

Un contenido esencial algo venial. O los problemas técnicos de una dispersión hermenéutica

A. EL ESTADO DE LA CUESTION

Hablar del contenido esencial de los derechos fundamentales en los momentos presentes parece llevarnos a reiterar las afirmaciones sentadas por la doctrina y el Tribunal Constitucional en los primeros años ochenta al hilo de los comentarios a la Constitución española, que a su vez se inspiraron en los estudios alemanes sobre la misma cuestión en la alemana. Al pensar así, sin embargo, estamos cayendo en el vértigo del Ordenamiento español contemporáneo, donde la sucesión rapidísima de normas nos ha imbuido de un espíritu de apresuramiento que poco a poco —y nos hallamos ante una de las materias que pueden contribuir a ello— se desacelera en beneficio de estudios menos periodísticos o de ocasión. En todo caso, el ítem «contenido esencial de los derechos fundamentales» ha demostrado pertenecer a aquellas materias esquivas cuya delimitación se escapa de las manos a los técnicos, confundidos ante las diversas interpretaciones o doctrinas que se exponen sobre su figura: así ocurre en Alemania todavía hoy, pese a que su Constitución data de 1949, pues las mejores monografías al respecto han aparecido en los años ochenta o han sufrido en esa década importantes modificaciones, dejando no obstante al lector que aborda sus complicadas páginas la impresión de encontrarse nadando en aguas aún turbulentas.

Para el Derecho del Trabajo tiene el contenido esencial de los derechos fundamentales el interés de afectar a todo el Derecho colectivo, desde la libertad sindical a la negociación colectiva, directamente o por remisión, de modo que puede considerarse a esta rama del Derecho como la más implicada en el tema dentro del conjunto de nuestro Ordenamiento; así lo demuestran las numerosísimas sentencias emanadas del Tribunal Constitucional en punto a la libertad sindical, que examinaremos en las páginas siguientes, y la importancia reconocida por los constitucionalistas y demás expertos a la sentencia del mismo tribunal sobre el contenido esencial del derecho de huelga, dictada tan pronto como el 8 de abril de 1981, y de la cual parte necesariamente cualquier análisis científico del problema en nuestro Ordenamiento. El Derecho del Trabajo se coloca a la cabeza en cuanto a sentencias, comentarios y normativa al respecto —Ley Orgánica de Libertad Sindical, Decreto-ley sobre Relaciones de Trabajo—, sin que por ello podamos decir que nuestras contribuciones hayan clarificado excesivamente el panorama: la sentencia sobre

* Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla.

huelga tuvo la virtud de cerrar el debate en cuestión de huelgas, pero no incidió sobre el de la libertad sindical, donde las abundantes sentencias recaídas en unos pocos años señalan varias direcciones casi simultáneamente. A mayor abundamiento, la Ley de Huelgas anunciada con reiteración por el Gobierno y aún sin debatir a causa del rechazo frontal de los sindicatos replanteará seguramente la cuestión desde el punto y hora en que versará sobre aspectos muy próximos al contenido esencial cuando limite el ejercicio del derecho en los servicios esenciales.

Claro que desde cierta perspectiva cabe entender la tardanza en cerrar el debate como una muestra, no de su profundidad o importancia, sino precisamente de lo contrario, toda vez que únicamente las Constituciones de Alemania Federal, España, Portugal y Turquía hacen referencia a dicho contenido: los demás países —para nosotros tiene especial importancia Italia— prescinden de este límite a la actividad legislativa, y nadie puede decir que estén amenazados los derechos fundamentales. El hecho de venir contemplado por nuestra Constitución le confiere para nosotros, sin embargo, una importancia central, como lo demuestra su reiterada alusión en los recursos de amparo o inconstitucionalidad presentados en los años ochenta contra numerosas leyes, no solamente laborales, sino también civiles, administrativas y mercantiles¹. Así lo han entendido los constitucionalistas, al dedicar atención a la materia en su Congreso de mayo de 1989², y quienes han tratado los derechos fundamentales desde cualquier ángulo en los últimos años, considerando al contenido esencial como eje temático³.

En las páginas siguientes nos detendremos a considerar un caso concreto de utilización del contenido esencial: el referido al derecho fundamental de sindicación enunciado en el artículo 28 Const., tal y como ha sido tratado por el Tribunal Constitucional. A través suya observaremos las dudas del Tribunal, su dispersión interna de opiniones, y la gran influencia que sobre este y otros temas ejerce la coyuntura legislativa del momento, alejando al pensamiento científico de una base objetiva, que más pronto o más tarde reaparece sin embargo. Procederemos consiguientemente a un análisis crítico de la doctrina del mencionado Tribunal, para detectar las posibles contradicciones y sus eventuales líneas correctoras.

B. LA DOBLE VERDAD EN EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE SINDICACION

Como se sabe, el artículo 28.1 Const. contempla la libertad sindical como un derecho puramente organizativo, cuyo contenido en dicho precepto no va más allá de las posibilidades de crear, afiliarse o no afiliarse a un sindicato, y de éste a crear o afiliarse a «confederaciones» nacionales u «orga-

¹ Véanse, por ejemplo, la Sentencia del TC 49/1988 sobre la Ley 31/1985, de Organos Rectores de las Cajas de Ahorro, o la 83/1984, 42/1986 y 89/1989 sobre la Ley de Colegios Profesionales, o la 218/1988 sobre derecho de asociación del art. 22 Const.

² VIII Jornadas de Derecho Constitucional Comparado, Madrid, 3 al 5 de mayo de 1989.

³ Véanse, por ejemplo, MARTÍN RETORTILLO/OTTO PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988; BARNES VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, 1988; ROVIRA VIÑAS, *El abuso de los derechos fundamentales*, Barcelona, 1983; PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1984.

nizaciones» internacionales. El artículo 7 de la propia Ley Fundamental completa el marco asignando deberes asimismo organizativos —su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos—, si bien la referencia que hace al papel asignado a sindicatos y patronales, defender y promover los intereses económicos y sociales que les son propios, da pie a pensar en unas facultades de actuación escrupulosamente silenciadas por el constituyente.

El discurso del Tribunal Constitucional frente a semejante normativa se ha encaminado en especial a delimitar si los diversos derechos de actividad que nuestra legislación ordinaria reconoce a los sindicatos forman parte del contenido de la libertad sindical, y en concreto de su contenido esencial: en qué medida el derecho de huelga, de negociación colectiva, de procedimiento de conflicto colectivo o de participación empresarial o institucional suponen elementos de lo que en conjunto se denomina libertad sindical.

Sin duda que algunos contenidos de actividad han de integrar la libertad de cualquier sujeto jurídicamente relevante, y máxime de los sindicatos, pues el mero respeto a su existencia equivale a condenarlo a una situación de sujeto pasivo de derechos, la antítesis de cuanto entendemos por sindicato. Las organizaciones de trabajadores nacen para «luchar», digámoslo así, por el bienestar de la clase, de donde resulta esencial a su definición un repertorio de medios instrumentales. Sobre ello hay absoluta unanimidad, pienso, en la doctrina, y por mera lógica hemos de pensar que el constituyente así también lo quiso. Ahora bien: con ello no hemos dado ningún paso para clarificar el debate —o quizá mejor, la confusión— reinante en torno a *qué* contenidos de actividad deben entenderse comprendidos en el contenido esencial del derecho fundamental de sindicación. Veamos cuál es la postura, o las posturas, del Tribunal Constitucional, para de su análisis extraer algunas reflexiones que nos servirán para intentar una propuesta de aclaración.

A primera vista se advierten grandes oscilaciones, o quizá ondulaciones, en la doctrina del Alto Tribunal, tanto más cuanto que la primera sentencia que propiamente se enfrentó al tema, la 57/1982, de 27 de julio, hubo de considerar si los funcionarios disfrutaban, por el mero hecho de tener libertad sindical, del derecho de negociación colectiva en el sentido habitualmente asignado a este concepto en nuestro país, de potestad de celebrar convenios dotados de eficacia vinculante. La sentencia discrepará fuertemente de la posterior doctrina emanada en casos de sindicatos de trabajadores, configurando así una doble verdad, según se trate de funcionarios o de trabajadores, que paulatinamente se irá complicando con nuevos matices, hasta llegar al momento presente, en que se distinguen cuatro posiciones del mismo Tribunal:

a) La primera se adopta en la sentencia recién mencionada, la 57/1982: del derecho de sindicación (de los funcionarios, en este caso) «no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva, al no ser obligado en lógica y en derecho que de la agrupación de los funcionarios en defensa de sus intereses derive como única solución el celebrar un convenio obligatorio... ya que el legislador puede optar en amplio espectro por diferentes medidas de muy distinto contenido, que resuelvan adecuadamente la participación de los órganos representativos de los funcionarios en la fijación de las condiciones de empleo». Si bien está refiriéndose a los sindicatos de funcionarios, sería muy difícil pensar en una restricción tal de sus contenidos

que permitiera alegar una diferente naturaleza respecto a los sindicatos de trabajadores y por ende la posibilidad de aplicar dos baremos distintos: el artículo 28 Const. dice claramente que la ley puede regular *peculiaridades* para las organizaciones sindicales de funcionarios, pero no limitaciones, sólo contempladas para las de cuerpos sometidos a disciplina militar. Por tanto, cuanto se predique de los sindicatos de funcionarios es aplicable a los sindicatos de trabajadores. Algo distinta puede resultar la comparación cuando la variable consiste en el ámbito geográfico: en la sentencia que nos ocupa se ha producido un conflicto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma vasca, para cuyos funcionarios se había dictado la norma objeto de impugnación. La diferencia estriba en el silencio constitucional al respecto dentro del artículo 28, por lo que parece posible una distinta asignación de medios a los sindicatos de ámbito estatal frente a los de ámbito autonómico, siempre que se cumplan los requisitos de la no discriminación, como puntualizó la Sentencia 98/1985, de 29 de julio, al hilo de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. En este caso hemos de entender, no obstante, que el Tribunal Constitucional sólo tuvo en cuenta para esta concreta cuestión los argumentos técnicos del par sindicación-negociación, que condensa en el Fundamento 9.º, esparciendo en los demás la cuestión de si una comunidad autónoma puede legislar sobre la materia. El Tribunal, pues, mantiene nítidamente distinguidas la libertad sindical y la negociación colectiva, una posición solitaria en el elenco de sentencias ahora en examen, pues no volverá a aparecer después. El sugerente argumento sostenido por el gobierno vasco, de que al tener reconocidos los sindicatos de funcionarios el derecho de huelga parece incongruente no asignarles también el de negociación como contenido esencial o inexcusable, se despacha por la sentencia remitiéndose a lo que decida el legislador estatal.

b) Como si no hubiera existido la Sentencia 57/1982, pocos meses más tarde se dicta la número 70/1982, de 29 de noviembre, inaugurando la doctrina que va a ser mayoritaria en la cuestión en el polo opuesto de la acabada de examinar, al hilo de la cuestión de si un sindicato puede instar el procedimiento de conflicto colectivo. Según ella, el derecho de libertad sindical comprende el de los sindicatos a realizar las funciones que es dable esperar de ellos, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, y a las que se puede sin dificultad denominar «contenido esencial» de tal derecho. Para el Tribunal Constitucional, hay dos ejes básicos para interpretar las competencias «inmanentes» de un sindicato en nuestro país: el primero, las funciones que el art. 7 Const. les reconoce, de participar en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores; el segundo, derivado de ese mismo artículo, la insuficiencia de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho Privado para instrumentalizar tales funciones. Por ello hay que entender que los sindicatos tienen genéricamente capacidad para representar a los trabajadores, y por ende pueden promover los procedimientos de conflicto colectivo que tengan por objeto la reinterpretación de un convenio colectivo, «pues resulta obvio que quienes pueden intervenir en la negociación de un convenio deben poder plantear un conflicto sobre el mismo»⁴. Las resonancias de la anterior sentencia acuden con fuerza, al

⁴ Fundamentos jurídicos 3.º y 5.º Ponente de la sentencia, Díez-PICAZO.

conectar conflicto y negociación, pero esta vez uniéndolos al revés, y con éxito para dar entrada al derecho de incoación de procedimientos de conflictos colectivos dentro del contenido esencial del derecho de libre sindicación. Probablemente el giro tan radical del Tribunal se deba a la coincidencia del ponente, Díez-PICAZO, con la famosa Sentencia 11/1981, de 8 de abril, sobre el Decreto-ley de Relaciones de Trabajo, en la cual se afirmaba con acierto que un sindicato sin derecho a ejercitar la huelga quedaría vaciado prácticamente de contenido, aseveración que en la sentencia ahora comentada lleva Díez-PICAZO a sus últimas consecuencias. Si bien exigiendo una notoria implantación para ello en el ámbito de referencia, requisito sobre el cual volveremos cuando analicemos las contradicciones de la doctrina expuesta.

Aunque la Sentencia 59/1983, de 6 de julio, reitera la doctrina expuesta en la acabada de mencionar, bien que en términos más genéricos, considero que el hilo conductor de la doctrina «esencialista» se encuentra en la 118/1983, de 13 de diciembre, ahora versando sobre el derecho de negociación colectiva. A su tenor, al atribuir el artículo 7 Const. a los sindicatos la función de contribuir a la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, le atribuye consiguientemente el ejercicio de aquellos derechos necesarios para el cumplimiento de tal función y que *constituyen manifestación ineludible de la libertad sindical* reconocida en el artículo 28.1 Const., de forma que el impedimento o la obstaculización a tal ejercicio constituye no sólo vulneración del precepto que consagra cada concreto derecho, sino también del propio artículo 28.1.

Avanzando en la formulación de la doctrina, y omitiendo aquí algunas sentencias que se mencionan en apoyo de la misma pero que no llegan a considerar los contenidos referenciados como esenciales a la libertad que nos ocupa, la Sentencia 39/1986, de 31 de marzo, imprime un carácter de globalidad a la doctrina, hasta el momento concretada a alguno de los derechos de actividad, y entra a considerar aspectos secundarios de cierto relieve. De nuevo utiliza para enfocar el problema al artículo 7 Const. y a «los tratados internacionales suscritos por España», considerando que la negociación colectiva, la huelga y la incoación de conflictos colectivos *son un núcleo mínimo e indisponible, sin el cual el propio derecho de libertad sindical no sería reconocible*, pues aunque el artículo 28.1 Const. no se refiere expresamente a derechos de actividad, la libre sindicación comprende inexcusablemente también aquellos medios de acción que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a que está llamado desde el propio texto constitucional⁵. El Alto Tribunal no se conforma aquí con exponer la doctrina esencialista, sino que toca determinados aspectos complementarios. Advierte de la posibilidad para el legislador de adicionar contenidos no esenciales a ese núcleo mínimo e indisponible —menciona entre aquéllos a la participación institucional—, derechos adicionales que podrían reconocerse a sólo algunos sindicatos con arreglo a criterios objetivos. Un poco de pasada, quizá sin pretender cerrar el tema, considera que *una vez creadas esas formas de participación pasarían a formar parte del contenido esencial de la libertad sindical «más plena»* que puede corresponder a todo sindicato más representativo: los contenidos adicionales, pues, parece que tendrían la protec-

⁵ Fundamento 3.º Ponente, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER.

ción de contenido esencial, es decir, no podrían ser reducidos por ese mismo legislador que les dio vida porque una vez creados quedarían *ipso facto* amparados por el *Schrankenschanke* del artículo 53.1 Const., escapando a su disponibilidad.

Prácticamente la doctrina del núcleo mínimo e indisponible que puede enriquecerse con los contenidos adicionales dictados por el legislador se repite en la Sentencia 9/1988, de 25 de enero, en la cual no nos detendremos. Tras ella llegamos a la Sentencia 51/1988, de 22 de marzo, donde se produce una especie de resumen de los argumentos esgrimidos en esta doctrina, citando a otras sentencias de la manera habitual en este tema, es decir, un tanto alegremente. En su opinión, una reiterada jurisprudencia del Tribunal considera a los derechos de actividad (negociación colectiva y promoción de conflictos) como núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical, en base al artículo 7 Const.; junto al cual existen facultades adicionales, como las de participación institucional y promoción y participación en elecciones a representante de personal, que se integran en el derecho fundamental desde luego, vulnerando los actos contrarios a ellos al derecho de libertad sindical aun cuando no se integren en el núcleo esencial aquí en examen.

Cabe afirmar que esta posición del Tribunal es la que ha perdurado en el tiempo y a través de un mayor número de decisiones, por lo que hemos de considerarla como la doctrina dominante. A modo de resumen de ella se entiende que integrarían el contenido esencial de la libre sindicación las tres facultades de hacer predominantes: de negociación colectiva, de ejercicio del derecho de huelga y de promoción del procedimiento de conflicto colectivo. Hacemos hincapié en ello debido a la necesidad de deslindar esta doctrina de otras cercanas pero no idénticas: aquí se defienden esos tres contenidos esenciales configurándolos de manera genérica en punto al derecho de negociación colectiva —no se diferencia si es negociación de convenios *erga omnes*, de pactos de eficacia limitada, o de ambos, por lo que esta última posición parece la deseada—, mientras por contra se especifica excesivamente respecto a un medio de conflicto colectivo entre los múltiples existentes, el derecho a promover el procedimiento de conflicto colectivo de los artículos 17 y siguientes del Decreto-ley de Relaciones de Trabajo 17/1977, el cual pertenece inequívocamente al bloque normativo de la «legislazione di sostegno» sindical, con la ambigüedad que le es propia. En cuanto al ejercicio del derecho de huelga, también podemos entenderlo como parte de la legislación *promocional*, concesiva de facultades superiores a las habitualmente otorgadas por el Ordenamiento en general: el derecho de huelga, no lo olvidemos, prohíbe extinguir el contrato de los huelguistas pese a los días de inasistencia al trabajo, cercenando así las posibilidades que el artículo 1.124 CC ofrece al acreedor de la obligación en favor de una sola de las opciones. En otros países sólo existe la libertad de huelga, no perseguible criminalmente pero posible de ser replicada con el despido. Entenderemos mejor el sentido de estas palabras cuando hayamos examinado las restantes formulaciones del Tribunal Constitucional.

c) Asimismo importante por el número de sentencias que la apoyan, aun cuando algo abandonada en los últimos años, la doctrina que arranca con

la Sentencia 73/1984, de 27 de junio, considera como «contenido del derecho fundamental de libertad sindical... a las facultades de negociación y conflicto a que se refieren los párrafos 1 y 2 del artículo 37 de la CE», a resultas de considerar no sólo el significado individual de la referida libertad contemplado en el artículo 28 Const., sino también el significado colectivo —viene a decir— que se desprende del artículo 7 Const. y de los tratados internacionales suscritos por España. Pasando por alto el detalle de que el artículo 28.1 Const. también hace referencia al significado colectivo del derecho de libre sindicación, y la poco escrupulosa referencia a los tratados internacionales⁶, vemos aquí una mayor amplitud en la consideración de las relaciones entre libertad sindical y derechos de actividad colectiva: ahora se considera a éstos como integrantes del contenido —sin precisar— de aquélla, no se sabe muy bien si discrepando de la adscripción hecha al contenido esencial por la doctrina analizada anteriormente, o porque no se desea entrar en matizaciones aunque se esté de acuerdo con la misma⁷. Por otro lado, y como para compensar la genericidad vista, la sentencia deja atrás a uno de los elementos usuales en las enumeraciones, el ejercicio de la huelga, al quedar situado fuera del artículo que menciona, el 37 Const.; el cual contiene a los derechos de negociación colectiva y de medidas de conflicto colectivo, es decir, sin restringirse al tan específico derecho a instar el procedimiento de conflicto colectivo a que nos tenían habituadas las otras sentencias.

Esta de 1984 se caracteriza por su rotundidad, según ALONSO OLEA, dadas las ocho sentencias que trae a colación como coincidentes con su postura⁸; pero aunque la contundencia permita inferir en ocasiones una solidez de base, no es éste el caso, dada la heterogeneidad de las decisiones citadas: precisamente estamos viendo cómo se aparta de la doctrina mayoritaria, y en qué grado tan elevado.

Considera también como parte de la libertad sindical al derecho de negociación colectiva, sin precisar si esencial o adicionalmente, la Sentencia 118/

⁶ Las alusiones a los tratados internacionales, en esta y otras sentencias, se remiten específicamente al art. 4 del Convenio OIT núm. 98, el cual encarece la promoción por los Estados miembros de la negociación colectiva entre los empresarios y las organizaciones de trabajadores, lo cual se interpreta por el Tribunal Constitucional como que el Convenio considera inseparables libertad sindical y negociación colectiva. A mi juicio, la conclusión lleva las cosas demasiado lejos: promover un tipo de relaciones (las negociales) entre dos sujetos de derecho no significa necesariamente que éstas formen parte inseparable de la personalidad de los actores; si cada vez que los Convenios de la OIT promueven una actividad específica entre sus miembros hemos de considerarla unida a la idiosincrasia de ellos, entonces el pleno empleo, la igualdad, el salario justo, y tantos otros predicados hallables en sus textos formarán un elemento consustancial o definidor de los propios países miembros.

⁷ Parece, quizá, vencerse por lo primero, pues unas líneas antes a las citadas en el texto acaba de decir, comentando los argumentos expuestos en el recurso de amparo, que «en realidad, el análisis del caso debe quedar reducido a la presunta vulneración del art. 28.1 de la CE, pues la mención del art. 37 se efectúa en cuanto define un derecho que constituye contenido esencial de la libertad sindical consagrada en aquél»; frase que parece indicar la opinión del Tribunal coincidiendo con la del recurrente.

⁸ «Es impertinente e innecesario entrar a considerar si los precedentes son tan claros y terminantes como esta sentencia nos lo pinta y si efectivamente de todos ellos se deduce inequívocamente que el derecho a negociar colectivamente es parte integrante de la libertad sindical. Lo que es evidente es que para esta sentencia lo es, y que la densidad y contundencia de su razonamiento ya no deja lugar a duda al respecto»: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomo II, Madrid, 1985, pág. 179.

1983, aunque de manera un tanto superficial, más para negar a los comités de empresa la protección de su consideración sindical que para entrar a definir la naturaleza del engranaje sindicato-negociación: partiendo del consabido «ritornello» de que el artículo 7 Const. asigna a las organizaciones sindicales la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores y por ende los derechos necesarios para el cumplimiento de tal función, se entiende que éstos constituyen una *manifestación ineludible* de la libertad sindical⁹. Asimismo la Sentencia 104/1987, de 17 de junio, participa de la misma opinión amplia: el reconocimiento legal a los sindicatos de presentar candidaturas en las elecciones a representantes de personal, y de promoción, en su caso, de éstas, son facultades que se integran en la libertad sindical, tanto en su aspecto colectivo como en su aspecto individual, indica un poco al desgaire¹⁰. Poco hay que comentar a las dos resoluciones, limitadas a ubicar en el artículo 28 Const. la faceta en litigio en cada caso. No tenían al problema que nos ocupa como tema central, y lo despacharon sin demasiadas pretensiones, por lo que cabría incluso dudar que pensarán discrepar de la doctrina mayoritaria antes expuesta, siendo sólo afirmaciones genéricas con idéntica orientación de partida.

d) Por último, un par de sentencias que se remiten a la doctrina mayoritaria, y expresamente a la Sentencia 70/1982 de donde la misma aranca, ofrecen alguna peculiaridad debida a la precisa delimitación que hacen del derecho de actividad que contemplan. Así, la número 4/1983, de 28 de enero, se apoya en el artículo 7 Const. para considerar como contenido esencial del derecho de sindicación a las funciones que es dable esperar de los sindicatos, entre las cuales se encuentra «la negociación colectiva laboral, cuando sobre el supuesto de una representatividad mínima, el convenio rebasa el ámbito de la empresa»: en todo momento se está refiriendo al convenio colectivo de eficacia general, pues el recurso se había interpuesto contra un convenio provincial suscrito por representantes de comités de empresa. Lo que en las demás sentencias quedaba cubierto imprecisamente bajo la rúbrica de negociación colectiva, se desvela por ésta al señalar con rotundidad al más típico instrumento de la legislación promocional, los convenios *erga omnes*, como integrantes del núcleo legislativamente indisponible y mínimo de la libertad sindical.

La segunda sentencia es la 37/1983, de 11 de mayo, versando sobre la legitimación sindical para instar procedimiento de conflicto colectivo, discutida por los comités de la empresa afectada. Reiterando la conocida doctrina de que la función de los sindicatos no consiste únicamente en representar a sus miembros a través de esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho Privado, y basándose en el artículo 7 Const. y en la Sentencia 70/1982, indica literalmente que la libertad sindical abarca a todos los *medios lícitos* de acción sindical, y en concreto a la negociación colectiva, la huelga y la incoación de conflictos colectivos: «de esta forma, agrega, el artículo 37.2 de la Constitución se conjuga con el artículo 37.1 y con el 28.2 para definir el ámbito de ejercicio de la libertad sindical»¹¹. El Tribunal intenta aquí una aproximación entre la doctrina sustantiva y la normativa, o dicho

de otra forma, entre la que alude directamente a los derechos y la que se refiere a los artículos de la Constitución donde tales derechos se contienen; de ahí que aluda primero a los derechos de actividad para luego citar a los artículos constitucionales. Y como ambas vertientes no significan lo mismo, según tuvimos ocasión de ver, el resultado ahora será diferente: centrando el caso en litigio, declara que forma parte de la libertad sindical el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo del artículo 37.2 Const., lo que implica el derecho a la incoación del conflicto, pues si este precepto no agota su contenido en el planeamiento formal del conflicto colectivo —termina diciendo— es indudable que lo comprende. Queda así singularmente resaltada la pertenencia a la libertad sindical de este derecho, que en varias otras sentencias también se predica, pero de alguna manera diluido en la tripleta formada con la huelga y la negociación colectiva. La sentencia ahora comentada aborda el derecho en solitario, sin ninguna excusa de generalidad por tanto.

¿Qué conclusiones podemos extraer de las cuatro doctrinas mantenidas simultáneamente por el Alto Tribunal?

Ante todo, una de síntesis: las cuatro doctrinas pueden reducirse en realidad a una importante, la sentada por la sentencia 70/1982, pues las demás pueden considerarse como residuales o derivadas de ella. Sólo la doctrina mayoritaria, al considerar a las facultades de hacer como integrantes del contenido esencial de la libertad sindical, muestra una elaboración reflexiva que, o bien no acompaña a las otras —caso de las enumeradas en tercero y cuarto lugar—, o bien no disfruta de una continuidad al no consolidar doctrina en sentido propio, en el primer caso.

Una segunda conclusión es la de que el Tribunal Constitucional también puede modificar su doctrina, o lo que resulta más relevante, también puede contradecirse. Pese al cuidado sempiterno que demuestra en seguir el hilo de sus disquisiciones en las sentencias precedentes, pese a toda su cuidada argumentación sobre los cambios de doctrina discriminatorios de los tribunales inferiores, pese —en fin— a los medios personales disponibles para evitar que ello pueda darse en tan alta instancia, la verdad es que hallamos cuatro doctrinas distintas, o quizá matizaciones sustanciales, sobre un mismo tema en el lapso de siete años. ¿Qué vía seguir para unificarlas que no sea la promulgación de una ley adoptando una de ellas, es decir, que no sea un pronunciamiento voluntarista del legislador?

La otra conclusión general a que podemos llegar es la de señalar la existencia de una dualidad abocada a graves fracturas conceptuales en las mencionadas doctrinas. El Tribunal Constitucional parece jugar constantemente con dos verdades, con dos niveles allí donde sólo puede haber uno, lo cual perjudica el cabal entendimiento de las posibilidades que tiene el legislador y puede implicar un semillero de conflictos. Da la impresión de no tener claro dónde llega el contenido esencial de la libertad en examen, proyectando ambigüedades que ya deberían estar resueltas. Veamos las más significativas:

1. De índole subjetiva. Hemos visto el distinto tratamiento aplicado a los sindicatos de funcionarios y a los de trabajadores: para unos no se admite la negociación colectiva como contenido *sine qua non* de la libertad sindical,

⁹ Fundamento 4.º Ponente, LATORRE SEGURA.

¹⁰ Fundamento 1.º Ponente, RODRÍGUEZ-PiÑERO.

¹¹ Fundamento 2.º Ponente, ESCUDERO DEL CORRAL.

mientras para otros constituye el núcleo duro de la misma. La ambigüedad adquiere mayor intensidad cuando se advierte que las sentencias defensoras de la negociación como contenido esencial no hacen en general distinciones sobre los sindicatos a los que se refiere.

2. De índole objetiva. De las cuatro doctrinas estudiadas se deduce que las facultades de hacer colectivas se encuentran respecto del derecho de libre sindicación en una de estas posiciones: todas están dentro —«todos los medios lícitos de acción»—, algunas están dentro y otras fuera, algunas están más dentro que otras. La doctrina dominante concreta un poco la cuestión, al aludir a la negociación, la huelga y el conflicto colectivo como pertenecientes al contenido esencial, pero no quiere o no acierta a distinguir, a su vez, dentro de ellos entre los medios comunes y los promocionales, aunque parece que al no distinguir los incluye a todos: convenios y pactos; ejercicio del derecho de huelga y de la libertad de huelga; medidas de conflicto autónomas y procedimiento heterónomo de conflicto. Lo cual entronca con la reiterada afirmación de no ser suficientes los esquemas de apoderamiento y de representación del Derecho Privado para la actividad de un sindicato. Los instrumentos concedidos a las organizaciones obreras por la legislación promocional desde los años treinta de nuestro siglo pasan a integrar, mediante tal razonamiento, el contenido radical y básico del sindicato.

3. De índole cuantitativa. El legislador promocional actúa únicamente en el ámbito de las facultades de hacer, pues las organizativas no puede manipularlas por mor de la independencia del sindicato; pero en la «*legislazione di sostegno*» los sujetos colectivos beneficiados no son todos, sino únicamente los elegidos por cumplir los requisitos legales, normalmente los mayoritarios¹². El esfuerzo del Tribunal Constitucional por distinguir entre facultades de hacer esenciales y adicionales está destinado al fracaso mientras no deslinde las facultades de hacer comunes de las promocionales, cosa que ya hemos visto no pretende. Quizá por ello se vea obligado a decir en alguna ocasión que esos contenidos *ex lege*, una vez reconocidos por la legislación ordinaria, entran a formar parte del contenido esencial de aquellos sindicatos a los que se otorgue, lo cual contradice lo que entendemos por esencial a un concepto, en este caso la libertad sindical: si, v. gr., entendemos que al concepto de árbol es esencial el elemento vegetal, no cabe decir que tal elemento puede aparecer en unos árboles y en otros no.

La legislación vigente, así las cosas, violaría el contenido esencial del derecho de libre sindicación en numerosas ocasiones, especialmente en el ámbito de los sindicatos de funcionarios. Si el artículo 2.2.d) LOLS no menciona entre los contenidos del derecho de actividad sindical a la promoción de elecciones a representantes unitarios, sino sólo a la presentación de candidaturas, más llamativo aún es el hecho de que la negociación colectiva que se practica en nuestro país se encuentre circunscrita a los sindicatos mayoritarios y a las representaciones unitarias (art. 87 LET), a lo que el artículo 2 LOLS responde permisivamente, pues proclama el derecho de negociación como contenido de la libertad sindical «en los términos previstos en las normas

correspondientes». Tampoco los sindicatos del Cuerpo Nacional de Policía pueden negociar colectivamente o convocar huelgas, mientras que los funcionarios civiles ostentan un derecho de negociación colectiva recortado en lo principal, la fijación de aumentos retributivos, y unos y otros quedan al margen del procedimiento de conflicto colectivo porque no los contempla el DLRT 17/1977¹³. No digamos ya, si atendemos al argumento de que los contenidos legales pasan a ser contenido esencial, las jugosas deducciones que podrían extraerse de los derechos de acción sindical en la empresa, tan selectivamente contemplados en el artículo 8 LOLS, o de los derechos de participación institucional.

Convengamos en que hay demasiadas fracturas discursivas en la doctrina del Alto Tribunal, por cuyo motivo resulta escasamente operativa. El siguiente paso habrá de consistir, por tanto, en averiguar las razones conducentes a la situación observada.

C. ANALISIS CRITICO DE LA DOCTRINA DEL CONSTITUCIONAL

A mi juicio, los motivos que han guiado al Tribunal a las posiciones en curso obedecen a poderosas y legítimas razones históricas, que precisamente por ello tienen un carácter contingente. Cuando en 1981 comienza a emitir sus veredictos, el Constitucional se encuentra con una situación fáctica y jurídica muy distinta a la marcada por el espíritu democrático de nuestra Ley Fundamental, y ve la necesidad de actuar enérgicamente por la vía de situar contrafuertes a las leyes y a los tribunales vigentes, pues ha terminado por descartar la drástica posibilidad de invalidar por la tácita a las leyes constitucionales. Su meritoria labor adopta dos cauces:

a) Creación de un espacio constitucional al sindicato frente al reconocido a otros sujetos colectivos laborales. Desmontado el aparato sindical verticalista, la legislación ordinaria reconocía a los representantes unitarios facultades de hacer que en cambio desconocía para los sindicatos libres; éstos surgían a la legalidad con fuertes carencias, a despecho de que el artículo 7 de la Constitución los declarara organizaciones de relevancia constitucional, al mismo nivel que los partidos políticos, como tempranamente había advertido ya el Tribunal¹⁴. Su doctrina sobre la libertad sindical se forjará a golpe de enfrentamientos con la legislación ordinaria y con sus intérpretes, los magistrados de mayor antigüedad ubicados en el TSTCT, para quienes se trataba de continuar aplicando la letra de la ley mientras no viniera derogada expresamente.

De este afán surgido de la necesidad nacen sentencias memorables como la 11/1981, de 8 de abril, saliendo al paso de la opinión de tribunales inferiores sobre los sujetos capacitados para convocar huelgas en base al DLRT 17/1977 y su cicatero concepto de «representantes de los trabajadores»: no es posible entender —indica el Tribunal— que el DLRT esté impidiendo las

¹² La Base 27 de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral no solventa el problema, pues atribuye la legitimación para promover el proceso «a los sindicatos... con arreglo a lo establecido en la legislación laboral».

¹⁴ Véase, al respecto, ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional*, vol. I, Madrid, 1984, página 23, comentando la Sentencia de 2 de febrero de 1981.

¹² He analizado el *quid pro quo* habitualmente seguido por los legisladores de la «promoting legislation» en mi artículo *La «legislación promocional» en España*, «RPS», 125 (1980), pág. 5 y sigs.

llamadas huelgas sindicales, desde que el artículo 7 Const. reconoce a los sindicatos de trabajadores el carácter de organismos básicos del sistema político. Hábilmente, la sentencia contraponen a estas huelgas con las permitidas en los últimos tiempos de la dictadura, de forma peyorativa hacia las segundas, buscando equilibrar el torcido enfoque existente: son perfectamente posibles, afirma, las huelgas organizadas por los sindicatos de trabajadores y «las llamadas huelgas espontáneas, que en la terminología anglosajona se conocen con el nombre de *wild strikes*, huelgas *salvajes* o huelgas sin control sindical» (F. 11). Y lo que en esa primera sentencia va a significar únicamente el devolver su lugar a los sindicatos sin por ello denegarlos a los comités, en posteriores sentencias pretenderá y conseguirá debilitar el poder de estos últimos, raíz en parte de la debilidad sindical que sufre nuestro país: las Sentencias 70/1982 y 37/1983 reconocerán capacidad a los sindicatos para promover el procedimiento de conflicto colectivo, la cual será prioritaria cuando el ámbito del conflicto sea superior al centro de trabajo y exclusiva cuando supere a la empresa; y las Sentencias 4/1983, 12/1983, 118/1983 y 45/1984 confirmarán la capacidad exclusiva de las organizaciones sindicales para negociar convenios de ámbito supraempresarial, duramente discutidas por los comités de empresa en base a la libertad negativa de sindicación.

El desesperado forcejeo entre sindicatos y comités, que para los primeros tenía el sentido de la supervivencia, se decanta bien pronto en favor de aquéllos gracias al Tribunal, y en ello no hay duda de ninguna clase.

b) Pero no bastaba con asignarle un papel prioritario en las relaciones industriales que reflejara la voluntad constituyente para reordenar las cosas; de nada serviría reinterpretar la legislación si luego los tribunales ordinarios iban a hacer caso omiso de la doctrina, o a tergiversarla o demorarla. Si en el siglo XIX las primeras leyes obreras en sí mismas no se cumplían por los empresarios y fue necesario un custodio en la figura de la inspección de fábrica, así también se veía conveniente reforzar el nuevo sentido de las normas laborales con una instancia comprometida que no podía ser otra que el propio Tribunal Constitucional. Recuérdese cómo el Tribunal Central de Trabajo veía lógico el predominio de los comités en punto a instrumentos de acción legales porque en su opinión los sindicatos defendían intereses parciales, de sólo una parte de los trabajadores (los afiliados a ellos), pero no de la totalidad como hacía el comité. La fórmula consistió en avocar para sí la resolución de aquellos casos donde se producía la lucha por el predominio entre sindicatos y comités; y, dado que sólo los derechos contemplados en la Sección 1.ª, Capítulo 2.º, del Título I, quedaban amparados expresamente por la instancia en cuestión, según ordenaba el artículo 53.2 Const., la fórmula consistió en entender comprendidos en el contenido sustantivo de la libertad sindical a los de huelga (de por sí incluido, pero eje de la inserción de los otros), el de conflicto colectivo y el de negociación colectiva. Era muy sencillo afirmar la «sindicalidad» del ejercicio de la huelga, y la Sentencia 11/1981 dio ese paso sin vacilar; sentado ello, los demás medios de acción sindical venían detrás, pues no se veía cómo desconectar la huelga de las restantes medidas de conflicto colectivo, y permitir al sindicato el conflicto pero no la negociación.

El objetivo pretendido se alcanzó plenamente, aunque la acumulación de decisiones fuera desvirtuando la materia, los derechos de hacer involucrados en el «affaire»; el que unas sentencias hablaran de huelga y otras del derecho de huelga, o éstas de procedimiento de conflicto colectivo y aquéllas de medidas de conflicto en general, o en unos casos de convenios colectivos y en otros de negociación colectiva con sus distintas variantes, era lo de menos en aquel momento. Se estaba configurando un nuevo sistema de relaciones industriales, los dellates vendrían luego, pues ahora quizá estorbaran.

Con la promulgación de la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical, culmina ese período *constituyente* al reconocerse al sindicato las facultades discutidas y otras más, quedando clara la centralidad del sindicalismo libre en el nuevo sistema. El despliegue legal hacía innecesaria la doctrina sobre el contenido jurídico del derecho de sindicación, más aún, entraba en contradicción con ella en algunos aspectos puntuales donde no se reconocían unos elementos y sí en cambio otros hasta el momento ignorados. Por desgracia la doctrina se hallaba consolidada y continuaban llegando al Tribunal asuntos cada vez más sofisticados para cuyo tratamiento se veía natural argumentar desde el pie acostumbrado, con esa inercia de las cosas sabidas que paraliza la renovación doctrinal. Ha llegado el momento, parece, de analizar los razonamientos empleados sin la urgencia de mediar en ningún conflicto sistemático, con el solo instrumento de la lógica jurídica.

Según hemos visto *supra*, las bases jurídicas de la doctrina (múltiple) del Tribunal Constitucional han sido fundamentalmente tres: artículo 7 Const., insuficiencia de los esquemas privados, e insuficiencia del enunciado del artículo 28.1 Const. ¿Qué consistencia tiene cada una de ellas?

1. Se alega por el Tribunal que el cometido de defender y promover los intereses de los trabajadores (art. 7 Const.) implica dotar al sindicato de los medios necesarios para tal fin, es decir, de medios de acción conflictivos y negociadores, al menos, con eventualmente otros de representación y participación. Pero ¿es ésta realmente la intención del legislador constituyente? La literalidad del artículo 7 resulta bien ambigua, y no viene de más recordarla tal y como se expresa para constatar de inmediato una pretensión de solemne declaración de la importancia del sindicato en el diseño de una democracia participativa e igualitaria: «Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones de empresarios *contribuyen* a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales *que les son propios*. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley». ¿Se puede derivar de ahí el derecho a instar procedimientos de conflicto colectivo o de negociar convenios de eficacia general? Parece dudoso cuando menos. Lo que sí cabe deducir del artículo 7 con rotundidad es la supremacía del sindicato respecto a los demás sujetos colectivos que operan en las relaciones industriales, especialmente respecto a los comités de empresa, no mencionados en ninguna norma constitucional, por lo cual cabe entender aplicable al sindicato *al menos* igual tratamiento que a los comités en punto a facultades de hacer: no tiene lógica mantener el predominio de los comités tras el artículo 7; lo cual difiere de atribuir a los sindicatos las facultades detentadas por aquéllos considerándolas esenciales al concepto sindical. Quizá la confusión haya radicado en la dificultad de aplicar aquí, en la liza comités-

sindicatos, la doctrina de la igualdad y no discriminación, pues estamos seguros que de haber podido utilizarla el Tribunal Constitucional habría zanjado por esa vía tan absurdo contencioso. Al venir limitado el trato igual a «los españoles» por el artículo 14 Const., el *iter* lógico ha de tomar sendos menos transitados con el riesgo de perderse; si la Sentencia 11/1981, de 8 de abril, salvaba el primer trecho con agilidad, apoyándose en el artículo 7, pero también en el 1 y en el 9 de la Constitución, las demás sentencias consideran bastante al artículo 7 para alcanzar el objetivo de aupar al sindicato a su lugar adecuado, y olvidan que sólo circunstancialmente coincidieron en el camino con la primera, la cual utiliza el artículo 7 para reforzar la importancia constitucional *de la huelga*, no la del sindicato¹⁵.

2. Otro argumento consiste en juzgar insuficientes para el cumplimiento de los fines asignados en el artículo 7 Const. los esquemas de apoderamiento y de representación del Derecho Privado con que cuentan habitualmente las asociaciones y demás grupos de personas en cualquier Ordenamiento. En su noble afán por equiparar a los sindicatos con sus oponentes, el Tribunal topa con la legislación promocional de la dictadura, volcada hacia los comités, y salta el escollo con la pértiga de la insuficiencia. De esta manera considera esencial al sindicalismo el ejercitar el *derecho* de huelga, que como se sabe aparece en el panorama europeo con la legislación española de 1931 sin que dispongan de él las organizaciones de multitud de países (y las de funcionarios en bastantes de los países que lo reconocen, privadas incluso de la *libertad* de huelga al venir ésta penalizada de alguna forma); el derecho a negociar convenios colectivos de eficacia general, que como se sabe sólo existen en Estados Unidos y en España, pues en Europa prevalece el pacto colectivo de eficacia limitada; o el derecho a instar el procedimiento de conflicto colectivo, algo especialísimo, por no decir *incomparable*, en la legislación sindical comparada. ¿Qué decir, pues, de la participación institucional, o del derecho a presentar candidatos o a convocar elecciones a representantes de personal, también facultades sustanciales al sindicalismo —según algunas sentencias— en cuanto el legislador las reconoció?

Nos resulta muy difícil creer en la insuficiencia de los esquemas de apoderamiento privado y de representación para defender los intereses de los trabajadores. Si con esos esquemas el mundo capitalista de las sociedades anónimas mercantiles ha logrado su actual esplendor, mostrando el negocio jurídico del mandato una ductilidad increíble para llegar a todas partes, mal puede considerarse insuficiente el mecanismo en el tema que nos ocupa. El sindicato debe su fuerza al agregado de voluntades obtenido mediante la representación de sus afiliados, de modo que los instrumentos jurídicos puestos a su disposición por el legislador hasta cierto punto le sobran; históricamente ha preferido situarse al margen del aparato jurídico, incluso ha eludido a los tribunales para defender sus reivindicaciones, como ha ocurrido en Estados Unidos. Por utilizar una vez más ideas referidas a la huelga, nos hallamos ante un fenómeno social de libertad, que si no hubiera sido reconocida como derecho entraría de lleno en el ámbito de las libertades individuales, sin que pudiera, en el ámbito de una Constitución «permisiva» como

¹⁵ La cita de los arts. 1, 7 y 9 Const. se contiene en el Fundamento 9.º; donde el Tribunal resalta la condición del derecho de huelga como derecho fundamental; la capacidad del sindicato para organizar huelgas, en cambio, se discute en el Fundamento 11.

la nuestra, configurarse legalmente su prohibición¹⁶. El asignarle medios promocionales, creados *ad hoc* por el legislador por encima de los habitualmente disponibles en el acervo asociativo, tampoco mejora la situación, al contrario de lo que supone el Tribunal, pues el legislador ejercita un maléfico *quid pro quo* en tal función: no es solamente que al juridificar un fenómeno social se aceptan por sus protagonistas las limitaciones derivadas de su configuración como pieza de un todo que es el Ordenamiento Jurídico General¹⁷; es también que los medios promocionales se adjudican exigiendo a cambio ciertos requisitos y renunciando y seleccionando cuidadosamente a los sujetos beneficiarios, de modo que pueden muy bien terminar asfixiando la libertad que pretendían fomentar¹⁸.

Que el sindicato puede muy bien pasarse sin los medios promocionales superadores de los esquemas privados se advierte con nitidez en cuanto pensamos en la situación del sindicalismo en los países donde mayor implantación tienen: en Italia, Alemania, Gran Bretaña o Suecia vienen consideradas como asociaciones privadas regidas por la correspondiente normativa de asociaciones, e incluso se dictan normas dirigidas a limitar las facultades asociativas de los sindicatos en algunos de los referidos países que no parecen haber hecho excesiva mella¹⁹: los esquemas de Derecho Común, la fuerza representativa expresada a través de sus vehículos jurídicos «naturales», bastan y sobran en Europa para mantener al sindicalismo en un mejor estado de salud que en España, donde lo acertado habría sido retirar a los comités los instrumentos promocionales propios del sindicato, en lugar de otorgar indiscriminadamente a unos y otros una batería de sofisticados medios que se anulan entre sí.

3. Por último, se hace hincapié por el Tribunal Constitucional en la insuficiencia de las facultades organizativas enunciadas en el artículo 28.1 Const. para alcanzar los fines sindicales. Aun participando de la opinión del Tribunal, hemos de considerar en que la Constitución probablemente no ha querido limitar la libertad que nos ocupa a un haz de elementos organizativos: a nuestro juicio más bien ha tratado de *delimitar* materialmente la institución —crear, afiliarse, federarse, confederarse—, una vez definió sus objetivos y funcionamiento interno en el artículo 7, y con ello ha avanzado mucho más que respecto a otras instituciones próximas, a las cuales sencillamente reconoce o menciona; así ocurre con las asociaciones del artículo 22, con los colegios profesionales del artículo 36, las organizaciones profesionales del artículo 52, o las organizaciones económicas del artículo 131.2. En fin de cuentas, y parafraseando a la Sentencia 83/1984, sobre contenido esencial

¹⁶ Comentario al recurso de inconstitucionalidad presentado por don José Vida Soria el 14 de octubre de 1980 contra el DLRT 17/1977, *apud* MATIA/SALA/VALDÉS/VIDA, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Madrid, 1982, pág. 26.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 27.

¹⁸ La legislación promocional de ROOSEVELT otorgó, por ejemplo, una serie de derechos de representación a los sindicatos en la empresa, a condición de obtener nada menos que mayoría absoluta de los votos en una elección celebrada entre los trabajadores y supervisada por un organismo oficial, la NLRB. En aquellos tiempos de «crack» era mejor que nada, pero cincuenta años más tarde los sindicatos americanos están pidiendo su modificación porque no consiguen en la mayor parte de los casos la mayoría exigida, en momentos de fuerte «dumping» social extranjero y gracias a las prerrogativas empresariales reconocidas por el organismo de control referenciado.

¹⁹ Cfr. GONZÁLEZ BIEDMA, *El «closed shop» en Gran Bretaña. «Employment Act» 1982*, Madrid, 1984, pág. 75 y sigs.

de libertad de empresa, toda libertad —y no sólo la de empresa— consiste sólo en iniciar y sostener en libertad la actividad de que se trata. No parece, en otras palabras, ser la voluntad del constituyente el plasmar en sus preceptos el contenido de las instituciones acotadas, labor que parece dejar a otras sedes, quizá al Tribunal Constitucional. Y lo curioso del caso es que nadie se lo critica en materia de partidos políticos, por ejemplo, o de propiedad privada o de fundaciones, sobre los cuales ya ha debido intervenir el Tribunal con el apoyo de la doctrina científica²⁰. Se supone que el legislador ordinario dotará de contenidos a las instituciones enunciadas por el constituyente, perteneciendo a la tarea del máximo órgano jurisdiccional el controlar tal desarrollo mediante la delimitación de los niveles sustantivos.

El artículo 28.1 no pretende definir el contenido de la libertad sindical, consiguientemente, y de ahí la intuición del Tribunal al considerarlo inapropiado como contraste. Una duda nos cabe, sin embargo: la prolijidad manifestada frente al derecho de libre sindicación, ¿no estará indicándonos que al menos se hace allí referencia a la *estructura* del fenómeno? Y si así fuera, ¿no confluiría dicha estructura con el contenido esencial objeto de nuestras indagaciones? Quizá valga la pena recordar que para un sector de los constitucionalistas el *Wesensgehalt* consiste sencillamente en salvaguardar meramente la institución²¹. No nos queda otro remedio que intentar reconstruir *ex nihilo*, desde el principio, cuál sea el contenido de la garantía que venimos estudiando.

C. RECONSTRUCCION DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

Cabría preguntarse de qué va a servir urgar en una mejor delimitación de la *Wesensgehaltgarantie* si el Tribunal Constitucional ha consagrado firmemente su criterio. Por muy anticuado que sea, representa la doctrina oficial del máximo órgano hermenéutico y contra él nada valen las observaciones doctrinales. Sin embargo, el artículo 53.1 Const. establece que los derechos y libertades de los cuales se predica el contenido esencial (los del Capítulo 2 Const.) vinculan a todos los poderes públicos, de manera que también el Tribunal Constitucional se halla vinculado por ellos, por muy difícil que en la práctica resulte, y en consecuencia está obligado a

²⁰ Véanse, por ejemplo, BARNÉS VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, 1988 (sobre el contenido esencial, pág. 250 y sigs.); RODRÍGUEZ-PINERO, *Colegiación obligatoria y constitución*, «Relaciones Laborales», I (1989), página 76 y sigs.; LÓPEZ LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988; PÉREZ LUÑO, *Artículo 33. Propiedad privada y herencia*, apud ALZAGA (coord.), *Constitución española de 1977*, vol. III, Madrid, 1983, pág. 394 y sigs. Y sentencias del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio, sobre oficinas de farmacia y contenido esencial de la libertad de empresa; 49/1988, de 22 de marzo, sobre Cajas de Ahorro y contenido esencial del derecho de fundación; 46/1986, de 21 de abril; 89/1989, de 11 de mayo, y 131/1989, de 19 de julio, sobre colegiación obligatoria y contenido esencial de la colegiación; 218/1988, de 21 de noviembre, y 183/1989, de 3 de noviembre, sobre derecho de asociación y su contenido; 139/1989, de 20 de julio, sobre afiliación obligatoria en Cámaras Agrarias, etc.

²¹ Tesis llamada objetiva, cuyo principal mantenedor es HABERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, Heidelberg, 1983; BARNÉS, *La propiedad constitucional*, pág. 270.

cambiar de doctrina si llega a la conclusión de que su anterior doctrina no se adapta a la configuración actual del derecho de que se trate. Por muy atentatorio contra la seguridad jurídica que ello pudiera significar, por muy contradictorio con su doctrina de trato igual, no debe mantener contra viento y marea una posición alejada de la realidad ontológica del fenómeno cuyos contornos está llamado a determinar. Si hemos dicho que básicamente compete al Tribunal la labor de configuración de los derechos y libertades enunciados por la Ley Fundamental, en cuanto «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.1 LOTC 2/1979) no puede negligir su función por mor de otras consideraciones secundarias. Lo cual no le será difícil en la materia que tratamos, dada la confusión y diversidad de posiciones mantenidas en tan pocos años.

Como se sabe, la STC 11/1981, de 8 de abril, indicaba un doble procedimiento definitorio de lo que debe entenderse por contenido esencial de un derecho: bien deslindar lo que se entiende por su naturaleza jurídica, es decir, cuanto pudiéramos considerar *connatural* históricamente a él, o bien buscar la parte del contenido «absolutamente» necesaria para la efectiva protección de los intereses jurídicos para cuya satisfacción se otorga el derecho; en realidad sigue la primera, al defender como esencial a la huelga la cesación del trabajo²². La sentencia considera compatibles a ambos métodos, aunque a nuestro juicio no sea tan sencillo. Por su parte, la doctrina se divide entre las teorías objetivas y las subjetivas, las absolutas y las relativas, las defensivas y las de fomento²³, de entre las que el Tribunal Constitucional alemán viene aplicando mayoritariamente la absoluta²⁴.

La verdad es que aislando los intereses jurídicamente protegidos por el derecho en cuestión no vamos a progresar demasiado en nuestra búsqueda. Al igual que el derecho de huelga, el de libre sindicación se asienta en la defensa y promoción de los trabajadores (art. 7 Const.), en orden a la libertad e igualdad social (art. 9 Const.), como objetivo de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1 Const.), pero no vemos aún cuáles de los posibles contenidos de la libertad que nos ocupa sirven a tales intereses, pues se está hablando de una cuestión de grados de intensidad, siendo factible tanto una postura reduccionista para la que lo único «absolutamente necesario» para defenderlos radica en la existencia del sindicato, cuanto una postura demasiado extensiva —el Tribunal Constitucional entiende de lo que decimos— que declare a todo contenido como imprescindible. Hemos de conjugar el método «finalista», por tanto, con el otro señalado por la STC 11/1981, el «fisionómico» o, por decirlo con OTTO Y PARDO, buscar

²² «... no sólo porque ésta es la más antigua de las formas de hacer huelga y porque es lo que la generalidad reconoce de inmediato cuando se alude a un derecho de este tipo, sino también porque es éste un modo que ha permitido la presión para el logro de las reivindicaciones obreras». Aunque con tal explicación parece seguir ambos métodos, *en realidad* sigue el primero, al seleccionar el rasgo fisionómico más reconocible históricamente de la huelga en vez de seleccionar los intereses jurídicos protegidos, que en el tema de la huelga parecen de escaso valor identificativo.

²³ Véanse SCHNEIDER, *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechte nach Art. 19 Abs. 2 GG.*, Berlín, 1983, págs. 77-79, 159 y sigs. y 194 y sigs.; HABERLE, *Die Wesensgehaltgarantie*, pág. 423, defendiendo una actitud de fomento frente a las doctrinas de mera «Abwehr»; MARTÍN RETORTILLO/OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, páginas 129 a 133.

²⁴ ROVIRA VIÑAS, *El abuso de los derechos fundamentales*, Barcelona, 1983, pág. 197, citando a STEIN.

además el contenido conceptual que la hace reconocible²⁵. ¿Y cuál es el elemento connatural a ello, lo medular y omnipresente? Veamos algunos indicios definitorios.

a) Etimológicamente, sindicato viene del griego *syndikos*, defensor, o de *syndioko*, perseguir conjuntamente. De ahí los significados asumidos en nuestro Ordenamiento, donde los síndicos de la quiebra, el *syndic des greuges*, o la sindicación de bancos o de créditos, indican la unificación representativa de un conjunto de intereses²⁶. Nuestro Derecho Histórico acusa el rastro de tal concepción, desde la época romana en que el concejo municipal delegaba en un síndico para realizar algunas funciones de interés común, pasando por la época musulmana, cuando el síndico constituía la máxima autoridad gremial y fiscalizaba la actividad del gremio según los principios mercantiles musulmanes, siguiendo por la Corona de Aragón, donde los síndicos eran los representantes de las ciudades en las Cortes, para terminar con la creación del «síndico personero» en la reforma municipal de 1766, oficial municipal de elección popular que debía defender los intereses de los vecinos, cargo suprimido en las Cortes de Cádiz.

b) Sociológicamente obtenemos del sindicato, a través, por ejemplo, de los «mass media», un concepto difuminado de organización estable y representativa que hace constantemente acto de presencia a través de toda suerte de técnicas, en donde la huelga y la negociación de convenios no siempre se llevan la prioridad en frecuencia: declaraciones, plataformas reivindicativas, denuncias, visitas a las autoridades públicas, interpelaciones a través de parlamentarios afectos, intervenciones en comisiones y organismos participados, filtración de datos o estadísticas, organización de cursillos, y un largo etcétera, componen la presencia cotidiana del sindicato en cualquier escenario, empresarial o social, donde siempre el denominador común consiste en actuar en nombre de los trabajadores. Diríase que el quehacer de un sindicato consiste en la representación de intereses laborales, cuyos dos momentos culminantes —la negociación de un convenio o la convocatoria de una huelga— sólo excepcionalmente emergen.

c) No puede extrañarnos, por consiguiente, la práctica unanimidad de las definiciones doctrinales en torno a ese elemento común. Por tomar las más relevantes, SANTORO PASSARELLI habla de «asociaciones de trabajadores constituidas para la tutela de intereses profesionales colectivos»²⁷, y NIPPERDEY de «asociaciones libres de Derecho Privado, basadas en principios de independencia, democracia y ámbito superior a la empresa, para la defensa de intereses colectivos laborales, especialmente mediante la negociación de acuer-

²⁵ MARTÍN RETORTILLO/OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales*, pág. 101.

²⁶ Al momento de escribir estas líneas, la prensa daba noticia de la estrategia planteada ante la junta general de accionistas del fusionado Banco Bilbao-Vizcaya por la central mayoritaria en él, CCOO: a la vista de que los empleados del Banco detentan aproximadamente un 7 por 100 de las acciones, en tanto que la totalidad de los miembros del consejo de administración sólo detentan el 6 por 100, se trataría de «recoger acciones para después *sindicarlas* y actuar como el primer accionista» (*Diario 16 de Andalucía*, 25 de enero de 1990).

²⁷ *Nociones de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1963, pág. 19. Como forma histórica pre-valente del trabajo organizado se considera por CARINCI/LUCA/TOSI/TREU, *Diritto del Lavoro*, 1, *Il Diritto Sindacale*, Turín, 1987, pág. 23; parecidamente, GHEZZI/ROMAGNOLI, *Il Diritto Sindacale*, Bolonia, 1987, pág. 64.

dos colectivos y en casos extremos mediante el conflicto colectivo»²⁸. Los esposos WEBB daban en el pasado siglo una definición más amplia, donde no obstante se mantenía el énfasis en el elemento organizativo: «asociación permanente y autónoma sin fin de lucro de trabajadores por cuenta ajena, para el progreso económico y social de sus miembros, especialmente para el mantenimiento y mejora de sus condiciones de trabajo a través de la contratación colectiva»²⁹. Mientras que la negociación se menciona en dos casos y el conflicto en uno solo, el factor asociativo inicia los tres, y, en general, todos los que puedan buscarse en el panorama científico.

d) Más intensamente centradas en el aspecto orgánico hallamos las definiciones contenidas en las constituciones e instrumentos internacionales: no solamente la constitución italiana declara escuetamente que «la organización sindical es libre» en su artículo 39; también la alemana declara: «queda garantizado a toda persona y a todas las profesiones el derecho de formar asociaciones destinadas a defender y mejorar las condiciones económicas y de trabajo» en su artículo 9.3.

Por cuanto hace a los textos internacionales, el Convenio OIT número 87 se expresa en términos esencialmente organizativos, y no únicamente cuando proclama «el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas», algo no muy distinto de lo señalado en la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando consagra el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (art. 23.4). Concepto que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos queda reducido al derecho de toda persona «a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses» (artículo 11.1). En la expresión de la Carta Social Europea, por fin, se trata de «la libertad de los trabajadores y empleadores de constituir organizaciones locales, nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales y de adherirse a esas organizaciones» (art. II.5).

Se dirá que la OIT dispone de órganos interpretativos muy autorizados, como el Comité de Libertad Sindical o la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, cuya doctrina en tema de libertad sindical ha tocado el aspecto aquí estudiado en un sentido más claro. No obstante, y dejando a un lado el hecho de que nuestra Constitución acepta el valor hermenéutico de los Tratados, pero no tan inequívocamente el de órganos de interpretación internacionales, diremos que la doctrina de dichos órganos deja bastante ambigüedad aún como para entender zanjado el problema con la mera alusión de su doctrina: el CLS proclama, verbigracia, que el derecho de negociar libremente constituye un elemento esencial de la libertad sindical, aclarando acto seguido que los sindicatos deberían tener el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios lícitos, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan³⁰; en

²⁸ *Lehrbuch des Arbeitsrechtes*, II/1, Berlín, 1967, pág. 81, en una definición que abarca tanto a los sindicatos como a las patronales.

²⁹ Apud ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1989, pág. 526.

³⁰ Comité de Libertad Sindical, caso núm. 583. Véase Von POTOBESKY/BARTOLOMEI, *La Organización Internacional de Trabajo*, Buenos Aires, 1990, pág. 307.

cuanto a la huelga, ha considerado que una prohibición general de ella limita considerablemente las funciones reconocidas a un sindicato en dicha definición, siendo incompatible con la libertad sindical³¹, lo que no concreta demasiado la cuestión, como puede verse.

e) En la estructura de nuestra Ley Fundamental está muy claro el despliegue secuencial de los derechos de libre sindicación, huelga y negociación colectiva, dispuestos separadamente e incluso en artículos distintos en lo que respecta al último de esos derechos constitucionales. ¿Por qué el legislador constituyente prefirió situar la libertad sindical y el derecho de huelga dentro del núcleo superprotegido de los derechos fundamentales y en cambio relegó al secundario lugar de los derechos cívicos a la negociación colectiva? Sin duda existe una conexión funcional entre los tres derechos, pero alguna razón debe haber para la presentación «articulada» de ellos, al margen de la hasta cierto punto secundaria de que los dos primeros puedan ser alegados en amparo y exigen regulación por ley orgánica. Desde luego que el Tribunal Constitucional sólo opera el reduccionismo a meros contenidos de la libre sindicación cuando la negociación o el conflicto viene protagonizado por un sindicato, no en todo caso, y en aras de una mejor protección de la actividad sindical, pero incluso en esa interpretación matizada resulta extraño que el legislador enfrentara a cada uno de los derechos con su propio destino, otorgándoles una específica sede en el texto constitucional. ¿No cabría pensar en una autonomía de los institutos? ¿No es dable creer en que la Ley Fundamental apuesta por una diferenciación de tratamientos, poco armonizable con una interpretación fusionadora dentro del artículo 28.1, aunque ésta sea parcial?

f) Incluso desde la propia filosofía del Tribunal Constitucional, el hecho de predicar un contenido esencial amplio en el caso que nos ocupa contrasta con su actitud habitual de entender bastante restrictivamente qué se entienda por esencial en materia de derechos constitucionales. Recordemos las posiciones mantenidas en casos similares desde 1981 a nuestros días: por ejemplo, en materia de derecho de huelga ha entendido en la tantas veces mencionada Sentencia 11/1981 que el contenido esencial consistía en la cesación del trabajo, lo cual deja reducidas a contenido adicional a manifestaciones huelguísticas de cierta importancia, como son todas las producidas sin abandonar el puesto de trabajo —de huelga, de advertencia, relámpago, de celo o reglamento, etc.—; en la Sentencia 218/1988 consideró que el derecho de asociación del artículo 22 comprende el derecho a asociarse y el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo dentro del marco de la Constitución y de las leyes que, respetando el contenido esencial de tal derecho, lo desarrollen o lo regulen³²; en la 49/1988 declaró que *lo propio* del derecho de fundación estriba en la vinculación de una masa de bienes a unos fines establecidos por el fundador o fundadores³³; llegando a decir respecto a los colegios profesionales del artículo 36 Const. que no hay con-

tenido esencial que preservar, salvo la exigencia de estructura y funcionamiento democráticos³⁴. En ocasiones ha llegado a limitar tanto y por tan discutibles motivos, que la doctrina ha dado la voz de alarma: así cuando admite en su Sentencia 11/1981 que puedan existir huelgas abusivas, siendo así que la Constitución sólo permite restringir las huelgas de servicios esenciales; o cuando limita la libertad de expresión en gracia a la moral pública, o permite que la ley pueda hacerlo, en la Sentencia 62/1982; o cuando considera legítimo que se limite con el principio de jerarquía a la libertad de expresión de los policías, en su Sentencia 81/1983; o cuando, en fin, restringe el derecho de huelga con el límite de la buena fe que debe manifestarse frente al empleador, en Sentencia 120/1983; llegando a decir como colofón que «no existen derechos ilimitados» en su Sentencia 2/1982³⁵.

g) En correspondencia con lo anterior, el concepto de contenido esencial sustentado por el Alto Tribunal viene a coincidir con el «núcleo mínimo e indisponible» de un derecho fundamental, al que el legislador ordinario puede adicionar otras facultades circunstanciales³⁶. Con lo cual coincide con la doctrina científica, española y alemana, cuya mayor parte lo circunscribe al «Wesenskern», núcleo duro resistente a la acción delimitadora de la Ley, por contraposición a los contenidos «Schalle» o epidérmicos³⁷. Sólo alguna voz aislada ha defendido entre nosotros la equiparación entre contenido esencial y contenido pleno de un derecho fundamental³⁸.

³⁴ STC 89/1989, de 11 de mayo (BOE de 14 de junio), Fundamento 5.º, en relación con la STC 83/1984, de 24 de julio (BOE de 24 de agosto), Fundamento 3.º: Ponente, RUBIO LLORENTE. Sobre esta doctrina véase RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Colegiación obligatoria y Constitución*, «Relaciones Laborales», I (1989), pág. 79. Téngase en cuenta, como argumento adicional en el sentido restrictivo del concepto que nos ocupa, que el contenido esencial no aparece contemplado para las garantías institucionales: CRUZ, Pedro, *El legislador de los derechos fundamentales*, ponencia a las VIII Jornadas de Derecho Constitucional Comparado, Madrid, mayo de 1989, pág. 10 del texto original. Aunque las diferencias entre ambos fenómenos jurídicos no se encuentran claramente delimitadas en la doctrina: mientras ese mismo autor expresa en otro lugar que garantías de instituto y contenido esencial vienen a ser lo mismo, prohibiciones de que el legislador llegue en su conformación del instituto a aniquilar o desnaturalizar el instituto como tal, siguiendo a TOMA [CRUZ, Pedro, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 25 (1989), pág. 61]; OTTO Y PARDO sostiene, por el contrario, que en la garantía de instituto el legislador sólo debe respetar la existencia de la institución, y no el contenido esencial que la hace reconocible (MARTÍN RETORTILLO/OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, pág. 101).

³⁵ Véase OTTO Y PARDO, *op. cit.*, pág. 108 y sigs., para quien cabe el peligro de que el art. 53.1 Const. esté legitimando al legislador para limitar todos los derechos, dado que copia al art. 19 de la Const. alemana sacándolo de su contexto, que era el de «los derechos que según esta Ley Fundamental» pueden limitarse.

³⁶ En general, toda la doctrina mayoritaria del Constitucional en el tema que nos ocupa, según vimos *supra*, epígrafe B.b), y paradigmáticamente la STC 51/1988, de 22 de marzo (BOE de 13 de abril), Fundamento 5.º

³⁷ Para los sostenedores de la teoría absoluta del contenido esencial en Alemania, hay que distinguir entre el *Grundrechtskern* como contrapuesto al contenido *Schalle*: así, MAUNZ/DÜRIG, SCHEUNER, MÜLLER, SCHOLLER, MANGOLDT/KLEIN, SCHMITT/GLAESER, SCHULZ/SCHAEFFER y otros: cfr. SCHNEIDER, *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG.*, pág. 194. La distinción en aquel país es similar a la realizada por el pár. 953 y sigs. BGB entre componente esencial y *sonstige Bestandteile* de las cosas, indica el mismo autor en pág. 198. Ya se dijo que la teoría absoluta es absolutamente mayoritaria en ese país y en el nuestro, como indican OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales*, pág. 129, y ROVIRA VIÑAS, *El abuso de los derechos fundamentales*, pág. 197, siguiendo a STEIN. En España se muestran partidarios del contenido esencial como contenido mínimo, sustantivo, el «esqueleto o parte más noble y principal». PRIETO SANCHEZ, ESPÍN CÁNOVAS, CARRASCO PERERA, PAREJO ALFONSO, MARTÍN RETORTILLO y BARNES: véase, por todos, BARNES VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional*, pág. 250 y sigs.

³⁸ De la vitalidad de los sindicatos del Cuerpo Nacional de Policía (policía uniformada)

³¹ Comisión de Expertos, *Estudio general 1983*, párr. 187. Véase Von POTOBsky/BARTOLOMEI, *op. cit.*, pág. 275.

³² STC 218/1988, de 22 de noviembre (BOE de 22 de diciembre), Fundamento 1.º

³³ STC 49/1988, de 22 de marzo (BOE de 13 de abril), Fundamento 6.º En el voto particular del magistrado Díez-PICAZO se expresa también una formulación de la libertad de empresa como «no sólo la libertad de fundación de empresas, sino también la titularidad del poder de autoorganización y de decisión».

Las siete razones antecitadas nos llevarían de suyo, en este recorrido técnico del concepto que estamos intentando, a pensar que el artículo 28 Const., cuando se reduce a los aspectos orgánicos de la libertad sindical, no tiene mucho más que añadir en la delimitación del contenido básico o definitorio de la misma. En la práctica vemos confirmado el aserto a poco que consideremos a los numerosos sindicatos de funcionarios existentes en España, privados del procedimiento de conflicto colectivo y del derecho de negociación colectiva en sentido estricto; incluso aquel derecho de actividad más propio histórica y definitivamente a un sindicato, el de huelga, le viene negado a las confederaciones de sindicatos policiales y no por ello dejan de tener fuerte capacidad reivindicativa a través de diversos mecanismos de expresión³⁹.

Y no obstante ello, considero que el contenido esencial del sindicalismo abarca algo más que las facultades de autonomía organizativa, aunque bastante menos que lo considerado por el Tribunal Constitucional en su corriente mayoritaria. Hemos visto cuán poco nos pueden ayudar al efecto los convenios internacionales, primer asidero hermenéutico en que hemos de pensar a la hora de interpretar el contenido de los derechos fundamentales, *ex* artículo 10.2 Const. Ahora bien, ¿cómo dudar de que los sindicatos han de poseer las mismas libertades civiles que cualquier otro sujeto de derechos en una sociedad democrática, considerando como esenciales —según proclamara la Resolución OIT sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles, 1970— la libertad personal, la de opinión y expresión, el derecho de reunión, el de proceso regular y el de protección de la propiedad? Pues «el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles»⁴⁰. Sería impensable no reconocer esas libertades civiles a un sindicato en un Estado que se proclama social y democrático, pues negar a las organizaciones de trabajadores la libertad de expresión y de opinión, sobre todo cuando se reconoce a los demás grupos de personas, equivaldría a sustraer a la mayoría de los ciudadanos el principal instrumento de progreso social de que han dispuesto hasta el momento. Como dicen los norteamericanos, los sindicatos constituyen la «voice and response» del pueblo trabajador, creciendo su papel en las sociedades donde una rígida y quizá esclerótica estructura social dificulta la promoción individualizada.

Mán aún. Ha de reconocerse a los sindicatos la misma capacidad de obrar, al menos, que la concedida a las restantes corporaciones privadas, como parte de su contenido esencial. Con ello nos estamos refiriendo a las facultades de Derecho Común utilizadas habitualmente por cualquier asociación, y no a las específicamente promocionales, que son claramente contenido adicional del derecho de sindicación: la capacidad para obligarse y contratar sin trabas ni controles distintos a los normales. Recuérdese que no solamente forman

da idea la existencia de cinco organizaciones sindicales en sus filas, con presencia en el Consejo de la Policía; la prensa daba cuenta el 6 de febrero de 1990 de la constitución de una coordinadora agrupando a cuatro de ellas. Puede ser ilustrativo para tener una idea de los canales de acción utilizados por sindicatos que se ven privados de facultades consideradas como esenciales la lectura del art. 22 y sigs. de la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad 2/1986, de 13 de marzo.

³⁹ LUCAS VERDÚ, *Constitución española*, Madrid, 1979, pág. 137.

⁴⁰ Cfr. VALTICÓS, *Derecho Internacional del Trabajo*, Madrid, 1977, pág. 247; SALA/ALBIOL, *Derecho Sindical*, Valencia, 1989, pág. 55.

parte de la capacidad de obrar de las personas el comprar, anunciarse o abrir una cuenta corriente, pongamos por caso, sino también el impugnar actos jurídicos, contratar en nombre de los asociados dentro de los márgenes estatutarios, o sugerirles la adopción de medidas colectivas que no constituyan delito; dicho en breve, cualquier asociación representa a sus miembros en el campo que le es propio, y ello se traduce para los sindicatos en la capacidad de convocar huelgas-libertad, negociar pactos de eficacia privada y defender los intereses de los afiliados ante las instituciones, sin salirse ni un ápice de la capacidad de obrar común que detenta cualquier persona jurídica en nuestro país.

Que la capacidad de obrar común forme parte del contenido esencial del sindicalismo, tras haber llegado a una definición de contenido esencial como contenido mínimo e indisponible, puede parecer extraño, si pensamos que la capacidad de obrar ahora mencionada es la *normal* de cualquier asociación, no la básica. Pero aquí entra en juego un elemento que quizá OTTO Y PARDO hubiera considerado de delimitación de contenidos más que esencial al derecho⁴¹. Se trata del argumento jurídico que sirve de soporte también para proclamar la adscripción de libertades públicas al sindicato, recién vista: la «capacidad para ser titular de derechos fundamentales» no se circunscribe únicamente a los individuos aisladamente considerados, sino también a los mismos en cuanto insertos en grupos y organizaciones cuya finalidad sea específicamente defender determinados ámbitos de libertad o realizar los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental, como se encargó de recordar el Tribunal Constitucional en su Sentencia 64/1988, de 12 de abril; los sindicatos tienen en consecuencia esa capacidad más allá del derecho de sindicación del artículo 28, y por extensión el derecho al trato igual del artículo 14 Const. Un ordenamiento que le prohibiera lo que por contra autorizara normalmente a las organizaciones equivalentes estaría discriminando sin motivos y por ende violando un contenido esencial de la libre sindicación, el de recibir el mismo trato que a sus iguales. Nos hallamos ante un contenido esencial *per relationem*, que varía en función de lo que se estime como *standard* asociativo en cada momento, más cerca por ello de la teoría relativa que de la absoluta en el concepto de *Wesensgehaltgarantie*.

Recapitemos ahora buscando los aspectos prácticos de la cuestión.

Al momento presente no cabe entender por contenido esencial a las facultades promocionales derecho de huelga, negociación de convenios *erga omnes* y promoción del procedimiento de conflictos colectivos ante la autoridad laboral; el forcejeo por un espacio de libertad preferencial a los sindicatos se saldó con su victoria frente a los comités de empresa, y hoy debe reconsiderarse una teoría exuberante que el Tribunal Constitucional seguramente no habría seguido de haberse planteado en el momento presente. Como contenido esencial del derecho de libre sindicación se encuentran la autonomía organizativa, la capacidad de obrar común y las libertades cívicas reconocidas a los individuos y a los grupos en que se integran. Más allá de eso comienzan los contenidos adicionales o no vinculantes para el legis-

⁴¹ OTTO Y PARDO, *op. cit.*, pág. 138. A veces, dice el autor, no se trata de límites al legislador (contenido esencial como *Schrankenschränke*), sino de delimitación del contenido, citando la STC 91/1983, donde se rechazó el derecho de un sindicato policial a reunirse en el lugar y durante el tiempo de trabajo.

lador, y en especial toda la *promoting legislation* residente en la LOLS y el DLRT.

Las repercusiones prácticas son evidentes, y quizá por ello nadie las haya discutido en sede procesal: las leyes limitadoras de la negociación colectiva, los procedimientos de conflicto colectivo y el derecho de huelga para todos o algunos sindicatos de funcionarios son básicamente constitucionales en cuanto reconocen ese nivel *sine qua non* otorgado a las asociaciones comunes de poder actuar en libertad frente a terceros, porque dicho *standard* es el históricamente definitorio y el adecuado también a la tarea reivindicatoria del sindicato. Sólo en los aspectos donde el umbral básico se niega —por ejemplo, en la prohibición a los sindicatos policiales de afiliarse a confederaciones externas— encontraremos motivos de inconstitucionalidad.