

REPRESENTANTES SINDICALES Y UNITARIOS.

INSTRUMENTOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SINDICAL.

INTRODUCCIÓN

I-EL MODELO ESPAÑOL DE REPRESENTATIVIDAD.

II- EL DOBLE CANAL DE REPRESENTACIÓN.

III-LA REPRESENTACIÓN UNITARIA. EL PROBLEMA DE LA INFRARREPRESTACIÓN.

IV- LA REPRESENTACIÓN SINDICAL.

V- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:

V.I- La libertad sindical.

V.II-El derecho de indemnidad.

V.III- La tutela de los derechos fundamentales.

IV- OTRAS FORMAS DE REPRESENTACIÓN: LA COMISIÓN SINDICALIZADA.

INTRODUCCIÓN

La crisis económica y social que sacude el mundo industrializado al que pertenecemos deteriora día a día la capacidad de defensa de las clases trabajadoras.

La Oficina Internacional del Trabajo, en su *‘Informe Global sobre la Igualdad en el Trabajo’* alerta de que “*los tiempos económicos difíciles son un semillero para la discriminación en el lugar de trabajo y en la sociedad en general*”. Este informe también nos advierte de la tendencia en los periodos de crisis económicas a menospreciar las políticas en favor del respeto de los derechos de los trabajadores. “*Las medidas de austeridad y los recortes en los presupuestos de las administraciones del trabajo y de los servicios de inspección, así como en la financiación de los organismos especializados en el ámbito de la no discriminación y la igualdad, pueden comprometer seriamente la capacidad de las instituciones para evitar que la crisis económica redunde en un aumento de la discriminación y las desigualdades*”, dice el estudio.

No debemos perder de vista que el horizonte al que todos caminamos cuando reclamamos igualdad de condiciones de trabajo, y que éstas sean cuando menos ‘decentes’ según el término que usa la OIT, es conseguir una sociedad más justa que alcance un crecimiento económico equilibrado y sostenible.

No existen reglas mágicas que aseguren la consecución de tan ambicioso objetivo. La OIT formula varias recomendaciones, algunas de las cuales nos atañe den manera directa. Por ejemplo, el fortalecimiento del respeto de la libertad sindical y la negociación colectiva; también, el fomento de la competitividad de la economía con cohesión social, preservando y respetando los derechos fundamentales en el trabajo.

La libertad sindical constituye una de las garantías primordiales para la paz y la justicia social, y necesitamos nuevos principios que nos permitan mejores respuestas en su defensa. A ello va dedicado esta ponencia.

I-EL MODELO ESPAÑOL DE REPRESENTATIVIDAD.

Los sindicatos han contribuido de manera decisiva al desarrollo y a la consolidación de un Estado Social y Democrático de Derecho en España. Y lo han hecho siempre, en tiempos de crecimiento de la economía y del empleo, y en tiempos de crisis económicas y sociales tan profundas como las que vivimos ahora.

La Constitución Española otorga a los sindicatos el más alto rango de reconocimiento democrático y los reconoce como una de las bases fundamentales de nuestro sistema político, económico y social.

Los sindicatos tienen encomendadas por Ley las funciones de asumir la defensa de los intereses de los trabajadores, la negociación de todos los convenios colectivos y expedientes de regulación de empleo, en general, la mejora de las condiciones de trabajo de todos los trabajadores...

II- EL DOBLE CANAL DE REPRESENTACIÓN

Como es sabido, nuestro sistema de relaciones laborales se asienta en un doble canal de representación:

1. La **representación unitaria**, que la conforman los “representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa en procesos electorales” (art. 3 b Convenio 135 OIT). En España este proceso electoral se celebra cada cuatro años, y se eligen los delegados/as de personal, miembros de comité de empresa y /o integrantes de la junta de personal en las empresas o centros de trabajo.

Su regulación está prevista en el Estatuto de los Trabajadores (ET) y son normas de derecho necesario en unos casos imperativas o relativo en otras, pero su artículo 61 reconoce que se pueden crear

otros tipos de órganos de representación mediante disposiciones legales o convencionales.

2. La representación sindical: nombrados o elegidos por los sindicatos o por los trabajadores/as afiliados a ellos”(art. 3,a Convenio 135 OIT). Se trata de la representación sindicato en la empresa, mediante la constitución de la **Sección Sindical en la empresa o en el centro de trabajo** “por los afiliados” a un determinado sindicato y el nombramiento de sus representantes, entre ellos, los delegados/as sindicales LOLS, dotados de ciertas ventajas, como es conocido, en el caso de que:
 - la empresa o el centro, tenga una plantilla superior a 250 trabajadores y el concreto sindicato ostente representación en el órgano unitario o bien,
 - se haya conseguido mejorar la norma establecida en la LOLS a través de un acuerdo con menores exigencias para el nombramiento de las y los delegados sindicales¹.

Su regulación, se ha desarrollado “parcialmente” en nuestro ordenamiento interno y está prevista en la LOLS. Son normas mínimas de derecho necesario imperativo en algunos aspectos, pero esencialmente derecho necesario relativo en todo lo referido a la libertad de organización del sindicato para establecer fórmulas creativas de representación del propio sindicato, **a las que se les puede dotar de reconocimiento expreso, competencias y derechos específicos a través de la negociación colectiva.**

¹ Desde mi punto de vista, resultan muy interesantes los acuerdos que sustituyen los requisitos para el nombramiento de los delegados LOLS establecidos en la Ley Orgánica por otros que fomentan la afiliación sindical. Un ejemplo claro lo constituye en C.C. Metal de la provincia de Valencia, que en su artículo 60 prevé el nombramiento de un delegado sindical “*En aquellos centros de trabajo con plantilla que exceda de 75 trabajadores, y cuando los sindicatos o centrales posean en los mismos una afiliación superior al 15 % de aquella, la representación del sindicato o central será ostentada por un delegado.*”

III-LA REPRESENTACIÓN UNITARIA. EL PROBLEMA DE LA INFRARREPRESENTACIÓN

Resulta un hecho indiscutible que la totalidad de trabajadores y trabajadoras que presta servicios en las microempresas o en centros de trabajo cuya plantilla sea inferior a seis trabajadores no tienen acceso al derecho de participación regulado en el Título II ET, es decir, no tienen derecho a elegir delegados de personal.

Pero estos trabajadores que prestan servicios en empresas con plantilla inferior a 6 trabajadores no son los únicos a los que se imposibilita el ejercicio del derecho de participación en la empresa. El problema de la infrarrepresentación tiene dimensiones mucho más amplias.

El cometido de este apartado es tratar la problemática de la infrarrepresentación, el alcance de la misma (que no se limita a las empresas con plantilla inferior a 6 trabajadores, como habitualmente venimos afirmando); ser conscientes de la realidad de hecho y de derecho de la situación y efectuar algunas reflexiones sobre los motivos que han consolidado en el tiempo los vacíos de representación que impiden a un gran número de trabajadores elegir a los representantes en la empresa.

Los motivos de la infrarrepresentación son diversos y, en principio, pueden apuntarse los siguientes:

- Las normas que regulan el derecho de representación solo contemplan la posibilidad de elegir delegados de personal o miembros del comité de empresa en unas determinadas unidades electorales establecidas por normas de legalidad ordinaria y desarrolladas por la reglamentación electoral².

En este sentido, cabe afirmar, que todos los trabajadores que presten servicios en empresas con plantilla inferior a seis trabajadores no pueden elegir un representante unitario. (Art. 62 ET) .

² Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

Cabe afirmar que tampoco cabe agrupar centros de trabajo de menos de seis trabajadores para elegir un delegado de personal (o tres, dependiendo de la plantilla).

Ciertamente, el Art 63 ET declara que en la empresa que tenga en la misma provincia o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo, cuyos censos no alcancen los 50 trabajadores pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto y no impone requisito alguno sobre el número mínimo de trabajadores que debe tener cada centro que se agrupe para la elección del comité de empresa. Pero la realidad jurídica es otra, como veremos en el siguiente apartado.

- La jurisprudencia, al interpretar estas normas ha sido absolutamente restrictiva, anulando las elecciones celebradas y negando el derecho de elegir representantes unitarios a importantes colectivos de trabajadores.

En efecto, el Tribunal Supremo ha declarado en la sentencia de 31 de marzo de 2001 (RJ 2001/2138) que no es posible, en ningún caso, agrupar centros de trabajo con plantilla inferior a seis trabajadores para la celebración de elecciones de delegados de personal; que los promotores de tales elecciones (los sindicatos) no pueden alterar la única unidad electoral básica establecida por la ley para éstas (el centro de trabajo); y no cabe su convocatoria y celebración en un ámbito superior al centro de trabajo, mediante la agrupación de varios de ellos con la finalidad de obtener por esa vía una representación distinta en número o calidad a la querida por la Ley.

La Sentencia referida se ocupaba de un conflicto colectivo planteado por la empresa MINIT COLORS ESPAÑA, SA. La empresa tenía 156 trabajadores en alta en distintos centros de trabajo diseminados en diversas comunidades autónomas del Estado español. Los centros de trabajo tenían plantillas inferiores a 6 trabajadores y la empresa ocupaba a menos de 50 trabajadores en cada provincia. Las convocatorias agrupaban a los centros de cada provincia con la intención de celebrar elecciones para elegir un delegado de personal o tres, en función del número total de trabajadores que prestaba servicios en los centros agrupados. El fallo de la sentencia determinó

que las elecciones a delegados de personal no podían celebrarse agrupando centros de trabajo con menos de seis trabajadores.

Posteriormente, y respecto del artículo 63 ET, el Tribunal Supremo, nuevamente en una interpretación limitadora del derecho de representación, ha declarado que para la elección de Comités de empresa no procede la agrupación de centros de trabajo con menos de diez trabajadores.

La STS de 7 febrero 2012 (RJ 2012\3752) que confirma el criterio ya mantenido en anteriores pronunciamientos declara que: “no es posible, en ningún caso, agrupar los centros de trabajo con menos de diez trabajadores para la elección del Comité de Empresa...”

En el caso que se enjuiciaba, 118 trabajadores de diferentes centros de trabajo de una provincia quedaron sin representación.

Por tanto, también es un hecho consumado que, aquellos trabajadores que presten servicios en grandes empresas, organizadas en pequeños centros de trabajo cuyas plantillas no superen los diez trabajadores por centro, quedan al margen de la representación unitaria porque no pueden agruparse los diferentes centros de trabajo a efectos de celebrar una elección conjunta y elegir un comité de empresa.

- Los intentos de la negociación colectiva de regular otros requisitos, menos exigentes para la elección, han sido declarados nulos por vulnerar normas imperativas, han resultado fallidos o se han quedado a medio camino.

Finalmente, no puede dejar de considerarse que la doctrina mayoritaria también entiende que no es posible *negociar* la elección de representantes unitarios en otras unidades electorales distintas a las establecidas en el Estatuto de los Trabajadores.

En consecuencia, en estos momentos, ya no cabe hablar de la problemática de las empresas o centros de trabajo con plantillas inferiores a 6 trabajadores. El problema de la infrarrepresentación tiene un alcance mucho mayor.

Alrededor del 87% de las empresas de nuestro país tienen vedada la elección de un representante unitario de los trabajadores.

El vacío de representación que se da en la pequeña empresa afecta al interés sindical que puede ser colmado a través de la representación sindical en la empresa, pues la LOLS no establece expresamente umbral alguno para su implantación.

Los trabajadores que desarrollan su actividad profesional en estas empresas o centros de trabajo, cuya plantilla es inferior a seis, tienen importantes limitaciones en el ejercicio de la actividad sindical. Como pone de manifiesto la STS de 31 de enero de 2001³, estos trabajadores/as no podrán celebrar asambleas, puesto que éstas, según lo dispuesto en el artículo 77 ET, deben estar presididas por delegados/as de personal, tampoco podrán plantear conflictos colectivos, pues el artículo 154 LRJS sólo legitima a los órganos de representación de los trabajadores para promoverlos, no recibirán el asesoramiento inmediato que prevé el artículo 49.2º ET en el momento de firmar un finiquito. A estas funciones descritas en la sentencia reseñada, cabe añadir todas las derivadas de la negociación colectiva; la falta de interlocutor social, de representante de las y los trabajadores, supone en la práctica, la negociación directa trabajador-empresa, y también, como consecuencia, la imposición unilateral de las condiciones de trabajo por parte del empresariado, en la mayor parte de las ocasiones.

Pero estos trabajadores/as si pueden organizarse sindicalmente, constituir una sección sindical e incluso nombrar un delegado sindical - aunque sin las garantías que otorga el artículo 10 LOLS- y ser asistidos eficazmente por el sindicato en sus empresas o en sus centros de trabajo.

³ STS 31 enero 2001 (núm. 1959/2000) declara en su fundamento jurídico octavo *“Es cierto que ello implica ciertas limitaciones para los trabajadores sobre todo desde una interpretación literal de preceptos legales. A título de ejemplo, no podrán celebrar asambleas, puesto que éstas, «ex» art. 77, deben estar presididas por los delegados de personal, aunque ello supone una limitación más formal que real puesto que, como hemos ya apuntado, en los centros de pequeñas dimensiones la comunicación entre los trabajadores es tan fluida que aquéllas pierden su sentido. Tampoco podrán plantear conflictos colectivos, pues el art. 152 sólo legitima a los órganos de representación de los trabajadores para promoverlos. Y no recibirán el asesoramiento inmediato que prevé el art. 49.2 ET para el momento de firmar un finiquito. también la empresa que no cuenta con representantes de los trabajadores puede verse privada de los importantes instrumentos de gestión previstos en los artículos 34.2 y 3, 40.2, 41.2, 47 y 51.2 ET, puesto que todos ellos exigen consultas con los representantes de los trabajadores. Todo lo cual demuestra lo aconsejable que sería dotar a los trabajadores de la empresa demandada de representantes unitarios; pero ello habrá de lograrse en su caso por el cauce de una negociación”*

V- LA REPRESENTACIÓN SINDICAL

El derecho de libertad sindical constituye un derecho fundamental reconocido expresamente en el art. 28.1 CE.

Por lo que hace referencia a los sujetos titulares del derecho, la libertad sindical se reconoce en un plano individual a los trabajadores. Desde un plano colectivo, el derecho se reserva a la asociación sindical y a las organizaciones sindicales complejas.

En relación con los contenidos del derecho de libertad sindical, el art. 28.1 CE se limita a recoger los derechos de organización:

- 1) Derecho a fundar sindicato y a afiliarse al de libre elección.
- 2) Derecho de los sindicatos a fundar confederaciones y organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas (art. 28.1 CE).

El artículo 10.1 LOLS establece que: “Los trabajadores afiliados a un sindicato podrán constituir en el ámbito de la empresa o del centro de trabajo una sección sindical”

La Sección Sindical se compone de quienes trabajan en una misma empresa o centro y se encuentran afiliados a un sindicato. No importa el número de trabajadores/as existentes, ni la estructura de la empresa, cualquier sindicato puede constituirla. Se han de cumplir sólo dos requisitos:

1. Ser trabajador/a de la empresa o del centro
2. Estar afiliado/a al sindicato.

La posibilidad de crear secciones sindicales pertenece al contenido esencial del derecho de libertad sindical. El ejercicio de este derecho es incondicional y no puede limitarse.

Los sindicatos, en el ejercicio de su libertad de auto-organización, que forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical, pueden constituirse a través de los órganos que estatutariamente determinen

en todos los lugares de trabajo (centros de trabajo, empresas, grupos de empresas).

A la Sección Sindical le asiste el derecho fundamental de la libertad sindical englobando:

- **Derecho a informar:** recibir y distribuir a toda la plantilla la información sindical que remite el sindicato, la transmisión de noticias de interés sindical, es el elemento básico de la participación que nos permite el ejercicio íntegro de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindical.

- **Derecho de reunión** de las y los afiliados: cauce de entendimiento directo con el Sindicato, la afiliación y el resto de trabajadores/as para reforzar la presencia sindical en la empresa y fomentar la afiliación.

- **Derecho a negociar acuerdos, pactos y convenios colectivos que afecten solo a los trabajadores afiliados al sindicato** y, en su caso, a los que decidan solicitar la adhesión al pacto o al acuerdo.

La constitución de la sección sindical no exige ningún requisito especial a los sindicatos; cualquier sindicato puede constituirla. Respecto de la empresa o del centro de trabajo, la LOLS tampoco exige el cumplimiento de requisito alguno. No es necesario que la empresa o el centro cuenten con determinado número de trabajadores y resulta indiferente la estructura organizativa de la empresa. Por lo que refiere a los trabajadores, se exigen, esta vez sí, dos requisitos: ser trabajador de la empresa o del centro de trabajo y estar afiliado al sindicato.

La estructura de la sección sindical deberá configurarse en base, como mínimo, a dos afiliados.

La comunicación de la creación de la sección sindical al empresario es necesaria en la medida en que se precise para desarrollar la acción sindical dentro de la empresa.

Esta sección sindical, de carácter básico, no puede nombrar delegados LOLS, pero sí puede nombrar un delegado sindical o portavoz de la sección que represente a los trabajadores afiliados al sindicato.

La legitimidad del sindicato para reunir a los trabajadores afiliados y a los simpatizantes “para los fines propios sindicales” es la vía que interesa empezar a explorar en las empresas y en los centros de trabajo sin representación. Sería posible, una vez constituida la sección sindical básica con dos afiliados, que el Sindicato convoque una reunión en el centro de trabajo o en la empresa con los afiliados y simpatizantes “para los fines propios del sindicato”. Se establece de este modo un cauce de entendimiento directo con los afiliados y también con el resto de trabajadores; se refuerza la presencia sindical en la empresa, se fomenta la afiliación...

El derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de la libertad sindical, puesto que la transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores, es el fundamento de la participación. Por lo tanto, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindical. La sección sindical básica puede constituirse en la destinataria de la información sindical que remite el sindicato y podría distribuir la información a todos los trabajadores afiliados o no, que presten servicios en el centro de trabajo o en la empresa en cuestión.

Desde la perspectiva de la negociación colectiva de eficacia limitada, el Sindicato puede, a través de las secciones sindicales de las empresas y de los centros de trabajo huérfanos de representación unitaria, negociar acuerdos, pactos y convenios colectivos que afecten solo a los trabajadores afiliados al sindicato y, en su caso, a los que decidan solicitar la adhesión al pacto o al acuerdo.

El Sindicato se constituye, a través de la sección sindical básica, como el mejor instrumento de promoción de la afiliación y sindicalización de las empresas sin representación unitaria.

La actividad sindical que desarrollan las estructuras sindicales legalmente constituidas forma parte del contenido esencial de la libertad sindical como derecho fundamental, lo que significa una especial protección para la actividad sindical llevada a cabo por los afiliados a la sección sindical básica.

Cuando la actividad de un sindicato tiene proyección externa y se dirige a todos los trabajadores, afiliados y no afiliados, el derecho constitucional a la libertad de acción sindical proteger a todos los trabajadores que participen en la misma. Por tanto, también a los miembros de la sección sindical.

V- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:

V.I- La libertad sindical

El Tribunal Constitucional (en lo sucesivo TC) observa desde sus primeras sentencias que el art. 28.1CE contiene una enumeración meramente ejemplificativa de los derechos de libertad sindical; el art. 28.1 no es ni exhaustivo ni limitativo en la descripción de los contenidos. Para el TC, aunque el tenor literal del art. 28.1 CE parece restringir el contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, en virtud de lo dispuesto en el art. 7 CE y del canon hermenéutico sentado por el art. 10.2 CE, cabe interpretar que su enumeración de derechos no constituye un *numerus clausus* porque en el contenido de ese precepto se integra también el **derecho a la actividad sindical**, es decir, el derecho a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden (entre otras SSTC 94/1995, 19-7-1995 [RTC 1995, 94] ; 168/1996, 29-10-1996 [RTC 1996, 168] ; 70/2000, 13-3-2000 [RTC 2000, 70] ; 308/2000, de 18-12-2000 [RTC 2000, 308] ; 185/2003, de 27-10-2003 [RTC 2003, 185] y 198/2004, de 15-11-2004 [RTC 2004, 198].

El art. 2 de la LOLS procede a una ordenación de los derechos de libertad sindical que puede estimarse sistemática y completa. Se puede decir que el derecho de libertad sindical integra los derechos de organización mencionados en el art. 28.1, así como los derechos de actividad que permitan al sindicato cumplir con las funciones de promoción y defensa de los intereses de los trabajadores que le reconoce el art. 7 CE.

Los derechos referidos también son garantizados frente al empresario. Establece al respecto el art. 12 LOLS que **serán nulas y sin efectos «las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato»** (art. 12 LOLS).

Idéntica prohibición se contiene en los arts. 4.2.c) y 17 ET. Además, el art. 28.2 LISOS tipifica tales conductas como infracciones administrativas muy graves.

Por ejemplo, la jurisprudencia ha determinado que no atenta al derecho a la libertad sindical la decisión empresarial de aplicar o extender un convenio de eficacia limitada a trabajadores no afiliados, o incluso afiliados a sindicatos distintos del firmante de dicho acuerdo o pacto (SSTS 17-7-1995 [RJ 1995, 6270] y 10-6-1998 [RJ 1998, 4105]); ni un trato salarial diferente, si no se aportan indicios suficientes de que el motivo sea la afiliación sindical, máxime si el régimen salarial en cuestión ya regía antes de la afiliación y afectaba a su vez a otros trabajadores (STC 214/2001, 29-10-2001 [RTC 2001, 214]); ni, en fin, la remisión por la empresa de comunicaciones a los representantes sindicales imputándoles un incumplimiento, pues ello forma parte de la libertad de expresión y opinión empresarial (STS 16-4-1999 [RJ 1999, 4423]).

También se ha declarado, en la STC 198/2004, de 15 noviembre (RTC 2004, 198], considera que se lesiona el derecho a la libertad sindical de un trabajador, representante sindical, despedido por motivos relacionados con el ejercicio de las libertades de información y expresión. La STC 216/2005, de 12 septiembre (RTC 2005, 216], establece que se vulneró el derecho a la libertad sindical, al cesar de policía en puesto de libre designación, al ser nombrado representante sindical. La proximidad temporal del nombramiento sindical con el cese y la falta de prueba por la Administración, de los motivos en que fundó la medida por falta de idoneidad para el desempeño del puesto, son indicios racionales de trato discriminatorio.

En la misma línea, se ha declarado que sí lesiona el derecho a la libertad sindical en su dimensión de garantía de indemnidad cuando la Administración propone al trabajador que podría continuar en la comisión

de servicios si renunciaba a su condición de liberado sindical (STC 336/2005, 20 diciembre [RTC 2005, 336]).

En cambio, no vulnera el derecho de libertad de un sindicato minoritario el pacto firmado por la empresa con los dos sindicatos mayoritario (UGT y CCOO) en el que se establece en favor de estos últimos un crédito adicional de horas sindicales por ostentar la doble condición de tener implantación en la empresa y ser sindicatos más representativos a nivel estatal. Únicamente cabría tachar el acuerdo de contrario a Derecho en el caso de que de sus términos resultara una implicaran una merma para las garantías de los demás sindicatos (STS 25-7-2013 [RJ 2013, 6802]). Tampoco vulnera este derecho la cláusula convencional que concede un crédito horario exclusivamente a los sindicatos firmantes del convenio para contribuir a la mejor administración del mismo (SAN 14-12-2012 [JUR 2013, 85445]) o aquella que les atribuye en exclusiva ayudas económicas para sufragar los gastos derivados de la superior actividad que desarrollan éstos en las comisiones de gestión del mismo (TS 23-4-2013 [RJ 2013, 5688])

Al contenido esencial de la libertad sindical, deben añadirse todas aquellas facultades y derechos atribuidos por normas legales, normas reglamentarias o por vía de la negociación colectiva, que pasan a engrosar el contenido de la libertad sindical, constituyendo lo que la jurisprudencia constitucional - seguida después por la jurisprudencia ordinaria - ha acuñado como contenido adicional de aquel derecho (STC 13/1997, 27-1-1997 [RTC 1997, 13] ; STC 145/1999, 22-7-1999 [RTC 1999, 145] ; STC 44/2001, 12-2-2001 [RTC 2001, 44]).

Cabe incluir por tanto, que todos los derechos de actividad y todas las facultades que reconoce y describe la LOLS (a partir de la cláusula general de su art. 2.2): el derecho a la constitución de secciones sindicales y la designación de delegados sindicales (art. 8 y 10 LOLS), el derecho a permisos retribuidos de los representantes sindicales que, estando en situación de activo en una empresa, participen en las comisiones negociadoras de convenios colectivos (art. 9 LOLS), o los derechos de acción ante los tribunales en defensa de la libertad sindical (arts. 13 y 14 LOLS), a los que han de añadirse las facultades específicamente reconocidas a favor de los sindicatos más representativos o de los que acreditan una mínima representatividad (arts. 6 , 7 y 9.1 LOLS), como

las que se refieren a la participación institucional o a los cargos sindicales, forman parte del contenido de la libertad sindical.

V.II-El derecho de indemnidad

El término *indemnidad* significa estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio.

En términos jurídicos, la garantía de indemnidad implica la prohibición empresarial de represalia ante el ejercicio por parte del trabajador de cualquiera de sus derechos fundamentales o libertades públicas (libertad sindical, ideológica, de expresión, de información, de huelga,...).

La garantía de indemnidad también constituye una manifestación particular del derecho a la tutela judicial efectiva, prevista en el Art. 24 CE y significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para el trabajador que los formula.

Por decirlo de otro modo, **una actuación empresarial debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula cuando está motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial o previa tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se crea asistido**, por contraria a ese mismo derecho fundamental reconocido en el Art. 24 CE.

Ciertamente, entre los derechos laborales básicos de los trabajadores se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo; así lo recoge el Art. 4.2.g) ET.

Por otra parte, el Art.17.1º ET declara que serán nulas *“las decisiones empresariales que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”*.

En el ámbito internacional, el Convenio 158 de la OIT, excluye expresamente de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo “*el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes*”.

La garantía de indemnidad protege a los trabajadores no sólo frente al despido, sino también ante cualquier otra medida o respuesta empresarial ante el ejercicio de una acción judicial por el trabajador.

La STC 14/93 (RTC 1993, 14) establece que “*la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no solo se produce por irregularidades producidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que puede verse lesionado tal derecho también cuando de su ejercicio resulte una conducta ilegítima de reacción o de respuesta a la acción judicial por parte del empresario. Por ello, una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos, de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y nula por contraria a este mismo derecho fundamental (SSTC 7/93 de 18 enero (RTC 1993, 7)) ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (art. 4.2 g) ET) mientras que el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo en su art. 5 c) dispone que no podrá darse por terminada la relación de trabajo por haber presentado una queja o un procedimiento contra el empleador por vulneraciones legales, aun las supuestas o que no puedan ser comprobadas finalmente». Y en el propio fundamento se señala que « como afirma la STC 14/93 , el derecho de tutela judicial no se satisface solamente mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, en virtud de la cual del ejercicio de la acción judicial no pueden derivarse para el trabajador consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas. Así, en el ámbito de la relación de trabajo, la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los jueces y*

tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos”.

En palabras de la Sentencia del TS 18-2-2008 (RJ 2008, 1632) , Recurso 1232/2007 :*" Son muchas y muy conocidas las sentencias del Tribunal Constitucional y de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que recogen la consolidada doctrina sobre la garantía de indemnidad que integra el art. 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836) , y que se traduce en que nadie, en este caso los trabajadores, puede en ningún momento resultar perjudicado por el hecho de haber reclamado en juicio lo que considera su derecho -por todas SSTC 90/1997 (RTC 1997, 90) o 29/2002 (RTC 2002, 29) - pues como resumió la STC 55/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 55) , con cita textual de otras anteriores, en concreto la STC 7/1993, de 18 de enero (RTC 1993, 7) , "la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no solo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos previos o preparatorios al proceso, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario", pues "el derecho a la tutela judicial efectiva no solo se satisface... mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza".*

En relación con las reclamaciones extrajudiciales, no ya las planteadas ante autoridades administrativas sino ante la propia empresa, a las que, en principio, no alcanzaría la tutela propia de la garantía de indemnidad, el TC ha abierto una interesante línea de interpretación ampliatoria o extensiva del ámbito amparado por aquélla, en su Sentencia 55/2004, de 19 abril (RTC 2004, 55) . En la misma, el TC ha considerado que también deben quedar amparados por la garantía aquellos actos previos al propio proceso judicial que, sin venir impuestos por el ordenamiento laboral y no siendo necesarios para abrir el proceso, son realizados por el trabajador para tratar de evitar la judicialización del conflicto y encontrar una solución amistosa.

En efecto, en relación con la garantía de indemnidad, el TC ha declarado que la trasgresión de la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando de su ejercicio, o de la realización de actos preparatorios o previos necesarios para el mismo (incluso de intentos de solución extrajudicial de conflictos dirigidos a la evitación del proceso - STC 55/2004, de 19 de abril -), se siguen consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre las más recientes, SSTC 55/2004, de 19 de abril, FJ 2 ; 87/2004, de 10 de mayo (RTC 2004, 87) , FJ 2 ; 38/2005, de 28 de febrero (RTC 2005, 38) , FJ 3 ; 144/2005, de 6 de junio (RTC 2005, 144) , FJ 3 ; 16/2006, de 19 de enero (RTC 2006, 16) , FJ 2 ; 120/2006, de 24 de abril (RTC 2006, 120) , FJ 2 ; o 138/2006, de 8 de mayo (RTC 2006, 138)

La garantía de indemnidad, según reiterada doctrina, **es un derecho con un doble carácter reparador y preventivo**. De un lado, busca restituir en la integridad de su derecho al trabajador represaliado por el legítimo ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que entronca con la doctrina general sobre la nulidad de las medidas empresariales discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales iniciada con la STC 38/1981 (RTC 1981, 38). Pero, por otro lado, la garantía de indemnidad tiene también una clara faceta preventiva, frente al eventual uso de los poderes empresariales como instrumento de coacción para disuadir a los trabajadores del acceso a los jueces y tribunales; se muestra como un instrumento muy eficaz para ahuyentar en el ámbito de las relaciones laborales las reticencias de los trabajadores a hacer valer los derechos que les asisten en sede judicial por temor a las represalias.

Por tanto, y por lo que al derecho de indemnidad se refiere, podemos concluir con que **el derecho de indemnidad constituye la cobertura necesaria para el ejercicio de la acción sindical en la empresa por los afiliados a la sección sindical**, que se materializa en el derecho a no ser *represaliados* por el empresario por el ejercicio de un derecho fundamental (especialmente el de libertad sindical) o por interponer una demanda ante los tribunales, una denuncia ante la Inspección de trabajo, un acto de conciliación ante el SMAC,... en solicitud de los derechos individuales o

colectivos que representa y, aunque con posterioridad, la demanda no sea estimada, la denuncia sea archivada o la conciliación desistida.

V.III- La tutela de los derechos fundamentales: libertad sindical, no discriminación e indemnidad

Frente a las conductas contrarias a los derechos fundamentales el ordenamiento jurídico reacciona por diversas vías.

En primer lugar, estableciendo una tutela judicial a través de un **proceso jurisdiccional especial** y una tutela ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. En segundo lugar, disponiendo la posibilidad de sanciones penales y administrativas frente a las conductas antisindicales.

La tutela del derecho fundamental de libertad sindical tiene su reconocimiento en el art. 13.1 LOLS, en el que se establece que *«Cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical, por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones públicas, o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona»* (art. 13.1 LOLS).

La modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales en general, se encuentra regulada en los arts. 177 a 184 LRJS. Esta modalidad procesal tiene **carácter opcional**, lo que significa que quien considere lesionado su derecho de libertad sindical (trabajador o sindicato) podrá canalizar su pretensión bien por el procedimiento ordinario, bien por el especial de tutela (STS 18-9-2001 [RJ 2001, 8448] , y las que en ella se citan; y STS 30-5-2002 [RJ 2002, 7565]).

El proceso se caracteriza, en relación con su objeto, por ser un proceso de **cognición limitada**, en el que el conocimiento judicial se circunscribe a constatar la existencia de lesión de un derecho fundamental, sin que puedan abordarse en el mismo cuestiones de mera legalidad o simples infracciones de las normas que contienen el régimen jurídico del

derecho en cuestión (SSTS 24-1-1996 [RJ 1996, 193] ; 3-2-1998 [RJ 1998, 1430] y 18-9-2001 [RJ 2001, 8448] , con abundante cita doctrinal).

Sólo existen dos titulares del derecho que puede ser invocado en el proceso, **el trabajador individual y el sindicato**; además, cada uno de ellos estará legitimado para demandar la tutela de los derechos de los que es titular: el trabajador de los contenidos individuales de la libertad sindical; el sindicato de los derechos colectivos de la libertad sindical (STC 215/2001, 29-10-2001 [RTC 2001, 215]).

No obstante, la intervención del sindicato es compleja, en el sentido de que no sólo está legitimado cuando es titular del derecho lesionado:

a) **El sindicato puede intervenir como parte coadyuvante** cuando la demanda es planteada por un trabajador, afiliado al mismo, como sujeto lesionado y éste se constituye en parte activa principal del proceso. En este caso, el sindicato al que esté afiliado el trabajador demandante o un sindicato más representativo puede actuar como parte coadyuvante en el proceso (art. 14 LOLS; art. 177.2 LJS).

b) El sindicato puede actuar, también, como parte principal frente a una actuación que incida directamente en sus derechos de libertad sindical (u otros derechos fundamentales), o bien, sin verse afectado directamente, cuando considere que la actuación antisindical (o contraria a los derechos fundamentales) afecta al interés colectivo de los trabajadores. Se interpreta en este caso que el sindicato ostenta un «interés legítimo» (art. 177.1 LJS) para reclamar la tutela judicial frente a comportamientos empresariales contrarios a los derechos fundamentales o discriminatorios (por razón de sexo, edad, etc.) que tienen una dimensión colectiva, esto es, existe un interés abstracto del grupo que también es tutelable y su defensa no puede ser ejercida por un sujeto individual sino colectivo.

También son propios del proceso de tutela de la libertad sindical, además de la legitimación sindical o la participación del sindicato en cualidad de coadyuvante, **la intervención del Ministerio Fiscal y la alteración (inversión) de la carga de la prueba**, una vez que el demandante aporte indicios suficientes de la existencia de lesión (STC 136/2001, 18-6-2001 [RTC 2001, 136] , con referencia a las precedentes SSTC 266/1993 [RTC 1993, 266] y 29/2000 [RTC 2000, 29] ; y posteriores SSTC 29/2002, 11-2-2002 [RTC 2002, 29] y 114/2002, 20-5-

2002 [RTC 2002, 114]). El TC otorga el amparo, 17/2005, 1-2-2005 [RTC 2005, 17], al no producirse la inversión de la carga de la prueba, habiendo aportado el Sindicato, indicios suficientes de actitud antisindical.

Finalmente, uno de los aspectos de la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales que mayor trascendencia práctica ha tenido –y tiene– es el relativo a la posibilidad de condena al sujeto causante de la lesión a **reparar los daños** derivados de la misma –incluidos los daños morales– mediante la condena al pago de una indemnización. El art. 183 LJS, establece que si la sentencia estima la vulneración del derecho fundamental, “el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, corresponda a la parte demandante. en función del daño moral y perjuicios adicionales derivados” y la concretará prudencialmente, cuando la prueba de su importe exacto resulta difícil o costosa “para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como contribuir a la finalidad de prevenir el daño”

Todos los trabajadores afiliados a un sindicato quedan expuestos a posibles actos discriminatorios del empresario si la actividad sindical que realizan, en razón de su afiliación, no está protegida. Conviene pues examinar, mínimamente, el alcance del derecho de protección y establecer las bases para su reconocimiento.

El reconocimiento constitucional en el desempeño de la acción sindical, de las tareas de representación, del ejercicio de la libertad sindical, va a resultar tremendamente interesante, desde el punto de vista de la protección y de las garantías que ostentan los afiliados al sindicato, y que van a quedar protegidos por el ejercicio de la misma ante eventuales actos discriminatorios del empresario.

En efecto, el hecho de que **la actividad sindical que desarrollen las estructuras sindicales legalmente constituidas forme parte del contenido esencial de la libertad sindical como derecho fundamental es muy relevante por cuanto que significa una especial protección para los trabajadores que forman la sección sindical** que se concreta en los siguientes extremos:

- Posibilidad de invocación del precepto constitucional ante los poderes públicos.
- Desarrollo legislativo a través de ley Orgánica, que en todo caso, debe respetar el contenido esencial del derecho (el desarrollo legislativo no puede hacerse por ley ordinaria o por vía reglamentaria).
- Las vulneraciones del derecho se tramitarán judicialmente a través del procedimiento especial de vulneración de derechos fundamentales (procedimiento especial y sumario, en el que es parte el Ministerio fiscal, al que se accede directamente, sin necesidad de conciliación o reclamación previa).
- La vulneración del derecho de libertad sindical implica, también, el acceso al recurso de amparo constitucional.

Es preciso destacar que los delegados de personal y miembros de Comité de empresa o de la Junta de Personal, carecen de esta garantía. La jurisprudencia constitucional resulta consolidada a este respecto⁴.

Los Delegados de Prevención de Riesgos Laborales tampoco tienen reconocido el derecho a la libertad sindical previsto en el art. 28 de la Constitución, según se deduce de lo dispuesto en los artículos 1, 2, 4 y 13 de la LOLS y ello porque el Delegado y el Comité de Seguridad y Salud son una creación de la ley ordinaria y no de la Constitución.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido el derecho a la protección en el ejercicio de la actividad sindical de todos los trabajadores, incluso de los no afiliados, siempre que participen en una actividad externa promovida por el sindicato: “ *Cuando una actividad de un sindicato tiene proyección externa y se dirige a todos los trabajadores, afiliados y no*

⁴ Por todas STC 95/1996 de 29 de mayo(RTC 1996/95: “la Norma fundamental constitucionaliza el sindicato (art. 7 CE), sin hacer lo mismo con los comités de empresa y los delegados de personal, los cuales son creación de la Ley, teniendo sólo una indirecta relación con el art. 129.2 CE (o con el art. 103.3 CE en el caso de los delegados y juntas de personal de los funcionarios públicos), al que en su caso desarrollan por todas) (SSTC 37/1983 [RTC 1983\37], 118/1983, 45/1984 [RTC 1984\45], 98/1985 [RTC 1985\98], 165/1986 [RTC 1986\165], 104/1987, 9/1988, 51/1988, 197/1990 y 134/1994; AATC 533/1985 y 25/1992). Y, como igualmente hemos afirmado con reiteración, estos últimos órganos poseerán los derechos constitucionales y legales a que antes se ha hecho referencia, pero no tienen constitucionalmente garantizada la libertad sindical consagrada en el art. 28.1 CE que se refiere sólo a la actividad legítima realizada por los sindicatos en representación, defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores (STC 134/1994). En definitiva, hay que reafirmar que, en su vertiente colectiva, la titularidad originaria del derecho fundamental contemplado en el art. 28.1 CE pertenece a los sindicatos y no a otros sujetos colectivos, como los comités de empresa y los delegados de personal (por todas, SSTC 197/1990 y 134/1994).

afiliados, el derecho constitucional a la libertad de acción sindical debe proteger a todos los trabajadores que participen en la misma. En realidad, de no entenderse así el alcance del art. 28.1 CE, no sólo se dejaría desprotegidos a los trabajadores, sino que, indirectamente, se afectaría de forma grave a los propios sindicatos y a las funciones que la Constitución les reconoce, puesto que las actividades no declaradas ilícitas dirigidas a todos los trabajadores -que son, sin duda, las de mayor relieve-, podrían verse frustradas al no ofrecer a todos los destinatarios la referida garantía constitucional.⁵”

IV- OTRAS FORMAS DE REPRESENTACIÓN: LA COMISIÓN SINDICALIZADA.

El Art 41.4º ET establece la posibilidad de que los trabajadores opten por elegir una comisión sindical, de tres miembros, designados por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. Esta comisión está sindicalizada.

Esta posibilidad legal, que a mi juicio, no ha sido explotada suficientemente, puede suponer un remedio, eso sí, temporal o coyuntural, a la falta de representación legal de las pequeñas empresas o de aquellas que por su estructura no pueden elegir representantes unitarios.

En mi opinión, sería conveniente reflexionar sobre las posibilidades que otorga el derecho de opción a los trabajadores sin representación y sobre la condición de sindicato más representativo que tiene reconocida la Unión General de Trabajadores.

⁵ A sí lo declara la STC 134/1994 de 9 mayo, que además concreta que : En suma, el art. 28.1 CE no puede ser entendido de modo tal que quede en todo caso fuera de su ámbito de tutela la actividad sindical de aquellos trabajadores que siguiendo una actividad no declarada ilícita programada o promovida por asociaciones sindicales o en las que éstas tengan un particular interés no estén afiliados a las mismas. La represalia o sanción frente a esas conductas vulneraría el art. 28.1 CE. El propio legislador lo ha entendido así, al incluir en la sanción de nulidad los actos o normas que supongan discriminación «por razón de la adhesión... a sus acuerdos (del sindicato) o al ejercicio en general de actividades sindicales» (art. 12 LOLS), y también en términos análogos se ha pronunciado anteriormente este Tribunal (SSTC 38/1981 y 197/1990).”

