

Representatividad negociadora y ámbito de los convenios colectivos

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO*

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ**

1. MARCO CONSTITUCIONAL

1.1. Significado primario del convenio colectivo

El art. 82 del Estatuto de los Trabajadores, primero de los once que conforman el Título III, define en su apartado 1 el convenio colectivo como «resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios», considerándolo como «expresión» de su «autonomía colectiva». Seguidamente, el apartado 2 del mismo art. 82 ET aclara que «mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten».

El convenio colectivo es, por tanto, el fruto o resultado material de la actividad de unos sujetos investidos de capacidad representati-

va; pero, además, y sobre todo, de unos sujetos que tienen reconocida su autonomía colectiva al máximo nivel normativo una vez que el art. 37.1 CE consagra «el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios»¹.

Como consecuencia, el Estado queda obligado a desempeñar un doble papel respecto de la negociación colectiva. Por una parte, debe abstenerse de injerencias que desnaturalicen o vacíen de contenido el derecho constitucionalmente reconocido. Pero, al mismo tiempo, debe remover los obstáculos y promover las condiciones necesarias para dotar de plena efectividad a dicho derecho². Y es que, siendo el convenio colectivo «expresión» de la autonomía colectiva, y concretada ésta

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Cartagena.

¹ Buena parte de los pasajes de doctrina constitucional que aparecen en el estudio se entresacan de la obra colectiva *Prontuario de Doctrina Social del Tribunal Constitucional (1981-2005)*, dirigida por A. V. SEMPERE NAVARRO y C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 67 ss. y pág. 155 ss.

² Sobre la cuestión, por todos, MONTOYA MELGAR, A., «El Estado y la Autonomía Colectiva», *Actualidad Laboral*, núm. 22, 1989, págs. 280 y ss.

en la atribución de facultades normativas a las partes sociales³, a los mismos sujetos colectivos debe corresponder ejercitarla sin otros límites que los que resulten de la Constitución y de las leyes.

En este sentido, el mismo art. 37.1 CE advierte que «la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral»; y, como es sabido, de ello se ocupa principalmente el Título III ET fijando lo que se ha llamado «paradigma legal en la negociación colectiva»⁴.

1.2. Inserción en el sistema de fuentes

El convenio colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en la CE⁵. La sujeción del convenio colectivo al poder normativo del Estado no supone la existencia de decisiones administrativas que autoricen la inaplicación singular de disposiciones contenidas en ellos, lo que sería desconocer la eficacia vinculante del convenio colectivo y los principios garantizados en el artículo 9.3 CE⁶.

La idea fundamental, no obstante, es que «la Constitución no prejuzga, ni predetermina la posición de los convenios colectivos en el sistema de fuentes de la producción jurídica, punto este abierto a distintos desarrollos»⁷. Y siendo así, de entre las distintas op-

ciones posibles el legislador estatutario ha optado por instaurar un modelo potenciador de la negociación colectiva mediante dos decisiones fundamentales:

- Por una parte, y en función del *carácter normativo* que al convenio colectivo asigna el texto constitucional⁸, al incluir «los convenios colectivos» entre las «fuentes de la relación laboral» (Art. 3.1 b ET).

Concordante con este carácter, conforme al cual los convenios colectivos constituyen fuentes de regulación de las condiciones de trabajo es que desde el artículo 37.1 CE tienen reconocida una «fuerza vinculante» que las convierte en auténticas normas jurídicas, sometidas al principio de publicidad⁹. El sistema de negociación colectiva presupone la prevalencia de la autonomía colectiva sobre la individual de los afectados por el Convenio¹⁰.

- Y, por otra, y como consecuencia de lo anterior, al conferirles eficacia *erga omnes*, de modo que, como dispone el art. 82.3 ET, «los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los

queñas y medianas empresas, Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa Industrial, Madrid, 1982, pág. 32. En el mismo sentido se ha manifestado en distintas ocasiones el Tribunal Constitucional; así, en STC73/1984, de 27 de junio.

⁸ Como señala OJEDA AVILÉS, A. «la doctrina acepta unánimemente la equivalencia entre fuerza vinculante y carácter normativo de los convenios» (*Derecho Sindical*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, pág. 683). Por lo demás, «nuestro sistema es históricamente tributario de la eficacia normativa de los convenios y que es ésta la que encuentra reflejo en el Estatuto de los Trabajadores e, incluso, en la propia Constitución» (GALIANA MORENO, J.M., *La eficacia de los convenios colectivos en el Derecho español del Trabajo*, Ponencia General al XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Murcia, 2002, pág. 8).

⁹ STC 151/1994, de 23 mayo, FJ nº 2 (Ponente, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

¹⁰ STC 225/2001, de 26 de noviembre, FJ nº 4 (Ponente, Casas Baamonde).

³ Por todas, STC 92/1992, de 11 junio.

⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F., «El paradigma legal en la negociación colectiva», *Relaciones Laborales*, 1990- I, págs. 268 y ss.

⁵ STC 28/1992, de 9 marzo, FJ nº 2 (Ponente De los Mozos).

⁶ STC 92/1992, de 11 junio, FJ nº 4 (Ponente, Tomás y Valiente).

⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F., «El modelo español de negociación colectiva de condiciones de trabajo», en VALDÉS DAL-RÉ, F., PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F., GONZÁLEZ POSADA, E., MATIA PRIM, J., *La negociación colectiva en las pe-*

empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia».

El Convenio Colectivo alcanza relevancia «cuasi pública», al ser negociado por sujetos dotados de representación institucional y adquirir, una vez negociado, eficacia normativa e incardinarse en el sistema de fuentes del Derecho¹¹.

La integración de los Convenios Colectivos en el sistema de fuentes del Derecho supone el respeto a la Ley, que, en razón de su superior posición jerárquica, puede limitar la negociación colectiva y de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas de la contratación colectiva¹². Por eso, la entrada en vigor de una Ley, aun cuando afecte a convenios colectivos vigentes en ese momento, no lesiona el derecho constitucional a la negociación colectiva¹³; si ante la entrada en vigor de una Ley se altera el equilibrio interno de un convenio colectivo vigente, se podrá pedir la rescisión del convenio, pero en ningún caso pretender la postergación de la plena efectividad de la norma legal¹⁴.

1.3. Contenido de la negociación colectiva

Obviamente, cuanto se dice presupone la facultad de los sujetos colectivos, directamente emanada de su autonomía colectiva, para definir tanto el contenido, como la extensión o ámbito de la norma que producen. Así, y pese que el art. 37.1 CE adjetiva la negociación colectiva como *laboral*, el legisla-

dor estatutario ha terminado por admitir que «dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos *podrán regular* materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales (...)» (Art. 85.1 ET). En definitiva, pertenece a la autonomía colectiva la concreción del objeto de su actividad normativa. No obstante, y «sin perjuicio de (esta) libertad de contratación», los convenios «habrán de expresar como *contenido mínimo*» la determinación de las partes que los conciertan, su ámbito personal, funcional, territorial y temporal, las condiciones y procedimientos para la no aplicación de su régimen salarial respecto de las empresas incluidas su ámbito, la forma y condiciones de denuncia del convenio y la designación de una comisión paritaria (Art. 85.3 ET).

De la CE no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general prohíba a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales¹⁵. Por eso puede establecerse un límite de edad para el trabajo en sectores productivos concretos mediante la negociación colectiva¹⁶, incluso sin necesidad de una expresa habilitación legislativa¹⁷. Por poner otro ejemplo, debe considerarse

¹⁵ STC 217/1991, de 14 de noviembre, FJ nº 6 (Ponente, García-Mon y González Regueral).

¹⁶ STC 22/1981, de 2 julio, FJ nº 10 (Ponente, Bague Cantón).

¹⁷ La STC 280/2006, de 9 octubre, considera válida la jubilación forzosa (incluso anticipada) pese a que el convenio colectivo no era claro en las contraprestaciones de empleo, porque de hecho la empresa había procedido a una nueva contratación. Resumiendo las sentencias constitucionales precedentes se afirma que «la jubilación forzosa en convenio colectivo [...] no se consideró habilitada por el legislador a los agentes sociales negociadores, sino que se calificó como una expresión o manifestación propia derivada del ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva (Art. 37.1 CE)».

¹¹ STC 171/1989, de 19 de octubre, FJ nº 2 (Ponente, García-Mon y González-Regueral).

¹² STC 58/1985, de 30 abril, FJ nº 3 (Ponente, Escudero del Corral).

¹³ STC 210/1990, de 20 diciembre, FJ nº 3 (Ponente, Tomás y Valiente).

¹⁴ STC 210/1990, de 20 diciembre, FJ nº 3 (Ponente, Tomás y Valiente).

contraria al art. 37.1 CE una interpretación del art. 41.1 ET que permitiera a la Administración laboral autorizar al empresario la introducción de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo previstas y reguladas en un convenio colectivo vigente¹⁸.

La negociación colectiva es un valor constitucionalmente protegido y tiene una lógica propia de contrapartidas¹⁹. Pero quizá no esté de más recordar que los órganos judiciales pueden interpretar y colmar, de acuerdo con las normas superiores, los vacíos que en el Convenio puedan existir²⁰.

1.4. Ámbito de aplicación

En cuanto a la extensión del convenio, la definición de sus ámbitos de aplicación personal, funcional y territorial —«contenido mínimo» del mismo— también es autonomía colectiva. Lacónicamente lo expresa el art. 83.1 ET al señalar que «los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden».

La determinación del ámbito funcional de los convenios es cuestión que pertenece exclusivamente a las partes de la negociación (Art. 83.1 ET), y no es posible ningún tipo de interferencia de autoridades administrativas, sean autonómicas o estatales, lo que vulneraría el derecho constitucional a la negociación colectiva (Art. 37.1 CE)²¹. Las autoridades autonómicas tienen reconocidas determinadas competencias en materia de convenios colectivos, pero ninguna de ellas recae sobre la determinación del ámbito funcional y ninguna de ellas se ve afectada por

la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos²².

1.5. Eficacia de los convenios colectivos

La Ley Fundamental es la que adorna al convenio de fuerza vinculante; que sea la Ley la que tenga que garantizar dicha fuerza vinculante, no significa que ésta venga atribuida *ex lege*²³. La fuerza vinculante implica la atribución a los Convenios Colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual su contenido normativo se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática²⁴.

El Estatuto de los Trabajadores, desarrollando la Constitución ha configurado, pues, un modelo de negociación colectiva cuyo protagonista es el convenio colectivo de eficacia normativa y efectos *erga omnes*. Además, y en relación con él, también ha aceptado las amplísimas posibilidades de autorregulación que se derivan del reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva de los agentes sociales. Sin embargo, como contrapartida de tan generosa concepción y precisamente para hacerla viable, el modelo también se caracteriza por el necesario sometimiento de «la negociación a unas reglas precisas limitadoras de la autonomía de la voluntad»²⁵; muy particularmente en lo tocante a legitimación y capacidad negocial. De este modo, y como enseguida se ha de ver, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva se enmarca legalmente en unas determinadas coordenadas que marcan los límites dentro de las que los sujetos colectivos pueden libremente ejercitarlo.

¹⁸ STC 92/1992, de 11 junio, FJ nº 4 (Ponente, Sr. Tomás y Valiente).

¹⁹ STC 39/1986, de 31 marzo, FJ nº 6 (Ponente, Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

²⁰ STC 92/1994, de 21 de marzo, FJ nº 2 (Ponente, Sr. Vive Pi-Sunyer).

²¹ STC 17/1986, de 4 febrero, FJ nº 2 (Ponente, Sr. Díez-Picazo y Ponce de León).

²² STC 17/1986, de 4 febrero, FJ nº 2 (Ponente, Díez Picazo y Ponce de León).

²³ STC 58/1985, de 30 abril, FJ nº 3 (Ponente, Escudero del Corral).

²⁴ STC 58/1985, de 30 abril FJ nº 3 (Ponente Escudero del Corral).

²⁵ STC 73/1984, de 27 de junio.

Al margen de las reflexiones aquí vertidas quedan los convenios extraestatutarios, aun a sabiendas de que ese carácter es simple consecuencia de que se cumplan o no los requisitos de mayoría representativa que el ET exige para la regularidad del convenio colectivo, al que se otorga un plus de eficacia, por el carácter *erga omnes* del llamado convenio colectivo estatutario²⁶.

2. LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

2.1. La regla del art. 83.1 ET

El amplio reconocimiento de la autonomía colectiva que inspira la formulación del art. 37.1 CE tiene concreto reflejo en la regla estatutaria dedicada a la determinación del ámbito aplicativo del convenio colectivo. En patente contraste con el sistema de lista cerrada de unidades de negociación de las precedentes Leyes sobre Convenios Colectivos²⁷, el art. 83.1 ET advierte que «los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden».

Muchas veces se ha puesto de manifiesto que la terminología legal adolece de cierta imprecisión. Sobre todo porque bajo la rúbrica de «unidades de negociación» el precepto se refiere, como claramente resulta de su texto, al *ámbito de aplicación* del convenio; esto es, a los parámetros funcionales (tipo de actividad), personales (empresas y trabajadores), territoriales (marco geográfico) y temporales (referencias cronológicas) que delimitan la vi-

gencia de un convenio colectivo y precisan a qué sujetos se aplica. En cambio, *unidad de negociación* alude más bien a la estructura de las representaciones profesionales respectivas y al círculo de relaciones en que se desenvuelve su actividad²⁸, aunque es verdad que el término ha acabado siendo «coincidente o coextenso con el ámbito personal, geográfico y funcional del respectivo convenio»²⁹. La distinción parece muy sutil, pero puede resultar provechosa en algunos supuestos³⁰.

En todo caso, lo que ahora interesa destacar es que la opción legislativa fue premeditada y consecuente con el postulado constitucional. La determinación de la unidad de negociación apropiada no está restringida, condicionada o predeterminada por el legislador, sino que queda confiada a la voluntad de la partes en cuanto expresión típica de su autonomía negocial. La afirmación de la amplia libertad de contratación colectiva

²⁸ GARCIA FERNANDEZ, M., *Unidad de negociación del convenio colectivo, capacidad convencional y representación el Derecho positivo español*, Madrid, 1977, pág. 6. También SOLANS LATRE, M. A., *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, cit., pág. 24-25.

²⁹ MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V. y RÍOS SALMERÓN, B., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 205, pág. 634.

³⁰ Por ejemplo, STS 17 julio 2002 (RJ 2002,10542) concluyó que no había concurrencia «afectante» entre un convenio colectivo del comercio en general y el convenio para tiendas de conveniencia. En realidad, este último, que se aplica en establecimientos con superficie inferior a 500 m² y que abren 18 horas al día para vender diversos productos, podría afectar a más de cien unidades preexistentes, sin embargo, con él se abre una unidad de negociación «que cubre un ámbito propio no cubierto hasta entonces por ningún convenio colectivo». Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (Dir.), *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, CCNCC, Madrid, 2001. Sobre la recomposición de las unidades de negociación una vez culminado el azaroso proceso de sustitución de las ordenanzas laborales, véase VALDÉS DAL-RÉ, F., *Estructura sectorial de la negociación colectiva en los ámbitos funcionales de las ordenanzas laborales*, CCNCC, Madrid, 2004.

²⁶ STC 108/1989, de 8 junio, FJ nº 2 (Ponente, Rubio Llorente).

²⁷ Cfr. art. 4 Ley de Convenios Colectivos Sindicales de 24 abril 1958 (art.4) y art. 5 Ley 38/1973 de 19 diciembre, de Convenios Colectivos Sindicales de Trabajo (modificado por art. 27 del RDley 17/1977 de 4 marzo, de Relaciones de Trabajo. Véase, entre otros, SOLANS LATRE, M. A., *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, MTAS, Madrid, 2004, pág. 21.

que tienen las partes negociadoras se alza, así, como principio general que rige en esta materia. Se trata, además, de un principio fuertemente asentado en tres pilares³¹: a) el contexto de libertad sindical en el que se enmarca la regla ahora estudiada, b) el reconocimiento constitucional de la autonomía, y c) el deseo de evitar la intervención administrativa en el sistema de relaciones laborales, eliminado «interferencias extrañas a la delimitación de la unidad de negociación; alejándose de este modo del sistema propio de un régimen de tipo corporativo o de signo autoritario»³².

Carece de sentido la contemplación del papel desempeñado por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos como una cortapisa a la referida libertad de las partes; su actividad de asesoramiento facultativo no constituye una competencia, sino una facultad, por lo que no puede ser reclamada fundándose en un título competencial por sujeto alguno³³. El carácter facultativo de la consulta excluye toda confrontación con las facultades derivadas de la competencia a cuyo ejercicio servirá aquélla, pues el recurso o no a la Comisión depende de la voluntad incondicionada del titular³⁴. En la medida en que la consulta puede ser solicitada por una autoridad administrativa autonómica en el ejercicio de una competencia propia, la Comisión Consultiva Nacional constituye un instrumento de colaboración del Estado con las CCAA, en virtud del cual aquél pone a disposición de éstas un organismo financiado por él para servir técnicamente a una faceta de su actuación³⁵.

³¹ STC 136/1987, de 22 julio.

³² STC 136/1987, de 22 julio, cit.

³³ STC 17/1986, de 4 febrero, FJ nº 2 (Ponente, Díez-Picazo y Ponce de León).

³⁴ STC 17/1986, de 4 febrero, FJ nº 2 (Ponente, Díez-Picazo y Ponce de León).

³⁵ STC 17/1986, de 4 febrero, FJ nº 2 (Ponente, Díez-Picazo y Ponce de León).

2.2. Las reglas de los apartados 2 y 3 del art. 83 ET

El tenor de los apartados 2 y 3 del mismo art. 83 ET refuerza lo que más arriba se ha dicho. Y es que, en contemplación de los problemas aplicativos de una regla como la del art. 83.1 ET que consagra la libertad negociadora sin límites ni condicionante expresos, y con plena conciencia de lo que la autonomía colectiva significa, el mismo precepto advierte expresamente que «mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer la *estructura de la negociación colectiva*, así como fijar las *reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia* entre convenios de distinto ámbito y los *principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación*, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores». E, igualmente, se prevé que tales organizaciones de trabajadores y empresarios puedan «elaborar *acuerdos sobre materias concretas*».

Téngase muy presente que ambas posibilidades son mera consecuencia de la autonomía colectiva, de modo que, en realidad, nada nuevo aporta el ET en este punto. Incluso a falta de expresa previsión legal, las organizaciones sindicales y las asociaciones patronales podrían alcanzar acuerdos de este tipo con los que autolimitan sus posibilidades negociadoras. Lo original del precepto no está, pues, en la admisión de tales acuerdos, sino en el reconocimiento de sus efectos. Y es que, como precisa el inciso final del art. 83.3 ET, tanto los acuerdos sobre materias concretas, como los convenios-marco sobre estructura de la negociación colectiva a que se refiere el art. 83.2 ET «tendrán el tratamiento (del ET) para los convenios colectivos».

2.3. Límites a la autonomía colectiva en la fijación de unidades de negociación

La escueta y lacónica redacción del art. 83.1 ET no puede llevar a la conclusión de que la determinación del ámbito de aplicación del convenio colectivo es una operación dejada sin límite ni condicionante alguno al libre ejercicio de la autonomía colectiva. Una cosa es que las eventuales restricciones del derecho no estén explicitadas en la norma, y otra muy distinta que no existan. Y es que, no existiendo facultades ni derechos ilimitados en nuestro ordenamiento jurídico, parece obvio que también a la genérica capacidad de los interlocutores sociales para elegir las concretas unidades de contratación habrán de oponerse algunas limitaciones.

Eso con independencia de que, precisamente por ser límites implícitos, su exacta determinación no resulte tarea fácil. Por eso, debe ensayarse una interpretación sistemática e integradora del precepto que lo ponga en relación con otras previsiones del mismo cuerpo legal. Sobre todo, con las reglas sobre legitimación y capacidad para negociar, pues las partes del convenio que conforme al art. 83.1 ET pueden decidir su ámbito de aplicación sólo son aquéllas que posean legitimación y suficiente representatividad al respecto. Dicho de otra manera, solo cumpliendo las exigencias que resultan de los arts. 87 y 88 ET los representantes de los trabajadores y de los empresarios pueden constituirse en unidad de negociación y proceder a crear la norma que es el convenio colectivo, proyectando su representatividad sobre un ámbito específica y libremente elegido.

Una vez que las partes del convenio se han erigido en unidad de negociación, previo cumplimiento de los requisitos de legitimación legalmente exigidos, gozan de absoluta libertad para determinar el ámbito de aplica-

ción del convenio³⁶ y para llenarlo de contenido. Se trata simplemente del libre ejercicio de su autonomía colectiva. Pero también debemos advertir que la generosa e incondicionada recepción que el ET hace del principio de autonomía colectiva en este tema tampoco está exenta de problemas; por ejemplo, los provocados por la posible concurrencia entre convenios (art. 84 ET) o el concreto encaje de las más diversas actividades productivas en el ámbito funcional de los convenios³⁷; y, sobre todo, los que derivan de la interrelación del derecho a la negociación colectiva en cuanto expresión de la autonomía colectiva con derechos como los de no discriminación y libertad sindical³⁸.

Las SSTs 9 y 28 octubre 2003 (RJ 2003, 7732 y 8721), que no consideran discriminatoria la exclusión de los profesores de Religión que imparten sus enseñanzas en centros de la Administración Pública por concurrir unas singulares características que determinan la existencia de una diferencia objetiva y razonable, sintetizan bien los criterios interpretativos en relación con la regla del art. 83.1 ET:

- Las partes negociadoras no gozan de libertad absoluta para delimitar (el) ámbito de aplicación (de un convenio colectivo);
- las limitaciones pueden venir dadas por el principio de igualdad y no discriminación;

³⁶ SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.M., «La problemática jurídica de las unidades de negociación colectiva, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 35, 1988, pág. 329.

³⁷ Sobre esta cuestión, véase CCNCC, *El ámbito funcional del los convenios colectivos. Respuestas de la Comisión Consultiva Nacional a las consultas planteadas*, 2ªed., Madrid, 2000.

³⁸ Véase SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJÁN ALCARAZ, J., «Límites a la fijación de unidades de negociación en la jurisprudencia española», *Revista de Trabajo*, núm.99, 1990, págs. 59 y ss.

- el principio de igualdad no obliga a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de la empresa o de un ámbito funcional o determinado;
- tampoco impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo;
- esta exclusión, que generalmente tiene su origen en una preferencia de los afectados, no puede asimilarse a la de aquellos grupos de trabajadores que carecen de poder negociador por sí solos;
- la exclusión requiere que se base en singulares características u otras circunstancias relevantes para la prestación de servicios.

3. LA REPRESENTATIVIDAD DE LOS SUJETOS NEGOCIADORES

Sin duda, el primero y más importante de los límites implícitos a la facultad de fijar la unidad negociadora o de seleccionar el ámbito de aplicación del convenio se halla, como con insistencia recuerda la jurisprudencia, en las exigencias legales sobre legitimación y suficiente representatividad. Y es que, resulta del todo imposible que la voluntad negociadora pueda extenderse más allá del ámbito en el que se poseen tales cualidades.

3.1. Las reglas estatutarias sobre legitimación para negociar convenios colectivos

Bajo la rúbrica *Legitimación*, la Sección 2ª del Capítulo I del Título III ET, aborda en sólo dos artículos –arts. 87 y 88, ambos reformados en su día por Ley 11/1994, de 19 mayo– los problemas de identificación de los sujetos agentes de la negociación colectiva y de determinación de su capacidad negociadora.

Se trata de un complejo procedimiento de determinación de legitimación negociadora explicable «en razón del tipo de convenio colectivo por el que (el Estatuto de los trabajadores) ha apostado». Y es que, «desde el momento en que el convenio colectivo de obligatoriedad *erga omnes* sujeta en su contenido normativo a la totalidad de empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de negociación, incluidos quienes no han estado representados, es del todo punto lógico que el legislador haya regulado con rigor las reglas relativas a la capacidad para intervenir en las negociaciones»³⁹.

La legitimación negociadora estatutaria tiene un significado preciso que impide que pueda ser valorada desde el punto de vista del Derecho privado por la naturaleza del convenio colectivo, que no es sólo un contrato sino también una norma⁴⁰.

Por su lado, la revisión del convenio colectivo sigue el mismo esquema procedimental de la negociación (ya que no es otra cosa que la nueva negociación de un grupo homogéneo de materias al que se ha fijado un período de vigencia específica que precisa de la denuncia con un determinado plazo de preaviso), por lo que deben aplicarse las reglas generales de legitimación. Entender lo contrario supone otorgar a las partes firmantes de un convenio libertad para condicionar definitivamente la negociación colectiva estableciendo un período de vigencia dilatado y permitiendo la revisión de su contenido en períodos inferiores, privando a quienes reúnen los requisitos legales de su derecho de negociación para el futuro⁴¹.

³⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F., *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, MTAS, Madrid, 1996, pág. 195. Véase STC 208/193, de 28 junio.

⁴⁰ STC 73/1984, de 27 junio, FJ nº 2 (Ponente, Díez de Velasco Vallejo).

⁴¹ STC 73/1984, de 27 junio, FJ nº 3 (Ponente, Díez de Velasco Vallejo).

3.1.1. *Los sujetos intervinientes*

El primero de los dos preceptos se ocupa de señalar quiénes están legitimados *in abstracto* para negociar convenios colectivos; esto es:

- En los *convenios de empresa o ámbito inferior*: el Comité de Empresa, delegados de personal, en su caso, o las representaciones sindicales si las hubiere⁴². La existencia de varios centros de trabajo y otros tantos comités de empresa no implica que se pierda la posibilidad de que negocien tales órganos unitarios⁴³, siendo frecuente que lo haga un Comité Intercentros⁴⁴.
- En los *convenios de ámbito superior* a la empresa: a) los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, los entes sindicales afilia-

dos, federados o confederados a los mismos; b) los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de Comunidad Autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, y en sus respectivos ámbitos, los entes sindicales afiliados, federados o confederados a los mismos, y c) los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 por 100 de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio.

- Por parte de los empresarios, en los convenios de ámbito superior a la empresa, las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por 100 de los empresarios, en el sentido del artículo 1.2 ET, y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados.
- En los *convenios de ámbito estatal*, además de los anteriores, también están legitimados los sindicatos de Comunidad Autónoma que tengan la consideración de más representativos conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 7 LOLS y las asociaciones empresariales de la Comunidad Autónoma que reúnan los requisitos señalados en la disposición adicional sexta de esta Ley

⁴² De esta manera, encontramos dos posibilidades para la negociación por parte de los representantes de los trabajadores: lo pueden hacer bien la representación unitaria o bien la sindical, alternativamente y de forma excluyente, nunca acumulable (SSTS 17.10.94 [RJ 1994, 8053] , y 14.7.00 [RJ 2000, 9642]).

⁴³ Como bien explicaba la SAN 5 marzo 2002 (AS 2002, 1394), dada la representación directa que cada uno ostenta, nada impide acumularla bien de modo permanente, a través de la creación de un Comité Intercentros conforme a la provisión del art. 63.3 del ET o bien coyunturalmente para un negocio concreto.

⁴⁴ Véase la STS 25 julio 2000 (RJ 2000, 7644), dando por buena su capacidad representativa al haber sido reconocido como interlocutor por la empresa: «No puede, por lo tanto, afirmarse que los miembros del comité intercentros intervinientes carecieran de legitimación para representar a todos los trabajadores de la empresa, incluidos, por consiguiente, los médicos y titulados superiores, máxime teniendo en cuenta que los representantes del banco social sumaban la mayoría de los miembros del aludido Comité». ¿Supone ello una renuncia a controlar el cumplimiento de lo exigido por el artículo 63.3 ET (necesidad de que el convenio colectivo prevea su creación y competencias) o sólo una consecuencia del carácter extraordinario del recurso de casación (al no haberse alegado la infracción del precepto)?

La legitimación exclusiva a favor de las organizaciones sindicales para la negociación colectiva en el ámbito supraempresarial no vulnera el derecho de libertad sindical pues no obliga, ni directa ni indirectamente, a la sindicación o a la afiliación a los sindicatos constituidos⁴⁵. El reconocimiento legal de legitimación negocial supraempresarial a los sindicatos más representativos estatales que

⁴⁵ STC 12/1983, de 22 febrero, FJ nº 3 (Ponente, Díez-Picazo y Ponce de León).

no tienen que acreditar una audiencia específica en el ámbito concreto viene amparado por la mayor representatividad que ya ostentan a nivel estatal⁴⁶.

Dada la presencia del sindicato en todas las modalidades negociales, es claro que la negociación colectiva constituye el medio principal de acción y el instrumento básico de participación de los sindicatos en la determinación de las condiciones de trabajo; por ello, la exclusión de la negociación supone de hecho la exclusión del sindicato de su función de participación en tal fijación y, en consecuencia, de una de sus funciones esenciales⁴⁷. El derecho de negociación colectiva se integra en el derecho de libertad sindical como medio primordial de acción sindical para cumplir los fines constitucionalmente reconocidos por el art. 7 CE⁴⁸.

La CE reconoce los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva y acoge, en consecuencia, el principio de autonomía colectiva en la regulación de las relaciones de trabajo, por lo que la intervención administrativa en el proceso de negociación colectiva ha de reducirse a las funciones instrumentales y de control previo⁴⁹. Pero no resulta posible afirmar, sin otras precisiones adicionales, que toda infracción del artículo 37.1 CE lo es también del artículo 28.1, de forma que aquélla fuera siempre objeto del amparo constitucional, pues ello supone desconocer tanto el significado estricto de este último precepto como la posición del primero, ajena a los derechos y libertades susceptibles de amparo⁵⁰.

⁴⁶ STC 57/1989, de 16 marzo, FJ nº 2 (Ponente, Díaz Emil)

⁴⁷ STC 73/1984, de 27 junio, FJ 1 y 4 (Ponente, Díez de Velasco Vallejo).

⁴⁸ STC 224/2000, de 2 octubre, FJ nº 4 (Ponente, Jiménez Sánchez).

⁴⁹ STC 235/1988, de 5 diciembre, FJ nº 4 (Ponente, Begué Cantón).

⁵⁰ STC 118/1983, de 13 diciembre, FJ nº 3 (Ponente, Latorre Segura).

3.1.2. La comisión negociadora

Por su parte, el art. 88.1 ET concreta la legitimación precisa para negociar válidamente un concreto y determinado convenio colectivo al disponer que «en los convenios de ámbito empresarial, o inferior, la comisión negociadora se constituirá por el empresario o sus representantes, de un lado, y de otro, por los representantes de los trabajadores, según lo dispuesto en el artículo 87, apartado 1». Asimismo, «en los de ámbito superior a la empresa, la Comisión negociadora quedará válidamente constituida, sin perjuicio del derecho de todos los sujetos legitimados a participar en ella en proporción a su representatividad, cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal⁵¹, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio»⁵².

Los cauces que sirven de marco legal y en el seno de los cuales se articula y desarrolla la negociación colectiva resultan indisponibles para cualquiera de los interlocutores, de modo que la negociación colectiva debe efectuarse a través de los órganos a los que la Ley atribuye la condición de cauce procedimental de articulación de dicha negociación⁵³.

La asignación de un menor número de representantes en la comisión negociadora y la reducción consiguiente de su capacidad de

⁵¹ La STS 22 noviembre 2005 (RJ 2005, 10056) explica, de manera concisa y convincente, que esa mayoría se refiere al conjunto de representantes existentes en el ámbito del convenio, y no a los pertenecientes a las organizaciones que concurren a la negociación.

⁵² Véase la STS 19 septiembre 2001 (RJ 2001, 10021), respecto de un entendimiento dinámico acerca de lo que suponga la constitución de la comisión negociadora.

⁵³ STC 85/2001, de 26 marzo, FJ nº 5 (Ponente, Viver Pi-Sunyer).

acción dentro de la misma, como resultado de una variación injustificada o arbitraria del índice de representatividad atribuido a un sindicato, supone un atentado de la libertad sindical⁵⁴.

El ejercicio del derecho de negociación colectiva es compatible con la restricción de la legitimación para formar parte de la comisión negociadora a aquellas organizaciones sindicales que acrediten un cierto nivel de representatividad allí donde el legislador ha querido dotar al acuerdo resultante de unos determinados y específicos efectos jurídicos, como sucede con la negociación colectiva estatutaria o en el ámbito de la función pública⁵⁵.

La no suscripción del convenio colectivo no puede suponer para el sindicato disidente quedar al margen, durante la vigencia del mismo, de la negociación de cuestiones nuevas, por lo que no cabe excluirle de aquellas comisiones que tengan funciones negociadoras⁵⁶. Es objetiva la distinción entre firmantes y no firmantes de un convenio colectivo cuando de lo que se trata es de interpretar o aplicar alguna de sus cláusulas o de adaptarlas a un problema no previsto⁵⁷.

No puede entenderse lesionado el derecho a la libertad sindical, por arbitrariedad de los actos judiciales que afectan a la capacidad de actuación en la comisión negociadora de un sindicato, cuando las soluciones revisitan suficiente motivación y fundamentación jurídica⁵⁸. La exclusión de un sindicato de algunas comisiones creadas por un pacto que no ha firmado ni al que se ha adherido puede

constituir lesión del derecho a la libertad sindical en cuanto que suponga una limitación y un desconocimiento del derecho a la negociación colectiva, y ello cuando se trata de comisiones negociadoras con la función de establecer modificaciones del convenio o nuevas reglas no contenidas en el mismo. Se impide por tanto a las partes firmantes de un convenio colectivo que establezcan comisiones con función de modificación o regulación de condiciones de trabajo no abiertas al sindicato no firmante que tenga legitimación para negociar⁵⁹.

3.1.3. Integración de aspectos

Como es sabido, interpretando ambos preceptos conjuntamente, la jurisprudencia y la doctrina distinguen entre una *legitimación inicial, simple o interviniente* para referirse a la del art. 87 ET y de una *legitimación plena, deliberante o negociadora* para aludir a exigida en el art. 88 ET⁶⁰. En realidad, podría afirmarse que el primero de los dos preceptos configura, simplemente, «un poder genérico para negociar, encuadrable (...) en el concepto de capacidad», mientras que «la legitimación estricta (aparece) al constituirse (en los términos previstos en el art. 88 ET) la comisión negociadora»⁶¹. Y todavía en un planteamiento más sencillo y esclarecedor, podría considerarse que el Estatuto de los Trabajadores distingue en este punto entre *capacidad jurídica*, entendida como «aptitud genérica para convenir» respecto de cada unidad de negociación posible y *capacidad de obrar* o si se prefiere, la legitimación en cuanto aptitud específica para negociar válidamente un convenio colectivo determinado⁶².

⁵⁴ STC 187/1987, de 24 noviembre, FJ nº 4 (Ponente, Leguina Villa).

⁵⁵ STC 224/2000, de 2 octubre, FJ nº 4 (Ponente, Jiménez Sánchez).

⁵⁶ STC 184/1991, de 30 septiembre, FJ nº 5 y 6 (Ponente, Díez-Picazo y Ponce de León).

⁵⁷ STC 9/986, de 21 enero, FJ nº 3 (Ponente, Rubio Llorente).

⁵⁸ STC 187/1987, de 24 noviembre, FJ nº 6 (Ponente, Leguina Villa).

⁵⁹ STC 213/1991, de 11 noviembre, FJ nº 1 (Ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

⁶⁰ Por todas, SSTS 25 mayo 1996 (RJ 1996, 4674), 18 enero 1993 (RJ 1993, 94), 17 octubre 1994 (RJ 1994, 8053).

⁶¹ OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, cit., pág. 729.

⁶² MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V. y RÍOS SALMERÓN, B., *Comentarios al*

Los requisitos de legitimación traducen el doble significado de constituir una garantía de representatividad de los participantes y expresar un derecho de los más representativos a participar en las negociaciones, en orden a asegurar la representación de los intereses del conjunto de los trabajadores y empresarios⁶³.

En definitiva, la válida negociación y conclusión de un concreto convenio colectivo exige que las partes negociadoras posean capacidad para obligarse en la comisión negociadora en los términos del art. 88 ET; si bien, «para formar parte de tal Comisión negociadora es indispensable haber cumplido previamente los requisitos que previene el citado art. 87; es decir, la legitimación plena del art. 88.1 requiere la observancia previa, por cada entidad representativa interviniente, de las prescripciones que otorgan a éstas legitimación inicial»⁶⁴.

3.1.4. *La presencia sindical o patronal*

Naturalmente, el terreno en el que la relación-tipo entre ambas manifestaciones de legitimación negocial se desarrolla es en el de la negociación de convenios colectivos de ámbito supraempresarial, pues en este caso, sin perjuicio del derecho de «todo sindicato, federación o confederación sindical, y toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, (...) a formar parte de la Comi-

Estatuto de los trabajadores, 6ªed., Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 646 y 649.

⁶³ STC 73/1984, de 27 junio, FJ nº 2 (Ponente, Díez de Velasco Vallejo).

⁶⁴ STS 25 mayo 1996 (RJ 1996, 4674).

La STS 21 noviembre 2002 (RJ 2003, 509) descarta que esos requisitos los pueden reunir sumando todas las empresas a que representan las Asociaciones, computando la suma o conjunto de todas que actúan en la negociación, aunque cada una de ellas por separado no alcance a observar tales exigencias, sino que es preciso que cada organización representativa cumpla por sí sola esos condicionamientos.

sión negociadora» (art. 87.5 ET), esta última sólo quedará válidamente constituida «cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo (87 ET) representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio» (Art. 88.1 ET).

En la negociación colectiva de las condiciones de trabajo converge no sólo la dimensión estrictamente subjetiva de la libertad sindical en relación con el sindicato afectado, sino que alcanza también al sindicato en cuanto representación institucional al que constitucionalmente se reconoce la defensa de determinados intereses⁶⁵.

3.2. **Los problemas de interpretación y aplicación de los arts. 87 y 88 ET**

El rigor con que tanto la doctrina como la jurisprudencia explican los requisitos de capacidad y legitimidad de los arts. 87 y 88 ET no impide que cuando estas distinciones se llevan al terreno de la negociación en una concreta y determinada unidad de negociación puedan plantearse numerosos problemas. Sobre todo, en la negociación de convenios colectivos de ámbito supraempresarial. Y es que, en este supuesto, y sin perjuicio del derecho de «todo sindicato, federación o confederación sindical, y toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, (...) a formar parte de la Comisión negociadora» (Art. 87.5 ET), esta última sólo quedará válidamente constituida «cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo (Art. 87 ET) representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta

⁶⁵ STC 225/2001, de 26 noviembre, FJ nº 5 (Ponente, Casas Baamonde).

de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio» (Art. 88.1 ET).

Las partes negociadoras no pueden modificar libremente las reglas relativas a la legitimación, ya que constituyen un presupuesto de la negociación colectiva, en la que inciden derechos de carácter sindical que no pueden ser desconocidos⁶⁶. Desde luego, la exclusión de un sindicato legitimado para participar en las negociaciones supone un atentado a la libertad sindical⁶⁷.

3.2.1. *Las «representaciones sindicales» en los convenios de empresa o ámbito inferior*

La atribución por parte del ET de capacidad negociadora a las «representaciones sindicales, si las hubiere» ha venido planteando tradicionalmente variados problemas. Al aprobarse el ET en 1980 porque se trataba de una figura desconocida en el Acuerdo Marco Interconfederal (1980) y poco frecuentada en la negociación colectiva de la época. Y más tarde, una vez que la LOLS (1985) dejó claro que tales representaciones no son otra cosa que las *secciones sindicales* reconocidas en el art. 8.2 b) LOLS —esto es, las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de aquellos otros que tengan representación en los órganos de representación unitaria existentes en la empresa—, por la posible concurrencia en una misma unidad de negociación de dos clases distintas de representación legal de los trabajadores en la empresa.

En todo caso, queda claro de la lectura del art. 8.2 LOLS que la legitimación para inter-

venir en la negociación colectiva se reconoce únicamente a las secciones sindicales, no a los sindicatos, ni a los delegados sindicales⁶⁸, aunque esa distinción carezca de trascendencia generalmente⁶⁹. Y también que dicha legitimación se entiende «en los términos establecidos en su legislación específica»⁷⁰. El art. 8.2 b) LOLS se ocupa, en definitiva, del problema de la llamada *legitimación inicial* de las secciones sindicales para negociar convenios de empresa, siendo «claro que gozan de (ella) aquellas representaciones sindicales que cumplan los requisitos que establece el art. 8.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical»⁷¹. Por su parte, y respecto de éstas, el art. 87.1 inciso segundo ET, al exigir que aquellas representaciones «sumen la mayoría de los miembros del comité», resuelve la cuestión de la legitimación plena⁷².

⁶⁶ Véase, STC 98/1985, de 29 julio.

⁶⁹ Las SSTs 28 febrero y 14 julio 2000 (RJ 2000, 2246 y 9642) y 16 septiembre 2004 (RJ 2004, 7304) explican que las secciones sindicales son meros órganos del sindicato y que a éste corresponde originariamente el derecho; la negociación directa por el sindicato o indirecta a través de sus secciones es un problema de régimen interno o de oportunidad, pues «no sería lógico obligar a que el derecho a la negociación colectiva tenga que ejercitarse de forma compleja a través de numerosas secciones sindicales en lugar de instrumentarlo a través del sindicato. De ahí que el problema de delimitar la legitimación entre secciones y sindicato podría surgir cuando existiera un conflicto entre éstos».

⁷⁰ La STS 3 octubre 2001 (RJ 2001, 8979) descarta que una agrupación de trabajadores y cargos representativos pueda tratarse como un verdadero sindicato, sin que se haya constituido como tal. «El que una conducta o situación en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo pueda calificarse de ajustada o no ajustada a derecho no depende de que se trate de una práctica tradicional o de una práctica novedosa, sino de que se ajuste a las normas legales establecidas».

Igualmente, la SAN 27 septiembre 2005 (AS 2006, 1080) sale al paso de un grupo de miembros del comité que «quieren actuar en las negociaciones como si fueran una sección sindical, mas no puede haber sección si no hay sindicato, ello es evidente».

⁷¹ STS 18 enero 1993 (RJ 1993, 94).

⁷² Cuanto se dice está referido, obviamente, a la llamada negociación colectiva estatutaria. La negociación de un convenio colectivo de empresa o ámbito inferior,

⁶⁶ STC 73/1984, de 27 junio, FJ nº 2 (Ponente, Díez de Velasco Vallejo).

⁶⁷ STC 187/1987, de 24 noviembre, FJ nº 4 (Ponente, Leguina Villa).

Por otra parte, habrá que entender también que la atribución de legitimación inicial tanto a la representación unitaria como a la sindical no significa que una y otra puedan negociar simultáneamente. Parece claro, por el contrario, que «la legitimación de las representaciones electivas y de las representaciones sindicales es alternativa, de forma que negociarán unas u otras representaciones pero no las dos conjuntamente»⁷³.

Ahora bien, pese a que el ET establece un «sistema dual, alternativo y no acumulativo»⁷⁴, ni fija un criterio de preferencia entre representación unitaria y sindical, ni ofrece solución al problema de la posible concurrencia entre diferentes secciones sindicales con legitimación inicial. Ello no obstante, no se puede perder de vista que conforme al inciso final del art. 87.1 ET «en todos los casos será necesario que ambas partes se reconozcan como interlocutores» (Art. 87.1, *in fine* ET). Y, por tanto, que la comisión negociadora podrá constituirse válidamente con aquella representación legitimada que sea reconocida a tales efectos por el empresario; bien entendido que de este «recíproco reconocimiento (no puede resultar) que quien careciera de tales requisitos alcanzara legitimación, ni la falta del mismo privaría de dicha legitimación a quien los cumpliera»⁷⁵. Además, y para el caso concreto de concurrencia entre secciones sindicales, habrá que aceptar que de

su legitimación inicial se sigue el derecho de toda sección sindical a participar en la negociación (Cfr. art. 87.5 ET). Y ello incluso en el caso de que se trate de una sección sindical de sindicato más representativo sin representación en el comité de empresa habida cuenta que el art. 8.2 b) LOLS reconoce el derecho a la negociación colectiva tanto a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos, como a las de los que –siendo o no más representativos– tengan representación en los órganos unitarios⁷⁶.

En definitiva, si el convenio de empresa es negociado con la representación sindical existente en la misma, todas la secciones sindicales de los sindicatos más representativos o con presencia en el comité de empresa tienen legitimación inicial (Art. 8.2 LOLS) y, por tanto, derecho a intervenir en las negociaciones. Y es que, «forma parte del contenido esencial de la (libertad sindical) el derecho de los sindicatos a la propia actividad, dentro de la cual la negociación colectiva constituye sin duda el medio primordial de acción»⁷⁷.

Rectamente entendía, sin embargo, la regla expuesta significa más bien que «si negocian las representaciones o Secciones Sindicales, todas ellas tienen derecho, cuando menos, a participar en la designación de los componentes (del) 'banco social', aun cuando

llevada a cabo por sección sindical de sindicato que no sea más representativo, ni cuente con representación en el órgano unitario, nos situará ante un *convenio colectivo extraestatutario*. Sobre la cuestión, planteando además otras hipótesis de negociación colectiva extraestatutaria de ámbito de empresa o inferior, AGUT GARCÍA, C., *El sindicato en la empresa (secciones y delegados sindicales)*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 1997, págs. 447 y ss; APILLUELO MARTÍN, M., «Los convenios colectivos extraestatutarios y los acuerdos colectivos y plurales de empresas. Algunas precisiones de la jurisprudencia y la nueva LET de 1994», *Actualidad Laboral*, 1995-I, págs. 133 y ss).

⁷³ STC 137/1991, de 20 junio. FJ 4º.

⁷⁴ STS 18 enero 1993 (RJ 1993, 94).

⁷⁵ STS 18 enero 1993 (RJ 1993, 94).

⁷⁶ Sobre los problemas que plantea el reconocimiento de legitimación a secciones sindicales de sindicatos más representativos sin considerar su implantación en la empresa o centro de trabajo, véase RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., «La legitimación para negociar convenios colectivos. El art. 87 (reformado) del Estatuto de los Trabajadores», en RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (Coord.), *Comentarios a la nueva legislación laboral. El Estatuto de los Trabajadores*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 73.

⁷⁷ STS 18 enero 1993 (RJ 1993, 94). Véanse SSTC 70/1982, de 29 noviembre; 4/1983, de 28 enero; 12/1983, de 22 febrero; 37/1983, de 11 mayo; 59/1983, de 6 julio, 74/1983, de 30 julio; 118/1983, de 13 diciembre; 45/1984, de 27 marzo y 73/1984, de 27 junio.

pueda ser impracticable, por las limitaciones numéricas, que todas hayan de contar con algún miembro en el mismo, sin que la o las Secciones que por sí solas reúnan la mayoría de los miembros de la representación unitaria puedan designar la Comisión Negociadora, excluyendo de dicha designación a las restantes secciones sindicales». A su vez, «si la negociación se produce con los representantes unitarios la designación de los componentes del banco social (...) deber ser proporcional al índice de representatividad que cada sindicato tenga en aquella representación electiva»⁷⁸.

3.2.2. *La legitimación del sindicato más representativo*

El derecho a la negociación colectiva es un típico derecho de actividad del sindicato que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical. El derecho de libertad sindical en su faceta colectiva «no se agota en los aspectos meramente organizativos o asociativos, expresamente aludidos en el art. 28.1 CE», sino que comprende también «el derecho de los sindicatos (a) ejercer aquellas actividades que permitan la defensa y protección de los trabajadores»⁷⁹ en cuanto «elemento teleológico que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical»⁸⁰ y «que, por contribuir de forma primordial a que el sindicato pueda desarrollar las funciones a las que es llamado por el art. 7 de la Constitución, constituyen el núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical, sin el cual este derecho no sería reconocible»⁸¹.

De este modo, entre los derechos de las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, el art. 2.2 d) LOLS identifica «el ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá, en todo caso, el derecho a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas (a las elecciones para órganos unitarios), en los términos previstos en las normas correspondientes».

Esta remisión final a lo previsto en las normas correspondientes conduce, en primer lugar, a la propia LOLS, cuyo art. 6.3 b) dispone que «las organizaciones que tengan la consideración de sindicato más representativo (...), gozarán de capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales para (...) la negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores». La legitimación para intervenir en la negociación colectiva resulta, pues, un atributo o corolario de la mayor representatividad. Lo que no obsta para que las organizaciones sindicales que sin ser más representativas obtengan en un ámbito territorial y funcional específico el 10 por 100 o más de delegados de personal y miembros de comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas, resulten también legitimadas para ejercitar, en dicho ámbito funcional y territorial, funciones y facultades características de la mayor representatividad, entre ellas, la negociación colectiva «de acuerdo con la normativa aplicable a cada caso» (Art. 7.2 LOLS). Y, en segundo término, la remisión lleva también al art. 87 ET que, por una parte, reconoce la legitimación inicial de los sindicatos que tengan la consideración de más representativos —a nivel estatal o de Comunidad Autónoma, incluida la llamada legitimación *adicional* o *especial* de los sindicatos más representativos de Comunidad Autónoma en convenios de ámbito esta-

⁷⁸ STC 137/1991, de 20 junio.

⁷⁹ SSTC 40/1985, de 13 marzo, 39/1986, de 31 marzo, 30/1992, de 18 marzo, STC 94/1995, de 19 junio, STC 168/1996, de 29 octubre.

⁸⁰ STC 37/1983, de 11 mayo.

⁸¹ STC 30/1992, de 18 marzo. El origen de la doctrina se halla en STC 70/1982, de 29 noviembre, aunque las resoluciones más representativas son SSTC 118/1983, de 13 diciembre; 39/1986, de 31 marzo; 51/1988, de 22 marzo y 95/1996, de 29 mayo.

tal⁸²—, y, por otra, consagra el derecho de «todo sindicato, federación o confederación sindical, y (de) toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, (...) a formar parte de la comisión negociadora» (Art. 87.5 ET).

Se trata, no obstante, de previsiones legales de interpretación y alcance dudoso y litigioso. La primera, porque, además de la serias reservas de constitucionalidad que plantea⁸³, permite en la práctica la participación en la negociación de un convenio de sector de ámbito estatal no solo de sindicatos de Comunidad Autónoma con de escasa o ninguna representatividad en el ámbito funcional del convenio dentro de la correspondiente Comunidad, sino incluso de sindicatos

⁸² A tenor del art. 87.4 ET «estarán legitimados en los convenios de ámbito estatal: los sindicatos de Comunidad Autónoma que tengan la consideración de más representativos conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 7 (LOLS) y las asociaciones empresariales de la Comunidad Autónoma que reúnan los requisitos señalados en la disposición adicional sexta (ET)». Adviértase que esta redacción procede la reforma ordenada por Ley 11/1994, de 19 mayo. Hasta entonces el reconocimiento de esta legitimación adicional exigía que el sindicato en cuestión contase en la correspondiente Comunidad Autónoma y en el ámbito funcional del convenio con el 15 por 100 de representantes unitarios. Sobre la regla anterior a la reforma, que contrataba con los requisitos de la mayor representatividad de los sindicatos de Comunidad Autónoma exigidos por el art. 7.1 LOLS, véase ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Sindicatos de Comunidad Autónoma y negociación colectiva en el ámbito estatal», *Documentación Laboral*, núm. 34, 1991. Sobre el alcance la señalada reforma, que termina atribuyendo una legitimación inicial sin consideración a la representatividad real de las organizaciones sindicales (y empresariales) beneficiadas en el ámbito de que se trate, véase, SOLANS LATRE, M. A., *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, cit, págs. 179 y ss.

⁸³ Véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «De nuevo sobre la mayor representatividad: asociaciones patronales, procedimiento de elección de los representantes legales de los trabajadores; negociación colectiva», en ALONSO OLEA, M., *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, tomo VII (1989), Civitas, Madrid, 1987, ref. 390.

más representativos de Comunidad Autónoma sin verdadera implantación en ésta al haber adquirido su representatividad por irradiación⁸⁴.

Por su parte, el derecho de toda organización sindical «que reúna el requisito de legitimación» a participar en la negociación de un convenio colectivo (Art. 87.5 ET) plantea directamente la cuestión relativa a la posible exclusión de las negociaciones de un sindicato más representativo. Sin embargo, parece consecuencia del precepto citado que si uno de estos sindicatos quiere intervenir en la negociación del convenio colectivo, su exclusión constituiría atentado a su libertad sindical, que, en principio, privaría de eficacia al convenio negociado⁸⁵. Y ello, incluso en el caso de que se trate de la revisión de un convenio en cuya negociación el sindicato no quiso intervenir⁸⁶. Otra cosa —todavía más problemática, si cabe— es que tal participación haya de concretarse luego «en proporción a

⁸⁴ Sobre la cuestión, amplia y críticamente, SOLANS LATRE, M. A., *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, cit., págs. 183 y ss.

⁸⁵ En este sentido, SSTC 73/1984, 235/1985, 187/1987, 108/1989, 137/1991, 105/1992, 208/1993; ATC 1074/1988. En la jurisprudencia ordinaria, entre otras STS 18 enero 1993 (RJ 1993, 94).

Adviértase, no obstante, que en ocasiones el pronunciamiento del TC se ha limitado a reconocer el derecho de conformidad con su contenido constitucional (art. 55 LOTC), pero sin otorgar a esta declaración eficacia retroactiva y manteniendo la validez jurídica de las situaciones producidas. Así, en STC 137/1991, donde se discute sobre un convenio para los años 1987, 1988 y 1989 en cuya negociación se posterga a CC.OO., y es que otra solución «podría generar repercusiones económicas e imprevisibles y afectar a la seguridad jurídica respecto de relaciones laborales que han estado sujetas al convenio controvertido y se han regido por él». También en STC 73/1984.

⁸⁶ En estos casos habrá que distinguir, sin embargo, entre revisión del convenio que implica una auténtica nueva negociación, bien que materialmente limitada y mera ejecución de lo inicialmente pactado de manera análoga a como actúan las comisiones que nacen del convenio: seguimiento, solución de conflictos, etc. Véase SAN 27 octubre 1989.

(la) representatividad» de los sujetos inicialmente legitimados (Art. 88.1.2º ET).

3.2.3. *La determinación de la representatividad sindical*

En la medida en que la legitimación negocial de los representantes de los trabajadores y de los empresarios se define y concreta a partir de la noción de representatividad, cobra especial interés la correcta comprensión de lo que ésta sea.

Respecto de la representatividad sindical, el art. 6.2 LOLS reconoce la condición de sindicatos más representativos a nivel estatal a aquellos que «acrediten una especial audiencia, expresada en la obtención, en dicho ámbito del 10 por 100 o más del total de delegados de personal de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas», pero también a «los sindicatos o entes sindicales, afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativa». Igualmente, y a tenor del art. 7.1 LOLS, son sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma los que en dicho ámbito que acrediten en el mismo una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 por 100 de los representante unitarios, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal, y los sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito de Comunidad Autónoma que tenga la consideración de más representativa.

Así definida, la representatividad sindical puede determinarse fácilmente mediante copia auténtica de las actas electorales, certificación de los resultados electorales y, en su caso, certificación acreditativa de capacidad representativa de los sindicatos expedidas por la oficina pública dependiente de la auto-

ridad laboral que actúa como fedataria en los procesos de elección de órganos de representación de los trabajadores en las empresa (Arts. 67 y 75 ET y concordantes).

Por otra parte, y tanto en el caso de las representaciones sindicales como en el de las empresariales, el ET silencia toda indicación respecto del momento en que los requisitos de legitimación y capacidad deban reunirse. En principio, como tal podría tomarse tanto el de la promoción de la negociación del convenio (Art. 89.1 ET⁸⁷), el de la constitución de la Comisión Negociadora –lo que, conforme al art. 89.2 ET, deberá acontecer en el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación–, e incluso el momento de la firma del convenio. No obstante, la jurisprudencia señala con reiteración que el momento fundamental para determinar el nivel de representatividad de sindicatos y asociaciones intervinientes en la negociación colectiva es aquel en que se constituye la Comisión negociadora⁸⁸, sin que, como matiza STS 9 marzo 1994 (RJ 1993, 2218), sea posible subsanar el defecto con posterioridad al inicio de las negociaciones⁸⁹.

Téngase presente, además, que el trasvase de representación no tiene ningún efecto sobre el cálculo de la representatividad a es-

⁸⁷ A tenor del art. 89.1 ET «La representación de los trabajadores, o de los empresarios, que promueva la negociación, lo comunicará a la otra parte, expresando detalladamente en la comunicación, que deberá hacerse por escrito, la legitimación que ostenta de conformidad con los artículos anteriores, los ámbitos del convenio y las materias objeto de negociación». Además, de esta comunicación se envía copia, a efectos de registro, a la autoridad laboral correspondiente en función del ámbito territorial del convenio.

⁸⁸ El momento en que ha de existir y probarse la legitimación es el del inicio de las negociaciones del convenio colectivo, como se afirma en SSTS 23 noviembre 1993 (RJ 1993, 8933), 9 marzo 1994 (RJ 1994, 2218) y 25 mayo 1996 (RJ 1996, 4674), entre otras.

⁸⁹ Además de las citadas en nota anterior, véanse SSTS 7 julio 1997 (RJ 1997, 6251) y 25 mayo 2006 (RJ 2006, 3791).

tos efectos. Claramente resulta así del art. 12. 3 Reglamento de elecciones aprobado por RD 1844/1994, de 9 septiembre, a cuyo tenor «el cambio de afiliación del representante de los trabajadores, producido durante la vigencia del mandato, no implicará la modificación de la atribución de resultados»⁹⁰. Otra cosa es que se produzca una integración o fusión de sindicatos, en cuyo caso «los resultados electorales de los que se integran serán atribuidos al que acepta la integración» (Art. 12.4 RD 1844/1994).

Conviene insistir en que tratándose de convenios de ámbito superior al de empresa la legitimación se atribuye *ex lege* a las organizaciones sindicales, con exclusión de otras formas de articulación de los intereses unitarios de los trabajadores. Este «monopolio sindical» en las unidades sectoriales⁹¹ plantea diversas cuestiones. En primer lugar, la de su intrínseca constitucionalidad, si bien ya el Tribunal Constitucional advirtió muy tempranamente que la legitimación exclusiva a favor de las organizaciones sindicales para la negociación colectiva en el ámbito supraempresarial es congruente con el alto rango del derecho de libertad sindical⁹². Igualmente se cuestionó en algún momento si los independientes pueden o no apoderar a los sindicatos independientes para incrementar la representatividad de éstos, aunque también aquí la respuesta parece negativa⁹³. En relación con esto último, y aceptada la presencia exclusiva de las organizaciones sindicales en la mesa negociadora, también podría discutirse si para determinar el reparto de puestos conforme a la representatividad de cada organización sindical se ha de atender al total de

representantes unitarios o debe excluirse a los independientes; si bien, parece que debe imponerse la primera opción; sobre todo porque el mismo art. 88.1.2º ET expresamente exige, sin matiz, ni reserva, que la comisión negociadora se constituya por organizaciones sindicales que «representen como mínimo (...) a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal».

3.2.4. La determinación de la representatividad patronal

La determinación de la representatividad de las organizaciones empresariales también suscita interesantes interrogantes. Sabido es que en los convenios de ámbito supraempresarial la legitimación inicial se reconoce a aquellas asociaciones empresariales que «en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuentan con el 10 por 100 de los empresarios (...) siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados» (Art. 87.3 ET). Esto es, la implantación de cada organización empresarial «pondera de forma acumulativa (...) el número de empresas asociadas y los trabajadores empleados por éstas»⁹⁴, doble condicionamiento plenamente justificado por la necesidad de «lograr un equilibrio ponderado entre las empresas del sector para que no se dé un predominio excesivo de las empresas de plantilla amplia sobre las de plantilla reducida, ni de éstas sobre aquellas»⁹⁵.

El problema aquí estriba en la inexistencia de un mecanismo fiable y objetivo de me-

⁹⁰ De la «proscripción de trasvases que puedan alterar, desnaturalizándolos, los resultados de las elecciones sindicales» se ocupa ATC 159/1998. Véase, entre otras, STS 6 abril 1997.

⁹¹ OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, cit., pág. 735.

⁹² STC 4/1983, de 28 enero, STC 12/1983, de 22 febrero.

⁹³ STC 12/1983, de 22 febrero.

⁹⁴ La STS 21 noviembre 2005 (RJ 2006, 684) precisa que para determinar la concreta legitimación de los representantes del banco empresarial, se ha de computar no solo aquellos empresarios que ejerzan su actividad en la totalidad del ámbito funcional y geográfico, sino también la de cualquier empresario que en el ámbito territorial se dedique a alguna de las actividades que integran en marco funcional del Convenio.

⁹⁵ STS 15 febrero 1993 (RJ 1993, 1164).

dición de estos datos, aparte de que el dinamismo característico de la creación y desaparición de empresas hace extremadamente difícil cifrar ante cada intento negociador la legitimación simple y, sobre todo, la plena, de las asociaciones empresariales concurrentes. La STS 25 enero 2001 (RJ 2001, 2065) se hace eco de ello razonando que la justificación del nivel de representatividad de las asociaciones empresariales ofrece serias dificultades en la mayoría de las ocasiones pues, a diferencia de lo que sucede con los sindicatos, en este ámbito empresarial ni se celebran elecciones a representantes ni existe un archivo público capaz de ofrecer datos fiables y objetivos sobre la representatividad de una determinada asociación empresarial. Además, tampoco la disposición adicional 6ª ET «arroja demasiada luz sobre el problema para disipar las dudas que plantea, pues se limita a fijar los topes mínimos de representatividad de las asociaciones empresariales a distintos niveles, pero no señala los medios para cuantificar tal representatividad». Por ello, y a fin de «salvar esa laguna se ha acudido a la técnica de presumir que, en principio, quienes hayan negociado un convenio colectivo, reconociéndose recíprocamente como interlocutores, gozan de la legitimación y representatividad suficientes para negociar en los respectivos niveles, invirtiendo la carga de la prueba de manera que quien niegue alguna de esas cualidades habrá de demostrar que carece de ellas la asociación empresarial de que se trate, y no pesa sobre la demandada el gravamen de probar la representatividad que se le niega»⁹⁶.

⁹⁶ En el mismo sentido, entre otras, SSTS 21 marzo 2002 (RJ 2002, 3812), 18 diciembre 2002 (2003, 2344), 27 abril 2000 (RJ 2000, 4253), 3 marzo 1998 (RJ 1998, 2072), 14 mayo 1998 (RJ 1998, 4651), 14 febrero 1996 (RJ 1996, 1017), 5 octubre 1995 (RJ 1995, 8667), 17 junio 1994 (RJ 1994, 5445).

Por descontado, cuando se acredita la ausencia de representatividad en quien ha negociado, la sentencia ha de proclamar que no existe verdadero convenio colectivo; por todas, SAN 5 octubre 2004 (AS 2004, 3428).

Esta construcción jurisprudencial hace recaer en quien impugna la carga de la prueba sobre la falta de legitimación de quienes han negociado un convenio estatutario publicado en el oportuno boletín oficial, entendiéndose que su apariencia de legalidad viene respaldada por la intervención de la autoridad laboral, a quien incumbe su control mediato o indirecto; surge así una especie de círculo cerrado: a quien negocia se le presume la legitimación y se la concede su interlocutor⁹⁷. Probablemente tal criterio ha acabado por generar una coraza protectora excesiva, posibilitando la negociación de convenios con eficacia general en casos difíciles, al tiempo que presupone un papel de la Administración Laboral más protagónico que el diseñado por el legislador. Que la situación resultante ofrezca seguridad, y cierta comodidad a los agentes sociales más representativos, no debe impedir que se observe con espíritu crítico⁹⁸, lo que tampoco significa sostener su inconstitucionalidad o falta de argumentos⁹⁹.

⁹⁷ En la STS 3 abril 2006 (RJ 2006, 5307) hay una inmejorable condensación de la posición acogida por la jurisprudencia: «la legitimación de la asociación empresarial demandada, única que negoció, ha de presumirse –conforme a nuestra expuesta doctrina– del hecho de la negociación, habiendo sido reconocida como interlocutora válida por la otra parte contratante».

⁹⁸ La STS 25 mayo 2006 (RJ 2006, 3791) resume, con naturalidad, la principal consecuencia práctica de la construcción reseñada: en la impugnación de un convenio estatutario corresponde al impugnante acreditar los vicios que alega, pues estos son hechos constitutivos de su pretensión y la naturaleza especial de dichos convenios, que exigen la intervención de la autoridad laboral, a quien corresponde el control mediato o indirecto sobre su legalidad, les dota de una apariencia de validez sólo desvirtuable por prueba a cargo de quien lo impugna.

⁹⁹ La STS 21 marzo 2002 (RJ 2002, 3812) realiza una brillante exposición de los mismos, concluyendo que el reconocimiento mutuo entre los interlocutores sociales y el subsiguiente control oficial de la legalidad del convenio colectivo, trámite que puede ser solicitado a la autoridad laboral por los «representantes legales o sindicales de los trabajadores o de los empresarios que sostuvieran la ilegalidad del mismo», asignan a las partes negociadoras una posición diferenciada de la

Esta actitud conservacionista de nuestros tribunales, que ha acabado calando en la práctica totalidad de la doctrina, reaparece cuando se trata de asignar consecuencias a los supuestos en que el convenio colectivo se ha suscrito sin que concurran los requisitos de legitimación y representatividad expuestos. La interminable polémica sobre la dual naturaleza del convenio reaparece aquí, de manera implícita, prefiriéndose la vertiente contractual sobre la normativa: en lugar de afirmar que el convenio carece de validez (como se haría respecto de cualquier norma emanada de sujeto incompetente) se abraza su validez como convenio de carácter extra-estatutario¹⁰⁰. ¿Realmente esa es la solución más acorde con el relevante papel que se asigna al convenio en nuestro sistema de fuentes? Es como si se dijera que un Real Decreto-Ley aprobado por el Gobierno es nulo como norma con rango de Ley, pero válido en cuanto manifestación del poder reglamentario.

Sin perjuicio del fundamento y vigencia de esos criterios¹⁰¹, también habrá que considerar que la modificación del tenor del art. 88.1.2º ET por Ley 11/1994, de 19 mayo, pue-

que tienen los sujetos no participantes; esta posición diferenciada puede servir de justificación a un distinto tratamiento de las partes negociadoras a efectos de acreditación caso por caso de su representatividad, por lo que debe entenderse que tal trato distinto está basado en un criterio objetivo y razonable.

¹⁰⁰ La doctrina se enuncia afirmando que la anulación de un convenio por falta de legitimación supone solo la expulsión del mismo del grupo de los convenios de naturaleza estatutaria, sin necesidad de una expulsión radical si se cumplen las exigencias de negociación común, de tal modo que el convenio pueda mantener la eficacia residual del pacto extraestatutario. En cierto modo pues la acción de anulabilidad del convenio es una acción de simulación, que denuncia el convenio estatutario como una apariencia, y cuya estimación no excluye la eficacia del negocio «verdadero y lícito» subyacente (Art. 1276 del C.Civil). Por todas, SAN 18 diciembre 2003 (JUR 2004, 205566).

¹⁰¹ Véase, últimamente, STS 3 abril 2006 (RJ 2006, 5307).

de ofrecer alguna otra solución. Y es que, frente a la redacción del primitivo art. 88.1.2º ET, que cifraba la legitimación plena empresarial en el hecho de que las asociaciones empresariales representasen «a la mayoría de los *empresarios* afectados por el convenio», el ET exige ahora que dichas organizaciones asocien a la mayoría de empresarios que en conjunto «ocupen a la mayoría de los *trabajadores* afectados por el Convenio». Y este último dato resulta más fácil de medir, por ejemplo acudiendo al Fichero General de Afiliación de la TGSS.

Desde otro punto vista, debe subrayarse que el art. 87. 3 ET atribuye legitimación inicial a las asociaciones de empresarios que lo sean en el sentido del art. 1.2 ET, esto es, empresarios laborales porque dan ocupación a trabajadores que prestan para ellos sus servicios bajo dependencia y por cuenta ajena a cambio de una retribución. Por tanto, es obvio que ni tienen legitimación, ni pueden intervenir en la negociación de un verdadero convenio colectivo asociaciones integradas sólo por trabajadores autónomos que no emplean a trabajadores asalariados. El convenio colectivo está llamado a convertirse en norma reguladora de las condiciones de trabajo asalariado en su ámbito personal, geográfico y funcional, por lo que ninguna razón tiene la intervención en su génesis de quienes no son empleadores y, por tanto, de ningún modo van a quedar vinculados por el mismo pues no dan empleo a trabajadores asalariados.

En la práctica, sin embargo, la presencia de esta clase de asociaciones en la negociación de un convenio no es enteramente desconocida¹⁰². No obstante, la intervención de este tipo de asociaciones empresariales en la negociación de un convenio no debería provocar su

¹⁰² Por ejemplo, *Primer Convenio Colectivo para el personal asalariado del sector de Auto-taxi de los Illes Balears*. Sobre éste STS] Balears 29 enero 1998 [AS 1998, 176].

nulidad si, excluidas las mismas del cómputo, los demás sujetos negociadores reúnen los requisitos de legitimidad simple y plena impuestos por los arts. 87 y 88 ET; bien entendido que el convenio colectivo carece de rango normativo bastante para extender al ámbito del trabajo autónomo soluciones laborales.

4. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR Y ELECCIÓN DE LAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN

Las reglas sobre legitimación de los arts. 87 y 88 ET suponen la existencia de unos agentes sociales a los que la Constitución (Art. 37.1) y las leyes (ET, LOLS) reconocen en abstracto el derecho a la negociación colectiva. Dicho reconocimiento no basta, sin embargo, para permitir a todas las organizaciones la intervención en cualquier negociación colectiva, ni para que puedan concluir válidamente el contrato que da vida al convenio colectivo. Para que ocurra esto último, aquellas deben estar suficiente y adecuadamente implantadas en la correspondiente unidad de negociación.

La ordenación legal de la legitimación negociadora de los sindicatos es razonable puesto que no excluye de la negociación a quienes tienen una implantación específica en el ámbito del convenio¹⁰³.

4.1. Convenios de empresa

En el caso de los convenios de empresa, la cuestión no plantea excesivas dudas: va de suyo que por un lado negociará con plena legitimación el propio empresario y, por otro, una representación de sus trabajadores, ya sea ésta unitaria o sindical. Y siendo así, bastará para que su negociación fructifique con que la comisión negociadora –integrada por un má-

ximo de 12 miembros por bando– se constituya por el empresario o sus representantes y por los representantes de los trabajadores, que esta representación de los trabajadores, cualquiera que sea su naturaleza sindical o unitaria, sume la mayoría del comité de empresa y que «ambas partes se reconozcan como interlocutores» (Art. 87.1 *in fine* ET).

Más interrogantes suscitan, sin embargo, los convenios de franja. Sobre todo porque exigen la previa delimitación de su concreto ámbito subjetivo¹⁰⁴. Por eso el art. 87.1 ET una vez supuesta la legitimación inicial de los representantes unitarios y sindicales, exige, en regla que en rigor trata de la legitimación plena o negociadora y que quizá debería aparecer en el art. 88 ET¹⁰⁵, que «los trabajadores incluidos en su ámbito» adopten en asamblea un acuerdo expreso de designación, a efectos de negociación, de las representaciones sindicales con implantación en tal ámbito». Cuando esta concreta regla se incumple, el convenio colectivo será extraestatutario, con independencia de la implantación que posea el sindicato que lo haya negociado¹⁰⁶; aunque un sindicato tenga mayoría absoluta de afiliados (entre el colectivo del ámbito funcional constituido por la «franja») debe cumplimentar los trámites de referencia para que la empresa venga obligada a reconocerle la legitimación negociadora pues lo contrario sería confundir los conceptos de implantación y legitimación¹⁰⁷.

¹⁰⁴ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *Sindicato y negociación colectiva de franja*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2001, pág. 267.

¹⁰⁵ SOLANS LATRE, M. A., *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, cit., pág. 18.

¹⁰⁶ La STS 21 febrero 2006 (RJ 2006, 1903) aborda el convenio de RENFE y el SEMAF; puesto que los pactos extraestatutarios no pueden regular condiciones de empleo o de trabajo con proyección general para todos los trabajadores del ámbito funcional de aplicación, cuando se desborda ese límite (como es el caso) surge la nulidad de las cláusulas afectadas.

¹⁰⁷ En STS 7 octubre 2004 (RJ 2004, 6553) se acoge ese punto de vista, al hilo de la pretendida negociación

¹⁰³ STC 57/1989, de 16 marzo, FJ nº 2 b) (Ponente, Díaz Eimil).

4.2. Convenios supraempresariales

En cualquier caso, los problemas aparecen en toda su extensión cuando se trata de convenios de ámbito supraempresarial. Y ello porque tanto la legitimación inicial de los sindicatos que no sean más representativos (Art. 87.2 c ET) y la de las organizaciones empresariales, como la legitimación plena de todos los sujetos colectivos intervinientes se condiciona a su implantación real y demostrada en el concreto ámbito geográfico y funcional en el que se pretende imponer la vigencia del convenio. Y es precisamente en dicho ámbito donde los sujetos con capacidad plena para negociar pueden conformar válidamente una unidad de negociación.

4.3. Grupos de empresa

En fin, lo que se dice aprovecha especialmente al supuesto de la negociación colectiva en unidades empresariales complejas, como los grupos de empresas¹⁰⁸, en las que, por una parte, «no negocia un único empresario, como persona física o jurídica, también única, sino un conjunto empresarial dotado de una cierta unidad de dirección o de actuación, pero integrado por distintas personas que, aunque puedan constituir un grupo con homogeneidad en su actuación en el ámbito laboral, siguen siendo formalmente centros de imputación jurídica distintos»¹⁰⁹, y, por otra, las «peculiaridades y rasgos específicos de la unidad negocial (aconsejan) la necesidad de que la representación contractual de los trabajadores sea asumida directamente

por los Sindicatos, dada la notoria dificultad de que sea ejercitada por los órganos de representación unitaria de aquéllas, o por secciones sindicales, siempre claro está, que el sindicato correspondiente acredite unos niveles adecuados de implantación y representatividad»¹¹⁰. La solución se acuñó a la vista de los problemas suscitados en la negociación de convenios colectivos para Administraciones Públicas y pretende salvar las dificultades que surgen cuando se aplican globalmente las reglas contempladas en el ET para convenios de uno u otro ámbito; al margen del juicio que merezca, la doctrina sólo puede aplicarse cuando concorra el presupuesto fáctico de referencia, alusivo a la complejidad del ente negociador¹¹¹.

Hay que llamar la atención sobre el criterio mixto que la jurisprudencia acoge, pues significa que al mismo convenio se le aplican, a la vez reglas, para los de empresa y para los supraempresariales («la integración de la comisión negociadora no puede obtener un tratamiento jurídico homólogo»): al empleador se le trata como tal («la unidad de dirección y el carácter público de las entidades que han de negociarlo obsta a que pueda ser

¹¹⁰ STS 15 diciembre 1994 (RJ 1994, 4436).

¹¹¹ En STS 15 diciembre 1994 (RJ 1995, 4436) se habla de «diferentes y números centros de trabajo, de muy dispar naturaleza y actividad, que presentan una gran dispersión geográfica y funcional»; las SSTS 30 abril y 21 junio 1996 (RJ 1996, 3623 y 5221) se refieren a «la multiplicidad de organismos afectados por el convenio y de sus centros de trabajo, hace frecuentemente difícil la intervención negociadora de las representaciones unitarias o de las secciones sindicales».

La STS 24 abril 2001 (RJ 2001, 4879) explica que se necesita por tanto, un complejo organizativo plural con una dirección común, con personas jurídicas que ostentan posiciones empresariales independientes y, un grado de complejidad significativo.

La STS 6 mayo 2004 (RJ 2004, 4396) aplica la anterior doctrina y concluye que las notas referidas no concurren en la empresa Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA., por lo que tampoco existe el derecho de los sindicatos a que operen las reglas de legitimación propias de ámbitos supraempresariales (pretensión del sindicato demandante).

de convenio de franja para los pilotos de helicópteros: al SEPLA están afiliados 40 de los 79 existentes, pero no se ha cumplimentado la actuación marcada por la Ley.

¹⁰⁸ SSTS 27 abril y 30 octubre 1995 (RJ 1995, 3273 y 7930).

¹⁰⁹ STS Sala General 21 diciembre 1999 (RJ 1999, 528). También SSTS 28 febrero 2000 (RJ 2000, 2246), 9 mayo 2001 (RJ 2001, 5201), SAN de 23 mayo 2003 (AS 2003,3876).

asumida su representación por asociaciones empresariales») y a los representantes de los trabajadores como si estuviéramos en ámbito sectorial («en estos peculiares supuestos la legitimación para negociar [ha de ser] la conferida a los sindicatos para los convenios de ámbito superior al de empresa»)¹¹². No en vano el voto particular que se formuló a la STS 21 diciembre 1999 (RJ 2000, 528) considera que la solución es demasiado creativa y compleja, habiendo sido preferible la aplicación de las reglas propias del convenio de empresa (solución «más flexible y menos restrictiva de la autonomía colectiva»).

4.4. Visión conjunta

En el plano teórico la idea es sencilla: como libertad para fijar el ámbito del convenio «no puede ser entendida en términos absolutos, sino en relación con la unidad negociadora de que se trate y a la representatividad que ostentaren las partes intervinientes en la negociación»¹¹³, habrá que concluir que «la unidad de negociación determina la legitimación y esta última a su vez delimita la elección de la unidad de negociación»¹¹⁴. Esto es, «los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden» (Art. 83.1 ET) siempre que éstas estén legitimadas, según lo dispuesto en los arts. 83.2; 87 y 88.1 ET para convenir en dicha unidad¹¹⁵. Además, siquiera sea de manera implícita, el propio ET prefigura unas unidades de negociación típicas al concretar los requisitos de legitimación. Éstas serían, por

un lado, la empresa, sus centros de trabajo o unidades inferiores, incluido en su caso el convenio de franja¹¹⁶; y, por otro, unidades sectoriales configuradas en la práctica sobre todo a nivel provincial y estatal según el modelo de la negociación colectiva prestatutaria.

Quizá por ello, la problemática de la identificación de las unidades de negociación en función de la legitimación de los sujetos colectivos intervinientes ha terminado desplazándose hacia la amplitud y límites de su poder para acotar en cada unidad de negociación los ámbitos del convenio. Y es que, como en su momento postulara STS 20 septiembre 1996 (RJ 1996, 6889), el principio en virtud del cual los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden no es una regla «incondicionada, sino que está sometida a determinadas limitaciones que se relacionan (...) con exigencias de objetividad y estabilidad».

¹¹⁶ Como recuerda Señala STS 17 mayo 2004 (RJ 2004, 4969), «la figura del convenio de franja está admitida en el artículo 87.1.2º del Estatuto de los Trabajadores y por la doctrina del Tribunal Constitucional». En particular, STC 136/1987, de 22 julio, considera «el principio de igualdad no obliga, desde luego, a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una Empresa o de un ámbito geográfico y funcional determinado y, por lo mismo, no impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo, si es que consideran que, por sus singulares características o por otras circunstancias relevantes para la prestación de sus servicios, esa es la mejor vía para la defensa de sus intereses». Lo que impide el artículo 14 CE es la exclusión de la unidad de negociación de trabajadores que están comprendidos en ella de acuerdo con los criterios objetivos, pero que se excluyen contra su voluntad por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo, pues en estos casos «la exclusión puede no ser el fruto de una mera ordenación de la negociación colectiva en virtud de la facultad concedida a las partes por el ordenamiento, sino más bien una vía para imponer injustificadamente condiciones de trabajo peyorativas a los trabajadores afectados».

¹¹² Por todas, SSTS 21 junio 1996 (RJ 1996, 5221) y 10 octubre 2005 (RJ 2005, 9969).

¹¹³ STS 28 octubre 1996 (RJ 1996, 7797). Véanse también SSTS 23 junio 1994 (RJ 1994, 5470), 19 diciembre 1995 (RJ 1995, 9315), 2 diciembre 1996 (RJ 1996, 8991), STS de 3 mayo 2006 (RJ 2006, 3032).

¹¹⁴ SOLANS LATRE, M. A., *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, cit., pág. 20.

¹¹⁵ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 833.

4.5. Límites a la configuración del ámbito aplicativo

Frente a soluciones judiciales propuestas en otros momentos¹¹⁷, el atenuamiento a criterios objetivos en la determinación de la unidad de negociación, que implica el cumplimiento de las reglas sobre legitimación, se configura como criterio adecuado para delimitar las unidades atípicas o artificiales de negociación¹¹⁸. De este modo, «las partes tienen reconocida la facultad de establecer unidades de negociación que no tienen por qué venir acomodadas a una previa definición legal, siempre que lo hagan respetando las exigencias constitucionales del principio de no discriminación y respetando las exigencias derivadas de los principios que sobre la articulación de la negociación del art. 83.2 ET, las exigencias de legitimación de los arts. 89 y ss. ET o la necesidad de objetivación del ámbito»¹¹⁹.

De lo que se trata en último término es de poder dar vida a una «unidad apropiada de negociación» construida «a partir de criterios de cierta homogeneidad que permitan establecer una regulación uniforme de condiciones de trabajo»¹²⁰. A estas alturas, la juris-

prudencia constitucional y ordinaria ya han puesto de relieve múltiples veces que el principio de igualdad no obliga a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una empresa o de un ámbito geográfico y funcional determinado¹²¹. Pero a esa exclusión no puede asimilarse la de aquellos otros grupos de trabajadores que, por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo, carecen de poder negociador por sí solos y, al mismo tiempo, se ven apartados contra su voluntad del ámbito de aplicación del convenio correspondiente. En este último supuesto, la exclusión puede no ser el fruto de una mera ordenación de la negociación colectiva en virtud de la facultad concedida a las partes por el ordenamiento, sino más bien una vía para imponer injustificadamente condiciones de trabajo peyorativas a los trabajadores afectados¹²².

En la misma línea, se ha considerado que la diferenciación entre unos y otros trabajadores por razón de la fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no es fundada ni razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y, por lo tanto, es contraria al principio de igualdad¹²³.

¹¹⁷ Sobre la exigencia del TCT de razonabilidad, y adecuación a la naturaleza de las cosas en la configuración de la unidad de negociación y definición de los ámbitos del convenio, véase SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJÁN ALCARAZ, J., «Límites a la fijación de unidades de negociación en la jurisprudencia española», cit., págs. 32 y ss. Pese a la aparente superación del criterio, véase STS 20 octubre 1997 (RJ 1997, 8083).

¹¹⁸ Aunque en un primer momento la distinción entre unidades de negociación naturales y unidades artificiales parecía responder a otro criterio (Cfr. STS 20 octubre 1997 [RJ 1997, 8083]), finalmente parece que se trata de otra manera de referirse a la distinción entre unidades típicas y atípicas. El criterio diferenciador sería, pues, la coincidencia o no de la correspondiente unidad con las predeterminadas en los arts. 87 y 88 ET. Véase STS 17 noviembre 1998 (RJ 1998, 9750).

¹¹⁹ STS de 17 julio 2002 (RJ 2004,1864).

¹²⁰ STS de 3 mayo 2006 (RJ 2006,3032).

¹²¹ Por eso, determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pueden pactar por separado sus condiciones de empleo, si es que consideran que, por sus singulares características o por otras circunstancias relevantes para la prestación de sus servicios, esa es la mejor vía para la defensa de sus intereses.

¹²² En la STS 28 octubre 2003 (RJ 2003, 8721) puede verse un buen resumen sobre los criterios sentados en tal dirección.

¹²³ Por todas, STC 27/2004 y STS 16 enero 2006 (RJ 2006, 2293).

RESUMEN Previa identificación de los rasgos principales del modelo español de negociación colectiva, con clara preferencia por el convenio de eficacia normativa y efectos *erga omnes*, y a partir de la regla estatutaria del art. 83.1 ET según la cual «los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden», se indaga en el estudio sobre la virtualidad real de dicha manifestación de autonomía colectiva.

Al hacerlo se alcanza como primera conclusión que ni la elección de la unidad de negociación, ni la fijación de los ámbitos de aplicación geográfico, funcional y personal del convenio que la presuponen, pueden ser operaciones dejadas sin límite ni condicionante al libre ejercicio de la autonomía colectiva: una cosa es que las eventuales restricciones del derecho no estén explicitadas en la norma, y otra muy distinta que no existan.

Resulta necesaria, entonces, una interpretación sistemática e integradora del precepto que lo ponga en relación con otras previsiones del mismo cuerpo legal, muy especialmente con las reglas sobre legitimación y capacidad para negociar. Y es que las partes del convenio que, conforme al art. 83.1 ET, pueden decidir su ámbito de aplicación sólo pueden serlo aquéllas que posean suficiente representatividad en el área de relaciones profesionales donde el convenio ha de regir. Por tanto, solo cumpliendo las exigencias que resultan de los arts. 87 y 88 ET los representantes de los trabajadores y de los empresarios pueden constituirse en unidad de negociación y proceder a crear la norma que es el convenio colectivo, delimitando sus ámbitos geográfico, funcional, personal y temporal y llenándolo de contenido.

En razón de ello, el estudio se detiene, en primer lugar, en los pormenores de la regulación que los arts. 87 y 88 ET hacen de la representatividad de los sujetos legitimados para negociar convenios colectivos, destacando los principales problemas interpretativos que suscitan. Y, seguidamente, plantea la cuestión principal de la conexión entre legitimación para negociar y la elección de unidad de negociación destacando cómo una y otra se influyen recíprocamente. Pero poniendo también de manifiesto el desplazamiento del interés desde la pura identificación de las unidades de negociación, en buena parte prefiguradas ya en el ET, hacia los límites de éstas para acotar los ámbitos del convenio con respeto a criterios objetivos.