

Algunas reflexiones acerca de la representatividad de las asociaciones empresariales

CARMEN CARRERO DOMÍNGUEZ*



REVISTA IBEROAMERICANA
DE RELACIONES LABORALES

Labour Issues.

Iberoamerican Journal of Industrial Relations

ISSN 2173-6812

VOL. 37, (2019)

pp. 27-41



FECHA RECEPCIÓN:

2019-03-15

FECHA REVISIÓN:

2019-03-19

FECHA ACEPTACIÓN:

2019-10-30

FECHA PUBLICACIÓN:

2019-12-05

RESUMEN

Este artículo plantea un análisis jurídico acerca de aspectos centrales en el asociacionismo empresarial. De manera más concreta, trata de las motivaciones que impulsan a los empresarios a asociarse; la representatividad en el marco de nuestra sociedad democrática, la determinación del grado de capacidad de organización y de representación colectiva que tienen estas asociaciones, y en último lugar, la capacidad de las asociaciones empresariales para crear un estado de opinión y de voluntad colectivas que influya en el comportamiento de los representados.

ABSTRACT

This article proposes a legal analysis about central aspects in business associationism. More specifically, it deals with the motivations that drive entrepreneurs to associate; representativeness in the framework of our democratic society, the determination of the degree of organizational capacity and collective representation that these associations have, and lastly, the capacity of business associations to create a state of collective opinion and will that influences in the behavior of those represented.

* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Departamento de Derecho Social e Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid
carmen.carrero@uc3m.es



ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA REPRESENTATIVIDAD DE LAS ASOCIACIONES EMPRESARIALES

1. La representatividad: delimitación de cuestiones que se plantean.

El estudio de la representatividad de las organizaciones empresariales es una materia en la que se produce una cierta contradicción. Por un lado, es un asunto que preocupa en gran medida a trabajadores, empresarios y a los poderes públicos - preocupación que se proyecta en el nivel nacional, comparado y comunitario- pero, por otro, es una cuestión que, aún siendo de gran importancia, ha merecido un escaso tratamiento jurídico y doctrinal tanto en el ámbito sociológico como el laboral. Este tratamiento modesto contrasta con el que ha merecido tradicionalmente la representatividad del lado sindical, tanto en el nivel normativo, como jurisprudencia¹ y doctrinal. En efecto, son numerosos los trabajos doctrinales y abundante la jurisprudencia que se han acercado a la representatividad de las organizaciones sindicales. Desde luego, el fenómeno sindical se ha considerado la fuerza conductora del sistema de relaciones laborales lo que ha conllevado que los estudios se hayan centrado en su análisis desde todas las perspectivas (DEL REY GUANTER, 1983: 310)¹.

Esta asimetría en el tratamiento de la representatividad de los interlocutores sociales justifica sobradamente que se lleve a cabo una reflexión de las cuestiones y problemas más significativos que la representatividad empresarial suscita en nuestro actual marco jurídico, así como la proyección de la misma en las atribuciones que los

seleccionados como más representativos van a ejercer. En este planteamiento debe destacar cuáles son las carencias y las posibles alternativas que pueden cubrir las lagunas existentes.

Estas reflexiones no pueden realizarse sin un acercamiento inicial dogmático o abstracto a lo que es la representatividad, noción que presenta unos contornos difusos que dependen del punto de partida metodológico. La representatividad es, en primer lugar, un hecho social de perfiles poco definidos, es decir, responde a una realidad social que, lógicamente, tendrá su influencia en la realidad jurídica que la interpreta y, ésta a su vez producirá unas determinadas consecuencias en ese ámbito. Si estos son los parámetros de esta figura, es decir, el significado de la representatividad como hecho social, lo primero que debe señalarse es que cuando se habla de representatividad no se está pensando en la actividad de representación, ni desde un punto de vista sociológico ni jurídico privado.

En este mismo orden de cosas, no hay que dejar de destacar que la función de representación en el ámbito privado se está refiriendo a una institución de Derecho civil de dimensión compleja y de difícil delimitación sobre todo, con el contrato de mandato (DÍEZ-PICAZO, 2001: vol. I)². De esta manera, la representación privada se manifiesta en varias dimensiones. Por un lado, es un negocio jurídico a través del cual el representante actúa en nombre del representado y los efectos jurídicos que produzca el negocio jurídico realizado por aquel entrarán en la esfera de éste último; por otro, el representante no sólo actúa en nombre del representado y en su interés sino que también lo puede hacer en su propio interés o de terceros. Pues bien, desde esta concepción de la representación tampoco se puede equiparar al mandato por cuanto que éste supone el cumplimiento de un encargo mientras que el apoderamiento o representación tiene un campo de actuación mucho más amplio tal y como lo hemos definido anteriormente. En estos términos, la “representatividad” de organizaciones en el ámbito laboral nada tienen que ver con la configuración civil de esta institución.

En efecto, en nuestro caso, las asociaciones empresariales (como también las sindicales) tienen capacidad de obrar y personalidad jurídica propia por lo que no necesitan de ningún apoderamiento unilateral y recepticio para que cumplan con su función. Función ésta que dimana directamente del art. 7 la Constitución donde se les reconoce la capacidad de defensa y promoción de los intereses que le son propios y, en concreto, de sus intereses económicos y sociales. Además, esos intereses tienen una dimensión que rebasa el ámbito individual y se centra en el ámbito colectivo, de forma

1. Este autor señala que “el sindicato es por excelencia, *the driving force* del sistema, su fuerza conducente e impulsora”, lo que ha llevado a considerar a los empresarios y sus organizaciones como un fenómeno recepticio e inerte en el campo de las relaciones laborales.

2. En general sobre la institución de la representación y el mandato, ver el estudio de BÁDENAS CARPIO, J.M. “Apoderamiento y representación voluntaria”. Aranzadi, Pamplona, 1998

que no se está confiriendo la representación individualmente a través de la asociación o afiliación, sino que aquí se está refiriendo a un grupo de empresas o asociaciones empresariales con objetivos comunes y con intereses compartidos que se van a defender a través de la Asociación a la que se adscriben. Es cierto que, a veces, no existe una total coincidencia entre el interés del grupo y de la Asociación; pero también lo es, que las organizaciones profesionales cumplen funciones que la ley les otorga por lo que esa dimensión colectiva prima, sin lugar a dudas, sobre el interés individual de los socios e, incluso, de la propia Asociación.

A lo anteriormente señalado hay que añadir, descendiendo ya al plano estrictamente laboral y antes de enfrentarnos a la noción de representatividad social, que hay que diferenciar entre el concepto de representación de un colectivo de empresarios que ostenta cualquier asociación u organización de mayor o menor extensión, por la integración de sus posibles afiliados y que actúa en defensa de sus intereses, y el concepto de “organización más representativa”, que es un concepto legal que atribuye a las organizaciones empresariales las competencias que la legislación les proporciona y fundamentalmente la representación “genérica” de todo el empresariado dentro del ámbito correspondiente.

Esta diferenciación dogmático-jurídica entre “representatividad” y “representación” en el sentido que aquí lo hacemos, viene reforzada por el diferente significado que estos dos vocablos poseen en lengua castellana, lo que a su vez tiene su origen en la anfibología del verbo “representar”: por un lado, es el negocio que describen los juristas, pero por otro equivale a “ser significativo”, “importante”, “relevante”, “que puede dar idea del todo” o “que es fiel reflejo de un universo más amplio”. En su primera acepción, el verbo “representar” daría lugar al sustantivo “representación”, mientras que en la segunda, al sustantivo “representatividad”. Y finalmente, quien ejerce una “representación” es un “representante”, mientras que el que posee representatividad es “representativo”. En los casos de representación múltiple no puede decirse que ningún “representante” sea más “representativo” que otro, puesto que la representación es un negocio que será válido o que no lo será, y que tiene determinado ámbito o radio de actividad. En cambio, la “representatividad” es perfectamente medible mediante el recurso a cifras o magnitudes mensurables que nos ayuden a descubrir precisamente el grado o medida en que algo “representa” al todo. En ese sentido, se dice en términos estadísticos que la *muestra* es más o menos “representativa”, en la medida en que sea encuestado un número más o menos alto de personas. Podemos extrapolar estas reflexiones semánticas al terreno de nuestro análisis: todas las asociaciones empresariales “representan” a los empresarios que están afiliados a ellas, pero no todas son “representativas”. Sólo las que cumplan

un determinado nivel de “importancia” o “relevancia”, esto es, las que gocen de una implantación, arraigo o difusión suficiente³.

En otro orden de cosas, y por lo que respecta el punto de vista sociológico, la sociedad del Estado del bienestar se caracteriza por una dominante articulación organizacional o asociativa de los ciudadanos, lo que se proyecta, más si cabe, en el ámbito de las organizaciones profesionales. De hecho se habla de un corporativismo o “nuevo feudalismo” (MORALES NAVARRO, J. 1995:73 y ss., SOLA LATRE, M.A. 1995: 122 y ss.) de los grupos sociales que impregna nuestra sociedad y, por ello, nuestro ordenamiento jurídico (NAVARRO NIETO, F. op., cit.:204). En este afianzamiento del corporativismo hay que señalar que si la tendencia de las organizaciones sindicales ha sido la de organizarse unitariamente, en las empresariales se ha venido produciendo una fragmentación piramidal de federaciones y confederaciones articuladas mediante mecanismos de inter-relación entre ellas que se han materializado en una burocratización o concentración que marca la separación entre las organizaciones representativas de las que no lo son. De alguna manera, ello ha tenido como consecuencia la consolidación de algunas asociaciones

3. Así, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (Diccionario español jurídico) distingue varias acepciones del vocablo « representatividad » : por un lado, es « lo que sirve para representar otra cosa », y pone como ejemplo el *gobierno representativo*, supuesto en el que hay una representación política del electorado, pero, según la acepción tercera, equivale a « característico, que tiene condición ejemplar o de modelo » (*Diccionario de la Lengua Española*, <https://dej.rae.es/buscador-general/representatividad>, 2019). Por su parte, el *Diccionario de uso del español* de María Molinar (2ª ed., 1998) define « representativo » de la siguiente forma : « se dice de lo que se puede tomar como representación de cierta cosa. Ej : *estas cifras son bien representativas del desarrollo industrial* », y « representatividad » como « calidad de representativo ». En cuanto al vocablo « representar », y junto al negocio jurídico de ese nombre, suministra otras dos acepciones : la quinta, que dice de « representar » : « servir algo para mostrar cierto hecho o fenómeno : *este gráfico representa el aumento de población en los últimos 50 años* », y la décima, según la cual representar es « importar mucho o poco una cosa : *eso representa muy poco en la economía total del país* ». Esta dicotomía se observa también en lengua francesa e inglesa. En la primera, « *représentatif* » tiene como principal significado el de « qui représente convenablement un ensemble ; modèle, type » (*Gran dictionnaire des lettres Larousse*, 1989). En la segunda, « *representativeness* » significa « the quality or state of being representative » y « *representative* » : *prototypical, characteristic, illustrative, indicative, paradigmatic* » (*The Webster Third International Dictionary*, 1980). Hacemos referencias a estas dos lenguas no por un simple prurito de erudición, sino porque son las dos lenguas de trabajo más importantes en la Unión Europea y es conveniente saber que ése es el significado que se da a la palabra « representatividad » (*représentativité-representativeness*) en numerosos documentos de trabajo de la Comisión, que por desgracia no están disponibles en castellano. Véase en este sentido : COMISIÓN EUROPEA, Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales: *Rapport sur la représentativité des organisations européennes de partenaires sociaux*. Bruselas, 1999.

complejas con diferentes grados o niveles organizativos e institucionales que se solapan, por último, con la cúpula de la Asociación y que se manifestarán consiguientemente en el funcionamiento mismo del Sistema de relaciones laborales (MARTÍNEZ, R. y PARDO AVELLANEDA, R 1955: 84 y ss)⁴.

A partir de estas consideraciones, las cuestiones que intentaremos desarrollar a continuación son las siguientes: (a) en primer lugar, qué motivaciones impulsan a los empresarios a asociarse; (b) en segundo lugar, qué significa la representatividad en el marco de nuestra sociedad democrática, lo que obliga irremediablemente a plantearse; (c) en tercer lugar, la determinación del grado de capacidad de organización y de representación colectiva que tienen estas asociaciones, lo que hará que se compruebe la sintonía de las organizaciones con las aspiraciones de los intereses del colectivo al que representan; y en último lugar, (d) qué capacidad tiene las asociaciones empresariales para crear un estado de opinión y de voluntad colectivas que influya en el comportamiento de los representados. A partir de la contestación a todas estas preguntas se podrá discriminar la selección jurídica de aquellas asociaciones más capaces para ejercer las atribuciones que la norma les otorga, por ser las que por su grado de representatividad pueden, de manera más general y eficaz, ejecutar las competencias que tienen conferidas. Todas estas preguntas irán recibiendo respuesta al hilo del análisis del concepto de representatividad, desde el ángulo social y jurídico.

2. La noción de la representatividad social.

Según los cultivadores de la sociología jurídica, el estudio del concepto de representatividad social conduce necesariamente a establecer una relación entre la aparición de grupos sociales con medios humanos y económicos que son el resultado de la sociedad industrial y la dificultad de garantizarse el carácter representativo de un colectivo y de unos intereses generales. Además se habla de proyectos globales de intereses que son comunes a todos esos grupos sociales. Sin embargo, pese a la existencia de esos proyectos comunes es cierto que unos grupos son sacrificados por otros que son los que van a obtener las ventajas que el propio ordenamiento jurídico les confiere. Esto tiene como consecuencia un fenómeno de dominio que significa en términos generales, la oportunidad de hallar una obediencia proporcionada por los representados susceptibles de cumplir un mandato (entendido como orden) que ellos mismos han conferido (FARIÑAS DULCE, M. J. 1991: 51 y ss)⁵.

4. Ejemplo de ello es la CEOE (Confederación Española de Organizaciones Empresariales).

5. La teoría del fenómeno del dominio tiene su máximo exponente en WEBER, M.

Los elementos fundamentales que determinan que un determinado grupo represente la voluntad de un número inespecífico de sujetos van a girar entre el sentimiento de subordinación de dichos sujetos con relación a la cúpula y el control y poder de generación de opinión que la Asociación tenga sobre los que pertenecen a ella. Al mismo tiempo debe existir, para que se materialicen ambos elementos, una relación institucionalizada de manera que, no habiendo una sujeción absoluta sí, al menos, se controlen las decisiones más importantes del colectivo. En todo caso, lo importante es vigilar y asegurar que el dominio sea efectivo (En general, DAHRENDORF, R. 1966). Esta Organización global de dominio de la sociedad a su vez va a influir directamente en un aumento del asociacionismo y en la aparición bien de nuevos grupos o bien en la unión de estos en asociaciones “más fuertes” y por ende “más representativas” de ese hecho social. Lo cierto es que este análisis sociológico de la aparición de grupos representativos de voluntades comunes no tendría sentido sin una implicación directa de los sujetos que los conforman⁶.

En este orden de cosas, es claro que el nivel de importancia de los grupos de intereses, sean sociales o económicos, va a depender de su relevancia social y del grado de implicación de uno u otros que, a su vez, serán contrapuestos. En efecto, la implicación entendida como la posibilidad de imponer o controlar determinadas decisiones, incentivarlas e incluso negociarlas dependerá, en nuestro campo de estudio, de los intereses que configuran y provocan el conflicto social (PORTUONDO VÉLEZ, A. L. y RODRÍGUEZ PÉREZ, A. 1992)⁷. Desde este punto de vista, es obvio que los intereses de los empresarios sienten hacia el asociacionismo no sólo se basan en intereses sociales sino, más al contrario, en los económicos (AAVV. (Coord. Fernández Sanchidrián, J.C. y Hernández Sánchez, A, 2000: 265-266)⁷.

De esta manera, se puede señalar que la competitividad surge en determinados asuntos que se pueden considerar estratégicos y que desde luego se aposentan en la econo-

6. Voluntariedad de los empresarios o empresas en la entrada a las asociaciones empresariales, que hace diferenciar sin lugar a dudas a éstas de los colegios profesionales donde la colegiación es obligatoria, así como de las organizaciones puramente profesionales, donde los intereses laborales carecen de valor alguno. Ver Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1995 (RJ 1996/3247) y 20 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9472)..

7. La Implicación en la empresa supuso una nueva forma de gestión personal que apareció en los años ochenta que significa una total identificación del trabajador y su sistema de valores con la propia cultura de la empresa. De tal forma que la creencia y aceptación de objetivos de la empresa y sus valores produce un deseo de participación activa en la misma consiguiendo un modelo armónico entre las decisiones empresariales y la propia dinámica sociolaboral. Esta teoría aplicada al asociacionismo empresarial significa que aquellas empresas que se asocian a una Asociación patronal se identifican con el proyecto de la misma y creen en la opinión que se genera para adoptar de forma participativa, aunque a veces no tanto, de las políticas económicas y laborales que las guían.

mía de mercado que una vez más incide en la conflictividad social. Por ello, la necesidad de organizarse y ocupar un lugar privilegiado dentro del marco de relaciones laborales nace de razones puramente económicas y, por ende, de la necesidad de situarse en una posición privilegiada frente a los poderes públicos que son los que más directamente intervienen, a través de sus políticas sociales y presupuestarias, en la economía de mercado. A su vez, la economía globalizada hace que el asociacionismo favorezca la competitividad de la economía de los Estados y empresas cada vez más mundializadas, así como el florecimiento de asociaciones empresariales transnacionales o internacionales.

Estas consideraciones nos permiten entender la noción de representatividad desde una doble acepción. De un lado, como representatividad “interna”, es decir, la posibilidad de defender los intereses de un colectivo de empresas o asociaciones empresariales federadas en una gran Asociación en la que ésta funciona con criterios de generación de opinión y de aceptación por parte de los representados de aquellas decisiones que favorecen la marcha de sus empresas desde un punto de vista económico y que va a incidir muy directamente, una vez más, en las relaciones laborales; sobre todo, si esas decisiones suponen una menor conflictividad en esas relaciones. Aún más cuando rige el principio de libre creación y funcionamiento (PANTALEÓN PRIETO, F. 1993: 5 y ss.) de dichas asociaciones y se les exige que su actividad interna se lleve a cabo con criterios democráticos⁸. Indudablemente, esta noción de representatividad supone que el representado va a participar de los asuntos comunes y en la formación de la voluntad social o de grupo aunque tenga como consecuencia tener que aceptar la voluntad de la mayoría y ésta, hasta cierto punto, venga condicionada por los intereses más propios de la Asociación a la que se pertenece (BILBAO UBILLOS, J. M. 1997: 127).

Una segunda noción de representatividad, la que se podría calificar como “externa”, se referiría a la pura representatividad de la organización en la vida social y jurídica. Desde esta perspectiva, la representatividad la tendría aquella Asociación que tiene un reconocimiento social y público en la realización de sus actividades, o dicho de otro modo, una asociación es representativa cuando su presencia social provoca la necesidad de contar con ella en la toma de decisiones políticas, económicas o sociales. Definición esta que se ajusta al supuesto de las asociaciones empresariales. El “hecho” empresarial se refleja, por tanto, en un interés unitario de carácter colectivo que tiene como consecuencia la actividad de representación. Ese interés no tiene naturaleza personal, es decir, el empresario busca la maximización del beneficio en el proyecto empresarial, por lo que no implica que considere como prioridad las relaciones laborales. Ahora bien, las relaciones laborales le condicionan a organizarse de forma colectiva y necesaria para disponer de lo que se ha denominado un poder social común como actor en esas relaciones laborales (PERULLI

Y CATTINO. 50/1997,: 219 y ss). Escenario socio-económico diferente del que preside las organizaciones sindicales, donde la necesidad de asociacionismo es elemental para satisfacer los intereses materiales de un colectivo de trabajadores con un proyecto común y como medio defensivo frente al poder de los empresarios, tanto en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales pero también, sin lugar a dudas, actuando como verdaderos movimientos políticos en defensa del reparto de riqueza (MORALES NAVARRO, J. Op. Cit: 101 y ss).

A partir de estas reflexiones de contenido general se va dando respuesta a alguna de las cuestiones que se planteaban al principio de esta exposición. En efecto, conociendo lo que significa socialmente la representatividad podemos intuir cuáles son las motivaciones de los empresarios para asociarse. Se puede afirmar que desde luego el fenómeno organizativo empresarial no radica sólo en objetivos puramente económicos sino en su actuación como grupo de presión o “lobby” y como contraparte de las poderosas organizaciones sindicales y, por último, para hacer frente al incesante, aunque cada vez más atenuado) intervencionismo estatal (SOTO CARMONA, A. 1995: 99 y ss.; en general, GARCÍA FEMENÍA, A.M., 2002)⁹. De esta manera, los empresarios llegan a la conclusión de que es imprescindible crear Asociaciones fuertes que contrarresten los efectos de las actuaciones de los sindicatos y de los poderes públicos (MARTÍNEZ, R. Y PARDO AVELLANEDA, R. Op., cit: 92).

Es evidente que estas consideraciones son resultado de un análisis principalmente sociológico. Ahora bien, todo hecho social tiene su materialización en las normas. Es decir, la realidad de las Asociaciones (y en concreto las que son objeto de nuestro estudio, las empresariales) y su representatividad así como su implantación en la vida de las relaciones laborales obliga a que el ordenamiento jurídico preste atención a su establecimiento y determine las reglas necesarias para su delimitación y régimen jurídico. La normativa tiene que estar atenta a las proyecciones sociales de los ciudadanos, aún más si estas son las organizaciones profesionales, esfera de la vida social que se proyecta muy directamente tanto en los poderes públicos como en los interlocutores sociales y, desde luego en los trabajadores y empresarios individualmente considerados. Por otra parte, otro de los factores que inciden muy directamente en este ámbito, es la relación que existe entre la dimensión de las empresas y el asociacionismo empresarial.

En este sentido, no se debe olvidar que el tejido productivo español se caracteriza por un elevado grado de atomización, lo que significa una dimensión media de las empresas

9. En este artículo se enmarca desde una perspectiva histórica la creación de una de las Organizaciones más importantes empresariales, la CEOE y los motivos que llevaron a la necesidad de su creación.

8. Art. 7 de la Constitución.

inferior a la media europea y a la de otros países desarrollados. Situación, dicho sea de paso, que debería corregirse por cuanto, como ya se ha señalado anteriormente, la tendencia globalizadora del mercado exige una más adecuada respuesta de las empresas y son las de dimensión mayor las que pueden dar una mejor contestación a las exigencias de internacionalización e innovación (ARNAUD ANDRÉ-JEAN Y FARIÑAS DULCE, 1996: 274¹⁰). Aún más cuando los umbrales de calidad de las empresas y su distribución van a influir en el ritmo expansivo de las actividades y de la creación de empleo. Esta condición de dimensión de la empresa redundará, claramente, en la selección de aquellas asociaciones empresariales que representen de forma “más relevante” a las empresas en distintos sectores y que van a tener una incidencia importante en la selección de los agentes sociales que, después, serán los encargados de participar con los poderes públicos o de negociar las condiciones laborales. Consecuentemente los grupos sociales buscan en el ordenamiento jurídico legitimidad, aceptación y consenso en las decisiones, estructuras y órganos de representación. Partiendo de esta afirmación, las asociaciones socialmente representativas buscan la legitimación jurídica, y por ello se hace necesario plantear la noción legal de la representatividad.

En conclusión, la representatividad debe ser entendida, desde un plano sociológico, como sinónimo de relevancia, notoriedad, implantación y reconocimiento de los representados; tanto desde la perspectiva interna, es decir, de participación y elaboración de estados de opinión dentro de la asociación empresarial, como externa, esto es, la organización se refleja en la vida social y jurídica. De tal manera que la asociación empresarial se convierte en una proyección de voluntades individuales y colectivas hacia la sociedad que la reconoce como representativa de las mismas. Por ello, ser representativo no supone un negocio jurídico del representante que producirá efectos jurídicos en la esfera del representado sino que supone “*unus animus*” común de la organización con quienes representa. Dicho esto a continuación se intentará delimitar el reflejo del “hecho social” de la representatividad en el ordenamiento jurídico (CALVO GALLEGU, F. J. Y DE SOTO RIOJA, S, 20/1998: 439).

2.1.- La proyección jurídica de la representatividad como hecho social.

Desde el ángulo analítico jurídico-laboral, la definición de la representatividad parece estar conformada por distintos elementos, cuya determinación preliminar ayudará a su elaboración posterior. A saber, la Constitución, como ya se ha puesto de relieve en otro momento, otorga a las organizaciones profesionales y, en concreto, a las empresariales

un papel muy relevante en las esferas económicas y sociales o laborales. En efecto, los sindicatos y las asociaciones empresariales tienen atribuida la función de “contribuir a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios”, concediéndoles libertad en su creación y actividad y con la única condición de que su funcionamiento y organización interna sean democráticos. Este reconocimiento constitucional obliga necesariamente al legislador a determinar tanto su creación como cuáles de las asociaciones que van a participar de la vida socioeconómica tienen una representatividad suficiente para, después, atribuirles funciones con incidencia directa en las relaciones laborales y en la participación pública (En general, AAVV. 2001).

Ciertamente, hablar de representatividad supone que se está dentro de un Estado democrático, de un régimen de Libertad Sindical y de un pluralismo organizativo que induce a determinar jurídicamente quién es representativo a los efectos de articular las relaciones laborales. Estos presupuestos son básicos para poder llegar a una definición de representatividad, pero también importa la existencia de una concordancia entre los intereses de las empresas y las actuaciones e intereses de la Asociación empresarial de la que forman parte. Desde este punto de vista, la definición legal vendrá condicionada por la sintonía de intereses del representante y de los representados y las atribuciones que la ley otorgue a dichas asociaciones, ya que las normas no nos definen qué es representatividad. Consecuentemente, la representación de intereses tiene que tener un doble objetivo, por un lado, el de satisfacer desde los intereses colectivos, los intereses individuales de los empresarios y, por otro lado, los resultados de la propia gestión con los poderes públicos. Por lo que la representatividad nos tiene que indicar no sólo la sintonía entre asociación y representados sino también las consecuencias de alcanzarla. Esta consideración social hace que exista una representatividad, por decirlo de alguna manera, de carácter “pasivo”, es decir una situación caracterizada por la existencia de una sintonía aunque no de una verdadera identificación ideológica, y una representatividad “dinámica” o “activa”, que se traduce en una posición de poder económico y político de las asociaciones que la adquieren, puesto que a quienes se les considere más representativos, se les van a conceder legalmente atribuciones y funciones de relevancia pública.

En este orden de cosas, y tomando como partida las reflexiones anteriormente expuestas, se puede definir la representatividad como aquella cualidad jurídica que adquieren determinadas organizaciones profesionales y, por ende, las empresariales, y que les supone alcanzar una especial y “singular posición jurídica” (GARCÍA MURCIA, J. Op., cit: 67 y ss.) que les va a facultar, desde la legalidad, a realizar funciones tan importantes como, por ejemplo, la participación de la negociación colectiva de eficacia general, la concertación social, la obtención de ventajas económicas o la participación en las Instituciones Públicas, aspectos todos ellos que serán analizados en epígrafes posteriores

10. Los autores ponen de manifiesto la influencia de la globalización a efectos sociales y jurídicos en materia de derecho de asociaciones y del trabajo.

Esta definición nos proporciona las siguientes notas caracterizadoras: en primer lugar, la representatividad es una condición social y jurídica intrínseca a la asociación; en segundo lugar, al ser un criterio que sirve para conceder un *status* de poder a la asociación patronal, el umbral de representatividad tiene que determinarse por medio de una regulación jurídica que refleje ese “hecho patronal” en la sociedad; en tercer lugar la misma dinámica de la representatividad provocará unas consecuencias jurídicas importantes para el asociacionismo empresarial lo que a su vez se proyectará en la discriminación de unas asociaciones con respecto a otras. Estos desarrollos normativos, por su parte, retroalimentan otros sociológicos en el seno del asociacionismo empresarial: una vez alcanzado el “*status*” jurídico de “representativo” por una asociación, estará en una “ventaja competitiva” respecto de las que no lo sean a la hora de captar nuevas empresas afiliadas, el mapa asociativo tenderá a racionalizarse, etc.

Es momento ahora de señalar, siquiera brevemente, cuáles son esas consecuencias jurídicas de manera que se cierre el círculo que se avanzó al principio de este trabajo y que no está de más recordar. Se decía allí que la representatividad es un hecho social o supone una presencia social que luego se recoge en la norma jurídica que la interpreta. El círculo se cierra cuando la norma refleja su virtualidad práctica y produce unas determinadas consecuencias jurídicas incidiendo en la realidad social que provoca todo el proceso. Hay que tener en cuenta que la representatividad es tanto consecuencia como instrumento de su propia generación y expresión. O dicho de otro modo, la representatividad recoge el hecho social y lo convierte en mecanismo de incidencia en ese mismo hecho generador.

En buena lógica el criterio de la representatividad supone, tanto en el caso de las organizaciones sindicales como en el de las empresariales, una selección que privilegia a las asociaciones más capaces para ejercer unas competencias atribuidas por la ley. Por tanto, la representatividad es un criterio discriminador de las organizaciones empresariales. Esta no es una cuestión baladí, y de hecho los Tribunales han tenido que pronunciarse sobre la posible vulneración del principio de igualdad cuando se utilizan criterios de determinación de las asociaciones que van a participar en las distintas esferas de la vida social y pública en menoscabo de otras. Pero no sólo se encuentra este problema, sino que conferir la cualidad de “representativo” puede suponer incentivar a las empresas a asociarse a unas asociaciones en detrimento de otras, no tanto por identificación representativa e, incluso, ideológica, sino por el propio interés de obtener más ventajas a sus empresas o asociación federada que el hacerlo a otra que no va a realizar funciones de tanta relevancia pública. Realmente, sin descender al plano normativo o jurisprudencial sino por pura intuición social, el pertenecer o no a una organización que represente los intereses, sobre todo económicos, del empresario o empresa y que, además, tenga un reconocimiento estatal o internacional condiciona, sin lugar a dudas, la decisión final.

Esta no va a estar, por tanto, basada en la identificación entre empresario y asociación por motivos ideológicos básicos, estructura y formas de actuación sino en la composición de beneficios que el representado se haga con respecto de la Asociación. Es obvio que, esta dicotomía que se le presenta al empresario, va a recibir del ordenamiento jurídico la respuesta y parece incontrovertible que, no habiendo una cultura asociativa empresarial de la enjundia de la que tienen los trabajadores con las organizaciones sindicales, las motivaciones se inclinarán más hacia la obtención de beneficios que puedan revertir en la empresa (económicos, de competitividad, de participación con los poderes públicos, de intervención en la negociación colectiva etc.) que en la pura concordancia “ideológica” entre asociación y empresario.

Algunos de los problemas que se plantean han tenido una respuesta parcial por parte de los Tribunales. Los requisitos que deben de cumplirse, según la jurisprudencia, para que no nos encontremos ante un tratamiento discriminatorio se basan fundamentalmente en la imparcialidad, la ausencia de abuso y el establecimiento de unos criterios de medición de la representatividad que sean objetivos, inequívocos y fácilmente determinables y controlables. Así, el Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido de que la representatividad es un derecho de configuración legal que tiene unas limitaciones que son, entre otras, la objetividad de los criterios que la norma fije para su medición de manera que no se fundamente en elementos que ofrezcan la posibilidad de parcialidad o abuso¹¹. El propio Tribunal ya ha reconocido el vacío normativo que existe en la delimitación de la representatividad de las asociaciones empresariales, lo que conlleva ineludiblemente que sean elementos como la “notoriedad” mutuamente reconocida por los interlocutores sociales los que se utilicen para esta delimitación. No obstante, el Tribunal identifica notoriedad con reconocimiento mutuo cuando ambos conceptos son diferentes, ya que aunque ese reconocimiento exista por parte de los interlocutores sociales ello no conlleva, necesariamente que las organizaciones tengan notoriedad en la sociedad. El concepto de notoriedad tiene unos perfiles que no son puramente jurídicos como se verá más adelante.

El Tribunal Constitucional ha señalado que no se puede alegar vulneración del principio de igualdad cuando el tratamiento desigual se debe a elementos diferenciadores de las asociaciones que la alegan, entre otros, ámbitos de actuación de las organizaciones patronales al que se le debe unir que cualquier comparación, como normalmente suele suceder cuando se reclama la condición de más representativa, con los criterios que la normas establecen para medir la representatividad sindical es inconsistente, no sólo porque ambas organizaciones son diferentes sino además porque los criterios para los sindicatos, aún si cabe son más objetivos y vienen determinados por la Ley Orgánica que los regula. Además estas afirmaciones no afectan a la relevancia constitucional que

11. Sentencia del Tribunal Constitucional 65/1982, de 10 de noviembre.

ambas organizaciones, sindicales y patronales, tienen otorgada desde nuestro Texto fundamental¹². Estas consideraciones nos permiten concluir que la representatividad tiene como consecuencia la selección preferente de unas organizaciones sobre otras, pero ello no vulnera el principio de legalidad ni de igualdad¹³, en tanto que dicha selección sea razonable. No podemos olvidar que este derecho es de configuración legal, otorga unas atribuciones de relevancia pública y general que obligan al legislador a determinar qué organizaciones son las idóneas para representar los intereses generales de un colectivo concreto¹⁴.

3.- Delimitación de la representatividad en el ordenamiento legal español.

Las organizaciones empresariales tienen, en nuestro ordenamiento jurídico, su fundamento en la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical¹⁵. Esta norma aprobada durante la Transición Política, está hoy vigente, exclusivamente, para las asociaciones empresariales, ya que las organizaciones sindicales se rigen por una disposición específica, la Ley Orgánica de Libertad Sindical¹⁶. Fue la disposición Derogatoria de la LOLS la que estableció que las organizaciones empresariales quedaban fuera de su ámbito y que seguirían estando reguladas por la LAS.

Un primer acercamiento a la LAS refleja que se trata una regulación escueta, simple y poco detallada. Se limita a señalar algo que ya está reconocido en sede constitucional cual es la libertad de asociación para la defensa de los intereses propios y la prohibición de injerencia de los poderes públicos, lo que tiene como consecuencia la independencia en el ejercicio de sus actividades¹⁷. Sin embargo, no se encuentra ninguna referencia a las funciones de representación y aún menos a la delimitación de la representatividad de las asociaciones u organizaciones que las ejercitan. Lo único que se señala a efectos de representación es su plena capacidad de obrar y el reconocimiento de la personalidad jurídica (CASAS BAAMONDE, M. E. 58/1993: 238). El debate fundamental que ha tenido

lugar durante los primeros años de la vigencia de la LOLS consistió en determinar si se podía considerar que las asociaciones empresariales eran titulares del Derecho de Libertad Sindical (ex art. 28 de la CE) o, por el contrario, se negaba esa posibilidad, y su actuación tenía como apoyatura constitucional el art. 22 donde se reconoce como Derecho Fundamental la libertad de asociación. El debate se acentuó teniendo en cuenta que las normas internacionales, en concreto, el convenio de la OIT nº 87, sí que considera a las organizaciones profesionales sin distinción como titulares de la libertad sindical. Esta polémica no tiene, actualmente, mayor relevancia por cuanto que ha quedado zanjada con la jurisprudencia constitucional recaída sobre esta cuestión en la que se declara que el asociacionismo empresarial tiene su apoyo en ese art. 22 de la CE, sin que por esa simple razón sistemática se reste importancia a la función pública que les está atribuida por el art. 7 del mismo cuerpo constitucional¹⁸.

En cualquier caso, este debate no debe preocuparnos en este momento, y ahora sólo interesa el marco legal de la representatividad empresarial, aunque este sea un tema que se vea más profundamente en otros epígrafes posteriores a éste. De esta manera, lo primero que se debe indicar es que nuestra legislación establece, en general, procedimientos de reconocimiento de la representatividad, a efectos de determinar las organizaciones a las que ha de atribuirse una serie de derechos, entre otros, la negociación colectiva, la participación institucional, la cesión de bienes, representación internacional o europea etc. (ESTEVE SEGARRA, A. Pamplona, 2003)

Dichos procedimientos intentan basarse en criterios objetivos y previamente definidos. No obstante, antes de entrar en el análisis de la regulación legal, es preciso realizar una reflexión general sobre la representatividad y su posible graduación. Como se podrá comprobar que ocurre en el ordenamiento internacional, comparado y europeo, cuando se intenta localizar los interlocutores sociales adecuados para ejercer funciones o atribuciones de relevancia pública, se utilizan criterios de representatividad sin más. O se es representativo de una realidad social como organización profesional o no.

Sin embargo, un primer acercamiento a nuestro ordenamiento pone de manifiesto que se gradúa la representatividad, de tal forma que nos encontramos con la siguiente tipología de organizaciones: (a) organizaciones profesionales no representativas, siempre desde un punto de vista legal, por no alcanzar determinados indicadores que miden el nivel o posición en la que encuentran; (b) otras, que ciertamente son representativas sin más en un determinado ámbito territorial y funcional, pero que solamente tiene virtualidad práctica para determinadas funciones —es el caso concreto de los sindicatos suficientemente

12. Sentencias del Tribunal Constitucional 52/1992 de 8 de abril y 75/1992 de 14 de mayo.

13. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1989 (RJ 1989/3073).

14. Auto del Tribunal Constitucional 13/1990 de 15 de enero.

15. A partir de ahora LAS.

16. Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad Sindical (LOLS). Esta norma fue objeto de revisión por el Tribunal Constitucional que declaró su constitucionalidad en la Sentencia 98/1985, de 29 de julio.

17. Acerca de la prohibición de injerencia de los poderes públicos en el derecho de Asociación, véase Sentencia del Tribunal constitucional 75/1992, de 14 de mayo.

18. Para profundizar sobre este debate constitucional véase, entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 113/1984, 22 de febrero, 52/1992 de 8 de abril y 92/1994 de 21 de marzo.

representativos a efectos de negociación colectiva o acción sindical -; finalmente, (c) el grado más elevado al que pretenden, en general, todas las organizaciones que es la mayor representatividad. Este escalón superior o cualificado es el que interesa en este estudio ya que una vez alcanzado u obtenido este “status” se despliegan toda una serie de facultades y derechos (con sus correspondientes problemas). No deja de sorprender, de todas formas, que el legislador haya optado, como después se comprobará al analizar los criterios de medición, por un concepto de representatividad tan estricto, quizás se debe a la naturaleza de las atribuciones que se conferirán a quienes lo obtenga. En todo caso, este estado de cosas vuelve a confirmar de nuevo la promoción que desde el ordenamiento se concede al corporativismo y, por ello, a las grandes organizaciones profesionales, sobre todo empresariales, fuertes económicamente y consecuentemente con un mayor poder social. Supone, en fin, que estas organizaciones más representativas van a poseer una habilitación social y de decisión que implica un debilitamiento del asociacionismo de base.

Volviendo al hilo argumental principal, estos criterios de elección son concretamente, para el caso que nos interesa, el de *implantación* basada en el número de empresas y/o (depende de los supuestos) el del número de trabajadores que prestan servicios en esas empresas en un sector determinado y en un ámbito territorial concreto¹⁹. Estos criterios se encuentran recogidos en el art. 87 y la Disposición adicional sexta del Estatuto de los Trabajadores²⁰. El cumplimiento de estos criterios de medición de la representatividad va a suponer que las asociaciones empresariales elegidas se conviertan en unos interlocutores sociales privilegiados, a quienes se les otorgará una capacidad representativa que se proyectará a todos los niveles territoriales y funcionales. Correlativamente, y en plano sociológico, la adquisición de la representatividad va a conllevar que la actividad de la asociación se imponga a la voluntad individual de las empresas o empresarios asociados y representados por la misma, y además con preferencia a otras organizaciones que no hayan adquirido esa representatividad (García - Perrote Escartín, I. 2011, 59 y ss)

La configuración legal de la representatividad en nuestro ordenamiento jurídico va a perfilarse pues, para las organizaciones empresariales, como un poder social que habilita a quienes lo ostentan para ejercer unas atribuciones que la propia ley establece y que se concretan en el terreno del derecho a la negociación colectiva (posibilidad

19. El criterio de medición de la representatividad de las organizaciones sindicales es totalmente diferente. Este es el de la *audiencia electoral*, que significa, como ya se sabe, aquella que se obtiene tras un proceso electoral mediante el cual se eligen a los representantes unitarios en las empresas.

20. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

de negociar convenios colectivos de eficacia general o *erga omnes*) y en el de la participación institucional (CAIRÓS BARRETO, D.M. 2003: 583 y ss.)

3.1.-Carencias y alternativas del sistema legal de representatividad empresarial.

La configuración legal de la representatividad empresarial tal y como se ha descrito en el epígrafe anterior provoca no pocos problemas aplicativos. Problemas que vienen marcados por una legislación escueta y dispersa en lo relativo a las asociaciones empresariales. En este apartado pondremos de manifiesto las carencias que sufre el concepto y la regulación jurídica de la representatividad empresarial y su proyección práctica. Asimismo se propondrá algunas alternativas que permitan dar respuesta a las cuestiones más relevantes que plantea este vacío normativo. Ello nos ayudará posteriormente a analizar cada una de las manifestaciones de la representatividad en el marco de los derechos y atribuciones que la ley otorga a las organizaciones empresariales que la adquieren y acreditan.

No es una tarea fácil delimitar y solucionar las cuestiones que la representatividad provoca en las relaciones laborales, sobre todo, cuando se tiene en cuenta que el sistema que se aplica para medir la representatividad empresarial no deviene de un proceso de elección sino de factores que están fuera del control directo e inmediato de los poderes públicos. A ello hay que añadir que, al contrario de lo que ocurre en el ámbito sindical donde la representatividad se obtiene mediante un proceso electoral y conlleva la posibilidad de ejercer cuantas atribuciones la norma otorga, en el supuesto de las asociaciones empresariales la representatividad debe ser acreditada de manera empírica, como todos los problemas probatorios que ello implica, sobre todo cuando esa acreditación se desarrolla en un escenario competitivo.

3.2.- La medición y la acreditación de la representatividad empresarial.

Los indicadores que miden la representatividad de las asociaciones empresariales carecen de una regulación concreta para su utilización y cómputo. Esto provoca problemas importantes a la hora de probar que una Asociación es más representativa en el nivel geográfico o, en su caso, funcional específico y para permitirle acceder a los beneficios que aquélla proporciona a quienes la ostentan. Además, los criterios de la implantación y el número de trabajadores, que son los que legalmente se exigen no son suficientes, en términos absolutos, para medir la representatividad de los que van a ser los interlocutores sociales. Habría sido conveniente adicionar a la medida legal otros criterios que sin ser los principales ayudaran a determinar de forma más

objetiva, clara y eficaz dicha representatividad. El derecho comparado (pero aún más el comunitario) han establecido criterios que también son adecuados para llevar a cabo la correspondencia entre la presencia social de la organización empresarial y la cobertura jurídica que debe tener. Entre otros, y sin ánimo exhaustivo, se pueden mencionar los siguientes: volumen de producción o negocio teniendo en cuenta el nivel de comercialización y transformación; disponer de estructuras adecuadas que garanticen de forma efectiva la interlocución social y sirva para la validez de los acuerdos obtenidos; influencia que la organización proyecte en el ámbito social; dimensión de las empresas asociadas y de las organizaciones empresariales y, finalmente por qué no, el reconocimiento formal o mutuo entre los interlocutores sociales e, incluso, entre estos y las Administraciones correspondientes.

Esto no quiere decir que todos ellos y otros muchos datos que se pudieran considerar tengan que ser acumulativos, a veces, y alternativos, otras, pero sí que sería necesario la selección de alguno más que pudiera aportar más información sobre la realidad social de la organización empresarial que se esté considerando. No podemos obviar, que los que nos ofrece nuestra legislación no es suficientes a la hora de acreditar y probar la representatividad (DEL REY GUANTER, S. y GARCIA MURCIA, J. 1985: 459). Porque uno de los problemas que plantea este sistema de medición es claramente de pruebas; ¿Cómo y cuando se demuestra que una organización empresarial es más representativa?. Esta es una de las cuestiones más importantes que solucionaría todos las demás directamente relacionadas con ella, tales como el control, las posibles impugnaciones etc. Además habría que añadir, ya en lo que es lo concreto de las funciones atribuidas, la pregunta de ¿qué sujetos son los legitimados para poner en duda la representatividad de una asociación empresarial?

Lo primero que hay que señalar, a estos efectos, es que cuando se habla de asociación empresarial cuya representatividad se quiere establecer se hace referencia a las constituidas conforme a la LAS, lo que significa que debe existir un nexo de unión afiliativo o asociativo entre las empresas, en ejercicio de ese derecho de asociación establecido en la LAS, y la organización empresarial. No se está aludiendo, pues, como no puede ser de otra forma, a otro tipo de vinculación como es el caso de los mandatos representativos; es decir, a que varias empresas deleguen la representación a través de un mandato u otro acto jurídico similar. A este respecto se tuvo que pronunciar el Tribunal Supremo en relación a esta cuestión. En efecto, se trataba de una Asociación empresarial sin Estatutos ni afiliación, en la que determinadas empresas otorgaron la mera representación a efectos de la negociación de un convenio colectivo. El Tribunal, acertadamente, señala que no se puede confundir las representaciones concedidas para negociar con la afiliación y, por tanto, no todas las asociaciones profesionales pueden participar ni están habilitadas para intervenir en las relaciones laborales. So-

lamente aquellas que estén acogidas a la normativa de asociaciones profesionales establecida por la LAS²¹.

Consecuentemente con lo anterior, para hablar de la representatividad empresarial, en primer lugar, una organización debe constituirse conforme a las reglas establecidas en la LAS. En segundo lugar, dicha asociación tiene que ser el reflejo de una realidad social para después poder establecer cuál es su representatividad en el plano jurídico; en tercer lugar, y al mismo tiempo, los otros sujetos sociales y la propia Administración deben tener una constatación real y fehaciente de dicha representatividad. Ahora bien, esa representatividad debe delimitarse utilizando los indicadores normativos que el Estatuto establece y que son, los tan repetidamente señalados en páginas anteriores, el número de empresas asociadas a una organización empresarial y el número de trabajadores que prestan servicios en esas empresas. Dicho esto, es necesario analizar cada uno de ellos para descubrir los problemas que provocan y plantear, si las hubiere, las posibles alternativas que los solucionen.

21. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002/3812) que conoce del Recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2000 (JUR 2001/109527). Acerca de la Sentencia del Tribunal Supremo, ver el comentario de VIVES, P. "La presunción de representatividad suficiente en las asociaciones empresariales". CEF, 232/2002, págs. 151 y ss. La Sentencia versa, entre otras cuestiones, sobre la existencia o no de la asociación de empresarios de mataderos y comercio de aves, conejos, huevos y caza de Cataluña como organización habilitada para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo estatal para la industria de los mataderos de aves y conejos. Esta asociación no aportó ni Acta de su constitución, ni sus Estatutos, ni las afiliaciones o empresas asociadas a la misma para poder cumplir con los requisitos establecidos por el art. 87.3 del ET. Solamente acreditó, documentalmente, escritos de varias empresas, con certificación del número de trabajadores y con delegación de representación individual de cada una de ellas a efectos de la negociación del convenio colectivo de referencia. No obstante, esto no es suficiente para acreditar la representatividad que, de cualquier forma, únicamente puede ser atribuidas a las asociaciones empresariales constituidas conforme a la LAS y al RD 873/1977. Parece, pues, claro como ya se comentó que se debe diferenciar claramente la organización profesional o asociación profesional que se constituye conforme a las reglas del derecho privado, de aquellas otras que, además de tener finalidades económicas, persiguen intervenir en las relaciones laborales y, por ende, el poder alcanzar los niveles de representatividad suficientes para participar de las atribuciones legales que adquieren estas asociaciones. Para ello, es decir, para ser una verdadera asociación empresarial, es requisito imprescindible que su constitución, sus Estatutos, el depósito de los mismos y el régimen afiliativo o asociativo de las empresas que servirán para medir su implantación se realice a partir de las reglas establecidas en las normas referenciadas anteriormente. También, en el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1995 (RJ 1995/1022) y de 23 de julio de 1999 (RJ 1999/ 6843).

3.1.1.- El criterio de la *implantación* y sus indicadores

a) El número de empresas asociadas a una organización empresarial.

Se ha comentado que las asociaciones más representativas deben alcanzar una representatividad que suponga tener afiliadas al menos al 10% de las empresas en el ámbito geográfico y/o funcional correspondiente. El problema fundamental es que se deben conocer con exactitud qué empresas y cuál es el número de las mismas. Además como la norma laboral es deficiente dado que no prevé un sistema de medición de la representatividad y tampoco se cuenta con la posibilidad de un proceso electoral, se tendrán que considerar otros datos para conocerlas. Sin embargo, esta deficiencia contradice la importancia que la normativa atribuye a los indicadores de la representatividad cuando no establece al mismo tiempo los instrumentos necesarios, transparentes e incuestionables de los indicadores de aquella²². Ni siquiera existe un órgano u archivo público capaz de ofrecer datos fiables y objetivos sobre la representatividad de una determinada asociación empresarial²³. Lo que sí debe estar claro es que sólo se computan empresas reales a efectos laborales, es decir, para realizar el recuento de las empresas, sólo se tendrán en cuenta aquellas que están en activo y que no carezcan de trabajadores asalariados. No podemos olvidar que la norma legal habla de empresas y empresarios conforme a lo establecido en el art. 1.2 del ET. Por lo tanto es imprescindible que se cumpla con este requisito. Ahora bien, se debe señalar que una cosa es el nivel de representatividad o los indicadores para fijarla (acreditación) y otra como probarla. Las carencias legislativas, en este sentido, son manifiestas respecto a la comprobación de la representatividad porque el sistema descansa en la documentación probatoria de las propias asociaciones²⁴.

Hay que indicar, por tanto, que no se tendrá en cuenta que existan empresas sin trabajadores asalariados afiliadas o asociadas a la asociación empresarial que corresponda. Lo importante a la hora de medir la representatividad, para que esta sea real, es que las empresas que van a ser computadas sean las que efectivamente tengan trabajadores

22. Ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1992, de 8 de abril los puso de manifiesto concluyendo que: “*se carece de un sistema de medición seguro de los porcentajes, relativos a empresas y trabajadores*” (fdto. Jco.4°).

23. Deficiencia puesta de manifiesto, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2001 (RJ 2001/2065).

24. De hecho, pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002/3812) que habiendo pedido información acerca del número de empresas de las Asociaciones en litigio la Dirección General de Trabajo comunica en escrito de 6 de junio de 2000 que carece “de datos sobre las empresas asociadas y trabajadores al servicio de las mismas y que, por tanto, habrán de ser las propias Asociaciones o la Tesorería General de la Seguridad Social las que proporcionen la información solicitada”. Estas carencias legislativas también se critican en la Sentencia del mismo Tribunal de 14 de febrero de 1996 (RJ 1996/1017).

por cuenta ajena. No se puede olvidar en ningún caso que la implantación juega con el “plus” del número de trabajadores y si la efectividad de ese indicador provoca ya no pocos problemas aún más si se rompiera con la medida real en el caso de que se contara con empresas en las que no existe prestación por cuenta ajena.

Esta situación insatisfactoria, se agudiza en el momento de demostrar que una asociación es representativa, por cuanto que los datos necesarios que deben aportarse para dar luz afectan muy directamente a la autonomía e independencia de la asociación²⁵. Son informaciones que implican muy directamente datos de la vida privada de la organización empresarial y que además es ésta, con las matizaciones que posteriormente se señalarán, la que los debe aportar como medio instrumental para acreditar cuáles son las empresas que forman parte de la misma. Junto con ello, hay que confiar, como si se tratase de un acto de fe, en que la información que aporte la organización empresarial responde a la realidad. Hay que tener en cuenta que los documentos que acreditan dicha representatividad son documentos privados acerca de la afiliación de las empresas asociadas, y que no está determinado en qué momento se realiza el cómputo para la medición y el grado de actualización de la información que se aporte.

Todas estas apreciaciones vienen de nuevo a reflejar que nuestro ordenamiento no posee instrumentos determinantes y precisos para verificar la legitimidad –representatividad- empresarial y, es por ello, que el juzgador debe guiarse, cuando se plantea la controversia, por valorar razonablemente los datos aportados²⁶. En todo caso, varios son los métodos a través de los cuáles se puede obtener el número, listado y singularización real y efectiva de las empresas representadas por la asociación empresarial de que se trate. Entre estos se podrían tener en cuenta, *documentos y certificaciones* aportados por la propia organización, de naturaleza declarativa de la identidad y del número de empresas que forman parte de ella. Desde luego esta declaración se convierte en una presunción de representatividad o de reflejo de la notoriedad que tiene la asociación en la sociedad. Ahora bien estas certificaciones de identidad pierden totalmente su carga probatoria cuando surja un conflicto, momento en que es razonable que no se conceda carácter probatorio a aquellos documentos que se convierten en “auto-declaraciones” de representatividad²⁷.

25. Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993 (RJ 1993/6889) donde se establece que: “El dato de la afiliación a una organización empresarial no es un dato público y se trata incluso de un dato variable en atención al carácter voluntario de las decisiones de afiliación”.

26. Ver Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9308); de 27 de febrero de 1996 (RJ 1996/1510) y 25 de enero de 2001 (RJ 2001/2065).

27. La Sentencia de Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1999 (RJ 1999/2917) declara la carencia de valor probatorio a las certificaciones internas de las Asociaciones empresariales donde demuestran su naturaleza representativa; según la Sentencia, la censura jurídica que se debe realizar al valor probatorio de estos documentos es razonable teniendo en cuenta quien los certifica.

Otros tipos de documentos que podrían acompañar a los anteriormente mencionados y que proyectarían de forma más fehaciente la realidad social de la organización empresarial, serían aquellos en los que, de forma individualizada y cercana en la fecha al momento de acreditar la representatividad, las empresas asociadas manifestaran la voluntad inequívoca de pertenecer a la asociación y querer seguir perteneciendo. A ellos se añadirían otros como los boletines de cotización o afiliación donde se establezcan el pago de las cuotas correspondientes al curso del año donde se pretenda acreditar dicha representatividad. De tal manera que, a partir del momento de la fecha del justificante de pago, se presuma la afiliación. No debe existir dificultad alguna para aportar todos aquellos documentos que de forma objetiva, clara, suficiente y razonable prueben la pertenencia a una determinada organización empresarial e incluso, también, aportar aquellos que certifiquen que no se pertenece a dos organizaciones u asociaciones al mismo tiempo; hecho que debe prohibirse en tanto que supondría una doble representación de la empresa, lo que implicaría en términos de representatividad que se estarían computando unas asociaciones de forma múltiple en detrimento de las que sólo admiten una única afiliación.

Estos datos documentales pueden venir acompañados por la circunstancia de que los interlocutores sociales se reconozcan como tales, de hecho y desde la propia norma estatutaria. Baste a modo de ejemplo lo establecido en el 87.1 del ET, se da relevancia legal a ese reconocimiento mutuo que tiene como siguiente eslabón en la cadena el reconocimiento de la representatividad. Ciertamente, no se puede alegar que si no existe reconocimiento mutuo la organización correspondiente carezca de representatividad. O al contrario, que el reconocimiento mutuo presuma la representatividad de la asociación empresarial correspondiente. Desde luego, no puede negarse lo que suficientemente se prueba y no debe ser discutido a partir de ese dato. Ahora bien, ese reconocimiento mutuo evita, en principio, controversias y despeja dudas sobre la representatividad de las organizaciones.

La primera crítica que se puede realizar a lo anteriormente expuesto radica en que ese reconocimiento se basa fundamentalmente en la voluntad única y exclusiva de los que deben reconocerse mutuamente su representatividad y, puede ocurrir que basándose en los intereses sectoriales de cada una de las organizaciones sindicales o empresariales y, en última instancia administrativas, se reconozca representatividad a una u otra representación empresarial desnaturalizando la presencia social de aquellas otras que pretenden participar de la representatividad. Obviamente, debe considerarse irrelevante, en estos casos de controversia directa, la trascendencia del reconocimiento de las partes²⁸.

28. Así se ha manifestado la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1996 (RJ 1996/1016) y de 14 de abril de 2000 (RJ 2000/8191).

Ello no quiere decir que se le reste valor a este barómetro social de representatividad²⁹.

Finalmente, quedaría como posibilidad de medición la *notoriedad*. Decíamos en la primera parte de este trabajo que la realidad social debe tener una proyección jurídica y que el concepto de representatividad social de los empresarios no siempre es coincidente con el de la representatividad legal. Estas discordancias provocan, inevitablemente, en el ámbito de las relaciones laborales, disfuncionalidades en la delimitación de cuáles son las asociaciones representativas en los distintos órdenes de actuación. Si al mismo tiempo los indicadores legales no adecuan ambas realidades, la social y la jurídica, el resultado es, desde el punto de vista laboral, negativo. Por ello hay que buscar otras alternativas que coadyuven a determinar fehacientemente los interlocutores empresariales más adecuados. De este modo, junto con los indicadores legales y teniendo en cuenta el desarrollo democrático del sistema de relaciones laborales en nuestro país, parece innecesario poner en duda la presencia de algunas organizaciones empresariales cuya notoriedad está acreditada. Consecuentemente *notoriedad* debe ser un sinónimo de presunción de representatividad suficiente en tanto que se utilizarán los criterios de medición normativos y aquéllos datos externos que visualizan a una entidad cuyas actividades demuestran, en lo laboral, un apoyo y seguimiento mayoritario de las empresas del sector o sectores que representan. Capacidad que, a su vez, se materializa en una influencia real como interlocutores habituales de las organizaciones sindicales, participación institucional con reconocimiento de los poderes públicos, intervención en procesos anteriores de negociación colectiva, en fin, con un funcionamiento real de organización con poder social. Esta valoración conjunta de criterios no puede ser utilizada configurando una presunción *iuris et de iure*, pero sí que colocan a la asociación empresarial en una posición destacada y, si no es discutido ningún déficit de representatividad, puede funcionar suficientemente para lograr acceder a la facultad que se pretenda.

b) El número de trabajadores que prestan servicios en las empresas asociadas a una organización empresarial.

29. De hecho nuestra jurisprudencia, hasta hoy, viene presumiendo la representatividad “suficiente” a aquellas asociaciones empresariales que ha recibido el reconocimiento como interlocutores sociales. Este reconocimiento presunto según el Tribunal Supremo “es 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 en la ley”. Aún más si después está sometido a un control de legalidad administrativa y judicial. La más reciente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002/3812).

Se ha señalado que el criterio de *implantación* se compone de un segundo indicador, como fórmula para hallar la representatividad: el porcentaje de trabajadores que presten servicios en las empresas afiliadas a una asociación empresarial. Así, este segundo indicador de medida intenta configurar una representatividad más real de la organización. Como ya se apuntó en otro momento, estos porcentajes varían dependiendo de las competencias a las que se intente acceder y a su vez, dentro de ellas, dependiendo del ámbito geográfico donde se pretenda adquirir dicha representatividad. De esta forma, el art. 87 del ET, y en lo que se refiere a la negociación colectiva supraempresarial, exige que la asociación empresarial demuestre su implantación asociativa y al menos que las empresas que forman parte de ella ocupen el 10 por ciento de los trabajadores afectados. La DA 6ª del ET, para la representación institucional y cesión del uso de bienes inmuebles públicos, establece que para reconocer la mayor representatividad en el nivel estatal las empresas deben ocupar el 10 por ciento de los trabajadores en ese nivel; y en el supuesto de que la representatividad que se pretenda sea en el nivel de Comunidad Autónoma se exige un porcentaje que se eleva al 15 por ciento. Por tanto, al dato inicial de conocer con exactitud el número de empresas con trabajadores a su servicio habrá que añadir el número de trabajadores contratados en el ámbito concreto, nacional o autonómico, por todas esas empresas; es decir, la cantidad total de empresas y trabajadores. Una vez que se conoce el quantum numérico global se estará en disposición de valorar singularmente la representatividad de la asociación.

Las cuestiones que se suscitan, siendo esta la regulación legal, son, en primer lugar, qué trabajadores se computan y, en segundo lugar cómo se prueba la plantilla de cada una de las empresas que pertenecen a la asociación que pretende el reconocimiento de su mayor representatividad. La primera cuestión debe ser resuelta diciendo que se debe calcular contando todos los trabajadores por cuenta ajena, independientemente de la modalidad contractual que tengan y que presten servicios en las distintas empresas. En este sentido, se puede decir que, incluso, sería posible la contabilización de autónomos sin trabajadores a cargo cuando estos presten servicios de forma más o menos permanente en una empresa (Trabajadores autónomos económicamente dependientes). Sobre todo si trata de la materia de negociación colectiva. No se quiere caer en la contradicción con esta puntualización que no está exenta de problemas. Por ello, hay que indicar que ese cómputo debería tenerse en cuenta solamente para algunas de las atribuciones que la norma otorga. En todo caso, de nuevo se plantearía la cuestión de probar que esos autónomos no cuentan con trabajadores a cargo. Además es una difícil cuestión a resolver por cuanto que el enlace jurídico que une al trabajador por cuenta propia y al empresario suelen ser figuras contractuales civiles o mercantiles, entre otros, arrendamientos de servicios u obra etc. de complicado control por entrar dentro de la esfera privada de los particulares. Ciertamente es que el problema se eliminaría si, como ya se dijo, junto con los indicadores generales la norma contemplara algún otro dato más que realmente reflejara la realidad social de la organización que sea (Rubio de Medina, M.D.2010, 163 y ss). No obstante, como esta previsión legislativa no se contempla, el estudio debe centrarse en lo establecido que se refiere a los trabajadores por cuenta ajena.

La segunda cuestión, la prueba de la plantilla de trabajadores, es un dato que no plantea mayores problemas porque éstos pueden obtenerse a través de medios públicos y oficiales como por ejemplo las certificaciones de la Tesorería de la Seguridad Social, los censos de población activa y de empresas del Instituto Nacional de Estadística, datos del Registro mercantil o listados de empresas que pueda ofrecer la Agencia Tributaria, los datos que puede ofrecer los Servicios Públicos de Empleo etc. Como puede comprobarse se puede constatar con relativa facilidad, y dejando aparte toda la problemática de la economía sumergida, a través de estos certificados que ofrecen garantías suficientes de fiabilidad, precisión y objetividad y, quizás la única objeción que se puede realizar, es que carezcan de la actualización suficiente³⁰. Por ello, se manifiesta como imprescindible el esfuerzo de los poderes públicos en mantener actualizados los censos y listados de empresas y de número de trabajadores que correspondería fundamentalmente y cumpliendo exactamente el mandato de la DF 2ª del ET³¹.

Finalmente, debemos subrayar que los medios que ofrece el ordenamiento jurídico son insuficientes y ello provoca la necesidad de buscar otras formas de medición que junto con las legalmente establecidas nos indiquen de forma más real y cierta la representatividad empresarial. En efecto, la implantación, que es el indicador más importante, plantea, como se ha comprobado, numerosos problemas en relación con el número de empresas asociadas, desde luego, más que el criterio del número de trabajadores. La cuestión se complica cuando se producen las conexiones mutuas entre ambos y el operador jurídico se encuentra, desde la perspectiva normativa, sin más elementos que valorar, para dilucidar la representatividad, que los datos aportados por la asociación que se mida. Pero aquí no acaba el problema sino que, además de la carencia de otros criterios más cercanos a la realidad social, que más o menos se pueden soslayar a través del reconocimiento y de la notoriedad de las asociaciones empresariales, se tropieza con un nuevo obstáculo que es la falta de mecanismos públicos de control de la representatividad.

30. Dan testimonio de la validez de estas certificaciones y comprobaciones, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9308); de 27 de febrero de 1996 (RJ 1996/1510) y de 15 de marzo de 1999 (RJ 1999/2917).

31. La Disposición Final segunda dispone que: El Gobierno, previas las consultas que considere oportunas a las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales, dictará las normas necesarias para la aplicación del título II en aquellas empresas pertenecientes a sectores de actividad en las que sea relevante el número de trabajadores no fijos o el de trabajadores menores de dieciocho años, así como a los colectivos en los que, por la naturaleza de sus actividades, se ocasione una movilidad permanente, una acusada dispersión o unos desplazamientos de localidad, ligados al ejercicio normal de sus actividades, y en los que concurren otras circunstancias que hagan aconsejable su inclusión en el ámbito de aplicación del título II citado. En todo caso, dichas normas respetarán el contenido básico de esos procedimientos de representación en la empresa”.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV. (Coord. Fernández Sanchidrián, J.C. y Hernández Sánchez, A.) *Diccionario de Sociología en la empresa y de las relaciones laborales*. Lex Nova, Valladolid, 2000.
- AAVV. “Comentarios a la Constitución Española” (coord.. Fernando Garrido Falla). Cívitas, Madrid, 2001
- ARNAUD ANDRÉ-JEAN Y FARIÑAS DULCE, M. J. “Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico”. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, pág. 274
- BILBAO UBILLOS, J. M. “Libertad de Asociación y Derecho de los socios”. Univ. de Valladolid (Publicaciones), 1997, pág. 127.
- CAIROS BARRETO, D.M. “La representatividad y la mayor representatividad de las Asociaciones Empresariales” Civitas. Revista española de derecho del trabajo . 118/2003, págs. 583-622.
- CALVO GALLEGO, F. J. Y DE SOTO RIOJA, S. “Los colegios profesionales como asociaciones empresariales”. *Actualidad Laboral*, 20/1998.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. “El poder irrevocable”, Bosch, Barcelona, 1998.
- 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 (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1992 de 8 de abril)”. *REDT*, 58/1993, pág. 238.
- DAHRENDORF, R. “Sociedad y libertad”. Tecnos, Madrid , 1966
- DE CASTRO Y BRAVO, F. “Temas de Derecho Civil”. Instituto de Ciencias Jurídicas, Madrid, 1972
- DEL REY GUANTER, S. “Las asociaciones empresariales en el sistema de relaciones laborales: una aproximación inicial”. *Revista de Política Social*, 137/1983, pág. 310.
- DEL REY GUANTER, S. y GARCIA MURCIA, J. “Naturaleza “sindical” y representatividad de las organizaciones agrarias”. *Relaciones laborales*, 10/1985, pág. 459.
- DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*. Técnos Madrid, vol. I, 2001.
- DÍEZ-PICAZO L “La representación en el Derecho privado”, Cívitas, Madrid 1979.
- ESTEVE SEGARRA, A. “Las asociaciones empresariales : régimen jurídico y representatividad” 2003, Aranzadi, Pamplona
- FARIÑAS DULCE, M. J. “La sociología del Derecho de Max Weber”. Cívitas, Madrid, 1991
- GARCÍA COTARELO, R. “Del Estado del Bienestar al Estado del malestar”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- GARCÍA FEMENÍA, A.M. “El asociacionismo empresarial en España”. Institutos de Estudios Económicos, Madrid, 2002.
- GARCÍA - PERROTE ESCARTÍN, I. “La Reforma de la Negociación Colectiva en España (El Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de Junio, de Medidas Urgentes)”. *Derecho & Sociedad*, 37/2011, págs. 59-70.
- MARTÍNEZ, R. y PARDO AVELLANEDA, R. “El asociacionismo empresarial español en la Transición”. *PEE*, 22/1985.
- MORALES NAVARRO, J. “Sociología de las relaciones industriales”. Trotta, Madrid, 1995.
- NAVARRO NIETO, F. “La acción colectiva de los empresarios en las relaciones laborales: características organizativas y problemática jurídica” en AAVV. *EL empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Coord. Miguel Rodríguez-Piñero- Royo. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 227.
- PANTALEÓN PRIETO, F. “Asociación y Sociedad. (A propósito de una errata del Código Civil)”. *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, fasc. I/1993.
- PERULLI Y CATTINO. “la organizzazioni di rappresentanza imprenditoriale: verso uno sperimentalismo istituzionale”. *Stato e Mercato*, 50/1997, págs. 219 y ss.
- PORTUONDO VÉLEZ, A. L. y RODRÍGUEZ PÉREZ, A. “Dirección y Organización: la decisión en la empresa, implicación, algo más que participación, el camino hacia la modernidad en la dirección empresarial”. Instituto Superior Politécnico, D.L., La Habana, 1992.
- RUBIO DE MEDINA, M. D. “Asociaciones empresariales, sindicatos, asociaciones profesionales del trabajo autónomo y el derecho de asociación de los extranjeros”. *Temas Laborales*, 105/2010, págs. 163-180.
- RUIZ- RICO RUIZ, J.M. “La representación en interés del representante”. Instituto de Ciencias Jurídicas, Santander, 1985.
- SOLA LATRE, M.A. “Concertación social y otras formas de neocorporativismo en España y en la Unión Europea”. Tecnos, Madrid, 1995.
- SOTO CARMONA, A. “De la representación a la Organización patronal (1975-1977)”. *Nueva Epoca*, 24/95, págs. 99 y ss.
- WEBER, M. “Economía y sociedad”. FCE, México, 1969.