

## **REPENSAR EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL: CASI MEDIO SIGLO DESPUÉS DE LA LEY 19/1977**

Miquel Àngel Falguera Baró

Debo confesar que cuando mi compañera de sala Macarena Martínez se puso en contacto conmigo para proponerme la participación en estas jornadas mi primera intención fue negarme. El motivo era simple: ¿de qué iba a hablar a estas alturas sobre el derecho de libertad sindical?

De los cuatro brazos que conforman el iuslaboralismo, como son el derecho de la Seguridad Social, el derecho contractual individual, el derecho procesal laboral y el derecho colectivo, es este último el que parece más inmutable en el tiempo. Si se me permite la retranca: el catedrático que elabore manuales de la Seguridad Social o de Derecho del Trabajo debe actualizarlo cada curso (y en ocasiones, acudir a más de una adenda) y en el supuesto que el tratado sea de índole procesal (lo que escasea) podrá dilatarlo algo más en el tiempo. Pero si la obra aborda el Derecho Sindical puede permanecer lustros sin tocar la redacción anterior.

Salvo error por mi parte, la LOLS ha sufrido en casi cuarenta años de vigencia cuatro modificaciones legislativas (una de ellas hace poco más de un mes). Un número irrisorio si se compara con los treinta y tres cambios experimentados por el ET y los cuarenta y nueve de la LGSS, en ambos casos desde 2015, así como los dieciséis de la LRJS desde 2011.

Algo similar ocurre en sede judicial: aunque el número de pleitos que tienen una relación directa o indirecta con el artículo 28 CE se ha mantenido a lo largo del tiempo en forma más o menos estable, el hecho cierto es que prácticamente todas las sentencias que abordan el tema se limitan a aplicar una doctrina consolidada, sin que en la mayor parte de casos sean apreciables grandes novedades. Y también es destacable que de los 225 pronunciamientos -entre sentencias y autos- del Tribunal Constitucional sobre el derecho de libertad sindical, 167 son anteriores al 2005 y sólo 18 se han dictado en los últimos nueve años.

De ahí mis dudas ante la propuesta de Macarena: ¿cómo articular, sin caer en lugares comunes, una ponencia mínimamente atractiva que no incurra en la simple exposición de un marco jurídico que apenas ha evolucionado desde hace varias décadas y que es generalmente conocido por cualquier iuslaboralista? La opción -que fue inmediatamente aceptada por mi compañera- ha sido hacer un acercamiento desde fuera a la realidad sindical en España (aunque en mi caso esto no me resulta tan alejado, al haber trabajado durante veinte años para Comisiones Obreras de Cataluña, ocupando cargos en dicha organización y dirigiendo durante doce años su centro de estudios), analizando

tanto las insuficiencias de nuestro marco legal. Se trata por tanto de reflexionar si, casi después de cinco décadas de la legalización los sindicatos -y los patronales- tras la Ley de 1 de abril, nuestro modelo es mejorable, cuáles son los puntos débiles actuales y especular sobre posibles cambios.

Advierto que no es mi intención dar lección alguna al sindicalismo. Como bien dice mi buen amigo José Luís López Bulla, éste y el iuslaboralismo constituyen desde hace un siglo una pareja de hecho. Pero apporto un matiz: el auténtico motor de esa unión more uxorio -no formalizada- es el propio sindicato y el papel del derecho del trabajo es subalterno. Los iuslaboristas no transformamos la sociedad: lo hacen los sindicatos y nosotros nos limitamos a una mera coadyuvancia.

Dicho lo anterior, permítanme que inicie mis reflexiones iniciales con una cierta perspectiva histórica generalista que, aunque perfectamente conocida por todos, se me antoja necesaria. Pido disculpas por ello, pero cuando uno llega a una cierta edad proecta no puede evitar echar siempre la vista atrás (llámenme “abuelo cebolleta”).

## **1. La evolución histórica del sindicalismo**

### *a) La doble alma del sindicalismo en sus orígenes*

En la etapa previa a la implantación del Estado del Bienestar el sindicato no pretende únicamente mejorar las condiciones de vida del colectivo obrero; persigue algo más: discutir el poder en la empresa; esto es, poner en jaque la condición de autoridad legítima del patrono y el ejercicio de su autoridad inherente como pater familias. Ahí está, como prueba, el famoso adagio de los viejos sindicalistas: *“una empresa no puede funcionar sin obreros, pero sí puede hacerlo sin patronos”* (un apotegma que, por cierto, aún sigue estando vigente -al menos de momento-, pese al cambio tecnológico). En definitiva: el sindicato pretendía también poner en jaque el modelo constitucional y de libertad meramente propietarista entonces vigente.

Es cierto, empero, que esta segunda aspiración era menos inmediata en las organizaciones de corte mayoritariamente laborista (en otras palabras: el ala socialdemócrata más “reformista”) como ocurría en los países anglosajones y del centro y norte de Europa, lo que no quiere decir que, en el horizonte, también esa facción más moderada del sindicalismo pretendiera arrebatar el poder en la empresa (la presencia en los centros de trabajo no era entonces “colaborativa”, sino “conflictiva”). Aunque resulte anecdótico: no deja de ser curioso que allí dónde antaño imperó el modelo laborista hallemos en general sindicatos unificados. En nuestra experiencia esa dualidad de objetivos es históricamente apreciable tanto en la CNT (puesto que, aunque en general prevaleció en la misma su vertiente anarquista/revolucionaria, hallaremos sindicalistas de índole más laborista, como Ángel Pestaña Joan Peiró o Salvador Seguí), como en la UGT (no son iguales los discursos de Besteiro, Saborit o Prieto que el de Lago Caballero).

*b) La conformación de los estados sociales y democráticos de derecho*

Sin embargo, ese pulso por el poder en la empresa finaliza en buena medida con el pacto welfariano (con los antecedentes de las constituciones de Querétaro, Weimar y la Segunda República española), con la consiguiente implantación del denominado estado social y democrático de derecho. El acuerdo implícito en el mismo es claro: el sindicalismo -la clase obrera- acepta el modelo propietario y obtiene a cambio, además de un mayor trozo del pastel en el reparto de la riqueza (lo que no es poco), la constitucionalización del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y, una cierta participación en la empresa (más “participativa” que “conflictiva”), así como en el propio Estado (“participación o representación institucional”).

*c) El declive del keynesianismo*

Las denominadas “tres décadas prodigiosas” en las que imperó el modelo keynesiano, empezaron su declive tras la denominada crisis del petróleo en la década de los setenta del pasado siglo y el progresivo triunfo de las teorías neoliberales. La consagración del libre mercado a escala planetaria, junto con la capidisminución del intervencionismo del Estado conllevó de facto poner coto al poder del sindicalismo. Ahí está el ejemplo de la épica batalla de las Unions británicas contra las políticas de cierre de minas de Margaret Thatcher o el despido masivo de controladores aéreos por Ronald Reagan.

De esta forma en los últimos cuarenta años hemos asistido a un notorio retroceso de los derechos individuales y colectivos de las personas trabajadoras en los países anteriormente denominados industrializados, lo que ha conllevado el debilitamiento del sindicato y un progresivo descenso de su afiliación. Y no es casualidad que esa pérdida de poder haya ido acompañada de un alarmante incremento de la desigualdad, con evidentes efectos desestabilizadores sobre los sistemas democráticos. Sin duda alguna la debilidad del sindicalismo resta poder a las personas asalariadas. Probablemente el culmen de las políticas neoliberales se alcanzó con las respuestas públicas a la crisis de 2008, que en este país tienen como hito la denominada reforma laboral de 2012.

*d) El fracaso de las políticas de austeridad: el ejemplo de la UE*

Pero ocurre que las políticas de austeridad puestas entonces en marcha devinieron en la práctica un fracaso, como se ha constatado por múltiples analistas económicos e instituciones internacionales, aunque en muchas ocasiones con la boca pequeña (no es fácil reconocer los errores en determinadas instancias de poder y en ámbito académicos con un ego disparado).

Un buen ejemplo de ello lo hallaremos en la propia Unión Europea. Aunque en sus tratados constitutivos y el resto del acervo comunitario siempre se ha reconocido el papel central de los sindicatos y, en especial, de la participación en la empresa, el hecho cierto y notorio es que la dimensión económica ha prevalecido siempre sobre la social. Lamentablemente seguimos siendo esencialmente un mercado económico. Pero el progresivo avance de los dogmas neoliberales (tendencia iniciada ya en los años ochenta e

implementada a partir del Tratado de Maastricht de 1992 y la creación de la Unión Económica y Monetaria, con claros exponentes en el denominado Libro Verde para modernizar el Derecho laboral, la Directiva Bolkenstein o las sentencias del TCEE en los asuntos Laval, Viking Line Ruffert) comportó que, poco a poco, las políticas económicas basadas en la austeridad se acabaran imponiendo en forma absoluta, alcanzando su cénit, como ya se ha dicho, en la crisis de 2008. Se optó entonces por validar las tesis desreguladoras que desde pocos años antes se habían ya formulado desde el Banco Central Europeo, lo que comportó subordinar plenamente el modelo social a la estabilidad presupuestaria (ahí está la reforma del art. 135 CE) y, en especial, una significativa pérdida de soberanía de los Estados en la determinación de sus políticas laborales y de Seguridad Social. Aunque en teoría los derechos sociales recogidos en la normativa comunitaria resultaron incólumes, el hecho cierto es que en las legislaciones de los distintos países esas políticas de austeridad conllevaron evidentes retrocesos en las garantías del Derecho del Trabajo y el régimen interno de Seguridad Social. Con razón la Confederación Europea de Sindicatos calificó entonces la posición comunitaria como una ruptura del contrato social europeo.

Pero la realidad es tozuda y ha acabado poniendo en evidencia que esa opción económico-ideológica era manifiestamente errónea, al incrementar significativamente la desigualdad, el desencanto con Europa y las percepciones identitarias cerradas, con las consecuencias nefastas que para la estabilidad social y el Estado del Bienestar ello ha significado. Así, sin reconocer expresamente los errores cometidos parece evidente que la Unión, tras diversos informes internos, varió a partir de 2017 su rumbo, con la aprobación del denominado Pilar Europeo de Derechos Sociales, adoptado en la cumbre de Goteburgo de 2017, y posteriormente desarrollado en la Cumbre de Oporto (así como con la puesta en marcha de los fondos Next Generation a lo largo de la pandemia). Aunque haya pasado un tanto desapercibido cabe remarcar aquí que en el último lustro se han aprobado nada menos que dieciséis normas comunitarias con una directa implicación en el ámbito del derecho del trabajo, algunas de ellas de indudable importancia (a lo que cabe añadir la actual tramitación de otras más, como la modificación de la Directiva sobre comités de empresa europeos). Y a ello hay que sumar la proclamación de otras normas comunitarias que, aunque en forma indirecta, tienen una evidente incidencia en el campo social. Es decir: en los últimos cinco años se han aprobado más Directivas sociales que en los sesenta años precedentes.

Y no deja de ser significativo que en la actualidad en aquellos países -como España- en los que se ha optado por implementar políticas económicas neokeynesianas la afiliación sindical se haya incrementado y en paralelo se haya mantenido en niveles aceptables el crecimiento económico y, conforme a los datos recientes del Banco Central Europeo, se ha reducido la desigualdad, a diferencias de otros Estados de la Unión.

Pese a ello no puede darse por muerto al neoliberalismo: el discurso libertario de mercado se mantiene como alternativa en muchos sectores (ahí está Milei o de una parte de la derecha en Europa como ejemplo). Y, a la vez, la idea del futuro postliberal basado en el denominado aristopopulismo (en definitiva: la

vieja autocracia aristotélica o el “gobierno de los ricos”) está ganando adeptos entre las elites económicas más poderosas (baste con leer algunas de las propuestas vinculada al programa electoral de Donald Trump o los desvaríos de un personaje como Muks).

## **2. La singularidad de la evolución histórica del sindicalismo en nuestro país**

### *a) Los albores de la libertad sindical y su consagración en la IIª República*

Hasta el franquismo el campo de actuación del sindicalismo se había vertebrado esencialmente -aunque con diversas vicisitudes históricas- a través de su presencia en la empresa y, por tanto, como mecanismo de defensa de las personas asalariadas en el centro de trabajo y de negociación con el empleador. De esta forma, el sindicato se convertía en dicho ámbito en el representante (muchas veces de facto) de las plantillas.

Pero el campo de actuación se amplió progresivamente más allá de las cuatro paredes de una factoría. Primero en el terreno de la composición de los conflictos tanto individuales como colectivos a través de sistemas mixtos y paritarios (de legos o escabinado), bien sea a través de mecanismos informales surgidos de la negociación entre las partes, bien mediante sistemas legales a través inicialmente (desde las leyes de 1908) de los tribunales mixtos (que experimentaron múltiples modificaciones y no acabaron nunca de tener éxito) y los comités paritarios (de mayor implantación práctica), y, posteriormente, con la Segunda República, con los tribunales industriales y jurados mixtos. Y, asimismo, el sindicato fue protagonista en la plasmación de acuerdos colectivos para fijar condiciones laborales y retributivas, inicialmente a legales y posteriormente elevados a norma estatal con la Ley de 21 de noviembre de 1931 que en su artículo 11 se hacía mención a las *“bases de trabajo las que adopten los Jurados mixtos o comisiones paritarias legalmente reconocidas al efecto, determinantes de las condiciones de mínima protección para los trabajadores sobre salarios, jornadas, descansos, garantías de estabilidad, medidas de previsión y demás que puedan estipularse en los contratos de trabajo”*; y en su artículo 12 definía el *“pacto colectivo acerca de las condiciones del trabajo”*, como *“el celebrado entre una Asociación o varias Asociaciones patronales con una o varias Asociaciones profesionales obreras, legalmente constituidas, para establecer las normas a que han de acomodarse los contratos de trabajo que celebren, sean éstos individuales o colectivos, los patronos y trabajadores del ramo, oficio o profesión a que aquéllos y éstos pertenezcan en la demarcación respectiva”*.

El sindicalismo español conquista pues en ese período -en la perspectiva estrictamente laborista- un auténtico poder en el mundo trabajo y en la propia sociedad, máxime cuando la Constitución republicana consagró en su artículo 39 por vez primera en forma expresa la libertad de sindicación. Y en su artículo 46.2 reconocía el derecho a *“la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores”*.

### b) *El sistema corporativo del franquismo*

Dicho panorama finaliza con el advenimiento del franquismo, en el que se instaura un modelo claramente corporativo de clara influencia del fascismo italiano (con el precedente del Código del Trabajo de Primo de Rivera). De esta forma se abroga el derecho de libertad sindical (reprimiéndose duramente a los sindicatos de clase), se prohíben las huelgas -que pasan a ser un delito de sedición- y se impone una organización sindical única en la que se integran tanto las personas trabajadoras como las empleadoras, con fuerte control por el Estado e integrada en el mismo (el denominado "sindicato vertical"). Por otra parte, desaparecen los convenios colectivos que son sustituidos por las Reglamentaciones de Trabajo y las Ordenanzas Laborales -dictadas por el Ministerio de Trabajo- y la composición de conflictos se judicializa (las Magistraturas de Trabajo y el Tribunal Central de Trabajo, dependientes del Ministerio del ramo), con un intento de conciliación forzosa ante el propio sindicato franquista.

Posteriormente, tras el fin del período de autarquía, el franquismo vendrá a reconocer en 1958 unos pseudo convenios colectivos, cuya negociación se integraba en la organización oficial (aunque en la realidad de determinadas empresas siguieron existiendo acuerdos informales que, en su momento, dieron lugar a la teoría judicial de la condición más beneficiosa) y en 1962 se implantó la figura del conflicto colectivo a través de mecanismos de composición administrativa o judicial (sin que se integrara en el mismo el derecho de huelga, que continuó siendo ilegal y castigada penalmente).

En cuanto a la participación en la empresa el papel del sindicato fue sustituido a partir de 1945 por los "enlaces de empresa" (en centros de menos de veinticinco personas en plantilla) y los "jurados de empresa" como "*la representación genuina de los elementos que integran la producción ante la Empresa, los Sindicatos y el Estado*", que eran elegidos por las personas adscritas a cada centro de trabajo, convocadas periódicamente por el régimen. Es este último un aspecto que tiene evidentes consecuencias en nuestro modelo actual y que está directamente relacionado con la evolución de los sindicatos de clase bajo el franquismo. En efecto, durante los primeros veinte años de la dictadura la brutal represión ejercida por el régimen conllevó que -salvo puntuales muestras de resistencias- las históricas centrales sindicales CNT y UGT prácticamente desaparecieran en el interior del país (con la excepción de esta última en el País Vasco). Pero en los años sesenta aparecen las Comisiones Obreras, primero como un mecanismo puntual y espontáneo de negociación en determinadas empresas y luego como movimiento "sociopolítico" estructurado que (fuertemente condicionado por las políticas de entrismo en los aparatos del régimen impulsadas por el Partido Comunista de España y el Partit Socialista Unificat de Catalunya) se infiltró en el sindicato fascista. En las elecciones sindicales de 1966 CC.OO. obtuvo la mitad de representantes de las empresas y la mayoría de ellos pocos meses antes de la muerte del dictador en 1975.

### c) *El postfranquismo*

Antes del advenimiento del actual régimen constitucional se aprueba el Decreto 17/1977, regulando el derecho de huelga y el de conflicto colectivo (norma que fue en parte aceptada como sobrevenida a la vigente Constitución por la famosa STC 11/1981, de 8 de abril) y, especialmente, la Ley 19/1977, de 1 de abril, de asociación sindical (lo que dio lugar a que el Estado español suscribiera los convenios OIT 87 y 98 y los pactos de la ONU sobre derechos civiles y políticos). Este último precepto vino a reinstaurar el derecho de libertad sindical en nuestro país, regulando tanto el derecho de asociación de las personas trabajadoras como de las empresas (hallándose actualmente en vigor para éstas últimas). Sin embargo, su contenido era muy escueto, limitándose básicamente a transponer los contenidos mínimos de las normas internacionales, de carácter esencialmente orgánico. Desde su aprobación ha transcurrido casi medio siglo, lo que da título a estas reflexiones.

La excepción española finaliza con la aprobación de la Constitución vigente. En todo caso, no está de más señalar que nuestro país “llega tarde” -como casi siempre- a la estela de la evolución del marco legal regulador de la libertad sindical (y también en la conformación del modelo de Estado del Bienestar, como tantas veces afirmaba uno de mis maestros, Manuel Ramón Alarcón): cuando nuestra Carta Magna se aprueba (con el antecedente de los denominados Pactos de la Moncloa, que en realidad fueron un pacto welfariano, esta vez por escrito) ha estallado ya hace un lustro la denominada crisis del petróleo y las políticas antikeynesianas empiezan a emerger .

Es ésa una constatación que en buena medida sirve para explicar algunas de nuestras insuficiencias en la materia abordada.

## **3. El actual marco constitucional: una lectura crítica**

### a) *Los derechos sindicales en nuestra Constitución*

Nuestra Carta Magna de 1978 constitucionaliza el derecho de libertad sindical, siguiendo la estela de la Segunda República.

Como es sabido, su art. 28.1 CE reconoce dicho derecho tanto en su vertiente positiva como negativa (con expresa mención a la fundación y afiliación a sindicatos y el derecho de éstos a la confederación internacional), con la excepción de las “*Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar*” (a lo que hay que sumar a las personas que integramos el poder judicial, ex art. 127), derivando a la ley “*las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos*” (lo que se reitera en el art. 103.3 y se desarrolló por la LOLS y la Ley 9/1987). Y a todo ello cabe añadir algo más importante: conforme al artículo 7 -integrado en el Título Preliminar- “*los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios*”.

Por su parte el artículo 37.2 de la Constitución deriva a la ley la regulación de la negociación colectiva y el “*carácter vinculante de los convenios*” en la sección segunda del capítulo primero del Título I (en la regulación de los derechos y deberes de la ciudadanía). Ello conlleva que, en principio, la negociación

colectiva -pese a ser fuente del derecho- no tenga el rango de derecho fundamental, lo que ha sido enmendado por la doctrina constitucional.

Junto a ello, el apartado 2 del artículo 28 reconoce el derecho de huelga a “*los trabajadores*”, exigiendo a su desarrollo legislativo el aseguramiento del “*mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*”. Por su parte, ya en forma ajena a la enumeración de los derechos fundamentales, el art. 37 - aunque también integrado en el derecho de libertad sindical por la doctrina constitucional- nuestra Constitución reconoce el derecho de “*trabajadores y empresarios*” de adoptar medidas de conflicto colectivo, con las limitaciones que se impongan por ley, con especial mención, de nuevo, al mantenimiento de los servicios esenciales.

Finalmente, en el título de Economía y Hacienda, el art. 129 deriva a la ley en el apartado 1 “*las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general*”; y en 2 se prevé la eficaz promoción por los poderes públicos de “*las diversas formas de participación en la empresa*”. Y en el apartado 1 se contempla No deja de llamar la atención que dicho precepto haga también referencia al establecimiento de “*los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción*” (lo que parecer ser un cierto eco a aquella aspiración de los viejos sindicatos a discutir el poder en la empresa).

#### *b) Crítica a los contenidos constitucionales*

En mi opinión el actual marco constitucional carece de lógica suficiente para integrar en forma coherente el derecho a la libertad sindical.

Me explico: cabe preguntarse en primer lugar qué debemos entender por “derecho a la libertad sindical”.

Si acudimos al Convenio número 87 de la OIT podremos observar como en el mismo aquello que se regula es, esencialmente, el derecho a fundar sindicatos, a su autoorganización y a federarse, así como un mandato a los Estados suscribientes de proteger el derecho a la afiliación. Mayor contenido se deriva del Convenio 98 de la OIT, en el que se prohíbe la injerencia patronal y el derecho a la negociación. Por tanto, dichas normas internacionales aquello que esencialmente garantizan es el aspecto orgánico del sindicato, las tutelas legales de su acción y, en forma genérica, el derecho a la negociación colectiva.

Pero un sindicato es mucho más eso; no sólo es una organización que negocia. Y ello nos lleva a la otra inevitable pregunta: ¿para qué sirve un sindicato?

En primer lugar, para algo obvio y básico: la defensa de los derechos de las personas asalariadas. En tanto que en las relaciones laborales no rige la igualdad contractual entre las partes, aquellas se integran dentro del poder de organización y decisión de las empresas... y sus intereses. Como se difiere de la paradoja de Korsch, un trabajador es libre para firmar un contrato de trabajo, pero deja de serlo en el momento en el momento en que lo ha firmado. Por el contrario, el empleador mantiene su plena libertad contractual (consagrada en el art. 38 CE), salvo las limitadas fronteras legalmente impuestas. Por ello la única forma que tiene el colectivo asalariado para hacer valer sus intereses



frente al dador de empleo es la “Unión”, tal y como se califica al sindicato en el país dónde emergió, el Reino Unido. Cuando los sindicatos son fuertes, las personas trabajadoras mejoran sus condiciones de vida. Ahí está el ejemplo de Euskadi, el territorio con salarios más elevados de España y con mayor afiliación sindical.

Pero esa defensa no se limita al centro de trabajo, al extenderse también al conjunto de la sociedad y, en especial, ante al Estado (participación institucional).

Para dicha finalidad el sindicato se dota de dos instrumentos esenciales: de una parte, el conflicto colectivo y la huelga -así como los mecanismos judiciales o extrajudiciales de composición- y, de otra y con especial significación, la negociación colectiva.

Por tanto, bien puede colegirse -lo que será un hilo conductor de estas reflexiones- que el sindicato -ergo, la propia libertad sindical- se estructura en cuatro ámbitos: a) el propio reconocimiento del mismo como representación de las personas asalariadas, a nivel social, ante la empresa y ante el Estado; b) los mecanismos de participación en los centros de trabajo; c) la negociación colectiva como mecanismo de plasmación de las condiciones contractuales; y d) el ejercicio del conflicto -especialmente, el derecho de huelga- y de los mecanismos de composición del mismo.

Por tanto, la libertad sindical tiene un contenido poliédrico: un sindicato no sólo es “organización”; es también -y, esencialmente- “acción sindical”. Obsérvese en este sentido que, como la experiencia histórica e internacional ponen de manifiesto, ha existido -y existe- “acción sindical” en aquellos casos en los que el derecho de asociación obrera no está reconocido.

Sin embargo, como se ha analizado en el apartado anterior, nuestra Constitución parcializa ese contenido plural: limita la libertad sindical esencialmente a su vertiente orgánica y, junto al derecho de huelga, la eleva a la condición de derecho fundamental. El derecho a la negociación colectiva y al conflicto colectivo son “degradados” a la condición de principios rectores de la política social y económica, aunque, como se ya se ha indicado, la doctrina constitucional ha venido integrándolos, por la puerta de atrás, en el derecho a la libertad sindical (por todas: STC 51/1988). Y, finalmente, la participación ante el Estado y en la empresa se diluye en el apartado de Economía y Hacienda (sin que aquí el TC haya aceptado su integración indirecta en el derecho a la libertad sindical).

#### **4. La evolución de la normativa infraconstitucional**

Como se ha dicho muchas veces si algo caracteriza nuestra Constitución es su carácter abierto, al permitir diversas interpretaciones (pese a que con el devenir del tiempo y la evolución de la doctrina del TC esa lectura resulta cada vez menos consistente). Pues bien, cabe ahora hacer un somero análisis del desarrollo legal posterior, puesto que de él se deriva la “interpretación” efectuada por el legislador (lo que no enerva que, al menos teóricamente, sean posibles otras “interpretaciones”).

a) *La Ley Estatuto de los Trabajadores*

La primera norma postconstitucional interpretativa fue la Ley 8/1980, que desarrolló el mandato del art. 35.2 CE, aprobando el Estatuto de los Trabajadores (con el antecedente del Acuerdo Básico Interconfederal, firmado por CEOE y UGT el 10 de julio de 1979). Cabrá reseñar, de entrada, que en su primigenio redactado, la referencia al sindicato era escasa, más allá de una genérica mención al derecho a la libre sindicación y a la no discriminación por dicho motivo (arts. 4 y 17). Mas, pese a ello, sí se contemplaban en forma expresa en su Título II los mecanismos de participación en la empresa. Era ésa entonces una cuestión trascendental, en tanto que el legislador debió optar entonces entre el sindicato (siguiendo la evolución histórica hasta la Segunda República) o los organismos unitarios (como se había impuesto por el franquismo y era la tónica mayoritaria de los países meridionales europeos tras el pacto welfariano). Y, como es notorio lo hizo por esta última posibilidad. Ello tenía una plasmación en el debate intersindical del momento, en tanto que CC.OO. (mayoritaria en los últimos tiempos en los “enlaces y jurados de empresa” en el régimen anterior) propugnaba esta segunda opción, mientras que las organizaciones históricas como la UGT y, especialmente, la CNT abogaban por la representación sindical (de hecho, la central anarcosindicalista sigue aun optando por no participar en las elecciones sindicales, lo que comportó un fuerte debate interno a lo largo del tiempo que acabó desembocando en su ruptura y la aparición de la CGT). No deja de ser sintomático que la regulación sobre la participación en la empresa contenida en la, entonces, nueva norma tenía evidentes similitudes de contenido con la previa regulación franquista.

A ello cabe añadir que el modelo que se estructuró entonces era básicamente débil, en relación con los diversos grados de intensidad de la participación en la empresa. Salvo en la determinación de los contenidos básicos del contrato de trabajo (salario y jornada) que se encomendaban a los convenios colectivos, la negociación con la representación de la plantilla se limitaba en la práctica a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y lo que hoy denominamos como despidos colectivos, precisándose en todo caso de autorización administrativa (que también regía en forma directa en la movilidad territorial). Y, por su parte, basta la lectura del entonces vigente art. 64 ET, para llegar a la conclusión de que la mayor parte de competencias de dichos organismos unitarios se referían esencialmente a la obligación empresarial de comunicación, salvo aspectos cualificados en los que la participación pasaba por la audiencia.

Asimismo, la Ley Estatuto de los Trabajadores vino a regular el derecho a la negociación colectiva en su título III. El modelo resultante puede resumirse a partir de los siguientes trazos: a) los convenios colectivos devenían vinculantes y tenían eficacia general -siguiendo el mandato constitucional- siempre que su negociación se hubiera adecuado al contenido de la ley; b) la negociación colectiva podía articularse en el ámbito de la empresa o en los distintos sectores; c) la legitimación para negociar los primeros se otorgaba esencialmente a la representación unitaria, salvo que los sindicatos presentes

tuvieran mayoría en la misma, correspondiendo a las organizaciones sindicales y patronales la sectorial; d) pese a ello, el entonces nuevo marco legal introdujo dos elementos de centralización importantes: de un lado, la imposibilidad de negociar un nuevo ámbito convencional cuando estaba en vigor otro convenio (lo que lógicamente operaba exclusivamente en las unidades negociales “menores”) y, por otro, la posibilidad de que por acuerdo interprofesional o convenio en el ámbito estatal o de comunidad autónoma se regularan reglas de concurrencia y, por tanto, limitaciones de contenidos en los convenios provinciales o de empresa, que se veían sometidos a los establecidos en el ámbito superior

#### *b) La LOLS*

Pero esa “interpretación” por el legislador de los derechos de negociación colectiva y participación en la empresa un año y medio después de la entrada en vigor de nuestra Constitución resultaba obviamente insuficiente sin un desarrollo del contenido de la libertad sindical, teniendo en cuenta el escueto contenido de la Ley 19/1977. Ese vacío fue solventado en 1981 con la aprobación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical a través de la LOLS. En la misma se contenía la definición del contenido del derecho a la libertad sindical, siguiéndose al respecto básicamente tanto el mandato constitucional como los elementos conformadores derivados de los tratados internacionales, así como la regulación del régimen jurídico del sindicato; por tanto, la vertiente orgánica. Más allá de dichos contenidos generales de la LOLS, cabe destacar que ocurría entonces, sin embargo, una problemática conocida -que aún sigue perviviendo-: la existencia de múltiples organizaciones sindicales. En ese marco la ley vino a regular la representatividad de las diversas organizaciones, centrada esencialmente sobre los porcentajes obtenidos por las mismas en las elecciones sindicales. Para evitar la problemática derivada de la dispersión existente, se determinaron ámbitos de representatividad, diferenciando entre los denominados “sindicatos más representativos” -en el ámbito estatal y en el de comunidad autónoma- y los denominados “sindicatos meramente representativos” en los ámbitos territorial y sectorial. En el primer caso se reconocía a las organizaciones que superaran los porcentajes legales, entre otros derechos, la representación institucional ante los poderes públicos, la participación en los sistemas extrajudiciales de solución de los conflictos y la promoción de elecciones sindicales. En el supuesto de los sindicatos meramente representativos se excluía la representación institucional.

La LOLS también vino a regular los mecanismos de estructura interna del sindicato en la empresa (secciones y delegados sindicales) y el ejercicio de determinados derechos por parte de sus afiliados (reunión, recepción de información y su distribución -condicionada- entre la plantilla). Pero también aquí el legislador de antaño previó un trato diferenciado entre las diferentes organizaciones: las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y los que tuvieran representación en los organismos unitarios del ámbito correspondiente tenían derecho a que la empresa les facilitara un tablón de anuncios y un local. A lo que cabe añadir la singular conformación de derechos de los delegados sindicales en las empresas cuya plantilla superase las

doscientas cincuenta personas (con disponibilidad colectiva), siempre que el sindicato tuviera representación en el comité de empresa, dotándolos de idénticas garantías que los miembros del mismo y reconociéndoles el derecho a participación en las reuniones de aquél y el acceso a la información que se proporcionara al mismo, así como la audiencia previa en el caso de medidas colectivas y la imposición de una sanción o un despido a las personas afiliadas. Nos hallamos, por tanto, ante un mecanismo de participación de carácter netamente subsidiario a la de los organismos unitarios; de esta forma, la representación de la plantilla “in toto” ante la empresa se adjudicaba a los organismos unitarios, mientras que el sindicato se limitaba a la representación de las personas afiliadas al mismo.

*c) Las particularidades de los conflictos colectivos y su composición*

Con todo, llama poderosamente la atención la prácticamente situación de anomia que ha tenido lugar en los últimos cuarenta y cinco años respecto al ejercicio del conflicto y su composición. Pese a que nuestra Constitución consagra el derecho de huelga como fundamental y reconoce el derecho al conflicto colectivo, nuestro marco legal al respecto ha permanecido prácticamente inalterado como es sabido desde el Decreto-Ley 17/1977 y, en especial, por la posterior doctrina interpretativa del mismo por el Tribunal Constitucional; como también lo es el fallido intento de regulación de 1993, fracasado a última hora en su tramitación parlamentaria por la “sorprendente” convocatoria de elecciones.

Ese mismo Decreto-Ley es el que en buena medida sigue regulando la figura del conflicto colectivo, aunque en su vertiente jurídica las distintas normas procesales laborales han venido a normar diversos aspectos.

Y, finalmente, cabe observar cómo el legislador postconstitucional fue altamente renuente a admitir la participación de los sindicatos en la composición de los conflictos, abdicando de la experiencia española anterior al franquismo. Ciertamente el art. 117.3 CE consagra que la potestad jurisdiccional “*corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes*”. Sin embargo, en mi opinión, ello no resultaba óbice para regular instituciones laborales de legos o escabinos -al menos en el primer grado jurisdiccional-, como es práctica en otros países europeos (v.g.: Francia o Alemania) o, incluso de un sistema de acceso específico a la carrera judicial (como ocurre en el ámbito de la justicia militar). Pero no fue claramente esa la opción que se aplicó en la LOPJ, lo que comportó el mantenimiento de una justicia laboral estrictamente encomendada a los jueces.

Ello no ha sido óbice, empero, para que, a través de acuerdos interprofesionales, los agentes sociales hayan creado los denominados “tribunales laborales”, como mecanismos extrajudiciales de solución los conflictos (mediación, conciliación y arbitraje), especialmente en materias de índole colectiva.

## **5. El panorama actual del sindicalismo español**

a) *Una reflexión sobre la baja afiliación de nuestro modelo y sus consecuencias*

Es perfectamente conocido que la afiliación sindical, tras el “boom” en la etapa posterior al reconocimiento del derecho de libertad sindical, ha ido progresivamente descendiendo (aunque con las lógicas oscilaciones en función de la situación económica). He leído en ocasiones comentarios sobre el bajo nivel de afiliación en nuestro país; y en muchos casos se compara nuestra situación con la de los países europeos septentrionales. Esos análisis son, desde mi punto de vista, sesgados. En efecto, se olvida que en esas experiencias normativas (cláusulas de closed shop al margen) la representación de las personas asalariadas en la empresa corresponde al sindicato y que, en múltiples supuestos, el convenio colectivo sólo resulta de aplicación a las personas afiliadas (al menos, formalmente). Pues bien, en España cualquier persona asalariada tiene, salvo puntuales derechos en las grandes empresas, prácticamente idénticas tutelas que la afiliada. Tenemos, pues, un modelo que desincentiva la afiliación (o que, al menos, no la incentiva). No deja de ser sintomático que, según encuestas internacionales, los sindicatos españoles sean los que tengan mayor representatividad en el seno de la Unión (un 57 por ciento, según la Encuesta Europea de Empresas), lo que se deriva de su presencia en los organismos unitarios; sin embargo, no ocurre lo mismo con su representación directa, es decir, las personas afiliadas (que según la OCDE es del 14 por ciento de la población laboral activa).

Ello tiene consecuencias evidentes: la porcentualmente escasa afiliación comporta que nuestros sindicatos sean en general económicamente débiles para la ingente tarea que tienen delante en sus múltiples frentes. Como decimos en catalán: “molta roba i poc sabó”. Obsérvese en todo caso que dicha contradicción no opera en las asociaciones patronales, en tanto que en este caso su representatividad (y las legitimaciones correspondientes) deriva directamente de la afiliación y sin que las cuotas abonadas por sus asociados sean obviamente comparables con las del colectivo de personas trabajadoras afiliadas. En otras palabras: las organizaciones empresariales tienen sobrados medios; los sindicatos carecen de los suficientes para desarrollar su acción sindical.

De esta forma las múltiples funciones que desarrollan los sindicatos en defensa de los intereses del colectivo de personas asalariadas -además de las afiliadas- son gratuitas para quién se beneficia de su ejercicio, lo que es especialmente predicable de la negociación colectiva. Cabe recordar en este sentido que el artículo 11.1 LOLS prevé la posibilidad de que en los convenios colectivos se fije el denominado canon sindical, aunque sometido a la voluntad individual de cada persona afectada expresada por escrito (STC 98/1985). Debo confesar que dicha previsión legal nunca me ha convencido. Una cosa es que nuestra Constitución reconozca el derecho a no afiliarse; otra, que las personas beneficiadas por la laboral negociada del sindicato no la retribuyan, mientras que quién está afiliado sí lo hace a través de la cuota que paga.

Algo similar ocurre cuando es el sindicato el que negocia un despido colectivo o una medida de flexibilidad interna. En estos casos constituye una práctica relativamente frecuente que se pacte el pago de una determinada cantidad por

las personas afectadas y no afiliadas -aunque a veces, la compensación se deriva a la propia empresa, lo que resulta, al menos en el terreno ético, reprochable-. Sin embargo, esa posibilidad ha sido considerada también contraria al derecho a la libertad sindical en su vertiente negativa por parte de variadas sentencias (véanse las SSTSJ Cataluña 04.05.2010 -Rec. 628/2009-, Comunidad Valenciana 25.04.2008 -Rec. 2771/2008- y 29.04.2008 -Rec. 2772/2007-, etc.). No deja de llamar la atención, sin embargo, que nadie discutirá que cualquier profesional jurídico que intervenga como asesor de la plantilla cobre sus honorarios (en muchas ocasiones sin formalización de la representación en forma individual), lo que se niega a los sindicatos.

Otra de las habituales vías de financiación del sindicato son las variadas subvenciones otorgadas por diversas Administraciones públicas. Aunque ciertamente, como indica la sabiduría popular, “a la fuerza ahorcan”, el hecho cierto es que en buena medida ese mecanismo comporta una cierta afectación a la independencia del sindicato frente a los poderes públicos. A ello cabe añadir las críticas ideológicas que especialmente desde la perspectiva neoliberal (aunque también por los “sindicatos alternativos”) se ha venido haciendo -con evidente demagogia-. No está de más recordar aquí cómo una de las primeras medidas adoptadas del primer gobierno Rajoy a partir de 2011 fue, precisamente, reducir hasta la práctica inanidad dichas subvenciones. Algo similar ha ocurrido más recientemente en algunas comunidades autónomas, tras los acuerdos alcanzados entre PP y Vox.

En esa tesitura actual parece evidente que la única forma de fortalecer económicamente al sindicato pasa por el fomento de la afiliación por los poderes públicos. Y, como se ha dicho, cuando más fuerte es el sindicato, mayores son los derechos de las personas trabajadoras, reduciéndose, por tanto, la desigualdad, lo que es un mandato del art. 9.2 de nuestra Constitución.

#### *b) La mala prensa del sindicalismo*

Permítanme una reflexión conexas: mediáticamente la acción de los sindicatos está, en mi opinión, notablemente infravalorada. ¿Cuántas veces han leído en la prensa o han sabido por otros medios de comunicación que se ha firmado un convenio estatal importante, como, por ejemplo, en de la industria del metal y la explicación de sus contenidos? Pese a que dicha norma colectiva afecta a centenares de miles de ciudadanos y ciudadanas dicho hecho no es noticia. Mediáticamente tiene mayor repercusión la boda (o los cuernos) de un “famosillo” o una “famosilla” que la labor del día a día del sindicato.

Cabe recordar en este sentido que nuestra Constitución otorga a las organizaciones sindicales y patronales un papel esencial en la conformación de nuestro modelo de Estado social y democrático, encumbrándolos en su título preliminar, “*lo que convierte a los sindicatos en uno de los pilares básicos del sistema político, y les otorga una función institucional que va más allá de la que deriva de la propia afiliación y del peso efectivo de cada organización sindical, en las tareas de defensa y gestión de los derechos e intereses colectivos de los trabajadores*” (por citar la más reciente: STC 63/2024).

Sin embargo, la información que recibe la ciudadanía del día a día de la acción sindical es ínfima -a diferencia de los partidos políticos, precedentes de aquellos en el título preliminar de la Carta Magna-, lo que va en detrimento de su prestigio y, por tanto, su implantación.

Estas consideraciones son importantes, en tanto que concierne directamente a la percepción de la ciudadanía del sindicalismo y su papel constitucional. Y es ese un aspecto que afecta esencialmente a las personas trabajadoras más jóvenes. Ciertamente revertir el panorama actual de información de los actuales medios de comunicación deviene una ucronía, atendiendo a la conformación de sus intereses de sus accionistas mayoritarios.

¿Y las redes sociales?

Es cierto que las organizaciones sindicales tienen presencia en la web y las redes sociales (aunque en general, la información que se proporciona en los mismos es de régimen interno o de reporte puntual de conflictos o conquistas). Sin embargo, en la práctica son probablemente más activos sus haters, que propagan en la red (generalmente, con medios superiores a los de propias organizaciones y usando con frecuencia bots) afirmaciones en muchas ocasiones sesgadas, cuando no falsas. Poco a poco se ha ido implementando en muchos sectores de la ciudadanía la convicción de que los liberados sindicales son unos vagos y unos “zampagambas” (sic), que los sindicatos viven de financiaciones públicas, etc., magnificando y generalizando a menudo episodios puntuales de corrupción, errores o malas prácticas.

De todo ello se deriva que, como ponen de manifiesto diversas encuestas, la valoración social de los sindicatos es muy baja en nuestra sociedad. Estoy convencido que ese fenómeno no es puntual, sino que tiene una clara finalidad: el debilitamiento del sindicalismo. Algo similar ocurre en otros ámbitos como en el tema fiscal o con las políticas de igualdad -aunque en este caso concurre un mayor poder de réplica por los colectivos feministas-. Sería interesante estudiar los medios de financiación ocultos tras dicha desinformación.

Y a ello cabe añadir -lo que no es menos importante- que la presencia del sindicalismo tradicional en los sectores y franjas de edad más proclives al uso de las nuevas tecnologías es relativamente débil.

No sé hasta qué punto este panorama es reversible. Pero en todo caso quizás ayudaría a ello que los poderes públicos -cumpliendo con el mandato constitucional- u otras organizaciones sociales importantes realizara una actuación proactiva en la materia, a través de medios publicitarios (explicando el papel de los sindicatos y su importancia). Como también resultaría posible financiar en forma finalista a las organizaciones sindicales para potenciar su presencia en Internet y las redes sociales.

## **6. La representatividad del sindicato**

### *a) ¿Representatividad o representación?*

Como ya se ha indicado la LOLS distingue entre la “mayor representatividad” y la mera “representatividad”. En todo caso, cabrá hacer una reflexión incidental: de hecho, dicha norma no está regulando a las organizaciones más “representativas” o las “meramente representativas”, sino su

“representatividad”. La “representación” exige civilmente una declaración de voluntad expresa (lo que acaece cuando un trabajador o una trabajadora se afilia a un sindicato), mientras que la “representatividad” deriva de la ley, sin que sea precisa la adscripción individual. El primer concepto se basa, por tanto, en la afiliación (como ocurre con las organizaciones patronales), mientras que el segundo -en nuestro sistema jurídico- deriva del número de personas elegidas para formar parte de los organismos unitarios en las listas electorales. Como se afirma en la reciente STC 63/2024, la *“mayor representatividad trasciende así la noción de representación voluntaria ligada al hecho asociativo, para asumir un rol institucional, como representación colectiva del conjunto de trabajadores de todas las ramas y territorios, sobre la base del dato objetivo de la audiencia electoral, el consenso mayoritario sobre determinadas opciones sindicales que certifica el voto de los trabajadores, afiliados o no a estas centrales sindicales”*.

b) *¿Sigue teniendo sentido la figura de la mayor representatividad?*

Al margen de dicha reflexión cabe reseñar que, desde hace bastantes años, la figura de la mayor representatividad se halla en el candelero.

Así, desde algunos sectores más propensos a los intereses empresariales se reclama su desaparición, al considerarse que la LOLS comporta una discriminación respecto a “los otros sindicatos”.

Como ya se ha indicado, la institución referida tuvo su razón de ser en su momento en la mente del legislador por un doble motivo: de un lado, evitar la dispersión sindical; de otro, mitigar las dificultades de negociación y participación -a nivel de empresa y de Administraciones públicas- derivada de la existencia múltiples organizaciones. Y, como se ha afirmado en forma reiterada por la doctrina constitucional (por todas: STC 147/2001) las diferencias de trato previstas normativamente no son contrarias al derecho al derecho a la igualdad, al concurrir una causa justificativa razonable, y sin que el distinto trato legislativo afecte al núcleo esencial del derecho a la libertad sindical. Más en concreto, en la STC 75/1992 se afirma que *“la promoción de un cierto modelo sindical, en que se potencie la existencia de sindicatos fuertes, en contraposición a un sistema de atomización, puede ser una finalidad legítima desde el punto de vista del art. 14 CE, así como desde el punto de vista del art. 7 CE, por garantizar una más incisiva acción de los sindicatos para el cumplimiento de sus fines”*.

Pero la figura del sindicato más representativo no sólo ha sido criticada por sectores cercanos al neoliberalismo: también se ha hecho -en este caso, concurriendo un interés legítimo y directo- desde los sindicatos con menor representatividad (ahí está la Plataforma Sindical Plural).

Debo decir que no comparto la tesis de la derogación legislativa de la mayor representatividad. En efecto, ciertamente, tras casi cuarenta años de vigencia, el sistema ha sido coadyuvante para asentar la preponderancia de los dos grandes sindicatos españoles, CC.OO. y UGT. La única salvedad la hallaremos en el País Vasco (y, en menor medida Galicia), que tiene un sistema sindical nítidamente diferenciado, con singularidades propias.



Pero ocurre que achacar al marco legal la primacía de las dos grandes confederaciones españolas me parece simplista. Siempre he sostenido que un sindicato es una “necesidad” objetiva (por tanto, la exigencia práctica de las personas asalariadas de “unirse” frente al poder patronal). De esta forma, cuando un sindicato mayoritario no responde a las aspiraciones del colectivo asalariado aparecen siempre otras organizaciones alternativas, aunque ello comporte enfrentamiento con los poderes públicos (ahí están los ejemplos de CC.OO. bajo el franquismo, Solidarność en las últimas etapas del régimen socialista polaco, los intentos -frustrados por una brutal represión- de creación de sindicatos libres en la República Popular China o la abortada -e interesante-experiencia a principios del siglo XX de la IWW -los Wobblies- en Estados Unidos).

En consecuencia, aunque admito que la conclusión es discutible, el hecho cierto es que la prominencia de los dos grandes sindicatos en España no deriva de su “colaboración” con el Estado, sino de una mayor conexión con el colectivo de personas asalariadas. Si se me permite la ironía: los aficionados del Valencia CF -por poner un ejemplo y sin pretender herir susceptibilidades-pueden indignarse ante el trato privilegiado que reciben el Real Madrid o el Fútbol Club Barcelona... pero el hecho cierto es que la mayoría de aficionados al balompié siente simpatía por esos dos equipos. Otra cosa, muy distinta, son los valores dominantes actualmente a las clases trabajadoras.

¿Siguen estando vigentes los motivos que justificaron la implementación de la figura en la LOLS? La respuesta ha de ser forzosamente afirmativa, en tanto que la dispersión sindical sigue hoy perviviendo (e, incluso, se ha incrementado). Junto a ello cabe tener en consideración que la determinación de la mayor representatividad se halla en vigor en prácticamente todos los países en los que existen diversidad sindical y, especialmente, a que está expresamente contemplado en el art. 3.5 de la Constitución de la OIT.

### *c) Propuesta de cambio normativo*

Ahora bien, cosa distinta es si alguna de las previsiones normativas derivadas de la LOLS (y posteriormente ampliada en la regulación de las medidas de flexibilidad interna y externa tras la reforma laboral de 2012) sigue teniendo sentido en la actualidad y deberían revisarse. En mi opinión no sería descabellado una cierta modificación de un concreto contenido: el artículo 87.2 ET en su regulación de la legitimación directa de los sindicatos más representativos en la negociación de los convenios de sector, sin exigencia de presencia en los organismos unitarios en el mismo. Ciertamente dicha participación tiene plena lógica en aquellos casos en los que, por las características del sector basada en centros de trabajo muy pequeños sin que existan prácticamente representantes sindicales (por ejemplo: oficinas de farmacia -vid. STS 04.05.2021, Rec. 164/2019-) o en actividades incipientes en las que no se han realizado procesos electorales suficientes (v.g.: los denominados riders) resultaría imposible concertar un convenio sectorial sin reconocer dicha legitimación a los sindicatos más representativos, tal y como actualmente se contempla en el art. 88.2 ET. Ahora bien, en aquellos sectores con una representatividad sindical bastante, en la que los sindicatos más

representativos son minoritarios y no alcanzan los límites legales, quizás es posible alcanzar la conclusión de que la mentada previsión legal es exorbitante. Por otra parte, tal vez sería posible pensar en un cambio normativo que permitiera combinar en forma mixta representatividad derivada de las elecciones sindicales con la representación -en relación a la afiliación-, al menos en determinados sectores.

## 7. La vertiente institucional de la acción sindical

### a) ¿"Participación" o "representación"?

Centrémonos ahora en la vertiente institucional del sindicato; un aspecto en el que el marco legal privilegia también la mayor representatividad. Aunque esa vertiente de acción sindical no está contemplada en general en los tratados internacionales ni en la concreción constitucional del derecho a la libertad sindical, la doctrina del TC ha venido afirmando que su inclusión en normas legales, con anclaje en los artículos 7 y 129.1 de la Constitución, "*constituye un derecho o facultad adicional, que los sindicatos pueden recibir del legislador*" (STC 39/1986). Es obvio, por tanto, que la mentada participación deriva de la ley. Pero ocurre que el marco jurídico estatal es disperso e insuficiente.

La LOLS (con el antecedente de la DA 6ª de la Ley Estatuto de los Trabajadores en su versión original de 1980, que fue la primera regulación es el antecedente de la figura del sindicato más representativo y que sigue estando vigente para las patronales) se refiere en su artículo 6.3 a) a la "*representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tenga prevista*", pero no define contenidos. Obsérvese, además, como dicho precepto se refiere a la "*representación*", no, a la "*participación*". Y, además, dicha redacción utiliza la preposición "*ante*" y no la preposición "*en*". Nace así un primer equívoco: una cosa es la interlocución del sindicato con los poderes públicos; otra, su integración en los organismos administrativos que gestionan aspectos sociales. En el primer caso estaríamos hablando con propiedad de "representación institucional", en el segundo de "participación institucional". Pero si entendemos que la LOLS se refiere sólo a aquel primer escenario, cabría entonces concluir que dicha norma incurre en la evidente omisión de desarrollar el art. 129.1 CE.

### b) El vigente marco legal

Paradójicamente dichos mecanismos de representación o participación no han tenido en el ámbito estatal un desarrollo legislativo general, aunque sí en la mayor parte de comunidades autónomas (Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Catalunya, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Comunitat Valenciana, Extremadura, Galicia, Illes Balears, La Rioja, Madrid, Murcia y Navarra). Cabe indicar en este sentido que en el primer semestre de 2022 se abrió trámite de consulta para un Anteproyecto de Ley de Participación Institucional que, sin embargo -tras la posterior disolución de las Cortes- no tuvo mayor recorrido hasta el momento.

A la luz de las previas reflexiones bien puede llegarse a la conclusión de que la vertiente institucional del sindicato tiene dos niveles: de un lado, la participación

del mismo en el ámbito administrativo de los distintos organismos públicos -en relación al art. 129.1 CE-; de otra, la representación del sindicato ante los poderes públicos -en conexión con el art. 7 CE-.

En el primer caso –“participación”- hallaremos un marco estatal disperso. Por una parte están los entes públicos de concertación institucionalizada, como son el Consejo Económico y Social o la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, así como -supuesto expresamente observado en el art. 129.1 CE- en el campo de la Seguridad Social (Consejos Generales y Comisiones Ejecutivas Provinciales del INSS y del actual SPEE, Consejo General del Instituto Social de la Marina, Consejo General del IMSERSO, Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social, Observatorio para la lucha contra el fraude a la Seguridad Social, MUFACE, etc.). A ello cabe añadir la regulación de la participación en organismos directamente relacionados con las relaciones laborales (Consejo General del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Fundación Estatal para la Formación en el Empleo, comisiones de elecciones sindicales, Consejo General de la Emigración, Comisión Consultiva del patrimonio sindical, etc.), así como otros supuestos en principio ajenos a las mismas, a veces con un cierto pintoresquismo (sin ánimo exhaustivo: Consejos de Universidades, Consejo Asesor de Ciencia, Tecnología e Innovación, Consejo de Navegación y Puertos, Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, Consejo de Administración de RTVE, Consejo Superior Postal, Observatorio Estatal de la Convivencia Escolar, Consejo Nacional del Clima, Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas, Comisión Nacional para el Uso Racional de los Medicamentos, Mesa de la Ciencia Pesquera, Comisión Consultiva de Negociaciones Comerciales Internacionales, Consejos de Navegación de diversos puertos, etc.). A ello cabe sumar la prolija y extensa regulación en la materia de las comunidades autónomas.

Sin embargo, la “representación” (entendida como interlocución y audiencia en el ámbito de las Administraciones) las referencias legales son escasas y, en general, con un carácter meramente declarativo (por ejemplo, las leyes del voluntariado, de cooperación para el desarrollo, de ferrocarriles, etc.)

Pese a todo no cabe olvidar, en directa relación con el ámbito de la representación, otra faceta tan o más importante: la práctica, no regulada en forma expresa y no generalizada, de concertación social en la elaboración de proyectos de ley o decretos-leyes.

### *c) La representatividad de los sindicatos*

Aunque, en general -mas no siempre-, la legitimación a efectos de dicha área institucional se otorga a los sindicatos más representativos, hay que hacer forzosamente mención a que también esta cuestión ha sido analizada por la doctrina constitucional, introduciendo precisiones significativas en cuanto a un posible trato desigual de las organizaciones que son meramente representativas. A dicho respecto se ha considerado que en la medida en que la participación en los organismos públicos en los se gestionen o administren derechos de índole social afectan a los intereses colectivos de las personas asalariadas, la designa legal exclusiva de los sindicatos más representativos,

sin la concurrencia de una causa justificativa y razonable, puede comportar un trato discriminatorio (entre otras: SSTC 7/1990 y 183/1992). E idéntica conclusión se ha alcanzado cuando en ámbitos concretos existe una fuerte presencia de otras opciones sindicales (STC 84/1987).

d) *Propuestas de modificación legal*

Lege ferenda parece evidente que el ámbito institucional del sindicato debe desarrollarse (como se preveía en el anteproyecto de ley decaído, ya citado). Y en mi opinión dicha posible ley no puede limitarse únicamente a la mera “participación” en los organismos públicos -en desarrollo del art. 129.1 CE-, sino también a la “representación” frente a los poderes públicos (respecto al art. 7 CE).

En relación a aquél primer aspecto cabrá ponderar que, como se ha visto, nos hallamos ante un marco legal realmente disperso e incongruente, que no obedece a criterios claros y definidos. Por tanto, esa futura e hipotética ley debería concretar qué debe entenderse por afectación directa “*a la calidad de la vida o al bienestar general*” (y no sólo de las organizaciones sindicales).

Junto a ello creo que sería conveniente una mayor potenciación de la participación sindical (y, en su caso, patronal) en aquellos organismos públicos en los que se dilucidan aspectos que afectan en modo especial al marco de las relaciones laborales. Y aquí cabe hacer un especial énfasis en la participación en las instituciones de la Seguridad Social -que, como se ha dicho y es notorio, tiene una especial mención en el art. 129.1 CE. El marco legal actual en esta materia no deja de ser meramente informativo y no decisorio. Se trata, en mi opinión, de superar la participación sindical como un mero trámite. Por ejemplo, ¿por qué no participan los sindicatos en los equipos de valoración de incapacidades, por ejemplo? Item más: en la medida en que las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social han dejado de ser en la práctica instituciones privadas de aseguramiento de riesgos y se han acabado convirtiendo en pseudo entidades gestoras -o, en determinadas prestaciones, directamente en entidades gestoras- y teniendo en cuenta que, en definitiva, están gestionando dinero público -las cotizaciones- ¿es suficiente, ex art. 129.1 CE, con la participación en su Junta General de un representante de los trabajadores que, además, debe formar parte de su plantilla y los sindicatos no estén presentes en su Junta Directiva y su presencia se limite a la comisión de control y seguimiento?

Pero la labor institucional del sindicato no debe limitarse, como se ha indicado, a la participación sino también a la representación.

Y en ese marco cobra especial significado la constatación de que la concertación social tripartita debe -reitero que desde mi punto de vista- ser reconocida con rango legal y como trámite previo y forzosa -salvo circunstancias excepcionales- ante cualquier cambio normativo que afecte a las relaciones laborales y a la Seguridad Social (en directa conexión con la recomendación 8 a) del Pilar Europeo de Derechos Sociales). No se me escapa que, de hecho, el Comité Económico y Social (al margen de que los intereses concurrentes en el CES no son sólo los de los sindicatos y la patronal) elabora los preceptivos informes de los correspondientes

Anteproyectos de Ley, conforme al art. 7 de la Ley 21/1991. Ahora bien, los informes no dejan de ser informes. Por ello sería interesante, en mi opinión, que, en cumplimiento del art. 7 CE, los agentes sociales participen en la elaboración del anteproyecto de ley o de decreto-ley -reitero que salvo situaciones excepcionales-. Ciertamente ha sido ésa una práctica que se ha utilizado -especialmente en los últimos cuatro años- en múltiples ocasiones. Pero cabrá observar que ello no ha sido siempre así en tanto que no existe obligación legal alguna en la materia.

## **8. Sindicato y participación en la empresa**

### *a) El concepto de “participación en la empresa”*

Se trata de una noción difusa, en tanto que en el mismo se engloban en el derecho comparado experiencias de muy diversa intensidad, como son: a) la integración de la representación de las personas trabajadoras en los organismos societarios (impropiamente denominada cogestión); b) la codecisión (esto es: el forzoso acuerdo entre las partes); c) la negociación entre las partes del ejercicio de las potestades organizativas del empleador; d) la audiencia antes de la toma de decisión; y e) la mera comunicación por la empresa.

La diversidad es también apreciable respecto a los sujetos que ejercen dicha participación: hallaremos experiencias en los que el papel protagonista corresponde al sindicato, como en el Reino Unido (a través del tradicional “shop steward”) y los países europeos más septentrionales (en especial, Suecia), sin embargo, en la mayor parte de ordenamientos europeos (Países Bajos, Alemania, Austria, Luxemburgo, etc.) la participación se efectúa a través de lo que hoy en nuestro marco jurídico conocemos hoy como “organismos unitarios”. Resulta significativo en este sentido que en muchos países la implantación de estos últimos, en detrimento del sindicato, tuvo su origen en la oposición patronal al reconocimiento como interlocutor de éste en el centro de trabajo. Ahí están los ejemplos de Francia, dónde hasta la reforma derivada de las movilizaciones del famoso Mayo del 68 no se reconocieron las secciones sindicales; o el de Italia, dónde, pese a su tradicional cultura consejista y de las denominadas “comisiones internas” (abolidas por el fascismo y recuperadas posteriormente), el reconocimiento del sindicato en la empresa no tiene lugar hasta el Statuto del Lavoratori de 1970, tras el “autunno caldo”.

### *b) El papel subalterno del sindicato*

Cambiando de tercio, pasemos ahora a las reflexiones relativas a la participación en la empresa. Como es notorio nuestro modelo pivota en el famoso doble canal: la representación unitaria, defendiendo los intereses del conjunto de la plantilla, y la sindical, atendiendo básicamente a los de las personas afiliadas. A lo que cabe añadir que esporádicos convenios optan por dotar de competencias a la comisión paritaria del convenio.

Ocurre, sin embargo, que la participación del sindicato es básicamente subsidiaria o accesoria a la del comité de empresa, como ya se ha señalado. Y, en especial, que la atribución el mismo de auténticas funciones representativas

queda constreñida en la ley a aquellas empresas o centros de trabajo que ocupen, al menos, a doscientas cincuenta personas. Aunque esa frontera es disponible por la negociación colectiva, la práctica convencional pone en evidencia que son pocos los convenios que reducen el límite legal.

Ello conlleva un evidente problema, en tanto que, por la estructura productiva vigente en España, las empresas (o centros de trabajo) que superen dicha cifra son escasas. Y, pese a que desde la aprobación de la LOLS han transcurrido casi cuarenta años, nunca el legislador a lo largo de dicho lapso temporal ha tenido intención alguna de disminuir el porcentaje vigente, lo que no deja de ser un tanto sorprendente si se tiene en cuenta que la frontera de 250 personas asalariadas también regía en la LOIEMH a efectos de determinar la obligación empresarial de elaborar planes de igualdad, habiéndose reducido el mínimo de plantilla a cincuenta personas tras el RDL 6/2019.

### *c) Propuestas de modificación legal*

Desde mi punto de vista la promoción del sindicato en la empresa a efectos de participación deberá seguir, en primer lugar, ese mismo camino, aminorando los lindes cuantitativos de las plantillas.

Ello debería ir acompañado de un incremento de las competencias de participación del sindicato en la empresa -junto con la potenciación de los derechos en esa materia a la que seguidamente se hará alusión, con carácter general-. Esa potenciación debería centrarse en mi opinión esencialmente en el terreno de lo que es la atribución competencial por excelencia del sindicato: la negociación colectiva. Baste la lectura del art. 87.1 ET para comprobar cómo el marco legal privilegia la legitimación de los organismos unitarios en la negociación de los convenios de empresa. Y ello tiene una evidente traslación en la realidad comercial de este país, en la medida en que -salvo en las grandes empresas- los convenios de dicho ámbito son generalmente suscritos por los organismos unitarios. Llama la atención en este sentido que la propia ley opta por una solución contraria -otorgando legitimación exclusiva al sindicato- en el caso de los convenios de grupos de empresa, los convenios multiempresariales y los denominados "convenios franja". Es ésta una opción que debería extenderse también a los convenios de empresa o centro de trabajo (salvo, lógicamente, aquellos supuestos en que la conformación de la representación unitaria sea mayoritariamente independiente).

Algo similar ocurre en el caso de la regulación de la comisión representativa de las personas trabajadoras en el caso de movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, reducción de la jornada de trabajo o suspensión contractual por causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o de fuerza mayor y las acogidas al mecanismo RED, los despidos colectivos y la inaplicación del convenio. De nuevo aquí la legitimación se otorga prioritariamente a la representación unitaria, de existir la misma.

Considero que dejar en manos de los sindicatos con carácter preferente la negociación colectiva en la empresa tendría un efecto de potenciación de los mismos, en tanto que esa posible nueva regulación pondría en evidencia que, aunque la representación de la plantilla se ejerce esencialmente por los delegados de personal o los comités de empresa, la negociación de las

condiciones contractuales y las medidas de flexibilidad interna y externa corresponden al sindicato.

## **9. La problemática de nuestro modelo de participación en la empresa**

### *a) Un modelo de participación débil*

Centrémonos ahora en el marco legal de la participación en forma general, más allá de los sindicatos.

Como he indicado en páginas anteriores la Ley Estatuto de los Trabajadores en su redacción adicional optó por regular unas competencias en la materia que se han calificado como débiles. Y pese a las más de cuatro décadas transcurridas desde entonces el panorama entonces vigente no ha experimentado ampliaciones. Más bien todo lo contrario: aunque en los artículos 40, 41 y 51 ET se sigue manteniendo el período de consultas, se ha reforzado el papel decisorio del empleador (sustituyendo las atribuciones de la Administración). Y, de otra parte, supuestos en los que anteriormente se precisaba la codecisión entre las partes (verbigracia: la distribución irregular de la jornada, la inaplicación del convenio, contenidos del calendario laboral, etc.) se han visto diluidos. Es más, si se comparan las atribuciones de las personas representantes de la plantilla contenidas en la Directiva 2002/14/CE (que, cabe recordar, es una norma de mínimos) con el redactado del art. 64 ET, podrá comprobarse como mientras que en aquélla se contempla la obligatoriedad de consulta (entendida como *"intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario"*) en aspectos como *"la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo"*, la norma estatal limita el papel de la representación a la información o a la presentación de informes. A ello cabe añadir que, de conformidad con el art. 27 CDFUE, las empresas deben proporcionar *"información y consulta con suficiente antelación"*. Y asimismo hay que mencionar a la recomendación contenida en el apartado 8 b) del Pilar Europeo de Derecho Sociales al derecho de información y consulta *"sobre asuntos de interés para ellos, en particular sobre la transferencia, reestructuración y fusión de empresas y sobre despidos colectivos"*

Por su parte, el artículo 28 de la Carta Social Europea (revisada) impone el derecho a que la representación de las personas asalariadas en la empresa sea consultada *"oportunamente sobre las decisiones previstas que puedan afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores, y en particular sobre las decisiones que podrían tener consecuencias importantes sobre la situación del empleo en la empresa"*.

Tenemos pues un marco legal de participación en la empresa que puede ser calificado como limitado y de escaso contenido y que no parece adecuado a la normativa comunitaria y a la Carta Social Europea (revisada).

### *b) Propuestas normativas para fortalecer la participación*

En mi opinión sería conveniente reforzar la participación de las personas trabajadoras en la empresa, especialmente respecto al ejercicio empresarial de sus poderes de organización y, aún con mayor énfasis, respecto a la introducción de nuevas tecnologías y sus efectos, que vayan más allá de la simple información puntual. Se trata de superar el mero trámite informativo actualmente vigente (“*democratizar la empresa*”, como reivindica Antonio Baylos), a fin de articular en esos terrenos mecanismos de participación fuertes que permitieran una negociación efectiva y más igualitaria, previa a la adopción de cambios en el trabajo (en definitiva, mayor transparencia), lo que, amén de fortalecer la representación colectiva, conllevaría un evidente mejor clima laboral de alcanzarse consenso entre las partes. Es ése, además, un aspecto que tiene además expresa observancia en el art. 22 de la Carta Social Europea (revisada).

Ciertamente hablar hoy de establecer mecanismos fuertes del control del poder empresarial de organización puede parecer muy osado. Sin embargo, no está de más recordar que en nuestra evolución histórica contamos con algún antecedente. Así, la “Ley Salmón” –llamada así por el ministro del ramo- de 25 de junio de 1935 y, especialmente, su posterior reglamento-, surgida en unos momentos de grave crisis económica, preveía, entre otras medidas que no vienen al caso, que si un empresario quería despedir a trabajadores por causas económicas en primer lugar debía analizar si el despido podía ser evitado a través de mecanismos como el establecimiento de turnos de trabajo o reducciones de días laborales de labor. Y esa posibilidad de soluciones alternativas se encomendaba, en cuanto a su verificación, a los Jurados Mixtos (algo así como los actuales sistemas de autocomposición de conflictos) entonces vigentes, de tal manera que si la conclusión de los mismos era que su implantación resultaba imposible, la empresa podía despedir; y, en caso contrario, el empresario tenía las puertas abiertas para volver a plantear la cuestión ante el Ministerio de Trabajo que podía autorizar –o denegar- la medida extintiva. Se diseñaba, por tanto, un modelo caracterizado por una fuerte participación en el seno del núcleo esencial decisorio del empleador, con tutela final por parte de la autoridad laboral. Obsérvese como, pese a las evidentes similitudes con el modelo actual (de hecho, es la primera norma que regula los hoy llamados despidos colectivos), en el paradigma republicano la decisión relativa a la implementación de otras medidas se exteriorizaba en sistemas autocompositivos, de tal manera que en función de su concurrencia – y no, de la voluntad de la empresa- el empleador podía acudir o no a las extinciones contractuales. Una ley similar es hoy impensable, so riesgo de que se acuse a su autor de radical de izquierdas. Pero no está de más recordar que dicha norma se publica durante el llamado “bienio negro” y, más en concreto, con la CEDA ya en el gobierno (y buena parte de los líderes de izquierda y sindicales en prisión tras los hechos de octubre de 1934).

Sin embargo, cabe preguntarse si ese modelo de participación débil actualmente vigente se adecúa a la nueva realidad productiva.

El fordismo por definición precisaba que nadie discutiera el poder en la empresa, por su estructura jerarquizada. La empresa piramidal reclamaba una legitimación absoluta y acrítica en la toma de decisiones, de carácter quasi



militar. Por tanto, el reconocimiento del poder prácticamente omnímodo del empleador y, en consecuencia, un modelo autoritario de relaciones laborales. Ciertamente que ello es inherente a cualquier forma de producción capitalista por definición. El pacto welfariano comportó, como se ya se ha indicado, que el sindicalismo pasara al terreno colaborativo y dejara atrás la práctica de la confrontación en la empresa. Las Ordenanzas laborales son en España la clara plasmación de esa tendencia, impuesta “manu militari”. Sin embargo, el advenimiento del actual modelo constitucional y su práctica convencional no han variado esencialmente los mecanismos competenciales en la organización del trabajo. Son muy frecuente en este sentido las cláusulas convencionales en las que se afirma que la ordenación del trabajo es facultad exclusiva del empresario y limitan el papel de la representación de la plantilla a velar por el cumplimiento de la normativa en vigor. No deja de ser significativo en este sentido que, aunque el derecho de libertad de empresa no tiene en el art. 38 de nuestra Constitución la condición de derecho fundamental, en determinadas interpretaciones del TC -o de la jurisprudencia- parece haberla adquirido, dándole mayor prevalencia que a otros de igual rango, como el derecho al trabajo y a la negociación colectiva (véase, como claro ejemplo, la STC 8/2015).

Pero ocurre que la disgregación de la empresa fordista y la implementación de las nuevas formas productivas no han comportado ningún cambio ostensible en la regulación de las competencias de organización del trabajo. Y, sin embargo, resulta del todo evidente que lo que llamamos flexibilidad significa, entre otros aspectos polifacéticos, una mayor responsabilidad en la toma de decisiones por parte de los trabajadores en la producción, en tanto que el “gorila amaestrado” del ingeniero Taylor es ahora algo más que una pieza –una “apersona”- en el engranaje de una cadena. Por tanto, difícilmente puede pretenderse que el modelo autoritario y vertical fordista se implemente, sin más, en una forma de organización del trabajo más horizontal. Permítanme seguir con la provocación: ¿por qué una empresa puede novar el contenido del contrato por la vía del art. 41 ET de concurrir las causas allá fijadas, y, en cambio, la ley no observa que, de devenir aquélla a mejor fortuna no pueda instarse un procedimiento inverso?; o ¿por qué la empresa puede acudir a la inaplicación del convenio - que tiene constitucionalmente fuerza vinculante- en materia salarial siguiendo los trámites del art. 82.3 ET en una situación de crisis y, en cambio, las personas trabajadoras tienen interdicto plantear un conflicto colectivo, ex art. 20 DL 17/1977 si se aumentan las ganancias?

Esa lógica determina, a título de ejemplo, que la negociación colectiva sea totalmente ajena –en general- a los procesos de descentralización empresarial. Prácticamente no hay instrumentos convencionales de codecisión o, al menos control, de esas prácticas. Son residuales los supuestos de negociación colectiva o tutelas horizontales entre las variadas realidades societarias que conforman la empresa-red o el grupo de empresas.

*c) Por un nuevo ámbito material de representación*

Creo que nuestro modelo de representación en la empresa adolece de un evidente problema de adaptación a las nuevas formas de organización

societaria de las empresas. El sistema vigente está basado esencialmente en el concepto de empresa única y centralizada, obviando la nueva realidad de las empresas red y la descentralización productiva.

En el caso de la representación unitaria cabrá observar que el ámbito material de los delegados de personal y comités de empresa está tajantemente regulado en los artículos 62 y 63 ET, en base al parámetro central del centro de trabajo, concurriendo una interpretación jurisprudencial que impide cualquier disponibilidad de sus términos, incluso en sede de negociación colectiva (por todas: STS 28.05.2024, Rec. 12/2022). Y en cuanto a las secciones sindicales cabrá estar al art. 8.1 a) LOLS, remitiendo a la “*la empresa o centro de trabajo*” (resultando notorio que en esta materia la jurisprudencia -aunque no siempre en forma pacífica- ha venido observando que la determinación de cada ámbito corresponde al propio sindicato, sin que forzosamente tenga que existir correspondencia con el de los organismos unitarios).

Pero obsérvese como ese marco legal -y la doctrina judicial que lo interpreta- comporta una evidente dificultad de articular mecanismos de representatividad en sistemas complejos de articulación empresarial, como son los grupos de empresa. Pese a que es ésta es una realidad muy implementada en la actualidad, nuestro marco legal no permite (o, al menos, obstaculiza) la concreción de sistemas de representación polisocietarios. Téngase en cuenta en este sentido que la Ley 10/1997, en desarrollo de la Directiva 94/45/CE, sí reconoce los mecanismos de participación correspondientes siempre y cuando la empresa o el grupo tenga dimensión comunitaria.

Es ése un vacío legal que tiene importantes consecuencias en la práctica, como ocurre, por ejemplo, en el caso de despidos colectivos de varias empresas o de un grupo por motivos conexos.

Ítem más: la descentralización productiva comporta que en un mismo centro de trabajo concurren personas asalariadas que prestan servicios para varias empresas y dentro de un marco organizativo más o menos común. Pues bien, en esta materia el actual marco legal se limita a contemplar la coordinación empresarial en materia preventiva (art. 23 LPRL) y, por su parte, el art. 42 ET, tras la Ley 43/2006, permite a las personas asalariadas de la empresa comitente puede formular ante la representación de la empresa contratista (de no existir representantes en ella) “*cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral*”, así como la celebración de reuniones de coordinación entre ambos organismos de representación.

Pues bien, cabe preguntarse si tiene sentido que no puedan existir organismos unitarios de representación o formalizarse secciones sindicales en el ámbito de los grupos de empresa o en aquellos casos de descentralización productiva en el mismo centro de trabajo. En todo caso, no está de más señalar que esa posible opción comportaría un auténtico cambio en el modelo orgánico de estructura de las organizaciones sindicales, cada vez más centralizado.

#### *d) La problemática de los representantes no afiliados*

Por otra parte, llama la atención la actual doctrina constitucional respecto a las garantías antidiscriminatorias de las personas que, ostentando la condición de delegados de personal o miembros del comité de empresa, no están afiliadas a

ninguna organización sindical (un aspecto que pone en evidencia la problemática derivada de la dispersión en nuestra Constitución de los contenidos del derecho a la libertad sindical).

Como es conocido la doctrina constitucional desde la STC 118/1983 ha venido entendiendo que los organismos de representación unitaria no tienen cobijo en el art. 28.1 CE, sino que su marco de actuación se sitúa en el art. 129.2, por lo que no pueden acudir a la protección del art. 53.2 CE. Ocurre, sin embargo, que cuando la persona que ejerce dicha representación sí está afiliada a un sindicato, se le reconoce el amparo en aquella primera norma.

En este sentido no está de más recordar que el art. 28 de la Carta Social Europea (revisada) establece que “*los representantes de los trabajadores*” deben gozar “*de una protección efectiva contra los actos que les puedan perjudicar, incluido el despido, motivados por su condición o sus actividades como representantes de los trabajadores dentro de la empresa*”. En principio podría alcanzarse la conclusión de que dicho mandato de la mentada norma internacional tiene en nuestro país un concreto desarrollo en los artículos 52 c), 55.1, 56.4 y 68 ET. Sin embargo, esa deducción resulta en mi opinión simplista: una cosa son las garantías legales -que es aquello que se observa en nuestro marco legal-, otra la protección ante la discriminación (algo similar ocurre, por ejemplo, respecto a las trabajadoras embarazadas o quienes ejercen derechos de conciliación, ex arts. 53.4 y 55.5 ET y el doble canal tipificador de la nulidad de los despidos).

Es cierto que, sin embargo, la doctrina constitucional no ha dejado del todo desprotegidas a las personas no afiliadas que ejercen la representación unitaria, al extender la denominada garantía de indemnidad ante las quejas internas, susceptibles hipotéticamente de dar lugar a una reclamación judicial, integrando la tutela constitucional en el art. 24 CE y en relación al artículo 5 c) del Convenio 158 OIT. Sin embargo, esa doctrina no deja de presentar problemas reales en aquellos casos en los que el representante o la representante no afiliado/a no formula queja susceptible de judicialización, como puede ocurrir, por ejemplo, cuando se mantienen posturas críticas con la empresa en mesas de negociación o se emiten comunicados oponiéndose a determinadas actuaciones empresariales o dicha persona se niega a firmar un determinado acuerdo de empresas. En estos supuestos no está actuando defendiendo los intereses particulares sino en defensa del interés colectivo. Pues bien, como el propio Tribunal Constitucional ha venido indicando en alguna ocasión (por ejemplo: SSTC 37/1983, 51/1984, 134/1994, 94/1995, etc.), el derecho a la libertad sindical comprende también su vertiente funcional; esto es: el derecho a la acción sindical. Y desde mi punto de vista la “acción sindical” -por tanto, la defensa de los intereses colectivos de las personas asalariadas- también puede ser ejercido por personas no afiliadas.

#### e) *¿Participación en los órganos de gobierno de las empresas?*

Durante mucho tiempo ha sido una reflexión más o menos concurrente la posibilidad de regular la participación sindical en los órganos sociales de las empresas privadas, siguiendo la estela de otros países europeos, como Alemania o Suecia. Es ése un debate que en los últimos tiempos ha

reverdecido, tras las impactantes reflexiones del economista francés Thomas Piketty. De hecho, el grupo parlamentario de Sumar presentó una proposición no de ley “relativa a la democracia en el trabajo y los derechos de participación de las personas trabajadoras”, que fue rechazada por la Comisión de Trabajo, Economía Social, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones del Congreso de los Diputados.

Es ésa una propuesta que no deja de comportar problemas prácticos. En primer lugar, parece evidente que dicha medida sólo sería de aplicación en las grandes empresas con múltiples accionistas (y, generalmente, cotizadas), en tanto que ningún sentido tiene la participación en un consejo de administración compuesto por tres accionistas. Y ello determina que la incidencia de la medida, dada la estructura productiva española, tenga una eficacia ciertamente limitada. Por otra parte, cabe tener en cuenta que en muchas ocasiones - especialmente, en el sector bancario- dicha participación societaria ya se produce.

También cabría preguntarse- lo que formulo únicamente como hipótesis- si en los actuales momentos del sindicalismo la vertiente colaborativa del mismo debe ser la prioritaria y si no debería privarse la potenciación de la representación frente a la empresa en los aspectos esencialmente laborales, en línea con las reflexiones efectuadas previamente. Pese a ello, no deja de ser cierto que dicha presencia societaria podría comportar cierta incidencia en relación a aspectos como la responsabilidad social de las empresas, el medio ambiente, las políticas de igualdad o, en relación a la reciente Directiva 2024/1760, la debida diligencia en los casos externalización.

## **10. ¿Hay que modificar nuestro modelo de negociación colectiva?**

### *a) El papel subalterno de la negociación colectiva*

La evolución histórica en nuestro país ha comportado que en el modelo vigente concurra la subalternidad absoluta del convenio ante la Ley: esta última deviene la regla general y universal y aquellos se convierten en pactos de mejora o adaptación en cada sector o empresa. Si bien se mira ese modelo no es nada más que el seguimiento del modelo franquista (aunque sería mejor llamarlo corporativo: es ésa una tendencia que no sólo aparece en España, aunque quizás aquí es donde aparece con más crudeza). Ello comporta que los agentes sociales renuncien implícitamente a estructurar un modelo de poder alternativo a la Ley en el seno del Estado, una auténtica autonomía decisoria en el marco de las relaciones laborales. Lo señalaba hace ya muchos años Antonio Baylos en su clásico “*Derecho del Trabajo, modelo para armar*”. Ciertamente que el sometimiento de la autonomía colectiva a la heteronomía viene conformando la doctrina constitucional en la interpretación de nuestra Carta Magna. Ahora bien, una cosa es que no sean aquí trasladables las lógicas de empoderamiento autónomo de los modelos anglosajones y septentrionales europeos y otra, muy distinta, que los agentes sociales hayan renunciado prácticamente (con la excepción de los mecanismos autocompositivos y de formación continua) a conquistar terrenos de poder autónomo, al margen de las normas del Estado (o sin subalternidad con las mismas). Por poner un

ejemplo: ¿por qué se delega a la Ley la transposición de ciertas Directivas sociales en lugar de acudir a acuerdos interconfederales?

De esta manera, los contenidos contractuales derivan directamente del Estado y la negociación colectiva es un mero apéndice de los mismos, no una regulación autónoma. Una especie de reglamento singular. Y esa inercia ha contribuido en buena medida –junto con el empobrecimiento de contenidos convencionales- a la incapacidad de dar respuestas a la problemática de las nuevas formas de organización del trabajo y la producción. Ello es así porque la Ley no puede solucionar los nuevos retos actuales. Esas nuevas formas se caracterizan por su dispersión –ya no hay un solo modelo de producción, sino múltiples-, así como por su continua mutación. Y la Ley es, por definición, universal –se aplica una sola regulación a todas las realidades- y tiene voluntad de permanencia. Pues bien, la experiencia secular del Derecho del Trabajo pone de manifiesto que sólo existen tres fuentes del mismo: la heteronomía, la autonomía colectiva y la autonomía individual. Y que todas ellas suman cero, es decir, lo que pierde una lo gana la otra. De esta manera, ante la incapacidad de la Ley –por los motivos expresados- de dar respuesta a la dispersión de modelos contractuales y de continua adaptación, la autonomía colectiva es la fuente llamada a suplir esos vacíos. Sin embargo, en la mayoría de casos los convenios colectivos han sido incapaces hasta la fecha de llenar los huecos (con la única excepción de alguna experiencia concreta y de los ignotos acuerdos y pactos de empresa) Y ello ha comportado un incremento práctico de la autonomía decisoria de los empleadores. El resultado es obvio: por un lado, el sindicato ha ido perdiendo fuerza negocial; por otro, aunque el empresariado la ha ganado –con las consiguientes dosis de precarización- ello ha ido en detrimento del modelo productivo, en tanto que la implantación de “lo nuevo” se ha producido sin el imprescindible consenso social, con obvios efectos sobre la productividad y la metabolización social del cambio productivo.

*b) Un modelo disperso y, en general, de pobres contenidos*

Es un lugar común de cualquier analista -incluyendo a los propios agentes sociales que en forma reiterada así lo vienen exponiendo en los sucesivos acuerdos interconfederales- que nuestro sistema negocial adolece de una falta de congruencia interna y de una dispersión de ámbitos (especialmente si se compara con otras experiencias de países próximos).

Según el Anuario de Estadísticas Laborales en el año 2022 -ultimo disponible cuando escribo estas líneas- se firmaron en España casi 1500 convenios. Si se comparan dichas cifras con las anteriores a la crisis de 2008 (ese año se suscribieron 6000 normas colectivas) podría alcanzarse la conclusión de que el sistema tiende a la racionalización. Sin embargo, no creo que ello sea exactamente así, en tanto que debe tenerse en cuenta que en los últimos tiempos el ámbito temporal de dichas normas convencionales tiende a prolongarse (a diferencia de etapas anteriores, ya no son frecuentes las vigencias anuales). De hecho, hoy por hoy resulta prácticamente imposible determinar cuántos convenios están en vigor (puesto que hay convenios vencidos hace años y no renovados pero que mantienen su eficacia y otros, especialmente de empresa, formalmente en vigor, pero sin eficacia real –por

ejemplo, por cierre o por subrogación empresarial, acuerdo de sometimiento a otro convenio, etc.-).

Pero ocurre que una negociación de ese calibre exige medios suficientes, lo que choca con un modelo que, como hemos señalado, desincentiva la afiliación sindical.

Ello explica que, pese a que España tiene uno de los índices de cobertura más elevados (aunque habría que matizar que la determinación estadística de dicha cobertura es deficiente), nuestros convenios adolezcan en su mayoría de insuficiencias en sus contenidos. Cualquier persona que tenga la rara costumbre de leer los múltiples convenios que se publican a diario, podrá comprobar como en muchos casos buena parte de sus cláusulas no son otra cosa que una reproducción de la normativa legal (a veces, en redactados derogados) y, lo que es más importante, que resultan escasamente permeables a los nuevos sistemas de organización del trabajo y de la producción y a la conformación del interés colectivo de una parte de las personas afectadas. Ciertamente no es ésa una conclusión universal, en tanto que en concretos ámbitos se han producido en los últimos tiempos avances ciertamente significativos en materia de políticas de igualdad y no discriminación, conciliación de la vida laboral y familiar y, en menor medida, el uso de las TIC. No está de más recordar que en determinados sectores existía, hasta hace relativamente poco, la remisión de la regulación de determinados convenios a las Ordenanzas Laborales. He explicado en múltiples ocasiones un comentario de Ramon Alos en nuestra inolvidable etapa conjunta en el CERES: una investigadora alemana estaba haciendo estudios sobre los convenios colectivos en España y se dedicó a la ímproba tarea de leerlos. Pocos días después, agotada, se acercó a Ramon y se quejó que todos los convenios colectivos eran iguales: “visto uno, vistos todos”. Quizás la teutona exageraba. Pero algo de cierto hay en esa aseveración. El modelo “formal” de convenio es idéntico en la inmensa mayoría de supuestos, aunque se trate de sectores muy diferenciados. Es como si hubiera una especie de “plantilla” general, de tal manera que en cada ámbito se rellenaran concretos aspectos contractuales. Plantilla que, además, no difiere demasiado de la de las extintas Ordenanzas. A ello cabe añadir la notoria falta de articulación interna. No es infrecuente que determinadas actividades se solapen entre convenios sectoriales. Y que, a su vez, los convenios de ámbito inferior rehúyan cualquier articulación con los de ámbito superior. Aunque ciertamente es ésa una tendencia que se ha tendido a corregirse en el último período (teniendo en cuenta los múltiples cambios normativos experimentados en la regulación legal de concurrencia de convenios), el hecho cierto es que aún es muy habitual la falta de articulación interna.

Permítanme una reflexión: cuando explico esa conclusión a mis amigos y amigas sindicalistas es común que se me ponga como ejemplo, para rebatirla, el Convenio General de la Industria Química. Sin duda que dicho convenio es un ejemplo de contenidos y articulación; sin embargo, el problema es que dicha práctica es absolutamente minoritaria en nuestro panorama.

*c) Reflexiones sobre la posibilidad de un nuevo paradigma regulador*

Soy consciente que modificar una inercia que lleva decenios de vigencia resulta problemático y complejo. Sin embargo, cabe preguntarse si el actual modelo se adecúa a las nuevas realidades productivas y organizativas, así como a los intereses de una buena parte de la población asalariada. Desde mi punto de vista es posible una readaptación de la lógica imperante por una doble vía.

La primera de ellas -que no requeriría cambios legales- consistiría -en línea con las reflexiones iniciales de este apartado- en utilizar la palanca prevista en el art. 83.3 ET: por tanto, alcanzar acuerdos interconfederales o sectoriales que vayan más allá de la simple recomendación a los ámbitos “inferiores” -como es la práctica común hasta la fecha- y que -en línea con las previsiones legales- tengan efectos erga omnes. De esta forma sería posible -sin intervención del legislador- regular con eficacia general contenidos contractuales, especialmente, los afectantes a las nuevas realidades del mundo laboral.

La segunda, consistiría en potenciar los convenios sectoriales -con una readaptación lógica de ámbitos materiales y territoriales-, limitando progresivamente los convenios de empresa. Soy consciente que ante un panorama productivo en constante cambio y ante una realidad diversa en cada empresa una recentralización del modelo negocial podría tener efectos adversos. Sin embargo, ello podría ser compensado a través de un cambio normativo que desarrollara y regulara una realidad hoy fuertemente implantada, pero con una insuficiencia regulatoria obvia, como son los pactos y acuerdos de empresa. Se trataría, por tanto, de dotarlos de un marco normativo específico -potenciando la legitimación del sindicato- y, a la vez, de someter su control a las comisiones paritarias de los convenios (algo similar a lo ya previsto en el Convenio General de la Industria Química). A lo que cabe añadir la necesidad de que dichos acuerdos empresariales sean de público conocimiento, mediante su publicación en los correspondientes diarios oficiales.

Por otra parte, cabe observar que la tendencia ya apuntada respecto a la ampliación de la duración de los convenios conlleva otro problema práctico: la dificultad de adaptación ante nuevas realidades emergentes. En este punto creo que no sería descabellado dotar de competencias de modificación a las comisiones paritarias -sin necesidad de acudir a la comisión negociadora- superando, por tanto, la jurisprudencia vigente a través de la correspondiente modificación del art. 85 ET (como, por cierto, ya estuvo vigente durante ocho meses, entre el RDL 7/2011 y el RDL 3/2012).

#### *d) La negociación colectiva ante los nuevos retos sociales*

Los contenidos generales de la negociación colectiva siguen en buena medida anclados en la lógica fordista: esto es, se basa en el intercambio entre productividad y salario/jornada de trabajo. Esa lógica conlleva que sean poco sensibles a nuevas realidades emergentes como son la adaptación al cambio tecnológico, el medio ambiente y la igualdad de género (incluyendo la conciliación con la vida familiar). Si acudimos al Anuario de Estadísticas Laborales podremos comprobar como en el año 2022 sólo el 12,6 % de los convenios colectivos abordaron la primera de dichas cuestiones. Y, más en concreto, el trabajo a distancia -pese a la evidente delegación legal a la

autonomía colectiva en la Ley 10/2021- tenía también un escaso desarrollo (un 16,7 por ciento de las normas colectivas). Por su parte, la cuestión medioambiental se trató en el mismo período en un 7,95 por ciento de los convenios.

Sin embargo, esos insuficientes contenidos en el terreno porcentual no se cumplieron en materia de igualdad, en tanto que, según el AEL, en 2022 casi la mitad de las normas colectivas registradas abordaban los planes de igualdad, el acoso sexual o por razón de género y las medidas de conciliación.

En todo caso y en cualquiera de dichos supuestos, cabe hacer mención a que una cosa son las estadísticas meramente numéricas y otra, los contenidos. Y esa constatación entronca con la pobreza normativa de nuestro panorama negocial, a la que antes se hacía mención.

En este sentido, nuestro país adolece en mi opinión de un grave defecto: aunque es fácil acceder a través de la red a los contenidos de los convenios y disponemos de estadísticas sobre su número, afectación, distribución por ramas y territorios, etc., no existen análisis concretos y comparativos de contenidos. Ciertamente desde hace un decenio el AEL, como se acaba de referir, contiene datos estadísticos sobre las materias pactadas, pero seguimos sin tener bases de datos comparativas sobre las materias tratadas. Y aunque en determinadas materias existen estudios académicos (no demasiado numerosos), cabe referir que dichos análisis acostumbran a ser cuantitativamente limitados. Dicho déficit intentó ser solventado en su momento por el RDL 7/2011, que comportó la sustitución de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos por el Consejo de Relaciones Laborales y Negociación Colectiva, organismo al que se encomendaba, entre otras funciones, la realización de informes sobre los contenidos convencionales. Sin embargo, la duración de dicha norma fue efímera, al ser expresamente derogada por el RDL 3/2012, que repuso la CCNCC en sus anteriores términos, sin que el posterior RD 1362/2012 recuperada la función descrita.

Personalmente me dediqué durante un largo tiempo a analizar y clasificar las cláusulas convencionales por materias, realizando estadísticas al respecto (algunos resultados los hallarán en publicaciones de la Generalitat de Catalunya, la Universidad de Granada y ESADE). Aunque he abandonado ese (mal) hábito hace aproximadamente unos doce años (la edad y la acumulación del trabajo me impelieron a ello) las conclusiones que obtuve eran realmente preocupantes, en tanto que la inmensa mayoría de normas colectivas analizadas se limitaban a la mera transcripción de la ley o a redacciones genéricas y carentes contenidos). Soy consciente (puesto que sigo leyendo los convenios más importantes) que es ése un panorama que progresivamente ha ido cambiando; más, pese a ello, nos hallamos muy lejos de un panorama mínimamente suficiente. De hecho, la patronal y los sindicatos firmantes de los distintos Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva son conscientes de dichas carencias, al pactarse orientaciones concretas -algunas ciertamente interesantes y significativas- en estas materias.

¿Cómo romper el mayoritariamente imperante *quid pro quo* productividad vs salario y jornada?



Ciertamente resulta difícil que unos sindicatos carentes de medios materiales suficientes puedan avanzar en forma más o menos rápida en un cambio de orientación de los contenidos y las lógicas imperante en miles de convenios. Y resulta evidente que muchas empresas no tienen demasiado interés en romper la inercia actual.

Aunque obviamente no me corresponde a mi suplantar el papel de las organizaciones sindicales, creo que la única solución pasaría, en línea con las reflexiones del apartado anterior, que los mentados acuerdos interconfederales pasaran a tener en las materias aquí analizadas un carácter obligatorio y no meramente orientativo; por tanto, que operaran como norma mínima, con disponibilidad de contenidos en ámbitos negociales inferiores.

Mención aparte merecen las políticas de igualdad y de conciliación de la vida laboral y familiar. En esta materia sí creo posible un cambio normativo: regular cuotas por sexo en las comisiones paritarias. De hecho, la reciente Ley Orgánica 2/2024 ya ha venido a contemplar esa opción, modificando la LOLS, en los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos (y, asimismo, lo ha hecho en idéntico sentido en cuanto a las patronales, reformando el ET). Y aunque es ése un paso importante (que había sido ya barajado en su momento en la tramitación de la LOIEMH) su implementación no abarca -al menos, en forma mediata- a las personas que negocian los convenios.

## **11. El conflicto colectivo y su composición**

### *a) ¿Qué hacer con la regulación del derecho de huelga?*

Resulta absurdo -y escandaloso- que un derecho fundamental esté desarrollado por una norma sobrevenida del postfranquismo, sin que en la materia hayan existido grandes cambios (es más: cabe recordar las exorbitantes penas de prisión para los piquetes prevista en el apartado tercero del art. 215 CP introducidas en la LO 1/2015, felizmente derogado por la LO 5/2021).

A ello cabe añadir un nuevo fenómeno: el uso de las nuevas tecnologías y el trabajo a domicilio comportan una notoria desvirtuación de la práctica histórica de la huelga, como la experiencia en alguna empresa tecnológica ha puesto de manifiesto.

Es cierto que la doctrina constitucional y la jurisprudencia han dotado a nuestro modelo de un sistema que puede ser calificado como estable. Más, pese a ello, siguen concurriendo problemas aplicativos; así, por ejemplo, en ocasiones se han dictado reglamentos fijando servicios mínimos claramente abusivos que, aunque en muchos casos han sido anulados por los órganos judiciales contencioso-administrativos, acaban a la postre desvirtuando la eficacia de la huelga y su incidencia; o también cabe hacer mención a las situaciones derivadas de la estructura como grupo de las empresas y los efectos de la

descentralización que han tenido en general una respuesta desde mi punto de vista inadecuada por parte de la doctrina constitucional y judicial.

¿Por qué no poner al día el fallido proyecto de ley de 1993, pactado entre sindicatos y el Gobierno de Felipe González -aunque en el último momento éste se echó atrás- basado en la autorregulación sindical? En mi opinión -y en la variados analistas jurídicos- se trataba de una regulación plenamente adecuada al marco constitucional, en la que únicamente cabría incluir los efectos de las nuevas formas de trabajo y de estructuras empresariales.

#### *b) La necesaria regulación del conflicto colectivo*

Algo similar acaece con la figura del conflicto colectivo, en relación al art. 37.2 CE. Pero ocurre aquí que el concepto de conflicto colectivo es notoriamente difuso (a lo que induce el propio texto constitucional, observando reiterando una serie de presupuestos conformadores similares a los del derecho de huelga).

Debe precisarse que los conflictos colectivos están contemplados también en el DL 17/1977, en términos genéricos e indeterminados (en buena medida siguiendo la estela de la legislación franquista de 1962 y 1975, inspirada en el sistema francés). Pero básicamente en el mismo se dilucidan dos tipologías de conflictos: de un lado, los de intereses, que se derivan a los sistemas autocompositivos (en su momento, de tipo administrativo); de otro, los jurídicos, que se derivaban a la jurisdicción social, previo intento de conciliación (también entonces de tipo administrativo).

Por otra parte, como es notorio, los agentes sociales a nivel de comunidades autónomas y estatal (el SIMA) han ido creando sistemas autocompositivos por la vía del art. 83.2 ET, basados esencialmente en la mediación y sometimiento voluntario, en su caso, al arbitraje. Junto a ello cabe tener presente la atribución a las comisiones paritarias en diversos convenios de funciones autocompositivas.

Pero cabe preguntarse si nuestro modelo es el adecuado, especialmente cuando se trata de interpretar o aplicar una norma o acuerdo colectivo. Así, al margen de la compleja frontera sobre la propia noción de conflicto colectivo prevista en la LJRS: ¿Tiene sentido que hagamos esas funciones los órganos judiciales? ¿Hemos de explicar a las empresas y organizaciones sindicales qué querían decir con una determinada cláusula que ellos mismos elaboraron y suscribieron? La judicialización de los conflictos colectivos hunde, como se ha indicado, sus raíces en el franquismo, comportando que el juez laboral se encuentre *“entre las manos con el legado de una competencia extraña, que le es transferida desde un ámbito en el que esa competencia se detentaba anómalamente, y que se aviene mal con la función que constitucionalmente viene atribuida a los órganos del poder judicial”* como apuntó hace ya muchos años Manuel Ramón Alarcón.

Esa realidad conlleva que en la práctica rija en muchas ocasiones la ajenidad compositiva, en forma tal que, a fin de alcanzar finalmente un acuerdo, se pactan contenidos convencionales oscuros, con plena consciencia de dicha condición, lo que en definitiva refuerza la pobreza de contenidos de la negociación colectiva a la que ya se ha hecho referencia.

En mi personal opinión, la intervención judicial en esas materias debería ser derogada y sustituida por el obligado sometimiento a arbitraje, previa conciliación, de los organismos autónomos de solución de conflictos y/o de las comisiones paritarias (como acaeció en el período republicano).

Ello sería posible si también el art. 37.2 CE tuviera un nuevo desarrollo legal en que, además, se fijaran los límites amplios del propio concepto de “conflicto colectivo”, incluyendo posibles prácticas reivindicativas que no comportaran la suspensión del trabajo y, por tanto, el acceso a la huelga (por ejemplo: la oposición del colectivo de personas trabajadoras a cambios de organización avalados por la empresa).

*c) ¿Es posible desjudicializar los conflictos individuales o plurales?*

Como ya antes he indicado con anterioridad al franquismo (y en la actualidad en muchos países europeos) la composición de los conflictos laborales estaba encomendada a organismos -generalmente, aunque no siempre, de tipo administrativo- conformados por representantes sindicales y patronales y, en algún período, con participación de jueces. En la medida en que dicho sistema constituía un reconocimiento de la autonomía de las partes, fue abolido por el régimen surgido tras la Guerra Civil, imponiendo mecanismos de solución judiciales, aunque integrados dentro del Ministerio de Trabajo (las Magistraturas de Trabajo y el TCT). Y, como también se ha señalado, el legislador constitucional no optó en su momento por rehabilitar el modelo anterior.

Pero cabe preguntarse si dicho modelo es el más adecuado. Si partimos de la constatación de que la divergencia entre las partes es connatural a las relaciones laborales por concurrir intereses contrapuestos y que, además, esa conflictividad es de tracto continuado (salvo, obviamente, las extinciones del contrato), la judicialización no deja de tener consecuencias adversas para nuestro mercado laboral, en tanto que supone, de un lado costes en honorarios profesionales -salvo asistencia jurídica gratuita por falta de ingresos- y dilaciones conocidas -por la sobrecarga de asuntos en los juzgados y tribunales-.

Sin embargo, en las actuales circunstancias parece difícil revertir dicha judicialización, en tanto que supondría romper una consciencia social plenamente implementada.

Más, pese a ello, creo que pueden concurrir opciones intermedias que, por una parte, descarguen de asuntos a los órganos judiciales y, por otra, aceleren la solución del conflicto. Y ello pasa, en mi opinión, por reforzar la conciliación antes del juicio. De hecho, en el último período el legislador parecía ser consciente en parte de ello. Así podría diferirse (en plasmación de algunas prácticas imperantes en determinados juzgados) de la modificación del art. 82.2 del Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal -decaído por la más reciente convocatoria electoral-, sin que -por motivos ignotos- dicho cambio se recogiera en el posterior RDL 6/2023. Más pese a ello, el refuerzo de la conciliación ante el letrado y la letrada de la Administración de Justicia allá previsto, no dejaba de integrarse en el marco del propio proceso.

Creo sinceramente que es preciso -y con carácter urgente- modificar en profundidad nuestro modelo de conciliación prejudicial. Se trata de que dicha medida sea percibida por las personas asalariadas y por las empresas como el mecanismo natural de composición de los conflictos y no, como ocurre actualmente, como un trámite -a veces molesto- para acceder al ámbito jurisdiccional.

Ello debería ir acompañado por una “desadministración” de las reclamaciones, en forma tal que los organismos solutorios pasaran a ser mixtos y representativos de los agentes sociales (lo que, en su caso, no excluiría la existencia de personas que ejercieran la conciliación o mediación con carácter profesional, consensuadas por aquéllos). De hecho, así ocurre -aunque no es la regla general- en alguno de los denominados “tribunales laborales” autocompositivos en determinadas comunidades autónomas’. Pese a que no parece que dichas prácticas puntuales hayan alcanzado un éxito suficiente, creo sinceramente en la necesidad de desjudicializar la conflictividad laboral, en forma tal que las personas que ejercemos la jurisdicción social nos constituyamos como la última ratio en la composición de los conflictos laborales y no, como el mecanismo “ordinario” de solución de los mismos.

Barcelona, septiembre 2024.