

Análisis Jurisprudencial de Cláusulas de Ventajas Reservadas Pactadas en la Negociación Colectiva Española

Carmen Ferradans Caramés*

Resumen:

En el presente artículo se desarrolla un análisis jurisprudencial del derecho a la libertad sindical negativa, como parte esencial del derecho a la libertad sindical, y cómo ciertos acuerdos, concluidos en el marco de la negociación colectiva, contienen disposiciones que van en contra del principio de no discriminación. Dichos acuerdos son declarados nulos y sin efectos, y en otras ocasiones son admitidos e incorporados dentro de la constitucionalidad y legalidad. Sobre la base de casos paradigmáticos se expondrá en qué situaciones los acuerdos celebrados por los sindicatos atentan contra el derecho de libertad sindical negativa de los no afiliados y devienen en un acto discriminatorio y una presión injustificada a afiliarse a un sindicato.

Palabras clave:

Negociación colectiva – Libertad sindical negativa – Discriminación – Cláusulas de seguridad sindical – Cláusulas de ventajas reservadas – Sindicato – Representación unitaria

Abstract:

In this article the author develops a jurisprudential analysis of the right to negative freedom of association, as an essential part of the right to freedom of association, and how certain agreements, concluded within the framework of collective bargaining, contain provisions that go against the principle non-discrimination. Such agreements are declared null and void, and sometimes are admitted and incorporated into the constitutionality and legality. Based on typical cases will be discussed in which situations the agreements concluded by unions violate the right to negative freedom of association of the unaffiliated and become a discriminatory act and an unjustified pressure to join a union.

Keywords:

Collective bargaining – Negative freedom of association – Discrimination – Union security clauses – Advantages reserved clauses – Labor union – Unitary representation

Sumario:

1. Marco normativo – 2. Valoración de las cláusulas de seguridad sindical en la jurisprudencia – 3. Conclusiones

* Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Cádiz

1. Marco normativo

La libertad sindical es un derecho fundamental de contenido complejo (artículo 28.1 Constitución Española), que integra un sinfín de manifestaciones,¹ entre las que se encuentran facultades jurídicas y derechos potestativos, además de libertades y límites. El ejercicio de este derecho fundamental puede ser realizado tanto desde una perspectiva individual como colectiva (artículo 2 Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical), protegiéndose su doble faceta, positiva (derecho de afiliación) y negativa (derecho a la no afiliación) y prohibiéndose conductas que impidan o transgredan su ejercicio (artículo 12 LOLS).

Las cláusulas de seguridad sindical (*union security*) son aquellas en cuya virtud se condiciona el empleo o el disfrute de determinada ventaja a la afiliación o a la elección de una determinada opción sindical. Son cláusulas que nacen de la autonomía colectiva y que en ningún momento deben confundirse con aquellas que prohíban el ejercicio en sentido positivo del derecho de sindicación, que están prohibidas. Su fundamento está en la libertad de autorregulación y en la disponibilidad de poderes y ámbitos que corresponden exclusivamente a las partes. Sin embargo, cuando un trabajador individual se ve obligado a cursar una afiliación a un sindicato, se opondrá la operatividad del derecho a la libertad sindical al derecho al trabajo (si éste se encuentra de alguna forma comprometido) a la libertad ideológica y a la objeción de conciencia e incluso a la igualdad y no discriminación (si se trata de justificar el acceso a una determinada ventaja o para defender la proscripción de una que se le deniega por ese mismo criterio de la no afiliación).

Se pueden encontrar referencias en textos internacionales y nacionales a la no obligación de pertenecer a una asociación (artículo 20 Declaración Universal de Derechos Humanos), así como al derecho que tiene toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (art.23.4 DUDH). Asimismo, existen algunas alusiones en los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, respectivamente, sobre "libertad sindical y protección del derecho de sindicación" y sobre "el derecho de sindicación y de negociación colectiva",

aprobados en 1948 y 1949. Los artículos 2 y 5 del Convenio 87 incluyen un amplio reconocimiento de la libertad sindical individual y colectiva, sin ninguna mención al aspecto negativo de la misma. Y en el Convenio 98 no se contempla previsión alguna sobre la libertad sindical negativa, la libertad de no afiliación, y se excluye la mención a toda convención libremente concluida en el seno de un convenio colectivo aunque haga de la afiliación a un determinado sindicato una condición de empleo. No obstante, los Convenios 87 y 98 OIT pretenden evitar toda discriminación en el empleo basada en la afiliación sindical (exclusión, despido u actos que perjudiquen al trabajador en su relación contractual por este criterio de distinción) y, por ende, el reconocimiento del derecho de sindicación y del derecho de elección de sindicato debe permitir la conclusión de disposiciones y acuerdos colectivos que promocionen la afiliación, pero no de aquellos que impidan la afiliación o una libre selección de la organización sindical. No se amparan supuestos de separación del empleo por la no afiliación, ni de sindicación forzosa o a un solo sindicato. Eso sí, la normativa no fuerza al trabajador a asociarse, pero tampoco prohíbe de forma tajante que se le pueda presionar para que lo haga (más aún si no es el Estado), sino que debe valorarse y ponderarse cada caso concreto.

A nivel europeo, el Comité de Expertos Independientes,² órgano principal en la interpretación y vigilancia de la aplicación de los mandatos de la Carta Social Europea de 1961, que reconoce el derecho al trabajo, a la libertad sindical y a la negociación colectiva (artículos 1,5 y 6), emite la siguiente doctrina sobre esta materia: 1) La Carta prohíbe la sindicación obligatoria impuesta por el Estado; 2) No se condenan expresamente las cláusulas de seguridad sindical, pero es acorde a la Carta Social Europea prohibir el despido de un trabajador por el hecho de que no sea miembro de un sindicato o de un sindicato determinado; 3) Son contrarias a la Carta disposiciones, legales o convencionales, que autoricen a un empleador a despedir a un trabajador que rechace ser miembro de un sindicato o de uno determinado; 4) Son contrarias a la Carta aquellas disposiciones, legales o convencionales, que autoricen el despido de un trabajador que rechace continuar afiliado a un sindicato.

1 Entre otras, STC de 25 de marzo de 1983, de 3 de abril de 1989, de 25 de julio de 1995 y de 11 de noviembre de 2002, "... por muy detallado y concreto que parezca el artículo 28.1 CE a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerarse como exhaustivo o limitativo, sino meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de la libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad".

2 Muy influenciado por la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Entre otras, sentencias "Sorensen y Rasmussen", "Sibson" y "Gustaffson". El TEDH no prohíbe de forma absoluta estos pactos ni equipara la libertad sindical positiva y la negativa, pero de su doctrina se deduce que esta última debe ser protegida, debiendo las medidas que puedan afectarla estar justificadas, y valorando caso a caso los motivos aducidos que pudieran justificar estos acuerdos que, como regla general, no serían admisibles.

Asimismo, la Declaración de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), establecen referencias como la del artículo 11 de esta última, que declara el derecho de empresarios y trabajadores a asociarse libremente con el fin de constituir organizaciones profesionales o sindicales, sin que ello pueda suponerles perjuicios personales o profesionales.

En el ámbito interno, nuestra Constitución reconoce la libertad sindical negativa, lo que tiene efecto reflejo en sede legislativa (art. 28.1 *in fine* CE; art. 2.1.b) LOLS). Simultáneamente se prohíben las conductas que transgreden o impiden el ejercicio de la libertad sindical, tanto en su faceta positiva como negativa, y las que sean discriminatorias por razones sindicales (art. 14 CE). A consecuencia de ello, el artículo 12 LOLS establece que *“serán nulas y sin efectos(...) las cláusulas de los convenios colectivos(...) 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, a sus acuerdos o al ejercicio en general de actividades sindicales”* y el artículo 17.1 ET considera nulas y sin efectos, *“las cláusulas de los convenios colectivos(...) que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo(...), a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de(...) adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos”*.

En el ordenamiento jurídico español cláusulas como las de taller cerrado o mantenimiento del empleo son consideradas ilegales, por infringir directamente el derecho de afiliación, ya sea positivo o negativo, si bien la fórmula de las cláusulas de seguridad sindical como mecanismo para atribuir algunos derechos de forma favorable a los afiliados a determinados sindicatos e impulsar, por ende, la afiliación no está tajantemente prohibida, sino que debe ser ponderada en cada caso concreto.

Es indudable que la tasa de afiliación sindical es baja, en torno al 17,5% del total de empleados asalariados por cuenta ajena a nivel Estatal³, porcentaje que varía en función del volumen de trabajadores de las empresas. A este resultado coadyuvan algunas características de nuestro sistema de relaciones laborales: 1) Que la representación unitaria tenga asignada una tarea de representación y defensa del conjunto de los trabajadores, y no sólo de los afiliados a los sindicatos que componen la misma, dado que

es necesaria una acción sindical eficaz, dentro y fuera de los centros de trabajo, en beneficio de todos los asalariados y 2) Que la negociación colectiva estatutaria tenga efectos *erga omnes*, para todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación funcional y territorial del convenio colectivo, independientemente de su afiliación o no a los sindicatos que participan en la comisión negociadora que concluye el convenio colectivo. Y a estos datos hay que añadir que alrededor del 87% de las empresas españolas, por su número de trabajadores, tienen vedada la elección de un representante unitario de los trabajadores y, correlativamente, entre otros efectos, no pueden celebrar asambleas (presididas por representación unitaria), no pueden plantear conflictos colectivos, no pueden prestar asesoramiento a los trabajadores a la hora de firmar un finiquito, lo que conlleva la existencia de una negociación más directa, y potencialmente debilitada, entre empresa y trabajador, con mayores riesgos de imposición unilateral de las condiciones de trabajo por una parte, la empresarial, a la otra, la trabajadora. Por ello, para colmar esta laguna es importante incentivar una mayor presencia de afiliados e impulsar la acción de la representación sindical, a lo que puede contribuir, en su caso, el contenido de determinadas cláusulas en los convenios colectivos que se negocian.

2. Valoración de las cláusulas de seguridad sindical en la jurisprudencia

Existe un reconocimiento constitucional del derecho de no sindicación como parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical en su dimensión individual⁴, de conformidad con el cual la no afiliación sindical debe ser consecuencia de un acto libremente querido por el trabajador y no producto de presiones empresariales o de otro tipo; eso sí, la libertad sindical negativa no impide el establecimiento de medidas legales de favorecimiento de la sindicación ni de medidas que traten de favorecer la presencia del sindicato en la empresa⁵, dado que, entre otros motivos, según el artículo 7 CE, el sindicato tiene atribuido un rol de defensa y protección de los intereses económicos y sociales que les son propios, para lo que se le asignan derechos y competencias.

Por lo tanto, el reconocimiento de la libertad sindical negativa no impide que el legislador conceda unos derechos a los trabajadores afiliados o que el contenido de estos sea diverso que el de aquellos que no se afilien. No se está favoreciendo la sindicación obligatoria, y la diferencia de

3 Según los datos reflejados en el informe de la OCDE sobre densidad sindical. Los datos españoles son parejos a los de países como Holanda, Suiza o Alemania, y por encima de otros países como Francia (7,7%) o Estados Unidos (10,8%).

4 Entre otras STC 12/1983, de 22 de febrero y 68/1982, de 22 de noviembre.

5 STC 142/1993, de 22 de abril.

régimen jurídico será legítima sí lo es dentro del campo de actuación del artículo 14 CE, siempre que no entrañe presión o coacción. Es decir, en esta materia entra en juego el principio de no discriminación entre afiliados y no afiliados (14 CE, 4.2.c) ET), lo que genera como consecuencia que las cláusulas colectivas de seguridad sindical tengan un espacio limitado.

En este sentido, incluso en la propia LOLS, artículos 8 y 10.3.3º, se establecen algunos derechos sindicales diferenciados para los afiliados a determinados sindicatos⁶, que contribuyen al fortalecimiento de un pilar esencial del Estado Social consagrado en la Constitución, el fenómeno sindical.

A consecuencia del juego del derecho a la libertad sindical y del principio de no discriminación, de conformidad con lo establecido en los artículos 28.1 y 14 CE y 17 ET, a continuación se analizará cómo la jurisprudencia generalmente ha declarado la nulidad y carencia de efectos de acuerdos concluidos en el marco de la negociación colectiva, que contenían o suponían cualquier tipo de discriminación, directa o indirecta, en el empleo o en el ámbito de retribuciones, jornada o demás condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, mientras que, sin embargo, determinadas cláusulas de ventajas reservadas, fundamentalmente relacionadas con la mejoras de los derechos sindicales de afiliados a ciertos sindicatos, en unas ocasiones son declaradas nulas y sin efectos y en otras han sido admitidas e incardinadas dentro de la constitucionalidad y legalidad⁷.

2.1 Nulidad de acuerdos más favorables a afiliados

Desde años atrás se pueden localizar sentencias que, cuando sobrevienen determinadas vicisitudes, declaran la nulidad de ciertos acuerdos que conllevan un trato más favorable a los afiliados del sindicato firmante.

Ejemplo paradigmático de lo que se indica se encuentra en sentencia del TSJ Extremadura, 21 junio de 1996, rec.408/1996, en la que se dilucida si, en el contexto de un conflicto laboral, un pacto que contempla que tras la próxima adjudicación

de un servicio al nuevo concesionario se le obliga, únicamente, a la subrogación de los afiliados al sindicato que negocia el acuerdo, con exclusión de los no afiliados, puede suponer un trato de favor a los afiliados al sindicato al que pertenecen los negociadores. La sentencia emitida por el TSJ es estimatoria, al entender que con este pacto se infringe no sólo el artículo 28.1 CE, el derecho a la libre sindicación en su vertiente negativa, sino también el artículo 14 CE. Así como en sentencia del TSJ Galicia, de 21 de junio de 1993, rec.1773/1993, en la que tras concluirse un expediente de regulación de empleo, se pactó una mayor indemnización para los trabajadores afiliados al sindicato del que eran miembros los integrantes del Comité de Empresa que lo negoció, suponiendo ello, según el fallo emitido, una discriminación positiva para los afiliados, que provoca la lesión del derecho a la libre sindicación, en su vertiente negativa, y el de actividad sindical, al no asumir en su integridad la central obrera que finalizó el pacto una de sus funciones esenciales: la promoción y defensa de los intereses económicos y sociales de todos los trabajadores. Y en STS de 3 de junio de 2008, rec.177/2004, que considera que constituye un indicio de discriminación por afiliación a un determinado sindicato la constatación de que el número de afectados por un despido colectivo corresponde mayoritariamente a los afiliados a un sindicato, mientras que el resto de sindicatos tienen un número muy inferior de afectados, de lo que se deduce la existencia de una diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o no y por razón de la afiliación a un sindicato y no a otro.

De la doctrina emanada de estos pronunciamientos judiciales se desprende que no se puede utilizar la negociación colectiva para instaurar determinados beneficios laborales supeditados a la afiliación. Por lo tanto, los trabajadores comprueban que su incorporación a una organización sindical no repercute favorablemente en sus posibilidades de obtener un puesto de trabajo, y tampoco, una vez logrado el mismo, en su mantenimiento, ni en su retribución y condiciones laborales; el convenio colectivo que corresponda se les va a aplicar en condiciones de igualdad con los trabajadores asociados o no a las organizaciones sindicales que lo concertaron y, finalmente, de existir, los órganos unitarios de representación van a velar por sus intereses, haciendo abstracción de su

6 Concretamente, se concede a los sindicatos más representativos ciertas ventajas en el artículo 8.2 LOLS, bajo la rúbrica "De la acción sindical", y en el artículo 10 LOLS, que establece tres niveles de secciones sindicales, secciones de todo sindicato, cualquiera que sea su número de afiliados, que tienen derecho a recibir la información que les remitan los sindicatos a que pertenezcan, celebrar reuniones y constituir secciones sindicales (art. 8.1 LOLS); las de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa (que tienen los derechos mínimos incluidos en el artículo 8.2 LOLS); y finalmente las secciones de los sindicatos que tienen derecho a nombrar delegados sindicales en empresas de más de 250 trabajadores.

7 El análisis se va a centrar en la viabilidad legal de las cláusulas de ventajas reservadas, dejando a un lado otras como las de taller cerrado, mantenimiento de la afiliación, etc..., que se consideran ilegales por infringir directamente el derecho individual de afiliación, ya sea positiva o negativa.

pertenencia a un sindicato o no. Los trabajadores, por ende, aunque pueden reconocer la utilidad de los sindicatos y la acción sindical, difícilmente visualizan la utilidad de la afiliación, pues la mayoría de los efectos de la acción sindical les llega, estén afiliados o no, a lo que se suma el temor a eventuales represalias o discriminaciones que se les pueda ocasionar por razón de la afiliación sindical.

Es decir, como ya se ha resaltado, la representación unitaria representa a todos los trabajadores del centro de trabajo, no sólo a los afiliados, la negociación colectiva estatutaria tiene unos efectos *erga omnes* y de conformidad con la doctrina judicial reseñada los acuerdos de empresa y los períodos de consultas previos a la adopción de determinadas medidas de flexibilidad externa e interna, deben respetar de forma escrupulosa el principio de igualdad y no discriminación entre afiliados y no afiliados a los sindicatos pactantes. Consecuentemente, el margen del que se dispone en la negociación colectiva para introducir incentivos a la afiliación es escaso. No son admisibles tratos más favorables por razón de la afiliación y, en su caso, debe valorarse si se pueden introducir por vía convencional ciertas ventajas, fundamentalmente relativas a los derechos colectivos de los afiliados a determinados sindicatos.

2.2 Cláusulas que amplían o mejoran los derechos sindicales de afiliados en la empresa, secciones sindicales y delegados sindicales

Ejemplo prototípico de la controversia que suscita este tipo de cláusulas es el caso del convenio colectivo de Telefónica, cuyo contenido ha sido analizado hasta en tres ocasiones por sentencias del Tribunal Supremo. La primera de las sentencias evacuadas por el Alto Tribunal⁸ aborda el contenido de la cláusula 17ª del convenio colectivo, en su versión de 1991, suscrito en representación del banco social por el comité intercentros, estableciendo la misma que los afiliados a sindicatos más representativos, los que obtengan al menos un 10% de representación en los comités de empresa a nivel Estatal, dispondrán de 20 horas anuales remuneradas para asistir a asambleas convocadas por sus delegados sindicales, así como ventajas para acceder a los programas de formación de la empresa. El Tribunal Supremo considera que tales ventajas suponen una desigualdad no razonable entre sindicatos en función de su distinta representatividad, detectándose una discriminación que alcanza a los trabajadores de la empresa en función de su afiliación sindical, que provoca una *“inadmisible*

inducción para que se afilien a los sindicatos que les proporcionan mayores ventajas”. De lo que se concluye la nulidad de la cláusula controvertida, al encajar en el supuesto de hecho previsto en los artículos 17.1 ET y 12 LOLS.

La segunda de las sentencias emitidas por el Alto Tribunal es la de 11 de octubre de 1999, rec.4524/1998, que valora el nuevo contenido de la cláusula 17 del convenio colectivo de Telefónica, en virtud de la cual empresa y comité intercentros pactan la atribución a los sindicatos con representación en el comité intercentros la posibilidad de organizar asambleas, durante la jornada laboral, con una duración máxima de treinta minutos, disponiendo los afiliados a dichos sindicatos de un crédito de 12 horas remuneradas al año. El TS declara que esta cláusula constituye una discriminación, y, por lo tanto, no tiene justificación objetiva, sustituyéndose el derecho de los afiliados de los sindicatos más representativos por el de los sindicatos con presencia en el comité intercentros; aunque se pretendiera camuflar el trato de favor en función de una supuesta canalización de la información del comité a los trabajadores, nuevamente se aprecia por el TS la presencia de una cláusula que encaja en la prohibición prevista en el artículo 17.1 ET y en el artículo 12 LOLS.

Finalmente, el TS se pronuncia sobre la legalidad de la tercera versión de la cláusula en *litis* del convenio de Telefónica⁹, apartándose de lo anterior sobre la base de que el derecho diferenciado se reconoce a los afiliados de los sindicatos con un mínimo grado de implantación en la empresa. La cláusula discutida, la 13.8, fue incluida en el convenio colectivo 2003-05, estableciendo que, con objeto de canalizar la información a sus respectivos afiliados, los sindicatos con representación en los comités de empresas podrán organizar asambleas para sus afiliados durante la jornada laboral, siempre que la racional prestación de servicios lo permita, con una duración máxima de 30 minutos cada una y ello con independencia de las asambleas convocadas por los comités de empresa. A tal efecto, los afiliados a dichos sindicatos dispondrán de hasta un máximo de diez horas anuales. El Alto Tribunal, con criterio distinto, defiende que *“las cláusulas que imponen a las centrales sindicales la acreditación fehaciente de su implantación en la empresa, y que reconocen la paralela facultad empresarial de control de la misma, no afectan a la libertad ideológica de los trabajadores afiliados, pues de las mismas no se infiere que, en modo alguno, se imponga revelación de la afiliación sindical del trabajador al margen de su consentimiento”*. La cláusula convencional discutida erige al criterio de presencia en el comité

8 STS de 18 de enero de 1992, rec.4147/1992.

9 STS de 16 de febrero de 2006, rec.177/2004.

de empresa como criterio objetivo que permite reconocer y definir un régimen adicional de garantías sindicales en la empresa-organización de asambleas para los afiliados a los sindicatos con la citada presencia¹⁰, durante la jornada laboral, a fin de canalizar información sindical, establecimiento de un crédito horario a tal fin y su distribución-, instaurando, a su vez, como fórmula para acreditar la implantación sindical, que se entenderá a estos efectos como afiliados los cotizantes por nómina al 31 de diciembre del año anterior. Y todo ello, a juicio del TS, es legítimo porque se concede a los sindicatos con presencia en los comités de empresa medios para una mejor desarrollo de la acción sindical, siendo la propia LOLS la que fija este criterio como un criterio de objetividad y no de discriminación (artículo 8 LOLS), debiendo los mismos acreditar sus afiliados en la empresa, a los que alcanzan los efectos de la norma paccionada y la empresa, en su caso, controlar la realidad y vigencia de los datos aportados por las centrales sindicales para atribuir los derechos adicionales reconocidos en la cláusula. En este caso, parece que la cláusula recibe bendición constitucional y legal, porque el criterio elegido permite un mayor número de sindicatos participantes del trato diferente, es decir, la mayor amplitud del trato de favor (entre afiliados a varios sindicatos) y la legitimación última del conjunto de trabajadores influye en la flexibilización del pronunciamiento judicial.

En la misma línea, la sentencia del TS de 18 de septiembre de 2007, rec.82/2005, valora la legalidad de dos preceptos del IV convenio colectivo del personal laboral de las Universidades Públicas de Andalucía. En concreto, el artículo 70, relativo a los derechos de las centrales sindicales y afiliados, delimita el número de liberados sindicales correspondientes a los sindicatos firmantes del convenio colectivo, por encima de los límites legales, concediéndose un tratamiento especial y exclusivo a aquéllos. Consecuencia de esta regulación, el TS considera que los sindicatos firmantes del convenio han negociado la implantación de una ventaja, una desigualdad de trato que supone la exclusión total de unos beneficios de acción sindical en el seno de las Universidades que incide en el

derecho de libertad sindical del sindicato que no cuenta con esa ventaja adicional de actuación que supone la existencia de uno o varios "liberados" por convenio, lo que no tiene una justificación objetiva y razonable ni guarda proporcionalidad en la forma de extensión de este derecho, pues "mantener la mayor posibilidad de acción sindical para los sindicatos que han firmado el convenio supone un reforzamiento de los que tienen mayor implantación y representatividad en perjuicio de quienes, teniéndola en porcentajes legalmente significativos, la tienen en menor proporción".

Con una perspectiva algo más abierta a la fijación de ventajas en la negociación colectiva se pueden localizar escasas sentencias. A estos efectos, se puede mencionar el fallo emitido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de julio de 1994, rec. 1039/1993, que dilucida la validez de cláusula de convenio colectivo que establecía que las secciones sindicales de empresa con un mínimo de afiliación del 10% del total de la plantilla, dispondrían para el conjunto de sus afiliados de un máximo de 5 días anuales de licencia no retribuida para asistencia a cursos de formación sindical, congresos de su central y actividades análogas, así como de un determinado número de horas anuales retribuidas para asistir a reuniones sindicales fuera del horario de trabajo, limitándose dicho derecho a las secciones sindicales de las centrales legitimadas para integrar la representación negociadora del convenio. En este supuesto de hecho el TS, con una perspectiva más aperturista, considera que la cláusula controvertida fomenta la formación sindical mediante horas sindicales retribuidas, concedidas a los trabajadores de las secciones sindicales de los sindicatos firmantes del convenio, sin que ello suponga un ataque a la libertad sindical ni una discriminación¹¹.

Resulta también esclarecedora la sentencia del TS de 3 de octubre de 2013, rec.10/2013, que analiza la legalidad del artículo 29.10 del convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid, que concede una licencia a los trabajadores de hasta 15 días para asistencia a actividades sindicales previo aviso, siempre que dichas actividades estén previstas en los estatutos y se acredite documentalmente

10 La sentencia resalta que el criterio de la representación como causa determinante de la desigualdad de trato se declaró por el Tribunal Constitucional acorde a la Constitución Española (STC 22 julio y 10 noviembre de 1982), que resuelve que el reconocimiento y existencia de la figura del sindicato más representativo no puede suponer un atentado al principio de igualdad y de libertad sindical, dado que en un régimen de pluralismo sindical no resulta irrazonable la adopción de algún criterio no discriminatorio, que trate de evitar el perjuicio de una atomización sindical para los trabajadores. Resulta evidente, para el TS, que el concepto de mayor representatividad y de mayor implantación son criterios objetivos y por tanto constitucionalmente válidos para fundamentar o legitimar una desigualdad de trato, si bien ello no significa que toda regulación que se ampare en dicho conceptos es constitucionalmente legítima, dado que ello exige la concurrencia de otros requisitos, singularmente la proporcionalidad.

11 Según el Tribunal Supremo, el derecho atribuido sólo a determinadas secciones sindicales "es una manifestación del derecho a la formación de los afiliados a los sindicatos negociadores y en los términos fijados en el convenio; y en definitiva, una manifestación de la ordenación legal sobre la actuación de las organizaciones sindicales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 LOLS, que fundamenta un trato diferenciado en la acción sindical".

la asistencia. El litigio surge cuando un sindicato, CC.OO., comunica a la empresa la realización de una asamblea para constituir su sección sindical en la empresa, así como la disposición de tiempo para la celebración de la asamblea dentro de la jornada de trabajo, considerando que encaja en el supuesto regulado por el convenio colectivo y no en las reuniones sindicales previstas en el 8.1.b) LOLS, que previa notificación al empresario, deben ser realizadas fuera de la jornada de trabajo, sin perturbar la actividad normal de la empresa. En este contexto, la empresa deniega la autorización a la central sindical, pues entiende que no concurren los presupuestos habilitantes para la celebración de la asamblea, actividad prevista en los estatutos sindicales, en el modo solicitado, y tras la interposición de recurso de reposición al TSJ Madrid, se dictó sentencia que declaró que la actuación empresarial de referencia vulnera el derecho de libertad sindical, y se ordenó el cese inmediato de la conducta antisindical de la Comunidad de Madrid, lo que ha sido confirmado por el Tribunal Supremo.

O por último la sentencia del TSJ Cantabria, de 18 de junio de 2014, rec.293/2014, que dilucida la legalidad de una mejora sobre las previsiones legales en materia de crédito horario retribuido sólo aplicable a afiliados a los sindicatos firmantes, o adheridos, al Acuerdo de la mesa general de negociación que regula esta materia. El sindicato recurrente, que ni ha firmado ni se ha adherido al Acuerdo, considera que se ha vulnerado su derecho de libertad sindical y el de igualdad y no discriminación por esa sola condición, pues aún teniendo implantación y representatividad en dicho ámbito no se le aplica la ventaja establecida. En este caso el TSJ declara¹² que no es contrario al derecho de libertad sindical por discriminatorio el hecho de no aplicar un Acuerdo que condiciona su extensión a la adhesión de los no firmantes, la cual es posible en los términos pactados en el propio Acuerdo, sin exclusión o discriminación de sindicato alguno. La aplicación de dicho pacto únicamente exige la adhesión, condicionándose su extensión a dicho acto de voluntad del sindicato eventualmente beneficiario del mismo, lo que no resulta arbitrario, injustificado o contrario a derecho.

Otras cláusulas convencionales se pueden introducir en los convenios colectivos, sin que se haya considerado la existencia de una lesión al derecho a la libertad sindical o al principio de igualdad y no discriminación, tales como las que

exigen oír a la sección sindical, o delegado sindical de existir, antes de la imposición de sanciones por faltas graves o muy graves o las que conceden un rol más relevante al delegado sindical en la solución de ciertos problemas, atención de quejas, planteamiento de reivindicaciones y denuncias etc. Es más, se admite la conclusión de pactos que establezcan trámites de intervención o garantía para los trabajadores afiliados a un sindicato para evitar, por ejemplo, la imposición de un despido sin un previo expediente con intervención del delegado sindical o del portavoz o la autorización de modificaciones de condiciones o traslados sin la previa audiencia del delegado o portavoz sindical. Estos acuerdos son lícitos en la medida en la que contribuyen a reforzar la garantía de indemnidad de los trabajadores afiliados, puesto que son ventajas procedimentales o de tutela, que de algún modo refuerzan los propios mecanismos legales de protección de la libertad sindical.

Finalmente, resaltar que en algún supuesto se ha admitido en sede judicial el reconocimiento de derechos sindicales a los sindicatos firmantes de un acuerdo extraestatutario, no extensibles a los sindicatos no firmantes que no asumen obligación alguna, a los que se les serán respetados, en todo caso, los derechos sindicales legales.¹³ En esta vía, debe valorarse de forma cautelosa que los convenios extraestatutarios no pueden ser un campo abierto a la diferenciación de trato por motivos sindicales; no es admisible cualquier cláusula de ventaja reservada en un acuerdo extraestatutario, sino que debe ponderarse el contenido de la misma en cada caso concreto.

En cualquier caso, se puede concluir que por lo general el tratamiento de esta cuestión es estricto, pareciendo incluso que en algunos momentos prevalece la defensa de la libertad sindical negativa frente a la positiva, lo que repercute en la poca difusión de este tipo de cláusulas convencionales en el modelo español de relaciones laborales. Falta seguridad jurídica en el reconocimiento, a través de cláusulas convencionales, de derechos colectivos incrementados a determinados sindicatos y a sus afiliados, normalmente los más representativos o implantados en la empresa, pues el mismo es aceptado en escasas ocasiones por la jurisprudencia, exigiéndose que, en su caso, las diferenciaciones sean razonables, proporcionadas, sean pactadas y respondan a criterios de diferenciación objetivos; resultando conveniente procurar una vía de reforzamiento

12 Según el TSJ Cantabria, "el derecho de libertad sindical incluye la prohibición de trato diferenciado entre los sindicatos que no responda a criterios objetivos y por ello el principio de igualdad está subsumido en tal derecho, de tal forma que la vulneración del primero conlleva la del segundo, cuando esa diferencia de trato no tiene una justificación razonable y objetiva. De modo que sólo es atentatoria del núcleo de la libertad la reducción de prerrogativas que resulte arbitraria, injustificada o contraria a la Ley". En definitiva, no toda reducción de derechos de un sindicato puede calificarse de vulneración de la libertad sindical, sino que es preciso que esas eventuales restricciones sean arbitrarias, injustificada o contrarias a la Ley (STC 164/2003, entre otras).

13 Vid Sentencia Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2012, rec. 2244/2012.

de las estructuras y derechos sindicales para conseguir mayores derechos individuales para los afiliados, para facilitar un régimen promocional del hecho sindical, en línea con el papel asignado a las organizaciones sindicales en el Estado Social y Democrático de Derecho (art. 7 CE) y el propio derecho fundamental a la libertad sindical (28. 1 CE).

3. Conclusiones

El derecho a la libertad sindical es reconocido, en el ámbito nacional e internacional, de forma amplia, tanto en su vertiente positiva como negativa. La legislación de forma tajante no permite condicionar la obtención de un empleo o el mantenimiento del mismo o de unas determinadas condiciones laborales a la afiliación o no a un sindicato o a la afiliación o no a un determinado sindicato. En lo que se refiere a las cláusulas de ventajas reservadas la jurisprudencia española por lo general no admite que mediante acuerdos, pactos, se implanten ciertos beneficios, ya sean en materia sindical o en contextos de reestructuraciones empresariales, sólo aplicables a los afiliados a los sindicatos negociadores, pues ello supone una discriminación entre afiliados y no

afiliados que no presenta justificación objetiva y razonable alguna. En sede judicial se ha discutido la legalidad de distintas cláusulas convencionales que implantan mejoras de los derechos colectivos sólo aplicables a los afiliados a ciertos sindicatos, normalmente a los más representativos en un ámbito o a los implantados en la empresa, a los delegados sindicales o a las secciones sindicales. Esta posibilidad es aceptada en algunas ocasiones por la jurisprudencia que, en su caso, exige que las diferenciaciones sean razonables, proporcionales, sean pactadas y respondan a criterios de distinción objetivos.

En la coyuntura actual, con una tasa de afiliación baja, resulta conveniente procurar una vía de reforzamiento de las estructuras y derechos sindicales para conseguir mayores derechos individuales para los afiliados, para facilitar un régimen promocional del hecho sindical, en línea con el papel asignado a las organizaciones sindicales en el Estado Social y Democrático de Derecho (art. 7 CE) y el propio derecho fundamental a la libertad sindical (28. 1 CE). Pero, como se constata en la jurisprudencia analizada, falta seguridad jurídica, pues este fin y los medios para su consecución no son pacíficos. ☒