

Pierre-Henri Cialti**

La mayor representatividad sindical en España*

The major union representation in Spain

Recibido: 2 de octubre de 2015 / Aceptado: 11 de marzo de 2016
<http://dx.doi.org/10.17081/just.21.30.1347>

Palabras clave:

Derecho de asociación sindical,
Pluralismo,
Representatividad y trabajadores.

Resumen

El derecho de asociación sindical en España y en Colombia se orienta hacia la defensa y reconocimiento del libre ejercicio de los derechos que individuos, miembros de entidades e instituciones de sectores público o privado tienen de participar activamente en las decisiones estatales y gubernamentales, garantizando así la materialización de los intereses colectivos y la salvaguarda de los principios constitucionales, la legitimación en el actuar, la división de poderes y la democratización, conforme los lineamientos nacionales e internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Key words:

Right of association,
Pluralism,
Representation and workers.

Abstract

The right to in Spain and Colombia is directed to the defense and recognition of the free exercise of rights of individuals, members of organizations and institutions in the public or private sector, to actively participate in government decisions and their rulers. Moreover, it's secure the realization collective interests' and defense constitutional principles, legitimacy in the act, the division of powers and democratization, in accordance with national and international legislation as the International Labor Organization (ILO).



Referencia de este artículo (APA): Cialti, P.-H. (2016). La mayor representatividad sindical en España. En *Justicia*, 30, 17-31. <http://dx.doi.org/10.17081/just.21.30.1347>

* Artículo escrito en el marco del proyecto de investigación Hacia el fortalecimiento de la negociación colectiva de los empleados públicos en Colombia, financiado por la Corporación Universitaria del Caribe (Cecar), Sincelejo, Sucre (Colombia) en el año 2015.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (España) y Toulouse (Francia). Docente-investigador en la Corporación Universitaria del Caribe (Cecar). pierrecialti@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Rompiendo con el modelo sindical franquista que estableció el principio de unidad sindical, la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre el derecho de asociación sindical, elaborada durante el periodo de transición democrática, consagró el principio de libertad sindical. Así, se desarrolla un modelo sindical pluralista que implica la necesaria elección de organizaciones capaces de representar en las mejores condiciones a los trabajadores.

La problemática de la efectiva representación de los trabajadores mediante sindicatos determinados se encuentra igualmente en Colombia donde el pluralismo sindical está, en teoría, reconocido. El objeto de este trabajo resulta, pues, muy pertinente respecto al modelo de relaciones laborales del sector privado o del sector público colombiano.

Jurídicamente, este proceso de selección de sindicatos se realiza mediante la noción de representatividad sindical. Esta noción representa el elemento vertebral del modelo sindical español en torno del cual se organiza la representación sindical, se ordenan las relaciones intersindicales y se funda todo el régimen jurídico-sindical (Casas, 1988, p.71).

Surgió por primera vez en el año 1919 en el artículo 389 del Tratado de Versalles constitutivo de la OIT. No se estableció definición, lo que permitió a cada país determinar los criterios nacionales para designar sus delegados a la OIT, siempre y cuando estos respondieran a objetivos preestablecidos y precisos, como amparar la existencia de otros sindicatos, no influir en la

elección realizada por los trabajadores de una organización sindical o privar a los sindicatos que no han sido reconocidos como representativos de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros.

La noción de representatividad es heterogénea y moldeable. Al hilo de las palabras del profesor Valdés Dal-Ré:

La representatividad es una noción polisémica, susceptible de apropiarse diversos sentidos, al menos, de los dos siguientes: La representatividad puede ser entendida, primeramente, como un medio para acreditar capacidad de representación de los intereses de un grupo de trabajadores, de modo que sindicato representativo vale tanto como sindicato dotado de capacidad para ejercer acción sindical. Pero la representatividad puede ser empleada, en segundo lugar, como instrumento de selección de organizaciones sindicales, de valoración comparativa entre ellas, de modo que sindicato representativo ya no alude a la capacidad de ejercicio de acción sindical, sino a una mejor o más eficaz capacidad respecto de los restantes sindicatos (Valdés, 1993, p. 92).

Sin lugar a dudas, el derecho español se orienta hacia esta segunda acepción.

En efecto, “la organización del sistema de relaciones colectivas de trabajo persigue el objetivo de racionalizar, canalizar, institucionalizar un conflicto estructural y consubstancial entre trabajadores y empleadores. Como lo hemos subrayado anteriormente, la definición de los actores de estas relaciones constituyó la primera etapa realizada por todo sistema jurídico. El reconocimiento del interés colectivo se acompañó de un

poder atribuido a los sindicatos para representar a las/os trabajadoras/es mediante prerrogativas legalmente previstas” (Navarro, 1993, p.24). Podemos “destacar dos prerrogativas: por una parte, en materia orgánica o institucional frente al Estado y a las empresas y, por otra parte, en materia de representación convencional, especialmente la negociación colectiva” (Verdier, 1991, p.5).

Pues bien, el dispositivo español introduce la noción de representatividad para justificar estas prerrogativas. Por lo tanto, es externa a la autonomía colectiva y constituye un “*título de legitimidad*”^{*} (Verdier, 1991, p.7), “atribuido por el Estado”^{**} (Yannakourou, 1995, p.100), “una herramienta jurídica a su disposición”[♣] (García, 1987, p.67). La doctrina subraya que esta relación entre Estado y sindicato llamada a permitir la *governabilidad del sistema político* presenta riesgo de fomentar el neocorporativismo mediante un doble intercambio: reconocimiento como interlocutores privilegiados por parte del Estado a determinados sindicatos en contra del compromiso de aquellos sindicatos de neutralizar y controlar los conflictos sociales y respetar lo pactado (Valdés, 1988).

En todo caso, la existencia y utilidad del concepto de representatividad no se presta a ninguna discusión y representa “una noción indispensable

a una sana práctica del pluralismo sindical” (Verdier, 1987, p.486)^{♣♣}. Así, existe la conformidad de la representatividad con los principios fundamentales del derecho sindical, es decir, a los principios de igualdad entre sindicatos y de pluralismo sindical[♣]. El principal riesgo al cual se enfrenta la utilización de la noción de representatividad es la desconexión y la distensión con la noción de representación^{♣♣}.

En derecho español, “es lógicamente con la instauración de la democracia que se consolidó la noción de representatividad, primero en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 (en adelante ET). Conviene apuntar una paradoja”[♣] (Casas, 1988, p.71). En efecto, la representatividad sindical como elemento de desarrollo de la libertad sindical hubiera tenido que ser regulada por ley orgánica. En cualquier caso, sus disposiciones se referían exclusivamente a la representatividad de las organizaciones sindicales en materia de negociación de convenciones colectivas estatutarias y en materia de participación en las instituciones públicas (Casas, 1988, p.348). De acuerdo con el marco constitucional, “el segun-

* El autor estima que la “representatividad es un modo de habilitación, la de los más aptos a representar”.

** La doctrina subraya que la representatividad constituye “*un título de relevancia del orden profesional para el orden estatal*”.

♣ El autor distingue dos dimensiones a la representatividad: por un lado, es una herramienta jurídica y, por otro lado, es una cualidad jurídica.

♣♣ En todo caso, es indubitable que la representatividad responde a exigencias sociales, económicas y jurídicas.

♦ El TC ha reconocido la compatibilidad de estas disposiciones con los otros derechos constitucionales y su conformidad con las normas internacionales (STC 73/1984, de 27 de junio, y especialmente STC 98/1985, de 29 de julio). Para profundizar, ver Navarro (1993, p.182).

♦♦ Conviene recordar que la acción sindical se ejerció inicialmente en el marco del derecho común de la representación y que el reconocimiento del interés colectivo, así como la noción de representatividad han permitido a los sindicatos superar la mera representación de sus afiliados.

♣ En efecto, la puesta en marcha de la representatividad sindical remite a la libertad sindical que ha de regularse por ley orgánica.

do paso fundamental se realizó en la Ley Orgánica 11/1985, sobre Libertad Sindical (en adelante LOLS), que define el régimen general de la representatividad sindical y el conjunto de las prerrogativas inherentes a su reconocimiento”^{*} (Casas, 1988, p.78). Establece una diferencia de grados entre dos representatividades: la mayor representatividad (Art. 6 y 7.1 LOLS) (Álvarez, 2006, p.95) y la suficiente representatividad (Art. 7.2 LOLS) (Alfonso, 2012, p.572)^{**}.

El propósito de este trabajo es dar a entender los elementos claves de la mayor representatividad, fundamentalmente los criterios para determinarla, y detectar sus funciones en el fortalecimiento del sindicalismo en una democracia. En efecto, el concepto de mayor representatividad aparece de forma inmediata al final de la dictadura franquista[♣] y “demuestra la voluntad de los poderes públicos de promover el papel de los sindicatos en un momento en el cual el sindicalismo partía de cero” (Navarro, 1987, p.280). Aunque el contexto sea muy distinto, en la actualidad se puede hacer un paralelo con el estado embrionario del movimiento sindical colombiano.

1. Los criterios de reconocimiento de la mayor representatividad

Tradicionalmente, dos vías permiten reco-

nocer a un sindicato como más representativo: o bien mediante la verificación de criterios legalmente definidos, representatividad probada, efectiva o demostrada, o la irradiación por afiliación a una organización sindical con mayor representatividad, lo que se conoce como representatividad presumida.

1.1. La mayor representatividad probada

Ante todo se puede afirmar que “los ámbitos de medición de la mayor representatividad probada están muy bien delimitados. En efecto, se realiza a nivel interprofesional por lo que se refiere al ámbito funcional”^{♣♣} (Navarro, 1993, p.195), “y a nivel estatal pero también, y esto es específico del derecho español, a nivel de la Comunidad Autónoma”[♦] (Rodríguez, 1986, p.202), por lo que se refiere al ámbito territorial.

En seguida, la determinación de los criterios que permiten medir la representatividad de los sindicatos constituye la cuestión central de la problemática. Estos criterios han de ser guiados por una exigencia de objetividad y apreciados en el respeto de la regla de concordancia o correspondencia, según la cual “los criterios y condiciones de representatividad deben ser aplicados y apreciados en el ámbito territorial y profesional en el cual se requiere la representatividad” (Verdier, 1987, p.515).

Pues bien, el derecho español ha optado des-

* La doctrina subraya que la LOLS ofrece una regulación de carácter “esencial y general” y reconoce la singularidad del modelo desde el punto de vista comparado.

** La denominación de estos sindicatos no es unánime.

♣ La expresión de “sindicato más representativo” aparece por primera vez en el Decreto 3149/1977, de 6 de diciembre, sobre normas provisionales para las elecciones de representantes de los trabajadores en el seno de las empresas.

♣♣ La apreciación se realiza sobre el conjunto de los ámbitos sectoriales de nivel estatal.

♦ Respecto a Colombia, la Comunidad Autónoma corresponde al Departamento. La doctrina apunta que el reconocimiento de este nivel de representatividad no tiene precedente en derecho comparado, que se limita al nivel estatal, es decir, el conjunto del sistema de relaciones laborales.

de la promulgación del ET por un criterio único y exclusivo, la audiencia electoral. Sin lugar a dudas, el criterio de la audiencia electoral es el criterio cuantitativo por excelencia que permite a los trabajadores seleccionar de forma directa a los sindicatos que les representan. Considerada como *la forma de medición de la representatividad de los sindicatos* “[...], el factor demostrativo de la fuerza de organización, de la capacidad de negociación y de conflictos colectivos” (Baylos, 2006, p.21), la audiencia electoral constituye en España “el epicentro y el eje vertebral del sistema sindical” (Casas, 1990, p.21).

El establecimiento de la audiencia electoral como criterio de medición único y exclusivo de la representatividad se desprende de una lectura combinada de la LOLS y del ET. Se puede poner de relieve dos elementos característicos: por una parte, el dispositivo legal opta por un umbral numérico determinado en porcentaje, y, por otra parte, estos porcentajes se miden respecto al número total de representantes del personal elegidos en el ámbito considerado.

1.1.1. Los umbrales numéricos

La LOLS define los umbrales numéricos de la mayor representatividad a nivel estatal y a nivel de la Comunidad Autónoma (en adelante CA)*.

* Por lo que se refiere a los sindicatos suficientemente representativos, la LOLS ha seguido los términos del ET y prevé en su artículo 7.2.b), que los sindicatos suficientemente representativos son “las organizaciones sindicales que aun no teniendo la consideración de más representativas hayan obtenido, en un ámbito territorial y funcional específico, el 10 % o más de delegados de personal y miembros de comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas”.

Según el artículo 6.2 a) LOLS, tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel estatal, los que acrediten una especial audiencia, que en materia de obtención de delegados en dicho ámbito sería del 10 % o más del total elegido por personal de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas.

Según el artículo 7.1 a) LOLS, tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma: los sindicatos de dicho ámbito que acrediten una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 % de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa, y en los órganos correspondientes de las Administraciones Públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal.

Resulta que el sindicato de CA ha de cumplir una exigencia de audiencia electoral más severa que el sindicato de ámbito estatal, pero también un umbral suplementario medido en valor absoluto.

Este endurecimiento de las exigencias ha suscitado varias reacciones por parte de un sector doctrinal que consideró como discriminatoria esta audiencia reforzada. Pues bien, un elemento decisivo ha permitido evaluar el dispositivo conforme al principio de no discriminación (García, 1987, p.103). En efecto, esta diferencia encuentra su justificación en la capacidad reconocida a los sindicatos más representativos de carácter autonómico de participar en la negociación de

acuerdos de ámbito estatal (Art. 87.4 ET). Dicha facultad rompe la regla de concordancia entre los ámbitos geográficos de la convención y del sindicato (Escudero, 1990, p.78) y suscitó un importante debate doctrinal (Solans, 2004, p.187). En todo caso, si bien no deja de plantear dificultad cuando el sindicato limita su actividad en el ámbito de la CA (García, 1987, p.211), el Tribunal Constitucional declaró en varias ocasiones el dispositivo conforme a la Constitución afirmando que se trata de “una opción política legítima que no puede contestarse jurídicamente”* (Sagardo, Bengoechea & León, 1982, p.186), y que se basa en “criterios objetivos, razonables, legítimos y no discriminatorios”.

Sin lugar a dudas, “la audiencia electoral representó, al finalizar la dictadura franquista, el criterio idóneo para medir la representatividad de nuevos sindicatos y poseía todas las ventajas para acomodarse al contexto de una época caracterizada por un movimiento sindical en construcción. En este sentido, la inmensa mayoría de la doctrina reconoce su utilidad y viabilidad”** (Valdés, 1988, p.154).

1.1.2. Las elecciones consideradas

Indiscutiblemente, la utilización del criterio de la audiencia electoral implica un proceso

* Como lo subraya la doctrina, esta representatividad específica era destinada a sindicatos ya determinados e identificados. En cuanto a su participación como tal a nivel estatal, no es más que una transposición del principio político de las autonomías (Art. 2 CE) en el campo de las relaciones laborales. Por otra parte, podemos decir que la importancia del ámbito autonómico se encuentra también en las reglas relativas a la estructura de la negociación colectiva.

** Señala justamente que el derecho francés reforzó el criterio de la audiencia para compensar las carencias de otros criterios, como por ejemplo, las afiliaciones.

electoral que permite medirla. En derecho español, la audiencia electoral se mide a través de las elecciones de los representantes del personal en cada empresa, es decir, los miembros del comité de empresa y los delegados del personal. No se trata ahora de entrar en una valoración profunda de esta cuestión, pero sí resulta ineludible formular algunas observaciones.

En primer lugar, conviene subrayar que el derecho español establece un doble canal de representación de los trabajadores en la empresa: por una parte, una representación sindical, vía las secciones sindicales de sindicatos, y, por otra parte, una representación elegida que tiene vocación de representar el conjunto de los trabajadores de la empresa (así se habla de representación unitaria). Esta representación elegida se compone de delegadas/os de personal en las empresas de entre 10 y 49 personas en su plantilla y de comités de empresa en las empresas que cuentan con una plantilla de al menos 50 personas. En España, disponen de las mismas prerrogativas que la representación sindical: pueden negociar convenios colectivos o convocar huelga, entre otras.

En segundo lugar, “el uso de estas elecciones, cuya función originaria es constituir los órganos de representación unitaria, se desdobra, pues conducen también a la medición de la representatividad sindical. Esta doble vertiente no deja de plantear problemas” (Cialti, s.f., p.521).

En tercer lugar, permiten medir la mayor representatividad, pero también la representatividad sindical dado que ofrecen resultados que se pueden contemplar, por efecto de cómputo, en cualquier ámbito.

1.2. La mayor representatividad por irradiación

Otra técnica para que un sindicato sea considerado como más representativo es la llamada irradiación, y esta condición se reconoce a todos los sindicatos afiliados a un sindicato más representativo a nivel estatal o autonómico (Art. 6.2 b) y 7.1 LOLS, respectivamente)* (Navarro, 1993, p.195).

Jurídicamente la afiliación de un sindicato a una de estas organizaciones permite la puesta en marcha de la técnica legal de la irradiación, que conduce al reconocimiento del carácter representativo del sindicato afiliado sin tener que apreciar su audiencia en el ámbito considerado**. Queda catalogado como sindicato más representativo por afiliación, es decir, que beneficia por irradiación de la representatividad de la central sindical a la cual está afiliado. Por lo tanto, esta técnica constituye una excepción al principio de concordancia y pone en jaque el criterio objetivo legal, la audiencia electoral, para recurrir a un criterio subjetivo: la afiliación♣. Así, al margen de la mayor representatividad en sentido estricto u “originaria” (Montoya, 1986, p.477), existe una “mayor representatividad impropia, irradiada, derivada” (García, 1987, p.93) o “presumida” (Casas, 1990, p.68).

* Siguiendo las palabras del profesor Navarro, “además, los sindicatos más representativos disponen de un importante mecanismo de efectividad de su capacidad representativa: el derecho a la ‘irradiación’ de la representatividad a sus afiliados”.

** Se trata en definitiva de una “pura concesión legal” sin importancia de la realidad subyacente.

♣ El TC afirma que el carácter de más representativo dispensa de acreditar una presencia en el ámbito considerado, la ley exige únicamente la existencia de un vínculo afiliativo.

“Los objetivos perseguidos por esta técnica pueden ser contemplados según varias perspectivas. Por una parte, favorece el despliegue de las grandes centrales sindicales en cada empresa”♣♣ (Álvarez, 1991, p.100). En definitiva, tomando las palabras del Tribunal Constitucional (en adelante TC), “la irradiación representa una opción del legislador en favor de la potenciación de las organizaciones de amplia base territorial (estatal o comunitaria) y funcional (intersectorial), que asegure la presencia en cada concreto ámbito de actuación de los intereses generales de los trabajadores frente a una posible atomización sindical. Por lo tanto, esta técnica reviste una dimensión ‘jurídico-política’ indudable” (Navarro, 1993, p.235).

Sin embargo, “la doctrina ha puesto de relieve los posibles efectos negativos de la irradiación que permite, al fin y al cabo, la intervención de un sindicato a pesar de una representatividad real escasa hasta inexistente en el ámbito considerado”♦ (Borenfreund, 1988, p.484). Estas

♣♣ En efecto, promueve la intervención de los sindicatos más representativos en la empresa mediante la atribución de prerrogativas que les permiten tener en seguida una visibilidad importante, independientemente de contar con representantes elegidos.

♦ Varios posibles efectos negativos han podido ser señalados: en primer lugar, la irradiación puede jugar sobre el paisaje sindical en el sentido de disuadir la creación de nuevos sindicatos independientes o de reforzar la división sindical clásica. En segundo lugar, puede desembocar en una posible desconexión entre la base y la dirección sindical, o en promover una deriva neocorporatista. Se estima que existe el riesgo de que los sindicatos más representativos se conviertan en un mero representante legal cuyos poderes se fundamentan más en una atribución legal que en un apoyo efectivo de sus bases respecto a su política “La incidencia de los criterios de representatividad en la configuración del sistema sindical español”. Se insiste en la tendencia centralizadora artificialmente provocada por la irradiación, lo que perjudica a los sindicatos sectoriales. Por otra parte, indica que opera una inversión de la lógica de reconocimiento de la representatividad que, en este caso, se realiza de forma descendente, lo que favorece la desconexión entre los sindicatos y sus bases.

consecuencias negativas toman mayor importancia en materia de negociación colectiva, especialmente si significa un acuerdo colectivo que puede ser vinculante para los trabajadores que no están afiliados a los sindicatos firmantes. Conviene apuntar que en derecho español, la convención colectiva que respeta las exigencias legales despliega una eficacia personal general.

Pues bien, la noción de legitimación permite contrarrestar estos efectos negativos y garantiza un vínculo entre representantes y representados. Dicha noción irradia el conjunto del proceso de negociación de las convenciones colectivas, desde la selección de quienes van a negociar hasta la firma del acuerdo. Así mismo implica el cumplimiento de una exigencia de mayoría que se aprecia respecto a la constitución de la comisión de negociación, órgano encargado de llevar a cabo las negociaciones, y asegura que el acuerdo firmado lo sea por sindicatos que representen, como mínimo, una mayoría de trabajadores. Los sindicatos más representativos pueden reivindicar la participación en la negociación, pero esta únicamente tendría lugar si los sindicatos más representativos y suficientemente representativos alcanzan a cumplir la exigencia de mayoría.

En todo caso, “conviene señalar que en cuanto a la mayor representatividad de la central sindical, la audiencia electoral no está totalmente marginada, puesto que interviene de forma previa a nivel interprofesional y estatal o autonómico”* (García, 1987, p.113). En este

sentido, el TC reconoce la constitucionalidad del dispositivo legal y considera “que la mayor representatividad estatal o comunitaria, que permite irradiarla a las organizaciones afiliadas, arranca de un dato objetivo, que es la voluntad de los trabajadores, así como que, vista la cosa en su conjunto, el principio de equivalencia entre representatividad e implantación, [...], tampoco puede considerarse roto” (Montoya, 1986, p.484; Solans, 2003, p.180). “También admite su constitucionalidad en cuanto a la libertad sindical, pues la técnica de la irradiación no excluye la intervención de los sindicatos no afiliados que han demostrado su carácter representativo en el ámbito considerado” (Borrajo, 1985, p.157).

Por otra parte, resulta oportuno formular una breve aclaración respecto a la tipificación legal del artículo 6.3 b) LOLS: según el número en mención, gozarán de capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales las organizaciones que de esta manera tengan la consideración de sindicato más representativo. En efecto, “una interpretación literal podría provocar una doble distorsión de la capacidad de intervención de estos sindicatos: el sindicato más representativo a nivel estatal o autonómico podría intervenir en ámbitos más reducidos”** (Navarro, 1992, p.454), pero así mismo los sindicatos más representativos por irradiación podrían sobre todo intervenir en ámbitos que no corresponden a los de su propia constitución y

* La doctrina afirma que la audiencia electoral no desempeña un papel directo, pero sí juega como una condición previa para que pueda producir la irradiación. También se puede considerar la irradiación como una versión del criterio único de la audiencia electoral.

** Se trata de una representatividad “*por exceso*”. El TC admitió esta posibilidad, especialmente cuando una confederación de ámbito estatal conduce la negociación de un convenio de ámbito sectorial departamental.

“que permite, por otra parte, la intervención de los sindicatos afiliados en los límites fijados en su estatuto”^{*} (Solans, 2003, p.182). Entonces, “los sindicatos afiliados pueden ejercer las prerrogativas sindicales consecutivas de la afiliación a una organización más representativa en el ámbito territorial y funcional específico de cada uno de ellos” (Borrajo, 1985, p.2160). Los jueces constitucionales reafirman “el principio de concordancia entre la determinación o medición de la representatividad y la materia para la que esta se requiere” (Navarro, 1992, p.454); y los límites de la mayor representatividad sindical a adoptar mediante una justificación objetiva y razonable sindical, que debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, y conforme una razonable proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

En definitiva, “la irradiación constituye una prerrogativa de las centrales sindicales que son sus emisores. Consecuentemente, es posible afirmar que el verdadero titular de la cualidad de más representativo sigue siendo la central sindical” (Borrajo, 1985, p.2141).

2. Las prerrogativas inherentes a la mayor representatividad

Según el artículo 6.1 LOLS, “la mayor representatividad sindical reconocida a determinados sindicatos les confiere una singular posición jurídica a efectos, tanto de participación institu-

cional como de acción sindical”. Indudablemente, “el carácter de más representativo permite a un sindicato situarse en una posición privilegiada respecto de otros, de fortalecer su capacidad de representación”^{**} (Valdés, 1993, p.79) y “de representar institucionalmente el interés general de los trabajadores” (Baylos, 1991, p.132). “Un doble objetivo surge: hacer visible determinados interlocutores viables para los poderes públicos y permitir la consolidación de los medios de acción de los sindicatos” (Sala, 1986, p.367).

Ahora bien, la singular posición de los sindicatos más representativos y la atribución de prerrogativas especiales no pueden ir en detrimento de los sindicatos suficientemente representativos en un ámbito determinado.

Sin entrar en detalles abordamos las distintas prerrogativas reconocidas a los sindicatos más representativos para luego hacer hincapié en el esfuerzo que la jurisprudencia realiza para compaginarlas con el principio de igualdad sindical, especialmente respecto a los sindicatos suficientemente representativos.

2.1. Las prerrogativas reconocidas a los sindicatos más representativos

El artículo 6.3 LOLS establece las prerrogativas de los sindicatos más representativos:

- *Ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de*

* Los jueces constitucionales afirman que un razonamiento contrario llevaría al “absurdo”.

** Para el TC, el tratamiento se justifica y se legitima siempre y cuando el medio utilizado es proporcional al objetivo perseguido. También afirma que la mayor representatividad tiene como origen un dato objetivo, que es la voluntad de los trabajadores.

- Comunidad Autónoma que la tengan prevista.*
- *La negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.*
 - *Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación.*
 - *Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo (Cialti, s.f.).*
 - *Promover elecciones para delegados de personal y comités de empresa y órganos correspondientes de las Administraciones Públicas.*
 - *Obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos que se establezcan legalmente.*
 - *Cualquier otra función representativa que se establezca (Cialti, s.f.).*

A la vista de estas prerrogativas se puede entender el alcance de la fórmula legal del artículo 6.1 LOLS, según el cual la mayor representatividad sindical reconocida a determinados sindicatos les confiere una singular posición jurídica a efectos tanto de participación institucional como de acción sindical.

Pues bien, conviene formular algunas observaciones sobre algunos puntos determinados.

En primer lugar, cuando la LOLS evoca la negociación colectiva *en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, se refiere a los procesos de negociación que pueden desembocar en la firma de un convenio colectivo

estatutario, es decir, que cumple las exigencias legales. Dos aspectos merecen ser apuntados. Por una parte, “los sindicatos suficientemente representativos pueden en las mismas condiciones participar en los procesos de negociación estatutaria siempre y cuando demuestren su representatividad en el ámbito de aplicación del convenio” (Solans, 2004, p.152). Por otra parte, conviene precisar que el carácter de representativo condiciona únicamente la facultad de acceder a las negociaciones, pero no necesariamente significa la puesta en marcha efectiva del proceso de negociación. Por ello es que el derecho español no se refiere únicamente a la noción de representatividad cuando regula la capacidad normativa de los sindicatos. Una segunda exigencia se aplica y permite en última instancia garantizar un vínculo entre representantes y representadas/os. Esta es una exigencia de mayoría que se aplica dos veces. Una, *a priori* o con anterioridad al arranque de la negociación: los negociadores del convenio han de contar con la mayoría de los representantes elegidos en el ámbito considerado*. Dos, *a priori* a la firma: la mayoría de las/os negociadoras/es han de firmar el convenio. Pues bien, la exigencia de representatividad y el doble requisito de mayoría permiten entender lo que representa la noción de legitimación** (Sala, 1990, p.16).

Finalmente, dado el reconocimiento del dere-

* La mayoría de los representantes unitarios, es decir, los miembros de los comités de empresa o los delegados del personal incluidos en el ámbito del convenio.

** La representatividad permite al sindicato gozar de la legitimación inicial, básica o interviniente, que corresponde a “la facultad específica de participar efectivamente en la comisión que negociará el convenio”.

cho a la negociación colectiva en el artículo 37.1 CE, se admitió la validez de convenios colectivos firmados al margen de las exigencias legales. Generalmente, estos convenios colectivos, denominados convenios colectivos extraestatutarios, no respetan las exigencias de legitimación (es decir, representatividad y mayoría) por lo que se le reconoce una eficacia personal limitada, comparable al caso colombiano. Bajo esta hipótesis, cualquier sindicato puede negociar sin tener que demostrar su carácter representativo. En efecto, la jurisprudencia constitucional integró el derecho a la negociación colectiva en el contenido esencial del derecho de libertad sindical, por lo que las restricciones legales en esta materia deberían ser consideradas inconstitucionales si no existiera una válvula de escape para garantizar tal derecho a todos los sindicatos, lo que permite la negociación extraestatutaria.

En segundo lugar, aunque el artículo 6.1 LOLS no se refiere explícitamente a ella, resulta ineludible evocar la facultad otorgada a los sindicatos más representativos de irradiar su mayor representatividad a los sindicatos afiliados. Por consiguiente, esto permite de manera casi automática una representación sindical de una de las grandes centrales sindicales en numerosas empresas.

Ciertamente, los sindicatos más representativos disponen de prerrogativas importantes que les garantizan la posibilidad de desplegar su actividad sindical en buenas condiciones. Sin embargo, podría existir un desequilibrio entre sindicatos más representativos y sindicatos suficientemente representativos. Entonces, ¿cómo

admitir que un sindicato representativo en un ámbito determinado no pueda disponer de las mismas prerrogativas que otro más representativo si esas prerrogativas se ejercen dentro de aquel ámbito determinado?

2.2. El necesario respeto del principio de igualdad sindical

Con el fin de mantener el principio de igualdad entre los distintos sindicatos, proclamado en el artículo 2.2 LOLS* (Rodríguez, 1986, p.205), el TC suavizó en gran medida el alcance de la mayor representatividad. Recordó, con ocasión del control de constitucionalidad de la LOLS, que su puesta en marcha debe ser razonable, proporcional y adecuada al objetivo perseguido y que no puede conducir a impedir la presencia de otras organizaciones representativas en un ámbito determinado (Valdés, 1993; Álvarez, 2006 & Ramírez, 2011).

En este sentido, el artículo 7.2 de la LOLS prevé que los sindicatos suficientemente representativos disponen en su ámbito de referencia de las mismas prerrogativas que organizaciones similares más representativas, salvo que ostenten una delegación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad

* La igualdad entre sindicatos resurge en materia de negociación colectiva. En efecto, el artículo 2.2.d) LOLS enuncia que cada organización sindical tiene derecho a ejercer su actividad sindical y, consiguientemente, negociar en la empresa o fuera de ella. En este sentido, el TC reconoce de forma no equívoca el derecho de todos los sindicatos a la negociación colectiva de eficacia personal limitada. La falta de representatividad de los firmantes del convenio conduce a la no aplicación de las disposiciones del ET y, por lo tanto, a la imposibilidad de reconocer al convenio una eficacia general.

Autónoma que la tengan prevista u obtengan cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos que se establezcan legalmente.

Respecto a estas dos cuestiones, el TC fue más allá y estimó que la participación institucional debe ser reconocida proporcionalmente según la representatividad. En la práctica, permite que un sindicato representativo en un sector de actividad o en un ámbito territorial, que no sea estatal o autonómico, pueda participar en los órganos de carácter consultivo instaurados en el sector o ámbito considerado (Mora, 2008). Siguiendo su interpretación extensiva de la libertad sindical, el TC adoptó la misma postura en materia de cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos que ha de realizarse de manera proporcional, si bien introdujo un correctivo mediante un criterio de preferencia a los sindicatos más representativos (Valdés, 1993; Álvarez, 2006).

En definitiva, se puede considerar que el elemento distintivo por excelencia entre sindicatos más representativos y suficientemente representativos reside en el poder de irradiación. En resumen, el asunto es relevante en la medida que hemos visto cómo promueve fuertemente la presencia sindical en un número importante de empresas.

CONCLUSIONES

A modo de conclusión, resulta oportuno insistir en algunos elementos claves, especialmente respecto al derecho colombiano.

En primer lugar, el dispositivo colombiano

menciona el término de representatividad de forma puntual y sin definirlo. La Ley 278/1996 relativa a la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales establece, en su artículo 5 literal c) modificado por el artículo 1 de la Ley 990/2005, que en representación de los trabajadores formarán parte de aquella *tres (3) representantes, con sus respectivos suplentes personales, designados o removidos por las confederaciones sindicales más representativas del país, determinadas con base en el número de afiliados que cada una de estas posea al momento de la elección, según el censo que en tal sentido elabore el Ministerio de la Protección Social*. Por lo tanto, el proceso de selección entre sindicatos se realiza en vista de las relaciones con el Estado en la modalidad de representación institucional, pero de ningún modo respecto a las acciones sindicales en la relación trabajadores/empleadores. Ciertamente, encontramos el término de “representatividad” en algunos preceptos de decretos relativos a la negociación de los empleados públicos o al principio de unidad de negociación en el sector privado*. Sin embargo, la comparación con el régimen jurídico de

* El artículo 9 del Decreto 160/2014 habla de “grado de representatividad sindical y conformación de la comisión negociadora”, pero se limita a remitir a la autonomía sindical la formación de la comisión, estableciendo en caso de desacuerdo el principio de proporcionalidad en función del número de afiliados. Sin embargo, no prevé ningún umbral que permita saber la representatividad de cada sindicato. Igualmente, el Decreto 89/2014 en su artículo 1 *in fine* dispone que “los sindicatos con menor grado de representatividad proporcional al número de sus afiliados tendrán representación y formarán parte de la comisión negociadora”, sin aportar elementos que definan el concepto de representatividad. En todo caso, resulta muy llamativo que el CST no mencione en ningún caso la noción de representatividad o el término “representativo”.

la representatividad sindical en España no tiene cabida.

En segundo lugar, el derecho colombiano opta por el criterio afiliativo para medir la capacidad de representación de un sindicato y así proceder a una selección. Si bien es cierto que el criterio de los afiliados responde a las exigencias de objetividad contenidas en los textos de la OIT*, hay que admitir que el legislador colombiano no ha elegido el criterio más propicio al fomento sindical. En efecto, en un clima de violencia y persecución del movimiento sindical (Correa, 2009) el criterio afiliativo no deja de ser el menos oportuno para promover y reforzar el movimiento sindical. Al contrario, el criterio de la audiencia electoral llevaría a extender la toma de posición del conjunto de los trabajadores y controlar las derivas del sindicalismo colombiano permitiendo así un control directo del conjunto de los trabajadores y no solo de afiliados afines a las direcciones gremiales.

En tercer y último lugar, el régimen jurídico de la representatividad sindical en España demuestra el papel fundamental desempeñado por la ley que supo facilitar, mediante la noción de representatividad, la promoción y la construcción de un movimiento sindical fuerte y coherente. Esta actuación es conforme al marco constitucional que reconoce la libertad sindical, es decir, el derecho de asociación, el derecho a la negociación y el derecho de huelga. Por otra parte, se inscribe en el artículo 1 de la Consti-

tución que configura España como un “Estado Social y Democrático de Derecho”. El marco constitucional colombiano se asemeja en gran medida al marco constitucional español. Queda, por lo tanto, al legislador mostrarse a la altura de las circunstancias y plasmar en la realidad los mandatos constitucionales.

REFERENCIAS

- Alfonso, C.L. (2012). *Derecho del trabajo*. En L.M. Camps Ruiz y J.M. Ramírez Martínez (Coord.), 2º ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Álvarez, A. (1991). *La organización del sindicato en los lugares de trabajo*. Madrid: Civitas.
- Álvarez, H. (2006). *La mayor representatividad sindical*. México: Universidad de León.
- Álvarez, H. (2006). *Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la mayor representatividad*. Granada: Comares.
- Baylos Grau, A. (1991). *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Madrid: Trotta.
- Baylos Grau, A. (2006). Representación en la empresa y audiencia electoral. En M. J. Romero Rodenas (Coord.), *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*. Albacete: Bomarzo.
- Borenfreund, G. (1988). Propos sur la représentativité syndicale. Dr. Soc. (s.n.).
- Borrajo Dacruz, E. (1985). Sindicatos y negociación colectiva en el Proyecto de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. *RF-DUCM*, (7).

* Recomendación 159 de la OIT que forma parte del Convenio 151 y Comisión de Expertos.

- Borrajó Dacruz, E. (1985-II). La Ley Orgánica de Libertad Sindical en la interpretación del Tribunal Constitucional. AL. (s.n.).
- Casas, M. (1988). Representatividad y mayor representatividad de los sindicatos en España. ¿Un modelo en crisis? *REDT*, (33).
- Casas, M. (1988). La mayor representatividad sindical y su moderación en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión. RL.
- Casas, M. (1990). Democracia, representatividad y afiliación sindicales. En *Cuestiones actuales de derecho del trabajo. Estudios ofrecidos al profesor M. Alonso Olea*. Madrid: MTSS.
- Casas, M. (1990). *Jurisprudencia constitucional y representatividad sindical*. TL, (19-20).
- Cialti, P.-H. (s.f.). La audiencia electoral como criterio de medición de la representatividad sindical: las experiencias española y francesa. *Revista Derecho del Trabajo*.
- Cialti, P.-H. (s.f.). *Los mecanismos autónomos de resolución extrajudicial de conflictos colectivos laborales en España*. Madrid: Editorial Siglo Veintiuno.
- Conferencia Internacional del Trabajo (1994). *Libertad sindical y negociación colectiva*. 81° sesión, BIT.
- Correa, G. (2009). *No es muda la muerte: Informe de violaciones a la vida, la libertad e integridad de las y los sindicalistas en Colombia durante el 2008 y situación de impunidad de las violaciones en el periodo 1986-2009*. Medellín. Extraído desde <http://www.ens.org.co/index.htm>
- Escudero, R. (1990). *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*. Madrid: Tecnos.
- García, J. (1987). *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas*. Madrid: MTSS.
- Montoya, A. (1986). El sindicato más representativo en la LOLS y la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1985. AL.
- Mora, L. (2008). *La participación institucional del sindicato*. Madrid: CES.
- Navarro, F. (1987). El sindicato más representativo en la reciente historia normativa española. *Relaciones Laborales*, 22.
- Navarro, F. (1992). La representatividad por “irradiación” en la jurisprudencia. RL.
- Navarro, F. (1993). *La representatividad sindical*. Madrid: MTSS.
- Ramírez, J. (2011). La representatividad sindical en la LOLS: 25 años después. RL.
- Rodríguez, M. (1986). Puntos claves de la Ley de Libertad Sindical. En M. Rodríguez-Piñero (Coord.), *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*. Madrid: Tecnos.
- Román, M. (1999). *La composición de la representación social en la negociación colectiva estatutaria*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sagardo, Bengoechea, J. & León Blanco, D. (1982). *El poder sindical en España*. Barcelona: Planeta, IEE.
- Sala, T. (1986). El sindicato más representativo a nivel estatal. Funciones y competencia. RL.

Sala, T. (1990). *La negociación colectiva y los convenios colectivos*. Bilbao: Deusto.

Solans, M. (2003). *Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria. Partes negociadoras y procedimiento negociador*. Madrid: CES.

Solans, M. (2004). *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*. Madrid: MTAS.

Valdés, F. (1988). Representación y representatividad sindicales en España. RL.

Valdés, F. (1993). *El sistema de diferenciación entre organizaciones sindicales: de la mayor representatividad a la suficiente implantación y representatividad (y II), Relaciones Laborales*. España: Editorial Siglo Veintiuno.

Verdier, J. (1987). *Syndicats et droit syndical. Traité de droit du travail* (2º ed.), Vol. I. París: Dalloz.

Verdier, J.M. (1991). Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales. *Dr. Soc.*, 5-18.

Yannakourou, S. (1995). *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*. París: LGDJ.

Legislación nacional

Colombia. *Decreto 089/2014*. Bogotá: Editorial Legis. Extraído desde <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=56473>

Colombia. *La Ley 278/1996*. Bogotá: Editorial Legis.

Colombia. *Ley 990/2005*. Bogotá: Editorial Legis.

Legislación internacional

España. Ley 19/1977.

España. *Decreto 3149/1977. Elección de representantes de los trabajadores en el seno de las empresas*. Extraído desde <http://repositorio.historiarecienteenlaeducacion.com/items/show/2205>

España. *Decreto 160/2014*. Extraído desde https://www.google.com.co/?gws_rd=ssl#q=Decreto+160%2F2014

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1919). Extraído desde <http://www.ilo.org/americas/lang--es/index.htm>.

Tratado de Versalles (1919). Extraído desde <http://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>