo*, núm. 77 (1985); F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ: «La representatividad sindical», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Tecnos, Madrid, 1986; T. SALA FRANCO: «El sindicato más representativo a nivel estatal. Funciones y competencias (estudio especial en relación con la negociación colectiva)», *Relaciones Laborales*, tomo I (1986).

Sobre la trascendencia de los criterios de representatividad para el desarrollo de la actividad sindical, o de ciertas actividades de representación y defensa de intereses: J. M. ALMANSA PASTOR: «Las soluciones legales al problema del patrimonio sindical», *Actualidad Laboral*, núm. 2 (1987); M. GARCÍA FERNÁNDEZ: «Representatividad sindical y negociación colectiva en el sector público», *Actualidad Laboral*, 1988-2; J. GARCÍA MURCIA: «Libertad sindical y representatividad de los sindicatos en la función pública», VV. AA.: *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, IAAP, Sevilla, 1990; J. GARCÍA MURCIA, R. GUTIÉRREZ PALACIOS y F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO: «La incidencia de los criterios de representatividad en la configuración del sistema sindical español»; VV. AA. (ed. de F. JIMENO): *Estudios sobre el funcionamiento del mercado de trabajo español*, Fedea, Madrid, 1995; A. OJEDA AVILÉS y J. MAEZTU GREGORIO DE TEJADA: «Elecciones a representantes de personal y promoción de los sindicatos más representativos en la Ley 8/1980», *Revista de Política Social*, núm. 137 (1983); M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y J. CRUZ VILLALÓN: «El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», *Relaciones Laborales*, 1987-I; F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO: «La legitimación para negociar convenios colectivos. El artículo 87 (reformado) del Estatuto de los Trabajadores», VV. AA.: *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid, 1985, y F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO: «Representatividad sindical y negociación colectiva», *Temas Laborales*, núm. 40 (1996); A. V. SEMPERE NAVARRO: «La Ley 32/1984 y la materia de convenios colectivos. Antecedentes y alcance de una reforma», *Relaciones Laborales*, 1985-I.

Para el análisis y comentario de la jurisprudencia constitucional en la materia puede consultarse, como obra general, la colección de estudios dirigida por M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomos I (1980-1983) a XIII (1995), Civitas, Madrid, 1983 y sigs., que incluye comentario a todas y cada una de las sentencias del TCo en materia laboral desde 1980. Cierta carácter general presentan también los siguientes estudios jurisprudenciales: M. E. CASAS BAAMONDE: «La mayor representatividad y su moderación en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión», *RL*, núm. 14/15 (1988); M. E. CASAS BAAMONDE: «Jurisprudencia constitucional y representatividad sindical», *TL*, núm. 19-20 (1990); F. DURÁN LÓPEZ: *Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1992, págs. 192 sigs.; J. GARCÍA MURCIA: *La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 143 sigs.; A. OJEDA AVILÉS: «La representatividad sin-

dical como excepción», *Relaciones Laborales*, 1992-I; T. SALA FRANCO: «La libertad sindical y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en ALARCÓN CARACUEL (coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, Madrid, 1992; F. VALDÉS DAL-RÉ: «El sistema de diferenciación entre organizaciones sindicales: de la mayor representatividad a la suficiente implantación y representatividad», *RL*, núms. 11-12 (1993), y F. VALDÉS DAL-RÉ: «El sistema español de relaciones laborales: una aproximación», *RL*, núms. 1-2 (1996), págs. 38 y sigs.

Más puntuales son los siguientes comentarios de jurisprudencia: G. BARREIRO GONZÁLEZ: «Sobre la constitución de secciones sindicales y existencia de delegados sindicales», *REDT*, núm. 57 (1993); E. BORRAJO DACRUZ: «La Ley Orgánica de Libertad Sindical en la interpretación del Tribunal Constitucional», *AL*, núm. 43 (1985); E. BORRAJO DACRUZ: «Nota. Libertad sindical y asociaciones empresariales», *AL*, 1992-2; M. E. CASAS BAAMONDE: «Participación de los sindicatos en los órganos de control y seguimiento de las elecciones sindicales y mayor representatividad sindical», *REDT*, núm. 47 (1991); M. E. CASAS BAAMONDE: «Las asociaciones empresariales, su exclusión del derecho de libertad sindical y su representatividad. Los diferentes sistemas de medición de la representatividad sindical y empresarial», *REDT*, núm. 58 (1993); M. E. CASAS BAAMONDE, y A. BAYLOS GRAU: «Mayor representatividad sindical y participación institucional: la concertación social al margen», *RL*, 1986-I; M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ: «De nuevo sobre la mayor representatividad: asociaciones patronales, procedimiento de elección de representantes legales de los trabajadores; negociación colectiva», *REDT*, núm. 42 (1990); M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ: «Designación de los sindicatos presentes en la Comisión Nacional de Elecciones Sindicales: igualdad y promoción, un debate que continúa», *REDT*, núm. 49 (1991); M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ: «La Ley de cesión del patrimonio sindical acumulado y su constitucionalidad. Una aparente vuelta a los orígenes en la valoración de las consecuencias de la mayor representatividad sindical», *REDT*, núm. 56 (1992); J. GARCÍA MURCIA: «Representatividad sindical y formación de la comisión negociadora», *RL*, 1988-II; J. GARCÍA MURCIA: «Representación sindical en la empresa y criterios de representatividad: un apunte de jurisprudencia», *REDT*, núm. 80 (1996); J. R. MERCADER UGUINA: «El concepto de irradiación en la doctrina del TC. Algunas consideraciones», *RL*, núm. 12 (1986); A. MONTOYA MELGAR: «El sindicato más representativo en la LOLS y la Sentencia del TC 98/1985», *AL*, tomo I (1986); F. NAVARRO NIETO: «La representatividad por irradiación en la jurisprudencia», *RL*, 1992-I; C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. E. CASAS BAAMONDE: «Participación de sindicatos representativos, no firmantes del AES, en las comisiones establecidas en el Acuerdo», *RL*, 1985-I, y E. RAYÓN SUÁREZ: «Alcance del principio de libertad sindical: valoración del trato desigual dado por la Administración a distintos sindicatos», *REDT*, núm. 2 (1980).

Sobre la doctrina del Comité de Libertad Sindical puede consultarse *La libertad sindical*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996.

