



NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO

Universidad de Almería

LA LEGITIMACIÓN EMPRESARIAL EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS SECTORIALES

Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 2006

MARÍA DEL MAR RUÍZ CASTILLO ¹

SUPUESTO DE HECHO: La STS de 20 de junio de 2006² tiene su origen en la impugnación del Primer Acuerdo Laboral Estatal del Sector de Supermercados, Superservicios, y Distribuidores mayoristas de alimentación, rubricado, según el Acta final, el 23 de marzo de 2003 y con Resolución de la Dirección General de Trabajo de 4 de julio de 2003, ordenando la inscripción y publicación del Acuerdo Laboral. Finalmente publicado en BOE de 11 de julio de 2003.

La Asociación de Cadenas Españolas de Supermercados (ACES) y la Federación Nacional de Asociaciones Detallistas de Alimentación (FENEDA), presentan sendas demandas de impugnación de convenio colectivo, solicitando la nulidad del citado acuerdo sectorial, por estimar que lesiona la legalidad vigente y el interés de tercero, en este caso de las citadas asociaciones patronales demandantes. En la parte demandada, los firmantes del convenio nacional: la Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO., la Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería-turismo y Juego de UGT y la Asociación Española de Distribuidores, Autoservicios y Supermercados (ASEDAS) y el Ministerio Fiscal.

¹ Profesora T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

² Rec. Núm. 189/2004; RJ 2006\3428. Ponente: de Castro Fernández, L.F.

La relación de hechos probados nos describe una concurrencia de iniciativas negociadoras (en la que no entran las decisiones judiciales) que termina con la publicación del primer convenio colectivo suscrito, que es el que se impugna por insuficiencia de representatividad de las organizaciones patronales firmantes. La validez del Acuerdo laboral revisada a la luz de las reglas legales sobre legitimación negocial se convierte en el objeto único del litigio³.

La Audiencia Nacional, en sentencia de 5 de octubre de 2004⁴, declara que el citado convenio carece de valor estatutario y restringe su eficacia obligacional a los firmantes. Contra la citada SAN se interpone recurso de casación, que viene a resolver la sentencia que aquí comentamos.

RESUMEN: El TS vuelve una vez más sobre el tema de la controvertida acreditación y prueba de la representatividad empresarial, como presupuesto de la legitimación negociadora, en los convenios de ámbito superior a la empresa. El TS confirma en esta sentencia su doctrina anterior. La indisponibilidad es absoluta cuando se trata de las reglas legales sobre la legitimación empresarial en el ámbito de la negociación colectiva; también existe pronunciamiento en este fallo para afirmar la naturaleza, igualmente indisponible, de las normas procedimentales de la negociación estatutaria; se reafirma la tesis, de elaboración jurisprudencial, sobre la presunción *iuris tantum* de legitimación y los términos de la carga de la prueba en contrario; y el Tribunal termina por reconducir el litigio a una cuestión meramente probatoria que ya había resuelto la Audiencia Nacional. Lo que concluye con una confirmación de los términos de la sentencia impugnada, de nulidad del convenio estatutario suscrito y publicado, al no haberse respetado «el principio de correspondencia entre representatividad empresarial y ámbito de negociación».

³ Según la AN, la decisión sobre esta cuestión planteada hace que huelgue toda consideración en torno a la ineficacia de preceptos concretos; la delimitación «ad hoc» artificiosa del ámbito de negociación; la alteración, una vez iniciada la negociación, del ámbito de aplicación (lo que podría alterar, a su vez, la legitimación inicial de los interlocutores sociales); la mutación de un convenio colectivo por un acuerdo marco laboral, con expresa prohibición de concurrencia de otras unidades negociales (Fund. Der. Cuarto, SAN de 5 de octubre de 2004). La solución negativa del debate sobre la validez del acuerdo suscrito se convierte en un trámite previo que igualmente hace innecesario pronunciarse sobre la concurrencia negociadora y otras cuestiones, como la libertad de elección de las unidades de negociación, el derecho a la negociación colectiva y la libertad sindical.

⁴ Procedimientos acumulados 74 y 11/2004. AS 2004\3428. Ponente: Alonso-Misol, E.

ÍNDICE

1. ALGUNAS CONTRADICCIONES DEL MODELO NORMATIVIZADO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA
2. LOS CRITERIOS LEGALES SOBRE LA LEGITIMACIÓN EMPRESARIAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SUPRAEMPRESARIAL
3. LA INDEFINICIÓN DE HECHO DE LA LEGITIMACIÓN EMPRESARIAL: UNA DEFICIENCIA HISTÓRICA
4. LA AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN Y SUS EFECTOS SOBRE EL CONVENIO

1. ALGUNAS CONTRADICCIONES DEL MODELO NORMATIVIZADO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Desde la inauguración del modelo constitucional de relaciones laborales la doctrina laboralista coincide a la hora de criticar la decisiva intervención legislativa, de un protagonismo abusivo, en la configuración heterónoma del modelo de negociación colectiva. Bien sea para propiciar el proceso de flexibilización del Derecho del Trabajo, haciendo llegar la norma convencional a donde aún no alcanza la desregulación legislativa; bien sea para intentar frenar las nuevas funciones de gestión empresarial del convenio, la crítica culpabiliza la intervención heterónoma como factor de desequilibrio e incompatible en un campo en el que la autonomía colectiva es el principio informador. El origen de esta tradición legal probablemente no sea único, pero es seguro que contribuye la herencia de un pasado caracterizado por la «administrativización» de un derecho del trabajo amputado de su parcela sindical o colectiva y un poder político democrático invariablemente decidido a institucionalizar lo sindical y a convertir el convenio en un instrumento «cuasi legal» que amplía las herramientas de intervención del ejecutivo en el terreno de la desregulación de las relaciones laborales sin coste político alguno y con una tremenda garantía de paz social.

El precio es bien conocido y por todos asumido. El contenido esencial de los derechos constitucionales de índole colectiva funciona, más que de ningún otro modo, como garantía de la intervención legislativa, discrecional y diversificadora, a la que no se oponen más límites que los derivados de ese estricto contenido esencial. La faz actual del derecho de libertad sindical, toda la estable teorización sobre su contenido esencial y el contenido adicional⁵, nos muestra una situación legal completamente alejada del pluralismo sindical (como podría esperarse de la formulación constitucional) y

⁵ Que, por cierto, utiliza mal la STS, de 20 de junio de 2006 que aquí comentamos, al referirse al derecho a la negociación colectiva como parte del «contenido adicional del derecho de libertad sindical». Fund. Der. 2, 2.º párr.

sólidamente asentada sobre la representatividad como criterio de discriminación aceptado y aceptable en todo lo relativo a la libertad sindical⁶.

En lo que se refiere al derecho a la negociación colectiva, aún hemos llegado más lejos. El incisivo protagonismo legislativo a la hora de atribuir el derecho (eligiendo con precisión a los sujetos), de configurar el proceso de negociación, de definir la naturaleza y efectos del convenio, sin freno por parte del TC (que invariablemente ha fallado sobre la constitucionalidad de las distintas opciones legislativas), ha desembocado en el vaciamiento del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva. Desde hace años todos hemos convenido en sustituir el derecho constitucional a la negociación colectiva, por una «garantía institucional de la negociación colectiva»⁷; que es algo así, en la práctica, como desconstitucionalizar el derecho; o dicho en otros términos, admitir que sea el legislador el que en cada momento defina el contenido esencial de ese derecho. Habiendo teniendo cabida en la fórmula constitucional todas las opciones elegidas hasta ahora por el legislador ordinario.

En este proceso se ha hecho necesario salvar algunos escollos importantes. Básicamente, cómo fundamentar y justificar el tratamiento en condiciones de igualdad que deriva de las formulaciones constitucionales en materia de libertad sindical y de derecho a la negociación colectiva, con la opción legislativa de institucionalizar (privilegiar) la actuación sindical y negociadora de sólo determinados sujetos sindicales. En ambos casos, la vía elegida ha sido la de desdoblar el modelo constitucional. Manteniendo, por una parte, un modelo general, aplicable en términos de igualdad y relegado a la condición de mera libertad (libertad de sindicación y libertad de negociación); y, por otra parte, admitiendo la constitucionalidad de un modelo legal basado en la promoción de sólo determinados sujetos sindicales (los más representativos) y de sólo un modelo de negociación y convenio (los llamados estatutarios). Siendo ésta una opción discutible, el verdadero problema está, sin embargo, en que la promoción en el modelo legal (sólo de algunos sujetos sindicales y sólo de determinado modelo de negociación y convenio) va más allá de atribuir un mero plus de actividad o de derechos a los elegidos y se concreta en una reserva de competencias ampliadas (si nos referimos a los sujetos) o de jerarquía (si nos referimos al convenio) que no encuentra refrendo en el texto constitucional y que termina por desdibujar,

⁶ Sobre los beneficios de la evolución del modelo sindical hacia una progresiva y actualmente consolidada institucionalización: CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español». *RL*, 2005, T I, espec. págs. 160 y ss.

⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, «La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional». *RL*, 1992, T. I. STC. 208/1993, de 28 de junio.

o simplemente limitar, el contenido esencial de uno de los modelos constitucionales (El del art. 37.1 CE) con respecto al otro (el desarrollado por el legislador). La mayor representatividad de las organizaciones sindicales y la eficacia general del convenio (su valor «cuasi legal») son las fórmulas mágicas para solventar cualquier duda de constitucionalidad y legitimar el modelo de derecho sindical actualmente vigente.

En este panorama se inscribe la decisión del TS que aquí comentamos. ¿Qué sujetos del lado empresarial están legitimados para negociar convenios colectivos estatutarios? y ¿qué efectos provoca sobre la negociación y el convenio la ausencia de legitimación? Un tema sabido y en el que la línea jurisprudencial aparece consolidada. Lo más relevante de este fallo sea quizás los efectos que despliega la incertidumbre real sobre la prueba y acreditación de la representatividad del lado empresarial en los convenios sectoriales. Un tema histórico, el flanco más débil del modelo legal de negociación⁸, que el legislador aún no ha decidido solventar y que queda en manos de una jurisprudencia vacilante que ha terminado por modificar algunas de las pautas legales. No en todos los temas, por consiguiente, se demuestra el mismo interés legal por garantizar las exigencias formales y materiales que supone la configuración del convenio colectivo como un instrumento normativo de eficacia general. Precisamente la razón que ampara, teóricamente, una intervención legislativa tan decisoria en un ámbito reservado a la autonomía colectiva.

2. LOS CRITERIOS LEGALES SOBRE LA LEGITIMACIÓN EMPRESARIAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SUPRAEMPRESARIAL

Es sabido que, al igual que en la tramitación y aprobación de los textos legales se requiere acreditación de la representación que se ostenta, el convenio colectivo al que se dota al igual que a aquéllos de naturaleza normativa y, por consiguiente, de eficacia general, precisa una mínima correspondencia entre la representatividad que se ostenta y el ámbito al que se va a aplicar el convenio, lo que el legislador garantiza a través de la definición de la legitimación (arts. 87, 88 y 89 ET). El modelo legal está basado en tres principios de ordenación: de representatividad, de mayorías, de proporcionalidad⁹. Recuerda el TS, en esta sentencia de 20 de junio de 2006, que

⁸ Denunciado por numerosas sentencias. SOLANS LATRE, M.A., *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*. Ed. MTAS. Madrid, 2004, pág. 175.

⁹ MERINO SEGOVIA, A., *La Legitimación para negociar convenios colectivos de eficacia general*. Ed. Bomarzo. Albacete, 2005, pág. 10.

es criterio de la Sala de lo Social, afirmar que la «legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios y la representatividad justificativa de tal regulación vienen reguladas en el ET y en la LOLS en forma de derecho necesario, de forma que ni tan siquiera cabría su regulación en el propio convenio colectivo, que en su caso habría de calificarse de nula si contraria a aquellos preceptos o inútil si los reitera»¹⁰.

Y conocemos también que el legislador ordinario ha decidido no utilizar criterios idénticos para medir la representatividad sindical y empresarial¹¹, o para definir los grados de la representatividad, como tampoco lo ha hecho para precisar las legitimaciones respectivas (basadas en la representatividad) en el ámbito de la negociación estatutaria. Ni la fórmula constitucional ni la interpretación que se ha hecho de la misma, con algunas vacilaciones, han identificado el asociacionismo empresarial y la libertad sindical¹², por lo que quedan plenamente justificadas las diferencias de tratamiento entre organizaciones patronales y sindicatos y la posible utilización de criterios diferentes para medir o calificar una y otra representatividad.

Sin embargo, no es nuevo en nuestra doctrina ni en nuestra jurisprudencia el asentimiento unánime al relevante papel que el texto constitucional otorga a las asociaciones empresariales, si quiera sea como interlocutoras de las organizaciones sindicales. El fundamental art. 7, pero también el art.

¹⁰ Fund. Der. 1er. párr.

¹¹ La crítica doctrinal frecuente apunta al abandono de la institución de la mayor representatividad empresarial por parte del legislador, frente a la articulación de un régimen jurídico completo de la mayor representatividad sindical, que define la posición jurídica del sindicato. El legislador, en el primer caso, se ha limitado a cubrir algunos aspectos de la representación empresarial mediante preceptos dispersos y aislados, como son la Disp. Adic. 6.ª y los preceptos reguladores de la legitimación empresarial para la negociación. Una crítica completa: CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad y la mayor representatividad de las Asociaciones Empresariales». *REDT*, 2003, núm. 18, págs. 589 y ss.

¹² Hay que esperar a la STC 52/1992, de 8 de abril, para que el TC resuelva el margen de incertidumbre en el que permanecía el derecho de asociación empresarial, entendido en ocasiones como manifestación de la libertad de sindicación (que es lo que sucede en los convenios internacionales que tenemos suscritos, en la referencia legislativa de la Disp. Derog. de la LOLS y en algunos fallos anteriores del propio TC). A partir de la STC 52/1992, aunque el planteamiento ya se había realizado con anterioridad en el auto 113/1984, de 22 de febrero, el TC insiste en que el de libertad sindical es un derecho predicable en exclusiva de los trabajadores y sus organizaciones, sin que pueda incluirse en el mismo el asociacionismo empresarial, que es una manifestación más del genérico derecho de asociación del art. 22 CE. En fallos posteriores se atenúan las consecuencias de esta tajante diferenciación cuando se admite que el legislador establezca un tratamiento simétrico. CASAS BAAMONDE, M.E., «Las asociaciones empresariales, su exclusión del derecho de libertad sindical y su representatividad. Los diferentes sistemas de medición de la representatividad empresarial y sindical». *REDT*, 1993, núm. 58, págs. 237-242.

37 y el propio art. 28 CE son el soporte de ese protagonismo empresarial en el ámbito de las relaciones laborales¹³. No podía ser de otra manera, desde el primer momento, por tanto, nuestro TC avaló la homologación de la actuación de asociaciones empresariales y sindicales, tal como vienen estableciéndolo las sucesivas intervenciones legales. Así sucedió con la revisión de constitucionalidad de la Disposición Adicional 6.^a ET¹⁴, tras la reforma de 1984. La regulación de dicha Disposición venía a «homologar» (que no a identificar los criterios) «la representación de las asociaciones empresariales a los sindicatos, confiriendo a aquéllas algunas de las facultades de acción de éstos precisas para la configuración y el desarrollo del sistema de relaciones laborales según la lógica de la contraposición de intereses y de su defensa a través de medios de negociación y confrontación o conflicto entre los grupos antagónicos»¹⁵. Las decisiones sobre la constitucionalidad de la mayor representatividad y la capacidad ampliada, aunque referidas en su inmensa mayoría a las organizaciones sindicales, donde la competencia (y por tanto la litigiosidad) es mayor¹⁶, han terminado desplegando sus efectos sobre las asociaciones empresariales, siendo consecuen-

¹³ CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad...», cit., pág. 584.

STC 3/1981, de 2 de febrero, que de pasada cita la «relevancia constitucional de las asociaciones empresariales»; STC 75/1992, de 14 de mayo; STC 57/1989, de 16 de marzo.

Una opción clara del TC desde los primeros momentos que confirma la negativa a admitir que la especial y singular «relevancia constitucional» de las asociaciones empresariales sea extensible a «otros entes asociativos representativos de intereses profesionales y económicos» también amparados en el genérico derecho constitucional de asociación pero con los que se mantienen diferencias sustanciales. CASAS BAAMONDE, M.E., «Las asociaciones empresariales...», cit., pág. 230. Cita de la jurisprudencia constitucional: CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad...», cit., págs. 588-589.

Sobre el concepto de asociación empresarial al que se refieren las normas sobre legitimación del ET: sólo las asociaciones constituidas al amparo de la LAS de 1977, no las acogidas al régimen general de asociaciones; tampoco las coaliciones de asociaciones; ni las empresas individuales; no bastando la representación atribuida de forma expresa, sino la afiliación a la asociación; *vid.* SOLANS LATRE, M.A., *El ejercicio de la legitimación...*, págs. 172-175; ESTEVE SEGARRA, A., *Las Asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*. Ed. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2003, págs. 50 y ss. y 62 y ss.

¹⁴ Referida a la mayor representatividad de las asociaciones empresariales a efectos de participación institucional y de cesión de bienes inmuebles.

¹⁵ CASAS BAAMONDE, M.E., «Las asociaciones empresariales...», cit., págs. 229-231.

¹⁶ Más allá del elemento estrictamente jurídico, se ha señalado que existen otras claves propias del asociacionismo empresarial más influyentes a la hora de determinar la menor atención al fenómeno del asociacionismo empresarial: la fuerte tendencia hacia la unidad organizativa con muy escasa disparidad de intereses en su seno; una más fácil estructuración organizativa, al tratarse de entidades que agrupan a un menor número de sujetos; ausencia de elementos ideológicos de contraste en la defensa de los intereses internos de las respectivas organizaciones empresariales. Así lo apunta CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial...», cit., págs. 182-183.

cia del tratamiento homologado que las asociaciones de ambos bandos han recibido del legislador y que han sido avaladas por la doctrina del TC¹⁷.

Tras este primer paso hay una segunda sentencia decisiva, la STC 52/1992, de 8 de abril. Aquí el TC «no cuestionó la legitimidad constitucional del sistema legal de mayor representatividad empresarial ni de sus beneficios»; por el contrario, además de convalidar la diferencia de tratamiento con las organizaciones sindicales (remitiendo la regulación de la representatividad empresarial a un mero problema de legalidad ordinaria)¹⁸, «estableció el fundamento o base constitucional de los derechos de libre organización, representación y defensa de los intereses de los empresarios». Limitándose a objetar y veladamente a censurar las insuficiencias de los criterios elegidos por el legislador para medir y para «atribuir con objetividad y fiabilidad representativa a las asociaciones empresariales»¹⁹.

Desde entonces la situación sigue siendo la misma. Si se pretende la celebración de un convenio colectivo supraempresarial dotado de eficacia general, de los privilegiados por el legislador, que es el caso que contempla la sentencia que comentamos (convenio sectorial), además de los requisitos procedimentales de negociación, hay que cumplir con las exigencias de legitimación que establece el ET. Éstas tienen por finalidad garantizar la representatividad de los firmantes en el ámbito del convenio pretendido. Será, por consiguiente, condición indispensable poder acreditar de manera fiable la representatividad que se ostenta para la negociación. Dos momentos diferenciados, pero que deben ser superados para optar a la calificación del convenio como estatutario. El legislador ha dado satisfactorio cumplimiento, con más o menos dudas interpretativas, al primero de ellos, pero sigue sin predisponer los cauces necesarios para la acreditación y prueba de la representatividad empresarial, por lo que sigue rodeada de incertidumbre la definición de la legitimación empresarial en los convenios de ámbito superior a la empresa.

Desde la última reforma de 1994, la regulación de la legitimación de los empresarios, que es el conflicto que se plantea en la sentencia que comentamos, ha recibido críticas favorables, por poder considerarse clara y coherente y por acercarse a la mayor representatividad real²⁰.

¹⁷ CASAS BAAMONDE, M.E., «Las asociaciones empresariales...», cit., págs. 230 y 239.

¹⁸ Esta doctrina, sería inmediatamente suavizada a partir de la STC 75/1992, de 14 de mayo, donde el Tribunal mantiene la «análoga relevancia constitucional» de asociaciones empresariales y sindicales.

¹⁹ CASAS BAAMONDE, M.E., «Las asociaciones empresariales...», cit., pág. 230.

²⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Algunos aspectos de la reforma del marco de la negociación colectiva», en CASAS BAAMONDE, M.E., y VALDÉS DAL-RÉ, F., *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. La Ley. Madrid, 1994, págs. 265 y ss.

El ET define en tres momentos sucesivos la legitimación empresarial requerida para los convenios supraempresariales. La que conocemos como legitimación inicial o negociadora (interviniente, para otros); a ella alude el art. 87.3 ET, refiriéndose a las «asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por ciento de los empresarios, en el sentido del art. 1.2, y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados». La opción normativa lo ha sido por el doble criterio afiliativo y ocupacional, como fórmula para determinar la representatividad empresarial en la unidad negociadora supraempresarial correspondiente. Acumulativamente, como umbral mínimo para tener derecho a estar presente en la negociación, la norma estatutaria exige que se acredite el criterio afiliativo del 10 por ciento; es decir, que la asociación empresarial agrupe (afilie) al menos a un 10 por ciento de las empresas, siendo indispensable que se refiera a empresas que tengan trabajadores a su servicio, como se desprende de la remisión al art. 1.2 ET²¹; en segundo lugar, dar cumplimiento al criterio ocupacional, en este caso la exigencia se refiere a que la asociación empresarial represente a empresas afiliadas que ocupen al menos a un 10 por ciento de los trabajadores a los que se aplicará el convenio²². Este doble umbral afiliativo y ocupacional debe superarse por cada asociación empresarial para verificar su legitimidad²³; y la base del cómputo viene referida, por un lado, a todo el territorio de aplicación del convenio; y de otro lado, exclusivamente al sector o rama de actividad de dicho convenio²⁴.

Si el convenio es estatal, el art. 87.4 ET da cabida a las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma (por remisión a lo dispuesto en la Disp. Adic. 6.ª ET); es de decir, las asociaciones que en dicho ámbito cuenten con un 15 por ciento de los empresarios y trabajadores y no formen par-

²¹ STS de 4 de febrero de 1998 (RJ 1998\1438).

²² A la hora de medir el porcentaje debe hacerse sobre el total de empresas del sector que ocupen trabajadores, sin tomar en consideración las restantes. ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., pág. 97; SOLANS LATRE, M.A., «El ejercicio de la legitimación...», cit., pág. 171.

No resulta exigible, sin embargo, que para el cómputo sean excluidas las empresas que individualmente no superen el umbral del 10 por ciento de los trabajadores a los que hipotéticamente se les aplicará el convenio. CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad...», cit., pág. 599.

²³ STS de 25 de mayo de 1996 (RJ 1996\4674. Fund. Der. Tercero).

LAHERA FORTEZA, J., «Prueba de la legitimación empresarial en la negociación colectiva sectorial de eficacia general. (Comentario a la STS 4.ª de 7 de julio de 2004). *RL*, 2005, T I, págs. 673-674.

²⁴ Tal y como viene afirmando nuestra jurisprudencia: MERINO SEGOVIA, A., «La Legitimación para negociar convenios colectivos...», cit., págs. 49 y 51.

te de federaciones o confederaciones de ámbito estatal²⁵. Con ella la norma fija el umbral mínimo de representatividad de las asociaciones empresariales que tienen y pueden (si lo desean) ejercer su derecho a negociar. No es un aspecto que se plantee en el supuesto litigioso que comentamos.

El art. 88.1.2.º ET impone, para la válida constitución de la mesa negociadora, lo que se conoce como legitimación plena (ampliada, adicional o deliberante)²⁶, que el banco empresarial (con independencia del número de empresarios representados, con el límite claro está del requerido por la legitimación inicial) esté integrado por los empresarios que empleen, al menos, a la mayoría de los trabajadores que van a verse afectados por el convenio. Aquí la Ley prescinde del doble criterio y se decanta en exclusiva por el ocupacional, situando el umbral mínimo de representatividad para la negociación válida cuando las asociaciones sentadas a la mesa ocupen al menos a la mitad más uno de los trabajadores a los que se les vaya a aplicar el convenio²⁷. A diferencia del supuesto anterior, aquí la representatividad se exige para el conjunto de las asociaciones y no para cada una de las integrantes de la mesa negociadora²⁸. A su vez, el precepto citado fija el principio de proporcionalidad representativa en el reparto de los puestos del banco empresarial²⁹. Es una solución armonizada con la fórmula —por mayo-

²⁵ No sin imprecisiones, porque los criterios de medición de la representatividad en el caso del art. 87.4 y la Disp. Adic. 6.ª ET no son idénticos. En el primero, las empresas a considerar para el cómputo son las que empleen trabajadores; cosa que no requiere expresamente la norma en el segundo caso. Como tampoco existe identidad a la hora de considerar si la representación ha de ostentarse sólo en el sector funcional del convenio (art. 87.4) o en el ámbito de la CC.AA. en los distintos sectores (Disp. Adic. 6.ª). Vid. sobre el tema: CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad...», cit., págs. 593 y 601-602, y las críticas doctrinales, págs. 602-603.

²⁶ Términos equivalentes a los que se refiere: MERINO SEGOVIA, A., «La Legitimación para negociar convenios colectivos...», cit., pág. 68.

²⁷ Destacando el cambio de criterio tras la reforma de 1994, STS de 24 de marzo de 1995 (RJ 1995\2183). Fund. Der. Segundo.

No obstante, surgen algunas dudas interpretativas: SOLANS LATRE, M.A., «El ejercicio de la legitimación...», cit., págs. 198-199; MERINO SEGOVIA, A., «La legitimación para negociar...», cit., págs. 72-74.

²⁸ STS de 25 de mayo de 1996 (RJ 1996\4674). Funds. Der. Primero y Tercero.

²⁹ Se han suscitado dudas doctrinales sobre la «representatividad» a la que se aplica el criterio de proporcionalidad exigido por el art. 88 ET, si viene referida a la inicial, debiendo respetarse el doble criterio afiliativo y ocupacional o simplemente hay que considerar el número de trabajadores empleados. VALDÉS DAL-RÉ, F., «La reforma de las reglas de legitimación negocia (II)». *RL*, 1994, núm. 9, págs. 9-10.

Parece lo más lógico pensar que si los tres momentos de la legitimación negocial son sucesivos e independientes, como demuestra la imposibilidad de subsanación posterior; los requisitos y umbrales de representatividad, que también son distintos (y decrecientes) en cada uno de los tres momentos negociales, hayan de permanecer amparados por la misma indepen-

ría de las representaciones— que establece el art. 89 para la adopción válida de acuerdos y, en definitiva, del convenio³⁰.

Por último, el art. 89.3 ET (legitimación plena o decisoria) obliga a que los acuerdos se adopten por mayoría de cada una de las representaciones de la comisión negociadora, empresarial y sindical. Es mayoritaria la opinión de que la mayoría está referida a la absoluta, que ha de obtenerse por cada uno de los bancos³¹.

El contraste de las sentencias que resuelven este conflicto deja ver una falta de sintonía entre una y otra. Para la Audiencia Nacional la cuestión a resolver estriba en dilucidar si existe legitimación inicial y/o decisoria (o final) por parte de la asociación patronal firmante el convenio; en definitiva, si se han respetado las reglas previstas en los arts. 87 y 89 ET³²; para el Tribunal Supremo, por el contrario, el objeto del litigio se circunscribe a decidir sobre la legitimación plena, fallando que se entiende incumplido el requisito de que la comisión negociadora esté integrada por empresarios que ocupen a la mayoría de trabajadores (50% es la exigencia que fija el TS) a los que se extenderá el convenio (art. 88 ET)³³. En contra de toda interpretación realizada hasta el momento, las reglas de legitimación legal en estas sentencias no se interpretan como exigencias sucesivas y excluyentes, sino de forma conjunta. En realidad, los Tribunales implicados lo que hacen es concluir sobre la ausencia de legitimación por falta de representatividad ate-

dencia. Es pensable pues que el legislador cuando se refiere al principio de proporcionalidad para distribuir los puestos de los bancos negociadores esté pensando en una distribución proporcional de los mismos según la representatividad requerida y acumulada para formar parte de la mesa negociadora y no en utilizar criterios diferentes para fijar el umbral mínimo (ocupar a la mayoría de trabajadores) y para distribuir los puestos. Sobre el tema: SOLANS LATRE, M.A., «El ejercicio de la legitimación...», cit., págs. 200 y ss.

³⁰ En cualquier caso, no es proporcionalidad estricta y depende de la decisión de los negociadores, lo que terminará repercutiendo en el modo de cómputo para la obtención válida de acuerdos y para la firma del convenio. ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., págs. 124 y ss; LLEÓ CASANOVA, B., «La composición, la designación de componentes y la adopción de acuerdos en la comisión negociadora del convenio colectivo», en Pérez de los Cobos y Goerlich Peset (coors.), *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2006, págs. 2-3. www.tirantonline.com (Ref. TOL1.021.544).

³¹ Aunque también en esta ocasión son muchos los problemas de interpretación que se suscitan, con una jurisprudencia oscilante. MERINO SEGOVIA, A., «La legitimación para negociar...», cit., págs. 80-83.

³² Fund. Der. Tercero.

³³ Fund. Der. Cuarto, 6. Aunque también se refiere a la ausencia de legitimación inicial por cuanto que valora como insuficiente el número de empresas asociadas a la patronal que negoció (ASEDAS): 412 de las 22.022 empresas que integraban el ámbito propio del convenio colectivo.

niéndose a datos inciertos y buscando el soporte probatorio allá donde se encuentre. Eso explicaría que, sin resolver la legitimación inicial, se decida sobre la falta de legitimación decisoria o final, por parte de la Audiencia Nacional, o sobre la falta de legitimación plena, por parte del Tribunal Supremo³⁴. Cuando es lo cierto que la infracción de las reglas de legitimación en los tres momentos diferenciados del proceso negociador no despliega los mismos efectos sobre la calificación del convenio como simple convenio extraestatutario o aquejado de nulidad, según nuestros Tribunales (aunque sin ser rigurosos en las distinciones) y algunas opiniones doctrinales.

3. LA INDEFINICIÓN DE HECHO DE LA LEGITIMACIÓN EMPRESARIAL: UNA DEFICIENCIA HISTÓRICA

Hace más de una década se puso de manifiesto que la jurisprudencia ordinaria mostraba una creciente conflictividad sobre la representatividad de las asociaciones empresariales³⁵. Esa litigiosidad se incrementa día a día, sobre todo porque existe un mayor interés en negociar desde que el convenio asumió su nuevo papel como instrumento de flexibilización³⁶.

Desde fecha más temprana aún se destacaban las insuficiencias de la regulación legal del sistema de representatividad del lado empresarial³⁷, y se ponía el acento en la pretensión de subsanarlas mediante la afirmación de lo que no era y no es sino una «virtual unidad organizativa empresarial»³⁸.

Pero de lo que en realidad se carece total y absolutamente es de instrumentos o medios de medición de la representatividad del asociacionismo empresarial y ningún control sobre la misma. Nos encontramos ante una representatividad que por disposición legal está basada en la implantación cuando el porcentaje de afiliación depende de la acreditación por parte de

³⁴ Aunque el propio TS tiene afirmado que el diferente cómputo del art. 88 ET no invalida el del art. 87.3 ET, sino que exige su concurrencia inicial: STS de 25 de mayo de 1996 (AR 1996\4674. Fund. Der. Tercero).

³⁵ «Sujetos asociativos plurales y concurrentes y con tamaños y ámbitos de actuación, funcionales y territoriales, diferenciados...». CASAS BAAMONDE, M.E., «Las asociaciones empresariales...», cit., pág. 231 y nota 8.

³⁶ ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., págs. 18-19.

³⁷ GARCÍA MURCIA, J., *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*. Ed. MTSS. Madrid, 1987, págs. 124 y 135-136.

³⁸ CASAS BAAMONDE, M.E., «Las asociaciones empresariales...», cit., pág. 231. A la insegura garantía de la representatividad empresarial se refiere SOLANS LATRE, M.A., *Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria. Partes negociadoras y procedimiento negociador*. Ed. CES. Madrid, 2003, págs. 201 y ss.

la propia asociación³⁹, lo que termina arrastrando consigo al porcentaje de trabajadores ocupados, que es el segundo criterio legal de medición de la representatividad. Falta fiabilidad y objetividad, en un país caracterizado por las bajas tasas de afiliación⁴⁰. Al final del proceso, nuestros tribunales acaban suplantando al legislador en la definición de la representatividad empresarial, que se convierte en una representación «presumida» o «notoria»⁴¹, y en ocasiones de conflicto en una difícil cuestión probatoria (muy mal resuelta por nuestros tribunales, de lo que constituye un buen ejemplo no aislado la STS que analizamos); o contradiciendo abiertamente las directrices legales, al terminar por extender para el asociacionismo empresarial el criterio de la irradiación⁴². Como reiteradamente se ha señalado, puede que el vacío legal en torno a la acreditación de la representatividad empresarial sea intencionado. Los criterios para medir la representatividad patronal a buen seguro pondrían en evidencia la absoluta debilidad y falta de legitimidad de las asociaciones empresariales⁴³. Nadie, ni los poderes públicos ni los sindicatos, tienen interés en quedarse sin interlocutor; ni un sector de la doctrina en poner en cuestión una solución pragmática que ha demostrado hacer funcionar el sistema. Y eso basta⁴⁴.

³⁹ No sorprenderá que resulten sobredimensionados. ESTEVE SEGARRA, A., «Las asociaciones empresariales...», cit., pág. 98.

⁴⁰ GARCÍA MURCIA, J., «Organizaciones sindicales y empresariales más representativas...», cit., pág. 134; ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., págs. 21-22

⁴¹ Reconocimiento mutuo; incluso ha bastado el acuerdo de las asociaciones atribuyéndose mutuamente el porcentaje de representatividad. Vid. SOLANS LATRE, M.A., «El ejercicio de la legitimación...», cit., págs. 175-178; ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., págs. 101 y ss.

Ante la falta de desarrollo legal se solicitó al TC su pronunciamiento sobre el criterio de la notoriedad, cosa que evitó en la conocida STC 52/1992. CASAS BAAMONDE, M.E., «Las asociaciones empresariales...», cit., págs. 233 y 236-237.

⁴² GARCÍA MURCIA, J., «Organizaciones sindicales y empresariales más representativas...», cit., págs. 137-138; CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad y la mayor representatividad...», cit., pág. 593; negando la posibilidad de la irradiación, aunque se da una traslación de hecho a las asociaciones empresariales: SOLANS LATRE, M.A., «El ejercicio de la legitimación...», cit., págs. 174-175 y 177. Según este último autor, ello da lugar a que CEOE-CEPYME disfrute en la práctica de una legitimación negociadora automática en todos los niveles (loc. cit., pág. 179).

⁴³ Es posible que no se discuta el nivel de representatividad estatal de la CEOE, pero desde luego los problemas aparecen en los ámbitos territoriales y funcionales inferiores. Ese monopolio o primacía de asociaciones empresariales virtualmente representativas, que, aunque se critique, termina justificándose por la inexistencia de alternativas reales a la CEOE, encuentra dificultades para ajustarse a la doctrina del Comité de Libertad sindical de la OIT y a la propia de nuestro TC. ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., págs. 21-23; 81-83 y 93.

⁴⁴ Eso hace que el criterio legal se convierta en puramente formal, aunque se haga ineludible afirmar que se precisa el reconocimiento de una capacidad representativa *erga omnes*

La STS que aquí comentamos se ajusta plenamente al consolidado criterio jurisprudencial arbitrado para salvar la laguna legal de la acreditación de la representatividad empresarial. Ante la falta de desarrollo de lo dispuesto en la Disposición Final Primera, 2 LOLS y de la Disposición Final Tercera ET, nuestros Tribunales han optado por la técnica de la presunción de representatividad. Recopilando abundancia de jurisprudencia anterior, el TS en esta sentencia afirma que «se presume que quienes participan en la negociación y conclusión de un convenio colectivo tienen representatividad suficiente, mientras que quienes impugnan la legalidad de los actos de negociación pueden hacerlo desde luego por las vías jurisdiccionales previstas a tal efecto, pero soportan la carga de la prueba tanto de su propia condición representativa⁴⁵ como de la falta de representatividad de quienes participan o han participado en la negociación colectiva impugnada. Y en apoyo de tal doctrina se argumenta el reconocimiento mutuo de los interlocutores en el momento inicial de la elaboración del convenio, trámite indicativo de que en la mesa de negociaciones se ha apreciado por unos y otros sin necesidad de demostración expresa, por ser notoria o al menos sobradamente conocida, la superación de la representatividad mínima exigida por la ley; y —sobre todo— que la justificación del nivel de representatividad de las asociaciones empresariales ofrece serias dificultades en la mayoría de las ocasiones pues... ni se celebran elecciones a representantes ni existe un archivo público —oficina certificante— capaz de ofrecer datos fiables y objetivos sobre la representatividad de una determinada asociación empresarial... De esta forma, los requisitos de legitimación de los convenios estatutarios se entienden cumplidos *iuris tantum* en aquellos convenios colectivos que han pasado sin obstáculos la tramitación administrativa del art. 90 ET»⁴⁶.

para que las asociaciones empresariales puedan actuar como interlocutores de los poderes públicos y de los representantes de los trabajadores, lo que necesariamente ha de conducir al establecimiento de reglas jurídicas de selección de en razón de la mayor o menor representatividad. CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial...», cit., págs. 185-187.

⁴⁵ En el supuesto de hecho, aunque existe concurrencia de negociaciones, el Tribunal no se pronuncia sobre la cuestión de la ausencia de acreditación de la representatividad que ostentan las asociaciones patronales impugnantes. No es necesario en todos los casos, e irrelevante para el supuesto tratado, porque las partes no impugnan el convenio firmado en base a la violación de su derecho a la negociación, sino que reclamen exclusivamente la declaración como convenio extraestatutario del suscrito, sin que exista impedimento procesal para ello. A la misma situación queda relegada la negociación paralela iniciada por una de las asociaciones recurrentes.

⁴⁶ Fund. Der. Cuarto, 5 STS de 20 de junio de 2006. Fund. Der. Tercero B) SAN de 5 de octubre de 2004.

En el mismo sentido, vid: LAHERA FORTEZA, J., «Prueba de la legitimación empresarial...», cit., págs. 674-675.

Pero, como bien ha puesto de manifiesto algún sector de nuestra doctrina, la duda que no despejan nuestros Tribunales es cómo se puede funcionar con unos medios de prueba que, para demandantes y demandados, adolecen de la misma imprecisión y falta de fiabilidad. El problema no está en presumir la representatividad de una determinada asociación e imponer la carga de la prueba a otra; el problema insalvable está en decidir sobre la idoneidad y el valor probatorio de los medios que se aporten para destruir la presunción y para demostrarla⁴⁷, cuando ninguno de los existentes o posibles aporta un grado de certeza suficiente⁴⁸.

De lo expuesto, es fiel reflejo la argumentación del TS en esta sentencia de 20 de junio de 2006. Del *iter* del procedimiento se deduce una evidente incertidumbre sobre los datos manejados y aportados para contrastar la representatividad de las asociaciones patronales implicadas. Respecto de la asociación empresarial que negocia y firma el convenio (ASEDAS), la propia Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, que ordena la inscripción del Acuerdo colectivo, manifiesta su desconocimiento sobre el número de empresas afectadas por el Acuerdo⁴⁹. El TS reconoce que en la SAN recurrida se parte de la base de «imprecisiones relativas al número de empresas y trabajadores afectados por el acuerdo impugnado». Las conclusiones fácticas, no obstante, se apoyan en un informe del Consejo de Cámaras de Comercio, en la información librada por la Agencia Estatal Tributaria y en la prueba documental aportada por la propia ASEDAS y no contradicha por otra prueba⁵⁰.

La asociación empresarial demandada (ASEDAS) pretende en casación la modificación del relato fáctico en lo relativo a los trabajadores afectados en virtud de los datos obtenidos de la «Encuesta de Población Activa, en relación con la Clasificación Nacional de Actividades Económicas..., elaboradas ambas por el Instituto Nacional de Estadística (INE)»⁵¹. El TS, sin

⁴⁷ *Vid.*, sobre un supuesto similar y en el mismo sentido, la STS de 7 de julio de 2004, comentada por LAHERA FORTEZA, J., «Prueba de la legitimación empresarial...», cit., págs. 676-677. El autor termina por concluir que, al menos, podría asumirse legalmente lo que es práctica judicial y negocial.

⁴⁸ Sobre la necesidad de depurar los censos administrativos, por ejemplo los de la TGSS, donde aparecen todas las empresas inscritas, no sólo las empleadoras: SOLANS LATRE, M.A., «El ejercicio de la legitimación...», cit., pág. 171. GARCÍA MURCIA, J., «Organizaciones sindicales...», cit., págs. 134 y ss; ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., págs. 98 y ss.

⁴⁹ Fund. Der. Tercero, SAN de 5 de octubre de 2004.

⁵⁰ Fund. Der. Tercero, 2, STS de 20 de junio de 2006.

⁵¹ Fund. Der. Segundo, 3, STS de 20 de junio de 2006. Como señala GARCÍA MURCIA, J., la única referencia contenida en el ET (Disp. Final 2) atribuye al INE la competencia para la elaboración del censo de empresas y trabajadores. («Organizaciones sindicales...», cit., pág. 135.

embargo, desestima la pretensión porque es insuficiente la alegación de la demandada al tratar de descalificar el informe de la Agencia Estatal Tributaria acusándolo de falta de rigor e inidoneidad probatoria. Lo más interesante en la argumentación del TS es que, reclamando la doctrina consolidada de este Tribunal, entiende que la «la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa»⁵², que es la que concurre en el caso debatido. Corroborando así la inexistencia de prueba de la representatividad de la asociación firmante del Acuerdo, tanto en un sentido positivo como negativo. Es, pues, la incertidumbre sobre el error en la fijación de los hechos por parte de la AN, la que determina la invariabilidad de los mismos en vía de recurso.

Nada habría que objetar a la decisión del TS si no es porque en lo que se refiere a los medios de prueba utilizados por las partes, por una y por otra en este procedimiento, han venido recibiendo distinta valoración de nuestros Tribunales. La doctrina es bastante homogénea a la hora de valorar críticamente los datos obtenidos de los distintos registros y administraciones públicas o de cualquiera otra fuente⁵³. Ninguno de los medios de prueba existentes ofrece garantías de fiabilidad absoluta, sino que ofrecen cifras aproximativas⁵⁴. Nuestros Tribunales, en los distintos litigios, no se han decantado por la elaboración de un catálogo exhaustivo y cerrado de medios probatorios ni han valorado en los mismos términos el valor acreditativo de las cifras ofrecidas por las distintas fuentes⁵⁵. Es decir, que si la medición y acreditación de la representatividad en este litigio quedan fijadas por los informes emitidos por el Consejo de Cámaras de Comercio y por la Agencia Tributaria y se desprecian los ofrecidos por la Encuesta de Población Activa en relación con la Clasificación Nacional de Actividades Económicas; en otros procedimientos judiciales se invierte el valor probatorio de los mis-

⁵² Fund. Der. Tercero, 2, STS de 20 de junio de 2006.

⁵³ Sobre los datos oficiales ofrecidos por Directorio Central de Empresas (DIRCE) y su posible disparidad con los ámbitos funcionales elegidos por los convenios: SOLANS LATRE, M.A., «El ejercicio de la legitimación...», cit., págs. 178-179.

⁵⁴ CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad y la mayor representatividad...», cit., págs. 616-617.

⁵⁵ CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad y la mayor representatividad...», cit., págs. 618-619.

El TS no ha querido pronunciarse tajantemente sobre los distintos medios de prueba; la valoración debe realizarse sobre el conjunto de la prueba y de los medios de que se dispone. STS de 27 de febrero de 196 (RJ 1996\1510). ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., pág. 100. Sobre la jurisprudencia también: NORES TORRES, E., y RODRÍGUEZ PASTOR, G., «Las partes contratantes del convenio colectivo estatutario», en Pérez de los Cobos y Goerlich Peset (coors.), *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2006, pág. 25. www.tirantonline.com (Ref. TOL1.021.544).

mos⁵⁶. Por tanto, es probable que el fallo no se hubiera visto alterado si los medios probatorios se hubieran invertido y los aportados en la demanda hubieran sido los que ha utilizado la parte demandada y al contrario.

La incertidumbre e inseguridad jurídica, tan reiteradamente denunciada por nuestra doctrina, queda patente en esta decisión del TS. Y con ello asegurada la debilitación del carácter de orden público, de indisponibilidad, de las reglas legales sobre negociación estatutaria, empezando por las principales, las de legitimación. Desarticulado, pues, el binomio fundamental que caracteriza el modelo legal de negociación colectiva y el que salva su constitucionalidad: representatividad de los negociadores y eficacia general o *erga omnes* del convenio. Por más que el TS en esta sentencia dedique gran parte de su argumentación, trayendo a colación su propia doctrina y la del TC, a afirmar el carácter de derecho necesario de la regulación legal de la negociación colectiva, en general; y de las reglas de legitimación negocial, en particular⁵⁷, es un esfuerzo baldío. Estamos ante una fórmula retórica, vacía de contenido, basada en un presupuesto indemostrable o no acreditado, como es el de si se ostenta o no la representatividad que se afirma. Reducida a cenizas queda aquella lejana afirmación del TC, muchas veces vuelta a reproducir, de que la legítima opción legislativa del convenio de eficacia general explica las estrictas reglas sobre legitimación de los sujetos negociadores y la limitación de la autonomía de la voluntad; la indisponibilidad de las reglas sobre legitimación y sus efectos: convenios nulos, inoponibles frente a sindicatos terceros y violación del derecho de libertad sindical⁵⁸. Como señala ESTEVE SEGARRA, no sólo la eficacia ha ganado la batalla a favor de la mayor representatividad en sistemas pluralistas considerados imposibles, sino que ha servido al Estado como una técnica de gestión colectiva de las relaciones de trabajo y una forma de control de las bases de las asociaciones más representativas, que ostentan, como sabemos, una representación institucional⁵⁹.

El procedimiento se ciñe a dilucidar sobre la validez del convenio, por lo que resulta intrascendente que las asociaciones demandantes (ACES y FENEDA) no aporten prueba alguna de sus correspondientes representatividades y con ello quede en la incertidumbre su legitimación para negociar.

⁵⁶ La situación se agrava en la sentencia que comentamos porque el TS descarta la prueba documental aportada por el volumen de la misma. No entra a considerar el valor probatorio de la misma, afirmado en numerosas sentencias, sino lo inadecuado de que las partes pretendan que el TS realizase comprobaciones numéricas propias de peritos. Fund. Der. Tercero, 3, STS de 20 de junio de 2006.

⁵⁷ Fund. Der. Cuarto, STS de 20 de junio de 2006.

⁵⁸ Un resumen de la misma en MERINO SEGOVIA, A., «La Legitimación para negociar convenios colectivos...», cit., págs. 7-9.

⁵⁹ ESTEVE SEGARRA, A., «Las asociaciones empresariales...», cit., págs. 79 y ss.

Las citadas asociaciones no acreditan número de empresas asociadas ni tampoco volumen de trabajadores ocupados ⁶⁰.

El relato fáctico nos muestra el intento de incorporar tardíamente (y de forma harto confusa) al proceso de negociación a una de las asociaciones reclamantes. Lo que resulta completamente intrascendente, no ya porque, como sucede en el caso, el convenio estaba ya suscrito ⁶¹, sino porque los requisitos de legitimación, en sus tres momentos, se han de acreditar y cumplir de modo sucesivo ⁶², al inicio ⁶³, sin que los posibles defectos de legitimación sean subsanables a posteriori ⁶⁴. Cualquier incorporación posterior no desvirtuaría la naturaleza extraestatutaria del convenio (de eficacia limitada, por tanto) para mudarla en eficacia general, si se ha firmado ya el pacto, ni completaría los porcentajes de legitimación requeridos en el convenio estatutario (para negociar, para la válida composición de la mesa de negociación y para la firma de acuerdos).

4. LA AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN Y SUS EFECTOS SOBRE EL CONVENIO

A veces se tiene la impresión de que no se han definido con precisión los efectos que despliega el incumplimiento de los trámites procedimentales previstos por la ley para la negociación estatutaria. Existen posiciones contradictorias en la doctrina ⁶⁵ y jurisprudencia ⁶⁶. Es igualmente difícil clarificar las posturas y sus razones cuando se trata de decidir si el resultado es

⁶⁰ Hechos Probados Decimocuarto y Decimoquinto. SAN de 5 de octubre de 2004.

⁶¹ Antec. Hec. Cuarto. STS de 20 de junio de 2006.

⁶² Y según la jurisprudencia la legitimación posterior requiere la previa: MERINO SEGOVIA, A., «La Legitimación para negociar convenios colectivos...», cit., pág. 69.

⁶³ Así lo viene manteniendo la jurisprudencia, con la sola excepción de que el trámite de acreditación no sea necesario si no resulta discutida la representatividad y sí tácitamente aceptada. Vid. ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., págs. 96-97. Es al inicio de cada una de las fases cuando hay que demostrar la representatividad ostentada. Sin embargo, la jurisprudencia es más vacilante a la hora de valorar las alteraciones de representatividad durante las distintas fases del proceso negociador. Vid. MERINO SEGOVIA, A., «La Legitimación para negociar convenios colectivos...», cit., págs. 48-49 y 70 y ss.

⁶⁴ CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad...», cit., págs. 607 y 620.

⁶⁵ Con referencia también a las posiciones jurisprudenciales: CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad y la mayor representatividad...», cit., págs. 606-608; MERINO SEGOVIA, A., «La legitimación para negociar...», cit., págs. 74-76.

⁶⁶ En las Sentencias que venimos comentando, tanto la AN como el TS, descartan la declaración de nulidad del convenio y optan el carácter extraestatutario del mismo. Sin embargo, en otros pronunciamientos se emiten declaraciones dispares: SOLANS LATRE, M.A., «El ejercicio de la legitimación...», cit., págs. 210-213.



el mismo con independencia del incumplimiento de la legalidad que se produzca o si se diversifican las consecuencias jurídicas.

Parece un argumento de pura lógica concluir que si las reglas estatutarias sobre negociación colectiva son de orden público, como conviene al procedimiento de elaboración de una fuente normativa, los distintos incumplimientos han de tener como sanción jurídica la de la nulidad de la disposición (del convenio, en este caso). Cuando hablamos de ausencia de legitimación el argumento de la nulidad parece cobrar más fuerza porque se trae a colación la armonización indispensable del principio de representatividad y la eficacia general que despliega el convenio normativo⁶⁷. Sin embargo, como sucede en la sentencia que comentamos, la calificación que merece el resultado de esa negociación ilegal es la de convenio extraestatutario. No se le expulsa del ordenamiento jurídico (no basta por tanto con afirmar que estaríamos ante un convenio extraestatutario nulo, salvo que también estemos dispuestos a modificar el concepto nulidad, acuñando uno estrictamente laboral) pero se degrada su naturaleza, podríamos decir, deja de ser una fuente normativa para encajar entre las fuentes de las obligaciones; bien es verdad que también en esta ocasión con una solución muy particular, jerarquizándolo con respecto al contrato. Ninguna de las soluciones encuentra refrendo en la teoría general de las fuentes.

Estas «anómalas» soluciones «laborales», sin embargo, son difícilmente discutibles si se quieren salvar las dudas de constitucionalidad que acarrearía un planteamiento distinto. Empezamos este comentario refiriéndonos al doble modelo de negociación que se ha impuesto en nuestro país como consecuencia de la interpretación mantenida por el TC para solventar la constitucionalidad del restrictivo desarrollo legal del derecho a la negociación colectiva, y es necesario retomar ahora esas consideraciones para concluir sobre los efectos que debe desplegar sobre el convenio el incumplimiento de los trámites legales previstos en la negociación estatutaria. Probablemente la solución no pueda ser otra que la de afirmar que ninguno de los defectos que aquejen a la negociación o al convenio podrían tener como consecuencia la nulidad del mismo, salvo alguna excepción en la que resulte afectada la libertad sindical⁶⁸. Que el incumplimiento que da lugar a la degradación del convenio sea imputable al banco social o empresarial, o a ambos conjuntamente, es completamente irrelevante: no estaríamos ante un

⁶⁷ Por la nulidad parece optar SOLANS LATRE, M.A., aunque en otras ocasiones se pronuncia por el carácter extraestatutario del convenio si falta *quorum* («El ejercicio de la legitimación...», cit., págs. 178 y 207).

⁶⁸ Por ejemplo, en el caso de que un sindicato legitimado para negociar, y queriendo participar, fuera excluido de la negociación. La solución contraria: «nulo como extraestatutario», en NORES TORRES, E., y RODRÍGUEZ PASTOR, G., «Las partes contratantes del convenio...», cit., pág. 23.

convenio estatutario pero sí ante un convenio o negociación extraestatutarios⁶⁹. De otro modo, podrían entenderse lesionados el derecho y la libertad de negociación que impone el art. 37.1 CE y que, recordemos, reviste el carácter de contenido esencial del derecho de libertad sindical que ampara por igual a cualquier sindicato. Si el convenio no es estatutario no hay convenio, es una solución de difícil armonización con el contenido del art. 28.1 CE, pero también con el contenido del art. 37.1 CE tal como lo viene interpretando nuestro TC⁷⁰, al tener declarado que existe un ámbito de negociación colectiva garantizado constitucionalmente más amplio que el desarrollado legalmente y que escapa y permanece inmune a las rígidas reglas estatutarias, caracterizado por la reserva de un ámbito de libertad que, entre otras cuestiones, garantiza la libertad de elección de los interlocutores.

⁶⁹ Pese al tenor literal del art. 90.1 ET, que sólo puede venir referido a los convenios estatutarios. Los distintos argumentos cuando existe incumplimiento de forma: FERNÁNDEZ ARTIACH, P. y LALAGUNA HOLZWARH, E., «Artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores: validez del convenio colectivo», en Pérez de los Cobos y Goerlich Peset (coors.), *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2006, págs. 2-3. www.tirantonline.com (Ref. TOL1.021.544). Sobre los efectos del incumplimiento de las garantías legales de legitimación y de procedimiento negociador y las distintas tesis: SOLANS LATRE, M.A., «Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria...», cit., págs. 313 y ss.

⁷⁰ STC 73/1984, de 27 de junio; 58/1985, de 30 de abril, 98/1985, de 29 de julio, 108/1989, de 8 de junio.