

Reproducido en [www.relats.org](http://www.relats.org)

## **CONSTITUCIÓN, CONFIGURACIÓN Y REGISTRO DE LOS SINDICATOS EN AMÉRICA LATINA: EL REINO ESPURIO DE LA LEY**

**Alfredo Villavicencio Ríos<sup>1</sup>**

**Publicado en El derecho a la negociación colectiva. Liber Amicorum  
Profesor Antonio Ojeda Avilés. Monografías de temas laborales. Consejo  
Andaluz de Relaciones Laborales, 2014**

### **1. La autonomía como premisa**

Debo iniciar este trabajo señalando que tengo por Antonio Ojeda Avilés la mayor admiración académica y personal, y unas enormes gratitud y satisfacción por haberme permitido crecer bajo su amparo, razones más que valederas para sumarme gozoso a este tan merecido homenaje.

Hablar del surgimiento y de la configuración de los sindicatos nos ubica en el reino de la autodeterminación, entendido como una esfera autárquica, no interferida, a partir del cual un colectivo laboral da origen a un sujeto colectivo destinado a defender sus intereses, y lo configura en un entorno de máxima libertad, con explícita prohibición al Estado u otros sujetos de cualquier intervención dirigida a limitar el derecho o entorpecer su ejercicio. Por ello, Ojeda señala, de manera tan sucinta como precisa, que a nivel colectivo, se reconoce la libertad del nuevo ente para autoorganizarse sin injerencias externas<sup>2</sup>. Se trata de sujetos de especial importancia porque tienen un papel decisivo en los procesos de producción y distribución de la riqueza y también de asignación y ejercicio de poder. Son puntales básicos de una sociedad pluralista y democrática, razones más que suficientes para defender su independencia frente al Estado y a los empleadores y generar el contexto en el que se pueda expresar su voz muy claramente y con la mayor autenticidad.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, profesor y Director del Doctorado en Derecho y de la Maestría en Relaciones Laborales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>2</sup> OJEDA AVILÉS, Antonio, Derecho Sindical, Editorial Tecnos, Madrid, 2003, página 149.

En este contexto, el rol del Estado frente al surgimiento y configuración de los sindicatos, así como frente a su actuación (tema que por razones de espacio no podemos abordar en esta breve reflexión) debe ser el de garantizar un espacio de autarquía estableciendo el marco adecuado para que las diversas categorías de trabajadores puedan constituir las organizaciones que estimen convenientes, dándoles la fisonomía, estructura y funcionamiento que libremente consideren. Las reglas fundamentales en estos terrenos se encuentran establecidas en el Convenio 87 de la OIT, por lo que vamos a hacer continua referencia a ellas y a la interpretación de sus alcances llevada a cabo por el Comité de Libertad Sindical (CLS) y la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), debiendo resaltar que en muchos países este Convenio forma parte del bloque de constitucionalidad (Argentina, Colombia, Costa Rica o Perú), con lo que su fuerza normativa es máxima.

En este contexto, debemos advertir que los países latinoamericanos, con la honrosa excepción de Uruguay, manejan una lógica invertida respecto del Convenio 87 y de las disposiciones constitucionales de garantía. Es decir, por regla general intervienen donde no deben y con un sentido contrario al mandado, pues nuestros Estados han visto al sindicato como un sujeto bajo sospecha, al que hay que delimitarle muy claramente el estrecho campo en el que puede moverse, generando un modelo de relaciones laborales fuertemente intervenido con un claro signo restrictivo: son muchas normas limitativas en las esferas de autonomía y muy pocas en las de tutela<sup>3</sup>. Bajo estas premisas, veamos a continuación los ámbitos de titularidad, tipología sindical, personería jurídica y autonomía sindical.

## **2. Titularidad universal bajo mínimos**

La titularidad de la libertad sindical resulta la más amplia posible en la medida en que el artículo 2 del Convenio 87 lo reconoce a los trabajadores «sin ninguna distinción», lo que significa que se reconoce el derecho a todos los trabajadores, con la sola excepción planteada por el artículo 9, que permite que los estados determinen el nivel de aplicación del Convenio a los miembros de las fuerzas armadas y policiales. En América Latina la cuestión no es así, puesto que hay regulaciones nacionales que excluyen a magistrados, fiscales, defensores públicos, personal de dirección o de confianza, aprendices, migrantes, trabajadores del sector informal, autónomos, entre otros. El tema más delicado se

---

<sup>3</sup> Sobre el modelo latinoamericano de marcada impronta intervencionista y restrictiva puede verse, ERMIDA URIARTE, Oscar, “La intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas”, en Revista Nueva Sociedad, 120, 1933, páginas 29 a 34.

presenta cuando son las normas constitucionales las que amplían el rango de las exclusiones, como sucede en Venezuela, Honduras o Perú, pero allí tenemos argumentos de Derecho Internacional y de Derecho Constitucional que conducen a entender la primacía del Convenio 87: de un lado, el juego combinado de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, que disponen, como no podría ser de otra manera, el cumplimiento de buena fe de los tratados que ratifican los Estados, sin poder recurrir a normas internas para justificar su inobservancia, y, de otro lado, porque las reglas de interpretación de los derechos (comenzando por el principio pro-persona) conducen a darles la máxima amplitud y la mínima restricción, con lo que cae por su propio peso un principio muy laboral, que es el de preferir la norma más favorable. Finalmente, también hay constituciones como las de Colombia o Perú que tienen la cláusula de interpretación del alcance de los derechos de conformidad con los tratados, tomada de la Constitución Española, que ha sido utilizada por la Corte Constitucional colombiana justamente para eliminar restricciones constitucionales que afectaban al tratamiento internacional de un derecho.

De lo dicho, se puede concluir que la regla general es que todos los trabajadores son titulares del derecho y que esta dimensión universal “debía considerarse un principio general cuya única excepción autorizada es la prevista en el párrafo 1 del artículo 9” como lo reconoce la CEACR<sup>4</sup>, es decir, que las únicas categorías que pueden ser excluidas son los miembros de las fuerzas armadas y policiales, de allí que cualquier intento legal de ampliar estas restricciones carece totalmente de validez jurídica. Ni qué decir, entonces, de las exclusiones legales de los trabajadores agrícolas (Bolivia), públicos, de explotaciones agrícolas o ganaderas con menos de 10 asalariados (Honduras), servidores públicos que no son de carrera y los de libre nombramiento (Panamá), magistrados o de los trabajadores de modalidades formativas (Perú) establecidos en Bolivia, Honduras, Panamá, Chile o Perú.

Además de las normas que establecen exclusiones directas de ciertas categorías de trabajadores, el Estado constriñe la titularidad de la libertad sindical a través de las normas que establecen los requisitos necesarios para poder crear la organización. El listado es diverso y ha merecido numerosos pronunciamientos de los órganos de control de la OIT. Así, por ejemplo, las exigencias legales de tener relación laboral vigente o haber superado el período de prueba, ser trabajador

---

<sup>4</sup> OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, “Estudio General Sobre los Convenios Fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia Social para una globalización equitativa, 2008”, Ginebra, 2012, página 23, párrafo 63

estable o no estar afiliado a otro sindicato, han sido cuestionadas por tales órganos en cada ocasión que han sido vistas.

En este campo, tiene la máxima relevancia el requisito de un número mínimo de adherentes para crear una organización sindical. Las exigencias van desde los 8 trabajadores de Chile hasta 40 en Panamá, a nivel de empresa, pero llega hasta los 300 en Paraguay si se quiere constituir un sindicato de rama de industria, siendo que la mayoría de países se ubica en el rango que va entre 20 y 30 para la constitución de un sindicato de empresa. Si combinamos este requisito con dos datos relevantes -el 78% de los trabajadores ocupados en la actividad privada de la región presta servicios en empresas con menos de 20 trabajadores; y, las leyes han impuesto la negociación colectiva a nivel de empresa- tendremos como resultado que de un solo golpe, 8 de cada 10 trabajadores latinoamericanos queda en la realidad fuera de la posibilidad de ejercer su derecho de libertad sindical<sup>5</sup>.

A esta conclusión se la podría cuestionar indicando que quienes presten servicios en pequeñas empresas podrían constituir una organización supraempresarial, con lo que formalmente no habría afectación porque esta posibilidad está abierta en muchos de nuestros regímenes legales. No obstante, la situación es otra, y aquí vuelve a hacer su aparición el elemento dinámico o de actividad de la libertad sindical, que nos lleva en muchas ocasiones a salir del ámbito organizacional para tener una apreciación cabal del tema. Resulta que en América Latina, con la excepción de Argentina, Brasil y Uruguay, la única negociación colectiva que tiene amparo legal es la que se lleva a nivel de empresa, y en consecuencia las organizaciones supraempresariales no tienen derecho de huelga. Bajo tales reglas, la creación de una organización que tiene mutiladas sus posibilidades de actuación más esenciales carece del más mínimo interés y, por tanto, opera la tremenda reducción de la titularidad de la libertad sindical que plantea la imposición de un número mínimo de afiliados. Y la solución no pasa por reducir el número mínimo y punto. Esto ha sucedido en países como Chile que ya está en 8 trabajadores y, como se sabe, el problema continúa, porque la atomización excesiva de la tutela colectiva sólo favorece al estatus quo. Por ello, la crítica fundamental no se centra en el número mínimo como un tema formal únicamente, sino que va de la mano del otorgamiento del monopolio negocial y del conflicto con cobertura legal al ámbito empresarial.

La conjunción de todos estos elementos es la que tiene los resultados tan negativos, por lo que la solución pasa por tocar los tres engranajes del complejo

---

<sup>5</sup> Como demuestra FUERTES, Luis, "Las dos fases del proyecto sobre autoreforma sindical", VVAA, Procesos de autoreforma sindical en las Américas en 2010-2011, CSA-GTAS/OIT, Sao Paulo, Brasil, 2012, página 13.

mecanismo de tutela colectiva cambiando el paradigma de las relaciones colectivas al nivel interempresas, para que como sucede en Argentina, Brasil y Uruguay, podamos tener una tutela colectiva amplia y poderosa. Este tema ya nos comienza a introducir en temas estructurales que se ven a continuación.

### **3. Tipología sindical amplia y plural formalmente aunque super condicionada (y descentralizada) vía estructura negocial**

Uno de los temas clave de la dimensión orgánica es la determinación del tipo de sindicato que se puede constituir. Al respecto, hemos de señalar que esta facultad tiene una enorme amplitud, ya que el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT establece que los trabajadores tienen el derecho de constituir “las organizaciones que estimen convenientes”, es decir, cualquiera: de obreros o empleados, del sector público o privado, de una empresa o una rama de actividad, de distintas empresas o ramas de actividad, conjuntamente o por separado, a nivel local, provincial, regional o nacional, etc. Por tanto, podemos concluir con facilidad que en este terreno la intervención del Estado está restringida como máximo al establecimiento de listados abiertos o ejemplificativos alrededor de los tipos de sindicatos más comunes, invalidándose cualquier intento de determinar legalmente la estructura sindical.

Si bien el universo organizativo es prácticamente inagotable, en la realidad, la agregación y defensa de intereses que subyace a la forma sindical ha llevado a que los ejes a partir de los cuales se organizan los trabajadores sean: la empresa, el funcional (profesional o sectorial) y el territorial. Así sucede en las distintas tipificaciones legales en América Latina, en donde lo común es la referencia tipológica a la empresa, el sector y la categoría o profesión, lo que debe entenderse como una intervención meramente indicativa, ya que de otro modo su validez estaría en cuestión. Y los efectos de tal universalidad no se quedan en la elección del tipo de sindicato, sino que incluyen la posibilidad de que en un ámbito determinado pueda crearse más de una organización. Ello ha dado lugar al surgimiento de tres categorías: unicidad, unidad y pluralidad sindical. *Unicidad sindical*, cuando el Estado ha impuesto la constitución de una sola organización sindical en cada ámbito. *Unidad sindical*, y *pluralidad sindical*, cuando se da la posibilidad real de constituir una o más de una organización sindical en cada ámbito. Desde el punto de vista jurídico se puede afirmar sintéticamente, que *la unicidad sindical está proscrita, la unidad es deseable y la pluralidad ha de ser posible*.

En América Latina hemos tenido y tenemos todavía diversos regímenes de unicidad sindical, cuyas expresiones más paradigmáticas las encontramos en

Brasil, Bolivia, Guatemala, Honduras y Argentina). En los casos de Bolivia (artículo 103 de la Ley General del Trabajo) o Guatemala (artículo 215 c del Código de Trabajo), la ley impone como requisito para constituir un sindicato de industria que éste agrupe al menos al 50% de los trabajadores, con lo que sólo se puede constituir uno. En tanto que el caso de Honduras (artículo 472 del Código de Trabajo) es todavía más atípico puesto que la norma dispone que “dentro de una misma empresa, institución o establecimiento no pueden coexistir dos (2) o más sindicatos de empresa o de base de trabajadores; y si por cualquier motivo llegaren a coexistir, subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir el personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión”. En el supuesto argentino, el mecanismo es más sofisticado pero tiene al final de cuentas los mismos efectos: otorgamiento de personería gremial al sindicato mayoritario, lo que afecta medularmente al resto porque de ella se derivan de manera exclusiva prácticamente «todas las facultades relevantes que son propias de la condición sindical», para decirlo en los términos de Goldín<sup>6</sup>. El poder judicial argentino está produciendo un cambio significativo en este tema.

Finalmente, en este campo hay dos temas muy relevantes, el primero está referido al hecho de que el establecimiento legal de “unidades apropiadas de negociación colectiva” influye de manera determinante en la estructura sindical, de modo que si el Estado impone el nivel de empresa, tendremos un predominio de los sindicatos correlativos, y lo mismo sucede cuando se impone una negociación sectorial o por categoría. Es muy difícil encontrar un incentivo mayor para organizarse que la posibilidad real y efectiva de pactar colectivamente las condiciones de trabajo, por lo que los sindicatos sectoriales o supraempresariales son escasos en la América Latina que, con la excepción de Argentina, Brasil y Uruguay, tiene establecidas legalmente estructuras negociales de empresa. Por tanto, nuestros legisladores sabían que podían ser generosos en el tipo de sindicatos a constituir y absolutamente cerrados en la definición de la unidad negocial (la empresa), pues la estructura negocial legalmente establecida determina la estructura sindical. No vamos a abundar en este tema, pero no podemos dejar de apuntarlo, porque tiene consecuencias gravitantes en el ámbito fundacional o constitutivo.

El otro tema, tiene que ver con el impacto y los retos que está planteando el paradigma actual de descentralización productiva a las relaciones colectivas que ya se mencionó. En este terreno, debemos señalar que la cobertura del artículo 2 del Convenio 87 resulta suficientemente amplia como para que la respuesta organizativa pueda ser dada, en la medida en que se pueden constituir las

---

<sup>6</sup> GOLDIN, Adrián, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el régimen sindical argentino”, en Revista internacional del Trabajo, 2009, página 182.

organizaciones que se estime convenientes, de varias contratas, conjuntamente con la principal, incluyendo a autónomos o parasubordinados que participan de la cadena productiva, etc. Empero, esta respuesta resulta insuficiente, por lo que en aquellos casos de vinculación comercial permanente y continua, las respuestas estatales pueden articularse, como señala Sanguinetti<sup>7</sup>, en torno a: i) La recomposición de la noción de empleador; y ii) la reconstrucción sistemática de las instituciones básicas del Derecho del Trabajo.

Para ello, hay que dejar de lado los principios de personalidad jurídica y contractualismo bilateral con la finalidad de incorporar en la noción de empleador a todos aquellos que materialmente organizan y se benefician de la prestación de servicios del trabajador. Hay que hacer coincidir nuevamente las nociones de empleador y empresa, adecuando la primera a la titularidad de la organización productiva en la que la prestación del trabajador se inserta. Esto nos conduce necesariamente a un ámbito supraempresarial en el que incluso cabría la articulación de otros niveles de negociación simultáneos dependiendo de la materia, lo que permitiría tomar en cuenta todos los intereses en juego, de la contratista, principal, y los trabajadores involucrados. Aquí, siguiendo a Supiot<sup>8</sup>, se requiere una explícita intervención estatal que posibilite que la tutela colectiva se acople a la compleja estructura institucional que adopta el empleador. Y este no es un tema baladí, puesto que está en juego nada menos que un contrapeso básico del Estado Social de Derecho.

#### **4. El plano formal: registro sindical y personería jurídica con problemas**

La intervención del Estado en el campo de las formas viene especialmente tratada en el artículo 2 del Convenio 87 cuando dispone que los trabajadores pueden constituir sus organizaciones «sin autorización previa del Estado»; lo que se traduce en un expreso reconocimiento de que no es posible subordinar la constitución de los sindicatos al poder discrecional del Estado. No obstante, hemos de reconocer que este distanciamiento del Estado no significa que no se pueda exigir una serie de formalidades con fines de publicidad, verificación de la identidad del grupo y protección de terceros; aunque sí importa, como correlato, que tales procedimientos no introduzcan directa, indirecta o transversalmente tal autorización. Al respecto, la Comisión de Expertos afirma que “si bien el reconocimiento oficial, a través del registro legal, es un aspecto relevante del derecho de sindicación, dado que es la primera medida que deben adoptar las

---

<sup>7</sup> SANGUINETI, Wilfredo, “Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del Trabajo”, en Derecho del trabajo: tendencias contemporáneas, Lima, Grijley, 2013, páginas 234 y siguientes.

<sup>8</sup> SUPIOT, Alain, “Revisiter les droits d'action collective”, en Droit Social, 2001, páginas 690 y siguientes.

organizaciones de trabajadores y de empleadores para desempeñar sus funciones eficazmente, el ejercicio de actividades sindicales legítimas no debe depender de la inscripción en el registro”<sup>9</sup>.

En los países de América Latina, con la excepción de Uruguay, la legislación ha impuesto el registro de los sindicatos a los efectos de la obtención de la personalidad jurídica, radicando el procedimiento en la autoridad administrativa de trabajo y exigiendo que se presenten el acta de constitución, la nómina de afiliados y los estatutos de la organización. Además, en varios países se exige una certificación de fe pública del acto de constitución (Chile, Perú), debiendo resaltarse que se ha avanzado mucho en el diseño de registros prácticamente automáticos, que han ido pasando los controles de la OIT salvo en los casos de Guatemala -cuyo trámite se sigue considerando muy extenso y complejo-, El Salvador -a quien se pidió que eliminara el plazo de 6 meses para pedir un nuevo registro cuando se había denegado inicialmente la solicitud-, y Venezuela, a quien se le solicita que en el procedimiento de registro debe respetarse la confidencialidad de la información referida a la afiliación sindical “no sólo porque dicha información concierne a la vida privada de los trabajadores sino porque su divulgación podría exponerlos a eventuales represalias”<sup>10</sup>.

## **5. Autonomía sindical mínima**

El segundo gran bloque de derechos vinculados a la dimensión orgánica tiene que ver con la configuración y administración del sindicato, que debe llevarse a cabo en un ambiente de máxima autodeterminación e involucra las libertades de reglamentación, representación, gestión, federación y disolución. Para garantizar que así sea, el artículo 3 del Convenio 87 dispone de manera clara y precisa que el Estado debe abstenerse de toda intervención que tienda a limitar el derecho de libertad sindical o entorpecer su ejercicio.

De entrada debemos indicar que estamos en un ámbito de *autonomía máxima y heteronomía mínima*, reduciéndose las posibilidades válidas de intervención, de conformidad con la jurisprudencia de los órganos de control de la OIT, a la imposición del principio democrático y de reglas de transparencia en la administración, señalándose que incluso en esos casos el control tiene que ser necesariamente judicial. Por esto afirmábamos que, tratándose de esferas de amplia libertad, el sólo hecho de que el Estado regule el tema ya trae consigo el germen de una intromisión proscrita.

---

<sup>9</sup> OIT, ob. Cit.,, página 32, párrafo 83.

<sup>10</sup> OIT, ob. cit., páginas 32 y 33, párrafo 85.

Dentro de todas estas libertades, la más relevante es la de reglamentación dado que será en los estatutos donde se configure el sujeto colectivo, regulándose los temas neurálgicos en materia de ámbito de actuación y representación del sindicato, órganos, reglas electorales, procedimientos de formación de la voluntad del sindicato, régimen de adquisición y pérdida de la condición de afiliados, régimen económico, hasta las reglas de disolución del sindicato. En tal sentido, la libertad de reglamentación contiene en mucho a las demás libertades colectivas, razón por la cual se debe tener un especial cuidado en proteger la libre determinación de cada uno de los temas, quedando invalidados de saque los regímenes que imponen un modelo de estatuto.

En todas las legislaciones latinoamericanas, con la única excepción de Uruguay, se consagra el derecho de redactar libremente sus estatutos y reglamentos administrativos, pero a continuación la legislación invade en enorme medida esta potestad e impone reglas de fondo en cada materia. Resultaría inacabable el recuento de las regulaciones estatales en cada una de las cinco libertades colectivas, pero valgan algunos ejemplos para entender que aquí todos los países latinoamericanos, menos Uruguay, tenemos una asignatura pendiente de la mayor importancia. Valga como muestra elocuente que la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) de Perú le dedica al tema 40 artículos, mientras que el Código de Trabajo chileno le dedica nada menos que 90 artículos a la esfera orgánica de la libertad sindical, sin considerar a la negociación colectiva o a la huelga. Estamos muy lejos, nuevamente con la excepción de Uruguay, del respeto más elemental a las potestades de autodeterminación del sindicato. Los órganos de control de la OIT nos lo recuerdan cada año.