

ASOCIACIONES EMPRESARIALES, SINDICATOS, ASOCIACIONES PROFESIONALES DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y EL DERECHO DE ASOCIACIÓN DE LOS EXTRANJEROS

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho

Funcionaria Cuerpo A11. Junta de Andalucía

Componente grupo investigación SEJ447. Universidad de Sevilla

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA 7/1985, DE 1 DE JULIO
3. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO
 - 3.1. La redacción originaria de la ley orgánica 4/2000
 - 3.2. Modificaciones introducidas por la ley orgánica 8/2000
 - 3.3. La sentencia del tribunal constitucional núm. 236/2007, De 7 de noviembre
 - 3.4. La reforma aprobada por la ley orgánica 2/2009, de 11 de diciembre
4. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A FUNDAR Y AFILIARSE A ASOCIACIONES EMPRESARIALES
5. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A FUNDAR Y AFILIARSE A ASOCIACIONES SINDICALES
6. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A FUNDAR Y AFILIARSE A ASOCIACIONES PROFESIONALES DEL TRABAJO AUTÓNOMO

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los derechos colectivos que los extranjeros no han podido ejercer en toda su plenitud en nuestro país, hasta la aprobación de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, es el derecho de asociación. Este derecho se encuentra vinculado con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad ha evolucionado en nuestro país hasta manifestarse en plano de igualdad con el derecho el disfrutan los españoles.

Tradicionalmente las leyes de extranjería aprobadas a lo largo de los años en nuestro país, o sus modificaciones, han prohibido o limitado el derecho de asociación de los extranjeros –residentes o no-, hasta el punto que el Tribunal Constitucional ha tenido que realizar una ardua labor para determinar si las limitaciones impuestas por los legisladores a los extranjeros encuentran, o no, amparo en la Constitución.

Con este análisis se pretende solventar de forma breve y práctica la casi total ausencia de estudios doctrinales sobre el derecho de los extranjeros a fundar asociaciones empresariales y sindicales; así como a afiliarse a las organizaciones ya constituidas, con expresa referencia, a la nuevas entidades asociativas creadas a consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, las Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo.

2. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA 7/1985, DE 1 DE JULIO

La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de Derechos y libertades de los extranjeros en España, que actualmente se encuentra derogada por la Ley Orgánica 4/2000, que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social –en adelante LOEx-, regulaba:

A) El derecho de asociación para este colectivo en su art. 8, siendo su contenido el siguiente: “1. Los extranjeros que se encuentren legalmente en España podrán ejercer el derecho de asociación conforme a las leyes que lo regulen.

2. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior, previo informe del de Asuntos Exteriores, podrá acordar la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros, por un plazo no superior a seis meses, cuando atenten gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles.

3. La disolución de las asociaciones corresponderá acordarla, en su caso, a la Autoridad Judicial, por los trámites del juicio ordinario de menor cuantía. Asimismo, el Juez podrá acordar, como medida cautelar, la suspensión de las actividades de las mismas.”

B) El derecho de sindicación, en su art. 10, en los siguientes términos: “Se reconoce a los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España el derecho de afiliarse libremente al sindicato y organización profesional españoles de su elección y el derecho de huelga, que ejercerán, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivas leyes reguladoras”.

Analizando los artículos transcritos se observa que el derecho genérico de asociación, consagrado en el art. 22 de la CE, en aplicación de lo dispuesto en los art. 8 de la LO 7/1985, se reconoce para los extranjeros en los siguientes términos:

a) Deberán de ejercitarse conforme a las disposiciones legales que resulten aplicables. La norma aplicable en este momento temporal es la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical (BOE núm. 80, 4.4.1977) tanto para fundar una organización profesional, una asociación

empresarial, como un sindicato. Esta disposición se desarrolló mediante el Real Decreto 873/1977, de 22 de abril (BOE núm. 101, 28.4.1977)

b) Sólo se le reconoce a aquellos extranjeros que se encuentren legalmente en nuestro país, en consecuencia, el derecho de asociación no se reconoce para los extranjeros que se encuentren ilegalmente en nuestro país. La STS 23/11/1998 (sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a) trató esta cuestión y consideró ajustado a las normas aplicables que se excluyera a un extranjero como fundador de una asociación empresarial al no haber acreditado el permiso de residencia en España. Estimó que, aplicando el contenido del art. 13.1 de la LO 7/1985, “ha de considerarse que la única situación en que podía encontrarse en nuestro país, era la de estancia, situación que conlleva fines diferentes a los de trabajo y establecimiento, entendiéndose por este último el ejercicio de forma regular y permanente de una actividad, por lo que procede concluir (...), que al no haber acreditado su residencia legal en España, al recurrente no le es de aplicación el contenido del art. 8.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, que recoge el derecho de los extranjeros para asociarse en España, condicionado a que se encuentren en ella legalmente”.

c) El derecho de asociación se limita, en lo que se refiere a los extranjeros, con la posibilidad de ser suspendido en los supuestos previstos en el art. 8.2 de la LO 7/1985, precepto que fue declarado inconstitucional y nulo por la STC 115/1987, de 7 de julio, que estimó que el art. 22 de la CE reconocía, igualmente, a los extranjeros el derecho de asociación, considerando que aunque el art. 13.1 de la CE posibilita que el legislador pueda establecer “condicionamientos adicionales al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros (...) para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya ha venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el art. 24 de la Constitución. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias en el tratamiento entre los españoles y extranjeros, otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales”.

d) La disolución de la asociación, en coherencia con lo dispuesto en el art. 22 de la CE se reconoce a la autoridad judicial, quién podrá ordenar la suspensión cautelar de las actividades de la citada asociación.

En lo que se refiere al derecho de los extranjeros a afiliarse a las organizaciones empresariales o profesionales, conviene tener en cuenta que cuando se aprobó la LO 7/1985, aún no se había aprobado la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE núm. 189, 8.8.1985) -en adelante LOLS- por lo que tanto para las organizaciones sindicales, empresariales como para las profesionales se aplicaba la preconstitucional Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical y su normativa de desarro-

llo, el Real Decreto 873/1977, de 22 de abril; se reconoce a los extranjeros solo el derecho a afiliarse libremente al sindicato o a una organización profesional españolas de su elección, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, conforme a sus leyes reguladoras. Si acudimos a los arts. 7 y 28 de la CE observamos que lo que se impide a los extranjeros con residencia legal en España es el derecho a fundar sindicatos; y a los extranjeros sin papeles tanto el derecho a afiliarse a sindicatos y/o organizaciones profesionales ya constituidos, como el derecho a fundar estas organizaciones.

Hasta 1996 no se aprobó la normativa de desarrollo de la Ley Orgánica de Extranjería, lo que se realizó mediante el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, esta disposición, en lo que se refiere al derecho de asociación de los extranjeros estableció en su art. 4.2 que “Los extranjeros podrán promover y participar en asociaciones, al amparo del derecho de asociación, regulado en el artículo 22 de la Constitución y en los términos previstos en el artículo 8 de la Ley Orgánica 17/1985”; la novedad que plantea frente a la LO 7/1985 es que reconoce de forma expresa que los extranjero pueden fundar asociaciones (“promover”) y afiliarse a las mismas (“participar”).

Respecto al derecho de sindicación, éste lo recogió en su art. 5 en los siguientes términos: “Los trabajadores extranjeros tienen el derecho a afiliarse libremente al sindicato y organización profesional de su elección, así como el ejercicio del derecho de huelga, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Constitución”, en los mismos términos que la LO 7/1985, salvo que en esta norma se hace referencia expresa al art. 28 de la CE que recoge el derecho de sindicación.

3. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se ha caracterizado hasta la fecha por su evolución en paralelo con los cambios provocados por la inmigración en nuestro país, por su adaptación a la legislación internacional y/o comunitaria y por los fallos judiciales que han declarado la inconstitucionalidad de alguno de sus preceptos. Hasta la fecha se ha reformado en cuatro ocasiones, sin embargo, sólo dos de las modificaciones han afectado al derecho de asociación y de sindicación de los trabajadores extranjeros en nuestro país, siendo sobre estas reformas sobre las que se centran las líneas siguientes.

3.1. La redacción originaria de la Ley Orgánica 4/2000

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, se publicó en

el BOE núm. 10 de 12/1/2000, derogó la Ley Orgánica 7/1985, y en su Disposición Final 6.^a estableció que el Gobierno desarrollaría el reglamento de la misma en un plazo de seis meses. Este desarrollo reglamentario se concretó en la aprobación del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio; aunque antes de aprobarse dicha normativa de desarrollo las disposiciones relativas al derecho de asociación y sindicación de los extranjeros fueron modificadas por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

En lo que se refiere al derecho de asociación, la primera redacción del art. 8 de la LOEx, fue la siguiente: “Todos los extranjeros que se encuentren en España podrán ejercer el derecho de asociación conforme a las leyes que lo regulen para los españoles. Sólo podrán ser promotores los residentes”; en lo que se refiere al derecho de sindicación, el art. 11.1 de la misma estableció lo siguiente: “Los trabajadores extranjeros que se hallen en España tendrán el derecho a sindicarse libremente, o afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con las leyes que lo regulen.”

3.2. Modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 8/2000

La primera reforma de la LOEx se realizó mediante la aprobación de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 diciembre 2000 (BOE núm. 307, 23/2/2000), que a los efectos analizados en este estudio dio nueva redacción tanto al art. 8 referido al derecho de asociación como al art. 11 que regula el derecho de sindicación y de asociacionismo profesional.

En lo que se refiere al derecho de asociación, la nueva redacción del art. 8 dispuso que: “Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”.

Si la comparamos con la redacción originaria observamos que la diferencia esencial es que ha desaparecido la prohibición de que los extranjeros puedan promover o fundar asociaciones, con esta modificación la prohibición a ser fundador sólo alcanza a aquellos que no tuvieran residencia legal en nuestro país. La redacción del art. 8 de la LO 4/2000 (introducida por la Ley Orgánica 8/2000) fue declarada inconstitucional por la STC 236/2007, de 7 de noviembre, con los argumentos que se expondrán en el epígrafe siguiente.

En lo que se refiere al derecho de sindicación y de asociación profesional, la redacción que adoptó el art. 11.1 de la LOEx a resultas de la reforma operada por la LO 8/2000, fue la siguiente: “Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”. Esta disposición fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional

236/ 2007, de 7 de noviembre, exclusivamente respecto al derecho a sindicarse libremente.

El desarrollo de la LOEx se concretó, primero por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (BOE núm. 174, 21.7.2001), disposición que fue derogada y sustituida por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE núm. 6, 7.1.2005); disposiciones que no incluían referencias al derecho de asociación y de sindicación de los extranjeros.

3.3. La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 236/2007, de 7 de noviembre

La STC 236/2007 declaró la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la LOEx de carácter colectivo de los extranjeros, en concreto aquellos que regulaban el derecho de reunión, asociación, sindicación y educación de los extranjeros porque no reconocían estos derechos a los extranjeros que no disponían de la autorización de estancia o residencia en España.

En lo que se refiere al derecho de asociación, el Tribunal Constitucional -en adelante TC-, analizó la posible inconstitucionalidad del art. 8 de la LOEx que reconocía el derecho de asociación a los extranjeros sólo cuando éstos tuviesen autorización de residencia o estancia en España. Para solventar el problema, en primer lugar, el TC analiza el alcance del derecho de asociación; determinado éste, pasa a indagar la vinculación del derecho de asociación con la dignidad de la persona, con la finalidad de establecer si el condicionante establecido por la norma para su ejercicio -tener permiso de estancia o residencia- era constitucional o no.

El TC aclaró que el contenido del derecho de asociación -conforme a la interpretación STC 67/1985, de 24 de mayo-, aplicando la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 20.2), el art. 22 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y el art. 11 del Convenio de Roma, comprende “tanto la libertad positiva de asociación como la negativa de no asociarse”; concretando que ese derecho se manifiesta a través de cuatro dimensiones complementarias:

- La libertad de crear asociaciones y de adscribirse a las avocaciones creadas.
- La libertad de no asociarse y dejar de pertenecer a asociaciones.
- La libertad en su organización y funcionamiento, sin injerencias por parte de los poderes públicos.
- La dimensión “inter privados, que garantiza un haz de facultades de los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que pertenezcan, o en su caso, a los particulares respecto de las asociaciones a las que pretendan incorporarse”.

Finalmente, concluyó que el derecho de asociación se vincula con la dignidad y con el libre desarrollo de la personalidad, al proteger la sociabilidad

como una dimensión esencial de la persona, siendo un elemento “necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática. Dado que se trata de un derecho cuyo contenido está unido a esa dimensión esencial, la Constitución y los Tratados internacionales ‘lo proyectan universalmente’ y de ahí que no sea constitucionalmente admisible la negativa de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España”; además, se tenía que tener en cuenta que no se trata de un derecho absoluto, por lo que el legislador “puede establecer límites a su ejercicio por parte de cualquier persona, siempre que respete su contenido constitucionalmente declarado; por esta serie de razones, declara la inconstitucional del art. 8 de la LOEx, en la redacción dada por el art. 1, punto 6, de la LO 8/2000.

En lo que se refiera a la redacción dada al art. 11.1 d el LOEx por la LO 8/2000, el TC optó por defender una interpretación no restrictiva del derecho a la libertad sindical, excluyendo aquellas interpretaciones que estiman que la libertad sindical sólo podía ser ejercida de manera exclusiva por quienes tienen la condición de trabajador (con lo que se excluye a los extranjeros que no tienen permiso de trabajo), al ser una interpretación que no <<se compadece con el reconocimiento del derecho a la libertad sindical que efectúa el art. 28.1 CE, interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España. Tampoco se compadece con este derecho la limitación consiguiente que deriva para el derecho de los sindicatos de defender y promover los intereses de estos trabajadores”; concluyendo que dicha inconstitucionalidad hace referencia “exclusivamente al derecho a sindicarse libremente, pero no al derecho a afiliarse a una organización profesional>>.

Una vez declarada la inconstitucionalidad del art.11.1 de la LOEx en lo que se refiere al derecho a sindicarse libremente, el Tribunal estableció que le correspondía al legislador establecer las condiciones para que el derecho de asociación y sindicación fuera ejercido por parte de los extranjeros que carezcan permiso de residencia o estancia en España, siendo una de las consecuencias de este pronunciamiento, la aprobación de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, que daba nueva redacción al contenido de los artículos de la LOEx declarados inconstitucionales

3.4 La reforma aprobada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre

Es la última reforma de la LOEx aprobada a la fecha de realización de este artículo. Las modificaciones operadas, tal como indica el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2009, de diciembre (BOE núm. 299, 12.12.2009), son consecuencia de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LOEx, los cuales fueron solventados por la STC 236/2007, de 7 de noviembre (anteriormente analizada) y la STC 259/2007, de 19 de diciembre, sentencias que reconocen que “las exigencias que la citada ley imponía a los extranjeros para

el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, de que tuvieran residencia legal en España, constituía una restricción injustificada y, por tanto, contraría a la constitución, ya que según la misma, los indicados derechos alcanzan a todas las personas por el mero hecho de serlo”, por ello el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales una serie de artículos, entre ellos el art. 8 -derecho de asociación- y el art. 11.1 -derecho de sindicación-.

Con la reforma de la Ley Orgánica 2/2009, el texto del art. 8 de la LOEx, vigente a la fecha, es el siguiente: “Todos los extranjeros tiene derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles”; en cuanto a la libertad de sindicación, el art. 11.1 dispone que “Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles”.

El elemento más destacado de la reforma es que ha desaparecido para los extranjeros la exigencia de la residencia legal en nuestro país para que puedan disfrutar del derecho de asociación; lo mismo que para sindicarse libremente o para afiliarse a una organización profesional; en consecuencia, lo que hay que determinar es en qué condiciones ejercen los trabajadores españoles estos derechos para establecer las condiciones para el disfrute de los mismos por parte de los extranjeros, lo que conlleva la remisión a las normas concretas que regulan el fenómeno del asociacionismo empresarial, el asociacionismo sindical y de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, específicamente creadas con esta denominación por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

4. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A FUNDAR Y AFILIARSE A ASOCIACIONES EMPRESARIALES

En primer lugar, conviene precisar que aunque las asociaciones empresariales están reconocidas en nivel igualdad con los sindicatos en el art. 7 de la CE, que exige para estas organizaciones una estructura interna y un funcionamiento democrático y que el genérico derecho de asociación se reconoce en el art. 22 de la misma disposición, sigue rigiendo para su aplicación una normativa preconstitucional a todas luces desfasada e insuficiente para regular las asociaciones empresariales, Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, desarrollada mediante el Real Decreto 873/1977, de 22 de abril, sobre depósito de los estatutos de las organizaciones constituidas al amparo de la Ley 19/1977, reguladora del derecho de asociación sindical.

La particularidad que tiene esta normativa, peculiaridad que comparte con la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, está en que la organización, una vez creada por sus fundadores, para poder adquirir persona-

lidad jurídica, deberá de solicitar el depósito de sus estatutos en el Registro que proceda conforme a su ámbito territorial de actuación (local, provincial, interprovincial, comunidad autónoma, nacional o internacional) y una vez aceptado este depósito deberán de transcurrir 20 días hábiles para que adquiera dicha personalidad jurídica.

Las disposiciones citadas anteriormente no hacen ninguna referencia expresa a las condiciones que deben de tener las personas físicas para constituir asociaciones:

a) En su art. 1. Uno, la Ley 19/1977 establece que “Los trabajadores y los empresarios podrán constituir en cada rama de actividad, a escala territorial o nacional, las asociaciones profesionales que estimen convenientes para la defensa de sus intereses respectivos.

En la presente Ley, la referencia a los trabajadores comprende también, conjunta o separadamente, a los técnicos.”

En su apartado Dos, el mismo artículo indica que “A los efectos de esta Ley, se entiende por rama de actividad el ámbito de actuación económica, la profesión u otro concepto análogo que los trabajadores o los empresarios determinen en los estatutos.”

Como se observa, la deficiencia de la Ley 19/1977 es que no explica qué es un empresario, sólo que éstos pueden organizarse por ramas de actividad, entendiendo por éstas el ámbito de actuación económica.

b) El art. 1.Dos del RD 873/1977, establece que “los estatutos y el acta de constitución de una asociación serán presentados por triplicado ejemplar, y esta última suscrita por sus otorgantes o, en su defecto, por los promotores y directivos, con expresión de los datos personales necesarios para su identificación.

Cuando se trate de federaciones o confederaciones se acompañará, además, copia autorizada de los acuerdos de constitución, incorporación o afiliación adoptados por los órganos de gobierno de las asociaciones u organizaciones correspondientes.”

En consecuencia, la normativa de desarrollo hace referencia a unas personas físicas o jurídicas, los promotores o directivos, sin especificar quién puede ser promotor de la organización, ni los requisitos que deberán de reunir éstos, con lo que habrá que remitirse al art. 1 de la Ley 19/1977, de esta manera los promotores son los empresarios.

Si de las normas expuestas no pueden extraerse los requisitos que deberán de reunir los empresarios españoles para constituir asociaciones empresariales, difícilmente podremos determinar que requisitos deberán de reunir los extranjeros. Lo único que reconoce de forma directa el art. 2.Uno de la Ley 19/1977 es el derecho de cualquier empresario a afiliarse a las organizaciones empresariales, siempre que observe los estatutos de las organizaciones empresariales, que conforme a lo indicado en el art. 7 de la CE deberán de tener una estructura

interna y un funcionamiento democrático, lo que necesariamente supondrá no imponer condiciones de acceso basadas en la nacionalidad de los empresarios, puesto que entonces nos hallaríamos ante causas de discriminación prohibidas por el art. 14 de la CE.

Determinar quiénes son las personas que tienen la facultad de fundar asociaciones empresariales, pasa, necesariamente, por concretar cuales son los fines que deberán de cumplir estas entidades asociativas. Para la STS 25.1.1999 <<las asociaciones empresariales han de estar proyectadas para intervenir en las relaciones laborales, contribuyendo, como dice el art. 7 de la CE, en paralelo con los sindicatos, ‘a la defensa y promoción de los intereses económicos sociales que le son propios’. Los medios típicos de acción de las asociaciones empresariales son la negociación colectiva laboral, el planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, el diálogo social y la participación institucional en los organismos públicos de las Administraciones Laborales.

(...) una asociación de empresarios que no esté diseñada para desarrollar estas actividades en el campo de las relaciones laborales no es una asociación empresarial en el sentido estricto que tienen la expresión en nuestro ordenamiento, por lo que queda fuera, por razón de la materia de la competencia de la jurisdicción social>>.

Lo expuesto significa, en la práctica, la necesidad de que los fundadores acrediten su condición de empresarios para poder fundar una asociación empresarial y depositar sus estatutos en el registro correspondiente; y que con estas asociaciones pretendan, entre otros fines, negociar convenios colectivos y plantear medidas de conflicto colectivo, lo que implica que éstos empresarios deberán de tener trabajadores a su cargo; es decir, que deberán de ser patronos en los términos indicados en el art. 1.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –en adelante, ET-, el cual dispone al respeto que *“A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios referidas en el apartado anterior; así como las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”*; y los trabajadores a los que se refiere el apartado 1 del citado artículo son aquellos *“que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”*.

La manera más simple de demostrar la condición de empresario en los términos indicados en el art. 1 del ET será acreditando que los fundadores de la organización empresarial tienen empleados a su cargo dados de alta en la Seguridad Social. Los fundadores podrán ser personas físicas o personas jurídicas –una sociedad, por ejemplo, la cual tendría que atribuir, conforme a las normas que procedan conforme el tipo organización, la representación a una

persona física para firme la constitución en su nombre, que podría ser mediante copia del poder notarial que acredite las facultades que les han concedido los dueños de la empresa-.

¿Cómo se comprueba por parte de los registros de asociaciones que tienen trabajadores a su cargo? Pues sencillamente requiriendo la documentación que acredite que la empresa como persona jurídica o el empresario como persona física tiene trabajadores dados de alta en la Seguridad Social. Se les podrá requerir fotocopias de los últimos TC-2 abonados, así se establece, por ejemplo, en la Carta de Servicios de la Oficina Pública de Depósito de Estatutos del Ministerio de Trabajo (Subdirección General de Programación y Actuación Administrativa), que indica que “en el caso de asociaciones empresariales deberá de acreditarse la condición de empresarios de sus promotores (mediante la aportación de documentación que lo justifique: modelos TC1, TC2 de cotización a la seguridad social, etc.)”.

Los argumentos expuestos conllevan que:

a) Lo verdaderamente importante es tener, al menos, un trabajador a su cargo, no que el fundador sea persona física o jurídica. Tampoco tendría, en consecuencia, importancia el lugar donde residan los fundadores, España o fuera de España; ni si estos deben ser españoles o extranjeros, sólo que sus trabajadores deberán de prestar sus servicios en nuestro país y/o para empresas españolas.

b) Respecto a los, digamos, empresarios extranjeros que tienen a su cargo trabajadores que no están dados de alta en la Seguridad Social, ocurriría lo mismo que para los empresarios españoles que tengan trabajadores extranjeros o españoles irregulares, que al no poder acreditar su condición empresarial, no tendrían la posibilidad de ser admitidos como fundadores de asociaciones empresariales en los Registros de asociaciones ante los que presenten la documentación correspondiente.

En lo que se refiere a la posibilidad de afiliarse a organizaciones ya constituidas, estas condiciones las deberán de establecer los propios estatutos de las organizaciones empresariales, puesto que en los mismo deberán de recoger, como establece el art. 3.7 del Real Decreto 873/1977 “los requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida de la condición de miembro y sistema de constancia de los asociados componentes, en garantía de los mismos”. Los estatutos, necesariamente, deberán de recoger disposiciones que garanticen el funcionamiento democrático de la asociación, como ya se ha expuesto, en consecuencia, lo lógico es que exijan que se traten de empresarios y que las condiciones complementarias que impongan a los posibles socios españoles deberán de imponerse, igualmente, para los empresarios extranjeros. La mera exclusión de una persona física o el representante de una persona jurídica por razones de nacionalidad sería causa de discriminación prohibida conjuntamente por los arts. 7 y 14 de la CE.

5. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A FUNDAR Y AFILIARSE A ASOCIACIONES SINDICALES

La libertad sindical, de conformidad con lo establecido en el art. 2.1 de la LOLS, comprende una serie de derechos, siendo los siguientes:

a) El derecho a fundar sindicatos, sin autorización previa; derecho extensivo a suspenderlo o extinguirlos por procedimientos democráticos.

b) El derecho de los trabajadores a afiliarse al sindicato que elijan, los cuales están obligados a respetar sus estatutos; este derecho comprende, igualmente, su derecho a separarse de dicho sindicato. Por otro lado, nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato.

c) El de los afiliados a un sindicato a elegir libremente a sus representantes dentro del sindicato al que pertenezca.

Aunque el art. 1 de la LOLS reconoce el derecho “a todos los trabajadores” a sindicarse libremente para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de dicho colectivo, es necesario precisar el concepto de trabajador, conforme a la LOLS, son trabajadores:

a) Las personas sujetas a una relación laboral.

Conviene precisar que la norma no indica que la relación laboral tenga que tener una naturaleza legal, es decir, que se haya producido un alta por parte del empresario del trabajador en cualquier régimen de la Seguridad Social, por tanto es la existencia de una relación laboral con independencia de la naturaleza de ésta, lo que determina la condición de trabajador a efectos de la aplicación de la LOLS, que alcanza incluso, como se verá, a aquellos que han perdido su trabajo.

b) Las personas sujetas a una relación de carácter administrativo o estatutario, al servicio de las Administraciones Públicas.

Aunque tienen la consideración de trabajadores se encuentran exceptuados los colectivos indicados en el art. 1.3, 4 y 5 de la LOLS; sin embargo, estas excepciones no afectarían, en ningún caso a los trabajadores ilegales extranjeros que no tienen permiso de residencia en nuestro país, puesto que son ocupaciones a las que se accede por oposición, lo que conlleva el cumplimiento de los requisitos establecidos en las bases de las convocatorias, inclusive, la posesión de la nacionalidad española para poder desempeñar determinados puestos (miembros de las fuerzas armadas o de los Institutos Armados de carácter militar, Jueces, Magistrados y Fiscales).

El reconocimiento del derecho a fundar un sindicato o el derecho de los extranjeros a afiliarse a los sindicatos ya constituidos se reconoce a los “trabajadores extranjeros” en las mismas condiciones que a los españoles; ahora bien, para determinados colectivos de españoles se les limita este derecho, en el sentido que no comprende todos los supuestos regulados en el art. 2 LOLS.

Estas limitaciones son, igualmente, aplicables a los extranjeros, siendo las siguientes:

a) Los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio pueden afiliarse a los sindicatos ya constituidos, pero no podrán fundar sindicatos que tengan por objeto la tutela de sus intereses singulares.

El reconocimiento de su derecho de asociación como trabajadores autónomos deberá de realizarse a través de las organizaciones específicas, por esta razón, este colectivo tendrá que llevarlo a cabo, por ejemplo, a través de la fundación de una Asociación Profesional de Trabajo Autónomo, conforme a lo dispuesto en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (BOE núm. 166, 12.7.2007) y en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de Asociación (BOE núm. 73, 26.3.2002) aspecto que se desarrolla en el epígrafe 6 de este estudio.

En el momento que el trabajador autónomo tenga un trabajador a su cargo, adquirirá, a efectos de la LOLS y aplicando el contenido del art. 1.1 del ET, la posición de empresario, por tanto no podrá fundar ni afiliarse a un sindicato; y ello con independencia de que se sea español o extranjero. Conviene precisar que la STS 2.3.2007 (Sala de lo Social) confirmó el criterio seguido por un Registro de Asociaciones Empresariales que se había negado a aceptar el depósito de los estatutos de una organización constituida por organizaciones empresariales y organizaciones sindicales; interpretando que se trataba de una asociación de naturaleza mixta, integrada por organizaciones que tenían una distinta posición institucional, tutelando cada una de ellas intereses distintos, lo que supone, en definitiva, que las organizaciones admitidas con esta naturaleza mixta serían conflictivas puesto que se encontrarían frente a los derechos empresariales los derechos de los trabajadores que no son empresarios.

b) Los trabajadores en paro y los que hayan cesado en su actividad laboral como consecuencia de su incapacidad o de su jubilación –art. 3.1 de la LOLS- no pueden fundar sindicatos que tengan por objeto la tutela de estos intereses singulares, pero nada impide que puedan afiliarse a los que ya están constituidos.

En la práctica un registro de sindicatos tendrá que realizar una labor mínima de comprobación de que los fundadores no se encuentran “parados” o “jubilados”, la razón es que si el art. 7 de la Constitución indica que los sindicatos “contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios”, nada impide que los estatutos, entre otros fines más específicos, recojan los fines del sindicato en esos mismos términos. Si los fundadores del sindicato son, por ejemplo, parados, y establecen una cláusula tan genérica, se estaría vulnerando la prohibición expresa establecida en la LOLS a fundarlos, de ahí la necesidad de que el registrador solicite algún tipo de documentación que pruebe la relación laboral (nómina, vida laboral, justificante de alta en la Seguridad Social, etc.), por tanto si un trabajador español o extranjero no puede justificar su relación laboral con algún tipo de prueba documental, no se le podrá reconocer su derecho a fundar el sindicato.

Los “jubilados” y los “parados” podrán canalizar sus demandas asociativas a través de otro tipo de organizaciones desarrollando el derecho de asociación previsto en el art. 22 de la constitución, por ejemplo, mediante la creación de una asociación conforme a los preceptos establecidos en la Ley Orgánica 1/2002, pero no fundar un sindicato.

En lo que se refiere al derecho a afiliarse a un sindicato, éste es un reconocimiento que se realiza para cualquier trabajador, con independencia de su condición de trabajador efectivo o no en el momento de afiliarse (parados, jubilados, incapacitados, extranjeros con o sin papeles, etc.). Su concreción se efectuará conforme a lo establecido en los propios estatutos, puesto que el art. 2.2.a) de la LOLS dice respecto a este punto que las organizaciones sindicales, en el ejercicio de la Libertad Sindical, tienen derecho a “Redactar sus estatutos y reglamento, organizar su administración interna y sus actividades y formular su programa de acción”.

Los sindicatos se encuentran sometidos al principio del funcionamiento democrático impuesto de manera expresa, al igual que para las asociaciones empresariales, en el art.7 de la CE, lo que supone que establecer condiciones que vulneren el principio de igualdad en el art. 14 de la CE (exigir que tengan la nacionalidad española, por ejemplo, salvo que expresamente se trate de un sindicato de un sector concreto para el que la legislación española exija determinada nacionalidad para desempeñar esa profesión) es discriminatorio.

Por otro lado, exigir para afiliarse a un sindicato, por los propios estatutos sindicales, que los extranjeros tengan que tener residencia en nuestro país, es una disposición estatutaria nula, puesto que precisamente es esto lo que declaró la STC 236/2007, de 7 de noviembre, respecto al anterior contenido del art. 11.1 de la LOEx; siendo, además, una causa de discriminación prohibida por el art. 14 CE.

6. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A FUNDAR Y AFILIARSE A ASOCIACIONES PROFESIONALES DEL TRABAJO AUTÓNOMO

Como se ha expuesto, la STC 236/2007, de 7 de noviembre no afectó al derecho de afiliación que se reconocía a los extranjeros en el art. 11 de la LOEx a las organizaciones profesionales; esta cuestión nos plantea, en primer lugar, determinar qué es una organización profesional; estas entidades asociativas se encuentran reguladas en el art. 52 CE, precepto que dispone respecto a las mismas que “La Ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”. El Tribunal Constitucional no ha precisado exactamente qué es una organización de este tipo, aunque si ha establecido determinadas pautas:

a) La STC núm. 23/1984, de 20 febrero, ha interpretado que los entes de base asociativa representativos de intereses profesionales y económicos a los que se refieren los arts. 36 y 52 de la CE pueden ser configurados como corporaciones de Derecho Público en determinados supuestos.

b) La STC núm. 132/1989, de 18 julio, ha considerado que dentro del art. 52 de la CE “pueden comprenderse sin dificultad entidades de tipo corporativo, como las Cámaras Agrarias”.

c) Por su parte, la STC núm. 179/1994, de 16 junio ha observado que en dicho artículo podrían tener cabida las Cámaras de Comercio, indicando, que el art. 52 CE, no dice nada “sobre el carácter público o privado de tales organizaciones y menos aún sobre la adscripción obligatoria a las mismas de los profesionales de los diversos sectores”.

Como se observa ha considerado que entidades asociativas pueden integrarse dentro del art. 52 de la CE, pero en ningún caso ha realizado una lista exhaustiva de las mismas, siendo clave esta cuestión a efectos de poder determinar si las Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo creadas por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo –en adelante, LETA- son organizaciones amparadas en el art. 22 de la CE o son entidades que pueden ser calificadas como organizaciones profesionales englobadas en el art. 52 de la CE. Optar por una u otra calificación supone que mientras para los extranjeros en las primeras se reconoce la posibilidad de fundarlas y afiliarse a las mismas en las mismas condiciones que los españoles, para las segundas sólo se les reconoce la posibilidad de afiliarse a las mismas, con lo que los extranjeros no podrían fundar Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos.

Aunque la LETA ha introducido un nuevo enfoque en el tratamiento del fenómeno asociativo para los trabajadores autónomos a través de su art. 20, ubicado dentro del Título III que regula los “Derechos colectivos del trabajador autónomo”, lo cierto es que no hace referencias a la disposición constitucional que le sirve de amparo para crear este tipo de organizaciones; sin embargo se podría decir que su intención ha sido articular entidades profesionales en el marco del art. 22 de la CE por lo siguiente:

a) Las llama “asociaciones profesionales” no organizaciones profesionales.

b) En su art. 20.1 establece que se constituirán y regirán por lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, -en adelante, LORDA- y sus normas de desarrollo, teniendo en cuenta, además, las especialidades que se prevean en la propia LETA.

Precisamente la Exposición de Motivos de la LORDA argumentó que “el derecho fundamental de asociación, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, y de antigua tradición en nuestro constitucionalismo, constituye un fenómeno sociológico y político, como tendencia natural de las personas y

como instrumento de participación, respecto al cual los poderes públicos no pueden permanecer al margen.

Nuestra Constitución no es ajena a estas ideas y, partiendo del principio de libertad asociativa, contiene normas relativas a asociaciones de relevancia constitucional, como los partidos políticos (artículo 6), los sindicatos (artículos 7 y 28), las confesiones religiosas (artículo 16), las asociaciones de consumidores y usuarios (artículo 51) y las organizaciones profesionales (artículo 52), y de una forma general define, en su artículo 22, los principios comunes a todas las asociaciones, eliminando el sistema de control preventivo, contenido en la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones, y posibilitando su ejercicio”.

De lo expuesto se deduce que con independencia de que las Asociaciones Profesionales de los Trabajadores Autónomos sean o no entidades que se podrían encuadrar o no en el art. 52 de la CE es evidente que la LETA ha optado por crear una entidades asociativas en el marco del art. 22 de la CE que de forma general define los principios comunes a todas las asociaciones, en consecuencia, en este tipo de organizaciones creadas por la LETA para los extranjeros regirán los mismos principios que para las asociaciones comunes; es decir, que se aplicará el art. 8 de la LOEx, con lo cual “Todos los extranjeros tiene derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles”; en consecuencia, los extranjeros tendrán derecho a fundarlas y a afiliarse a las Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos en las mismas condiciones que los españoles.

Esta precisión nos remite al análisis de la LETA para determinar qué personas pueden constituir este tipo de organizaciones asociativas, y a las siguientes puntualizaciones:

a) El art. 19.1.b) de la LETA reconoce a cualquier trabajador autónomo el derecho a “afiliarse y fundar asociaciones profesionales específicas de trabajadores autónomos sin autorización previa”.

b) En lo que se refiere a los extranjeros, el art. 14 de la LETA indica que la misma será de aplicación a los trabajadores autónomos extranjeros que reúnan los requisitos de la LOEx, evidentemente se trata de una referencia expresa al Capítulo III del Título II de la LOEx, en lo que se refiere a las autorizaciones de trabajo por cuenta propia para los extranjeros. En definitiva, la aplicación del art. 37 de la LOEx para los extranjeros supone, tal como se reconoce en el art. 8 de la misma norma su equiparación con los nacionales, puesto que el apartado 1 del art. 37 establece que “para la realización de actividades económicas por cuenta propia habrá de acreditarse el cumplimiento de todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada, así como los relativos a la suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo, entre otros que reglamentariamente se establezcan”; estas condiciones como veremos no son directamente compro-

badas por el Registro de Asociaciones, puesto que éste se limitará a comprobar que el fundador extranjero tiene, al igual que un español, reconocida la condición de trabajador autónomo, mediante la solicitud de la documentación correspondiente, por ejemplo, mediante prueba documental que acredite que cotiza al RETA.

En cuanto a la forma de fundar estas entidades asociativas hay que diferenciar entre la aplicación del derecho estatal y la aplicación del derecho autonómico, pues una de las particularidades de este tipo de entidades asociativas es que, aplicando el contenido del art. 20.3 de la LETA, pueden inscribirse y depositar sus estatutos en el Registro estatal o en los Registros autonómicos, lo que conlleva para las Comunidades Autónomas la aprobación de la normativa necesaria para crear su propio Registro, circunstancia que ha desarrollado, por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Andalucía, mediante el Decreto 362/2009, de 27 de octubre, por el que se crea el Registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo de Andalucía y se aprueba su reglamento de organización y funcionamiento (BOJA núm. 200, 11/11/2009).

En lo que se refiere al registro estatal, éste se regula por el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos (BOE núm. 54, 4.2.2009), el cual no hace ninguna referencia a los requisitos que deberán de cumplir los fundadores de las Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo, ni tampoco el Decreto 362/2009, de 27 de octubre, aplicable en la Comunidad Autónoma de Andalucía el cual si contiene alguna disposiciones relativas a los documentos que deberán de aportar los fundadores.

El art. 19.1.b) de la LETA reconoce que los trabajadores autónomos son titulares del derecho a afiliarse y fundar asociaciones específicas de trabajadores autónomos sin autorización previa; en consecuencia, al igual que en el caso de las asociaciones empresariales y sindicales, será necesario que los fundadores tengan que acreditar su condición de trabajadores autónomos, es decir, que entra en el ámbito de aplicación del art. 1 de la LETA; lo que normalmente se efectúa mediante acreditación de que han abonado el recibo correspondiente al RETA, o prueba similar, rigiendo este principio tanto para los nacionales como los extranjeros, no pudiéndose ser fundadores los españoles o los extranjeros que no puedan acreditar su condición de trabajadores autónomos.

En lo que se refiere al derecho a afiliarse a este tipo de organizaciones, los estatutos deberán de este tipo de asociaciones deberán de contener "Los requisitos y modalidades de admisión y baja, sanción y separación de los asociados y, en su caso, las clases de éstos. Podrán incluir también las consecuencias del impago de las cuotas por parte de los asociados" -art. 7.1.e) de la LORDA-; y deberán tener en cuenta que no se podrá denegar la afiliación a los autónomos

extranjeros que cumplan los mismos requisitos que los autónomo nacionales, al encontrarse sometidas este tipo de organizaciones, al igual que los sindicatos y las asociaciones profesionales, a una organización interna y un funcionamiento democrático con pleno respecto al pluralismo –art. 2.5 de la LORDA-.