

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social

¿Sindicato minoritario o club de amigos?

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social

Autor:

Laura Karina Torres Soto

Asesor:

César David Ojeda Quiroz

Lima, 2022

Informe de Similitud

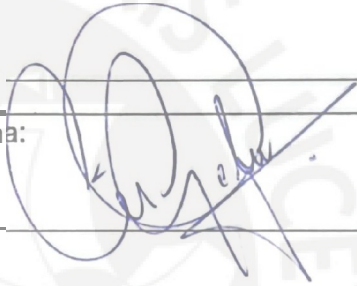
Yo, OJEDA QUIROZ, CESAR DAVID, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del trabajo académico titulado "¿Sindicato minoritario o club de amigos?", del autor Laura Karina Torres Soto, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 38%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 13/12/2022.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierte indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 14 de septiembre del 2023

OJEDA QUIROZ CESAR DAVID		
DNI: 43543042	Firma:	
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7914-5645		

RESUMEN

Este trabajo cuestiona la regulación legislativa de nuestro país respecto de la elección del sindicato más representativo (cuando tenemos más de un sindicato dentro del mismo ámbito), el mismo que –en un escenario de pluralidad sindical- sostenemos que limita el derecho a negociar colectivamente a los sindicatos minoritarios que compartan ámbito con el sindicato minoritario. Para llegar a esta conclusión comenzamos explicando el contenido esencial del derecho a la libertad sindical, el mismo que no involucra solamente la creación de organizaciones sindicales, sino también –para que este derecho tenga vida- que pueda realizar actividades como negociar colectivamente; caso contrario, estaríamos ante un club o una mera lista de trabajadores.

Consideramos, por tanto, que existe una vulneración al derecho a la igualdad de los sindicatos minoritarios pues –como están las cosas- es una facultad del sindicato mayoritario incluirlos en la mesa de negociación.

Siendo este el estado de la cuestión, se propone una lectura constitucional e incluso una modificación legislativa del artículo 9 del Texto único ordenado de la Ley de relaciones colectivas de trabajo, aprobado por el Decreto supremo 10-2003-TR. Modificación que consideramos necesario para: (i) la participación “obligatoria” de los sindicatos minoritarios, (ii) la desaparición de sindicatos de ámbito, (iii) favorecer la unidad sindical.

Palabras clave

Representación sindical, libertad sindical, igualdad, capacidad negocial, pluralismo sindical.

ABSTRACT

This paper questions the legislative regulation of our country regarding the election of the most representative union (when we have more than one union in the same company), the same one that -in a scenario of union pluralism- we maintain that limits the right to bargain collectively to minority unions that share scope with the minority union.

To reach this conclusion, we begin by explaining the essential content of the right to trade union freedom, which not only involves the creation of trade union organizations but also that it can carry out activities such as collective bargaining; otherwise, we would be before a club of friends or a mere list of workers.

Therefore, we believe that there is a violation of the right to equality of minority unions because -as things are- it is the power of the majority union to include them at the negotiating table.

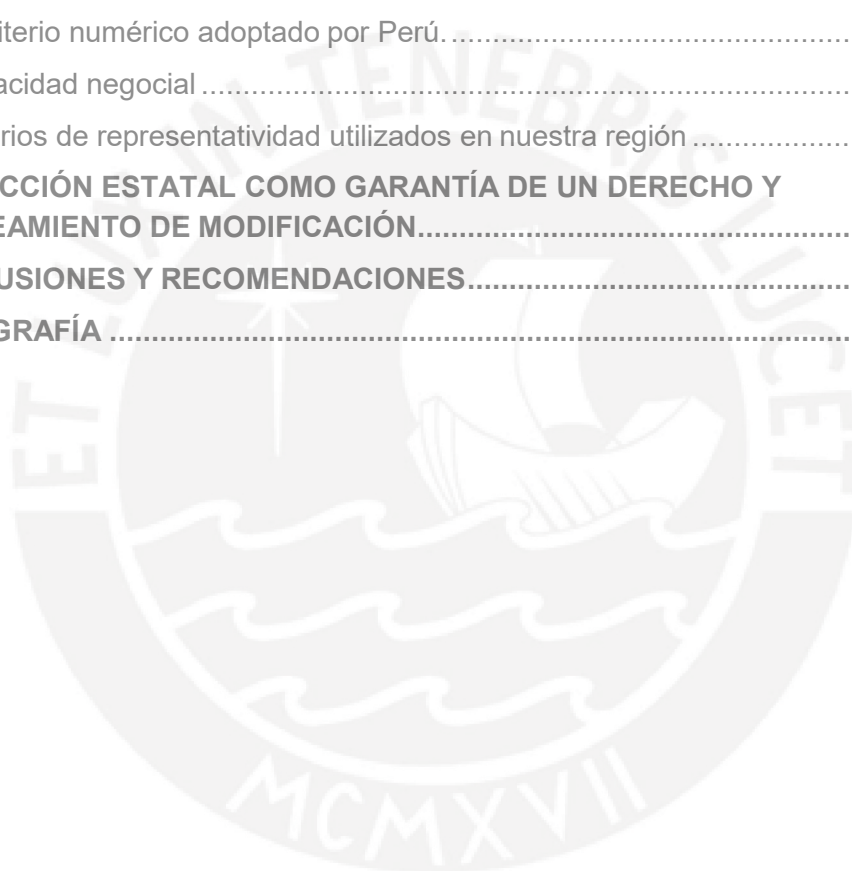
This being the state of the question, a constitutional reading and even a legislative modification of article 9 of the Texto Único de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo approved by Supreme Decree 10-2003-TR, is proposed. A modification that we consider necessary for: (i) the "mandatory" participation of minority unions, (ii) the disappearance of unions of scope, and (iii) favor union unity.

Keywords

Union representation, freedom of association, equality, bargaining power, union pluralism.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
I. LA LIBERTAD SINDICAL Y LA PARTICIPACIÓN DEL ESTADO	3
1.1 La libertad sindical.....	3
1.1.1 Libertad positiva: libertad de constitución de organizaciones.....	5
1.1.2 Libertad colectiva: libertad de representación y de gestión.....	7
1.2 Acciones de garantía del Estado.....	8
II. REPRESENTATIVIDAD SINDICAL	10
2.1 El criterio numérico adoptado por Perú.....	10
2.2 Capacidad negocial.....	15
2.3 Criterios de representatividad utilizados en nuestra región.....	15
III. LA ACCIÓN ESTATAL COMO GARANTÍA DE UN DERECHO Y PLANTEAMIENTO DE MODIFICACIÓN	18
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	21
BIBLIOGRAFÍA	22



INTRODUCCIÓN

Nuestro país ha optado por un modelo de pluralidad sindical, modelo que además está recogido por un principio elemental del convenio 87 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), este es, crear las organizaciones sindicales que se consideren pertinentes. Si bien es cierto, este principio respeta plenamente el derecho a la libertad sindical; traería –como contraparte- que dentro de un mismo ámbito se generen micro negociaciones.

Por ello, ante un contexto de pluralidad sindical, podemos encontrar diferentes criterios para la selección del sindicato más representativo, siendo que en el caso de nuestro país se ha optado por el criterio numérico o el de mayor afiliación. Ahora, se dice que hemos optado por una opción intermedia; sin embargo, en el presente artículo se busca analizar si el modelo numérico como criterio de mayor representatividad ha sido recogido de forma idónea y realmente permite el ejercicio de la libertad sindical.

En la misma línea que el párrafo anterior, seguiremos analizando si ante dicha elección (la numérica) se limita el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos minoritarios que comparten ámbito con un sindicato mayoritario. ¿A qué nos referimos? En una empresa que cuenta con más de dos sindicatos, podríamos tener a uno mayoritario y uno minoritario, al momento en el que el empleador se siente a negociar pedirá como interlocutor únicamente al sindicato mayoritario, dejando fuera de la mesa de negociación al sindicato minoritario.

Así pues, la decisión del empleador no se podría cuestionar y sería más bien la opción legislativa de nuestro país, opción que creemos logrará la extinción de éste sindicato minoritario y en donde sus miembros verán a este sindicato mayoritario como su rival, aquel que le quitó facultad de negociar y lo llevó a desaparecer. Entonces, ¿Cuál sería el objetivo de un sindicato minoritario si el mismo se ve recortado por nuestra legislación?

Esta situación a nuestro parecer vendría a vulnerar el derecho a negociar colectivamente a este sindicato, ¿Esto quiere decir que proponemos un esquema en el que el empleador deba negociar con todos los sindicatos y, por tanto, tener diferentes regímenes aplicables dentro del mismo ámbito? Consideramos que esta no es una opción viable (ni para el sindicato, ni para una empresa); pero no por ello sería correcto que –en nuestro sistema- el sindicato minoritario se convierta en un club de amigos, en el que sólo se les reconoce el derecho a agruparse y no a realizar actividad sindical, como lo es la negociación colectiva, o hacer ejercicio de su derecho de autotutela, como lo es la huelga.

En ese sentido, nuestra propuesta es que se modifiquen las reglas de participación del sindicato minoritario, pasando de una facultad o una obligación del mayoritario que permite su participación y, por ende, pueden ejercer su derecho a la libertad sindical de forma real.

Así pues, por ejemplo, dentro de la negociación colectiva podría formarse una mesa de negociación que agrupe a miembros de los sindicatos del ámbito según su número de afiliados; es decir, que el propio criterio numérico sirva para que los sindicatos que comparten ámbito con el mayoritario sí puedan tener participación en la negociación (voz y voto). Por otro lado, tenemos como segunda propuesta hacer una lectura constitucional que permita (con la legislación que ya tenemos) que nuestros jueces y autoridad administrativa entienda que el sindicato minoritario debe participar de cierto modo (o con cierta representación) en la negociación colectiva que tenga el empleador con el sindicato mayoritario.

Esta última propuesta va de la mano con nuestra segunda hipótesis en la que se tiene que, frente a un contexto de negociación colectiva, el sindicato mayoritario no puede tener la facultad de conceder la participación de un minoritario, la misma debería ser garantizada por nuestra legislación.



I. LA LIBERTAD SINDICAL Y LA PARTICIPACIÓN DEL ESTADO

1.1 La libertad sindical

La libertad sindical o la autonomía colectiva es el llamado derecho generador de derechos colectivos. Derecho complejo, pero –como derecho generador- permite la creación, defensa y promoción de los derechos colectivos.

De acuerdo con el profesor Antonio Ojeda es el derecho fundamental de los trabajadores a agruparse establemente para participar en la ordenación de las relaciones laborales (1998; p98). O en definición del profesor Manuel Carlos Palomeque es un derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y afiliarse a los de elección, o el derecho de los sindicatos ya constituidos al ejercicio de las funciones constitucionalmente atribuidas en defensa de los intereses de los trabajadores (2009; p 23).

De la lectura de ambos conceptos, tenemos un concepto breve, pero con mucho contenido como es la “ordenación”; por otro lado, en el segundo de ellos, es un concepto que contienen las facetas de la libertad sindical (las diferentes facultades de un sindicato). Ahora bien, se ha considerado resumir estos conceptos y no otros pues se considera que de la lectura de ambos podemos encontrar el contenido esencial de este derecho.

Por ello, siguiendo ambos conceptos y en búsqueda del contenido mínimo de este, podemos citar la sentencia No. 11-1998 del 8 de abril sentencia del Tribunal Constitucional Español (BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1998) que define dos ópticas para entrar a este derecho del modo siguiente:

"el derecho a la libertad sindical que reconoce el art.28 C.E. incluye como «contenido esencial» el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñen el papel y las funciones que les reconoce el art.7 C.E., de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores", afirmándose en la STC [23/1983](#) que "por muy detallado y concreto que parezca el enunciado del art.28.1 C.E. a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerársele como exhaustivo o limitativo, sino meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global de dicha libertad".

Sentencia que además cita a su antecesor la sentencia del Tribunal Constitucional Español 70/1982. de 29 de noviembre (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1982) ¹,

¹ El derecho constitucional de libertad sindical comprende no sólo el derecho de los individuos a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, sino asimismo el derecho a que los sindicatos fundados -y aquellos a los que la afiliación se haya hecho- realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se puede sin dificultad denominar «contenido esencial» de tal derecho. Por ello, hay que entender que el derecho que reconoce el art. 28 de la C. E. es el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñan el papel y las funciones que a los sindicatos de trabajadores reconoce el art. 7 de la Constitución, de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores.

que detalla que el derecho a la libertad sindical comprende asociarse, pero sobre todo que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores.

Entonces, tenemos que el contenido esencial de este derecho abarcaría en primer lugar las facultades que hacen reconocible al mismo y sin las que pierde peculiaridad (uno organizativo) y uno segundo, referido a los elementos esenciales para que logre estos intereses (la parte activa de este derecho).

Ahora bien, para nuestra legislación estos elementos mínimos son justamente aquellos definidos por Palomeque: de organizarse (para constituirse o afiliarse), de actividad (desarrollar actividades sindicales) y cuando ya existe una organización sindical a organizarse colectivamente (crear su estatuto, representar a sus afiliados, a federarse, a disolverse, etc.) y de actividad (los que pueden ser los instrumentos de autotutela).

Así pues, habiendo definido un contenido mínimo, nos hacemos una pregunta esencial para abordar el problema planteado en este trabajo: ¿El derecho a la libertad sindical involucra solo las facultades organizativas del sujeto o también –este derecho - involucra a la negociación colectiva y la huelga? O, dicho de otro modo, ¿el derecho a la libertad sindical es solo de organización o también de actividad?

La respuesta – una vez definido el contenido mínimo- en este caso es fácil y clara, no podemos quedarnos con un aspecto meramente organizativo u orgánico, siendo indispensable que exista una parte activa del derecho. De sostener lo contrario no lo estaríamos diferenciando del derecho general de asociación contenido en el artículo 2.13 de la Constitución Política del Perú² Por tanto, ¿Cuál sería la diferencia con el derecho de la creación de una asociación de amigos o un club con el de crear un sindicato?

Haciendo uso del contenido mínimo antes reseñado, debemos indicar (para diferenciarla) que la asociación pueda crear normas (a través de la negociación colectiva) y contar con mecanismos de autotutela (como es la huelga). Recordemos que estamos hablando de mínimos, siendo que –como luego veremos- es el Estado el garante de este derecho.

Si, por tanto, estamos frente a un sindicato que puede organizarse, pero no tener actividad, tenemos a un sindicato *zombi* o muerto.

Por ello, y para concluir con esta parte, si hacemos una lectura del contenido funcional de este derecho tenemos que sin la negociación colectiva y huelga no puede haber un ejercicio de libertad sindical. Entonces, ¿cómo se promovería el ejercicio de la libertad sindical? Con la actividad, es decir, con la negociación colectiva y la huelga.

² 13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.

1.1.1 Libertad positiva: libertad de constitución de organizaciones.

Debemos comenzar señalando que la libertad sindical tiene reconocimiento constitucional el artículo 42° y 153°, en donde se reconoce la obligación estatal de garantía, pero en donde también se establecen las categorías excluidas de este derecho.

Ahora bien, el artículo 2° del convenio 87 de la OIT otorga y reconoce el derecho a los trabajadores a crear las organizaciones que estimen conveniente, principio ampliamente conocido por los Estados miembros. Así pues, existen países en donde los trabajadores utilizando esta posibilidad han construido diversos regímenes que busquen cumplir con este principio.

Tenemos pues por ejemplo la unidad sindical, opción adoptada en Alemania, Estados Unidos e Inglaterra. En donde en cada sector, en cada empresa y a nivel confederal tiene una sola organización. Entonces, frente a los empleadores y al Estado tendremos una sola organización, evidentemente en estos casos no hay discusión sobre la representatividad sindical pues se ha identificado sin dudas con quién se negociará.

Es decir, si el empleador busca negociar sólo abra uno con el cual podrá sentarse a negociar colectivamente. Asimismo, si el empleador en esa negociación sufre alguna medida de acción colectiva solo podría ser generada por ese único sindicato. Esta opción durante mucho tiempo fue admitida, pero recientemente ha recibido múltiples opiniones de parte del Comité de Libertad Sindical que señalan que la unidad sindical no puede ser propuesta a nivel legislativa, siendo que los propios sindicatos deberían llegar –en uso de su actividad sindical- si así lo quieren a esa opción. Por tanto, la unidad sindical no puede ser impuesta.

Por otro lado, tendemos el modelo de pluralidad sindical. En este modelo se permite la multiplicidad de sindicatos incluso dentro de cada empresa, sector o rama; es decir se cumple a raja tabla con el mandato OIT de “las que estimen conveniente”. En términos de la OIT el “pluralismo sindical se basa en el derecho de los trabajadores de reunirse y constituir de manera independiente, las organizaciones de su elección, organizaciones cuya estructura debe permitir a sus miembros elegir a sus propios dirigentes, de elaborar y aprobar sus propios estatutos, de organizar su administración y actividades y de formular sus programas sin injerencia de las autoridades públicas, para defender los intereses de los trabajadores” (2018).

Entonces en este escenario de pluralismo sindical, se estaría cumpliendo (como ya hemos indicado) con el principio consagrado por la OIT; pero -ante esta multiplicidad de sindicato- debemos pasar a un siguiente análisis ¿Con quién negocia el empleador?

¿Con todos los sindicatos que se hayan formado dentro del ámbito? Asimismo, yendo al ejercicio de autotutela, ante una decisión de huelga, ¿Todos los sindicatos podrían hacer ejercicio de este derecho? Parecería que ésta alternativa de negociaciones múltiples generaría no sólo la pérdida de fuerza de negociación, poder y eficacia de cada sindicato, sino que además operativamente para el propio empleador podría generar una planilla con cinco o más regímenes diferentes y generar un desorden y un costo logístico a evaluar.

Otro elemento –o efecto- a considerar en este escenario es que, en vez de generar un bloque de negociación fuerte y colaborativo entre sindicatos, tendríamos sindicatos poco colaborativos o sindicatos en conflicto, escenario evidentemente no deseado.

Ahora bien, antes entrar a la opción de nuestro país, nos parece importante señalar cuál ha sido la opinión del Comité de Libertad Sindical sobre los sistemas presentes (el de unidad y el de pluralidad) en los que se sostiene que:

“A pesar de que los trabajadores pueden tener interés en evitar que se multipliquen las organizaciones sindicales, la unidad del movimiento sindical no debe ser impuesta mediante intervención del Estado por vía legislativa, pues dicha intervención es contraria al principio enunciado en los artículos 2 y 11 del Convenio núm. 87. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que «existe una diferencia fundamental en cuanto a las garantías establecidas para la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación entre dicha situación, por una parte, en que el monopolio sindical es introducido o mantenido por la ley, por otra, las situaciones de hecho, que existen en ciertos países, en que todas las organizaciones sindicales se agrupan voluntariamente en una sola federación o confederación, sin que ello resulte directa o indirectamente de las disposiciones legislativas aplicables a los sindicatos y a la creación de asociaciones profesionales. El hecho de que los trabajadores y los empleadores obtengan, en general, ventajas al evitar una multiplicación en el número de las organizaciones competidoras no parece suficiente, en efecto, para justificar una intervención directa o indirecta del Estado y sobre todo la intervención de éste por vía legislativa». Aunque apreciando en todo sentido el deseo de un gobierno de fomentar un movimiento sindical fuerte, evitando los efectos de una multiplicidad indebida de pequeños sindicatos competidores entre sí y cuya independencia podría verse comprometida por su debilidad, el Comité ha señalado que es preferible en tales casos que el gobierno procure alentar a los sindicatos para que se asocien voluntariamente y formen organizaciones fuertes y unidas, y no que imponga por vía legislativa una unificación obligatoria que priva a los trabajadores del libre ejercicio de sus derechos sindicales y viola los principios incorporados en los convenios internacionales del trabajo relativos a la libertad sindical.(OIT:2018)”

¿Qué conclusiones podemos sacar de dicho criterio?

- Se reconoce que la multiplicidad de sindical podría debilitar a los sindicatos y a sus negociaciones.
- Sin embargo, el fomento de parte del Estado no debería ser imponer la unidad sindical por vía legislativa.
- Un real y verdadero fomento del Estado serían acciones para promover que los sindicatos decidan asociarse voluntariamente.

Recordemos que estamos en un escenario de libertad sindical donde el marco de acción lo deben formar los propios sindicatos y no ser impuestos por el Estado. Son los sindicatos quienes definen que será lo mejor para ellos y para lograr sus intereses.

Pese a ello, no debemos olvidar que esas decisiones deben ser tomadas en un contexto en el que el Estado brinde todas las posibilidades –y no más bien imponga trabas- para que los sindicatos decidan optar por la unidad sindical.

1.1.2 Libertad colectiva: libertad de representación y de gestión.

En el punto anterior teníamos que cualquier trabajador podría –en uso de su facultad de negociar colectivamente- crear la organización que estime conveniente, pero no cualquier organización, sino que ésta debía estar dotada de facultades que permitieran una real libertad sindical.

Ahora bien, una vez formado el sindicato, es éste el encargado de crear sus normas de constitución o el llamado estatuto. Esta herramienta parecería sólo contener información operativa de un sindicato; sin embargo, consideramos que es central para su nacimiento y actividad pues es el documento por el que se conoce: su ámbito, los requisitos de afiliación, los procedimientos de elección de su representante y –por no dejarlo de lado- el nombre del sindicato. Al respecto, el artículo 3° del convenio No. 87 de la OIT, establece que:

“Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción”.

Con el nombre y el ámbito, el empleador podrá saber si este sindicato comparte el ámbito con otras agrupaciones sindicales y, por tanto, deberá aplicar el criterio de mayor representación; o, por otra parte, saber que es un sindicato único en el ámbito y entonces saber que será el legitimado para poder presentar su pliego de reclamos, debiendo sentarse a negociar con éste.

Como gran conclusión es el sindicato el único que define su finalidad, su ámbito, sus requisitos de afiliación y en palabras de la OIT su programa de acción. Una vez más debemos reiterar entonces que no basta el derecho a crear o afiliarse a un sindicato (cuerpo), sino que debemos entender que para que el derecho a la libertad sindical tenga vida, necesita actividad (sangre) y constante movimiento con: la creación de estatutos, negociación colectiva, reuniones sindicales, consultas de los trabajadores al sindicato, etc.

Como contraparte, se ha desarrollado que, durante la actividad sindical, se prohíbe la injerencia del empleador, pero además del Estado. Recordemos que, en palabra de Alfredo Villavicencio debe existir una autonomía máxima y una heteronomía mínima. Sin embargo, no puede equiparse esta exigencia de igual forma al Estado que al empleador, pues recordemos que el Estado además debe tener una parte activa (como veremos) que fomente y vea que realmente existe un correcto ejercicio de un determinado derecho; es decir, que garantice el real ejercicio de un derecho).

Asimismo, no puede limitarse la finalidad que establezca un sindicato. En ese sentido, ni el Estado ni el empleador podría inmiscuirse en la creación de sus estatutos, en la elección de sus miembros, y en resumen eliminar su actividad sindical.

1.2 Acciones de garantía del Estado

Muchas veces se olvida que el Estado tiene un papel activo en la reafirmación de los derechos fundamentales. En este caso el inciso 2) del artículo 28° de la Constitución Política del Perú reconoce este rol al señalar que el Estado “fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales”.

Esta obligación de garantía -que ya hemos adelantado en el apartado anterior- merece que recojamos la sentencia emitida en el proceso seguido por Velásquez Rodríguez vs. Honduras, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolla la obligación de garantía en los considerandos 166 y 167 de dicha sentencia que veremos a continuación:

*166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" **el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción**. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados **deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.***

167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”

(Resaltado y subrayado agregado)

De la lectura de ambos considerandos podemos rescatar que el deber de garantía pasa por diferentes acciones de parte del Estado que operan en los siguientes escenarios:

- Asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos: esto lo podemos ver a través de la creación de normas.
- Asimismo, que dentro del procedimiento cada elemento del aparato estatal regule de forma completa estos derechos.
- Investigar y/o sancionar la violación de derechos.
- Pese a la existencia de una norma supervisar que existan conductas que aseguren su existencia (podría ser a través de la acción de los jueces)

Debemos añadir que, además de las conclusiones que pudimos obtener, el Estado debe ser un auditor de su propio aparato gubernamental. ¿A qué nos referimos? La etapa de investigación y sanción no se dirige sólo contra quien infringe una norma, sino también contra las normas que supuestamente desarrollan el ejercicio de un derecho.

En ese sentido, consideramos que el uso de sus facultades de garante debe verificar si –por ejemplo- en nuestra legislación el derecho a la libertad sindical tiene una regulación que permita su libre y pleno ejercicio y para ello deberá analizar el contenido mínimo de un derecho. En caso se verifique que no se ha garantizado el libre y pleno ejercicio de un derecho, el Estado debe corregir su interpretación o su regulación.

Es por ello que es importante resaltar que el Estado no es un espectador de las relaciones colectivas, sino que éste debe garantizar cierto ejercicio de derechos, incluso, como vimos en el punto 1.1.1 de éste artículo, la OIT refirió -frente a la decisión de optar entre unidad y unicidad sindical- que un real y verdadero fomento del Estado serían acciones para promover que los sindicatos decidan asociarse voluntariamente. En esa conclusión la OIT no se queda únicamente con el fomento del contenido mínimo del derecho sino además propiciar que el Estado promueva una mayor fuerza de negociación de parte de los sindicatos (conocimiento las desventajas que podría generales la pluralidad en la negociación colectiva).

Otro ejemplo de fomento lo presenta la OIT cuando señala que el Estado cumpliría su deber de fomento garantizando que los trabajadores tengan acceso a información de la empresa y, además, determinando la existencia de la obligación de negociar (OIT: 1994). De la misma manera el convenio No. 151 de la OIT (convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública) exigió que los Estados fomenten “procedimientos de negociación o cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos particular otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en determinación de sus condiciones de empleo” (Gernigon et al.: 1999)

Por tanto, si bien cuando hablamos del ejercicio de la libertad sindical (como lo es negociación colectiva o la huelga) muchos autores sostienen que sólo tiene dos actores: la parte empleadora y el sindicato; sin embargo, consideramos que esta posición olvida a un tercer actor como lo es el Estado. Así pues:

“El Estado no puede mantenerse en actitud neutral, puesto que el reconocimiento de sus derechos fundamentales y la función de equilibrio, social y político a que está destinada, conllevan una ruptura con los sistemas de abstention of law; por lo que se debe imponer al Estado una actitud de garantía y fomento que permita que la tutela colectiva cumpla con un papel con la mayor eficacia posible” (Villavicencio: 2011)

Entonces tenemos que a través del aparato gubernamental nos aseguramos el libre y pleno desarrollo de los derechos humanos. Evidentemente si bien, el Estado no debe tener una actitud abstencionista tampoco queremos decir que debe permitirse las actuaciones de injerencia dentro de – por ejemplo- las negociaciones entre las partes.

Ahora bien, para delimitar esta función de garantía del Estado -a partir de todos los instrumentos que hemos citado- podemos señalar que éste da o debe dar las herramientas para que: (i) exista formación de sindicatos, (ii) el sindicato o los sindicatos puedan negociar, (iii) el sindicato tenga herramientas para negociar (como la

información económica de la empresa, (iv) pueda realizar ejercicio de autotutela, (v) se promueven soluciones pacíficas antes que –por ejemplo- la huelga, (vi) en caso de incumplimiento tengan herramientas para reinstaurar su derecho o sancionar, como lo es la poder acudir a la vía judicial o administrativa.

Por tanto, *“el rol de fomento ha sido denominado también como rol promotor o de promoción, la cual se encuentra relacionada a la creación de condiciones favorables para el ejercicio del derecho, “ya sea desde los instrumentos del derecho colectivo o de la regulación específica de las relaciones de trabajo en cuento a la promoción de la negociación colectiva.” Otro alcance nos lo brinda el Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el Expediente No 261-2003-AA/TC, para quien la labor estatal de promoción abarca **la intervención directa del Estado**, ello a través de acciones positivas o las denominadas medidas concretas, siendo lo que el Tribunal Constitucional ha definido como el “plus de tutela” necesario para alcanzar una efectividad y un ejercicio pleno del derecho a la negociación colectiva”* (Torres: 2015).

Creemos además que esta función es un rol que variará o será más fuerte según el país en el que se desarrolle. En ese sentido, si la problemática de un país es que tiene un número ínfimo de sindicato o de negociación colectiva ahí el Estado deberá (como auditor) revisar qué está pasando (revisión formal: de normas) y qué acciones podría realizar (actuación activa) para realizar la promoción de un determinado derecho o facultad. “En ese sentido, el nivel de fomento de cada Estado no es uniforme, sino que se deberá fijar de acuerdo a las necesidades y situación particular de cada país. De esa forma un acto que podría ser de injerencia en un Estado podría ser de fomento en otro Estado” (Torres: 2015).

En ese sentido, no podemos dejar de lado a este tercer actor (el Estado) para poder realizar el análisis del derecho de la libertad sindical de los sindicatos minoritarios, pues es justo este actor quien debe garantizar su pleno ejercicio y desarrollo. Ahora, bien conocimiento las actuaciones y el deber de auditoría del Estado, ¿Nuestra legislación está garantizando el pleno ejercicio y desarrollo de la libertad sindical de los sindicatos minoritarios?

II. REPRESENTATIVIDAD SINDICAL

2.1 El criterio numérico adoptado por Perú.

Ya hemos indicado que ante el principio de crear las organizaciones que se consideren pertinentes se establecieron dos sistemas. Nuestro país adoptó el modelo de pluralidad sindical y para responder al problema de ¿Con quién negociará el empleador?, se optó por un sistema de “mayor representatividad³”, la misma que ha sido legalmente otorgada al sindicato mayoritario.

En ese sentido, la mayor representatividad es la opción adoptada por nuestra legislación, otorgando a los sindicatos minoritarios otras formas de participación en la

³ Concepto creado por la necesidad de: (i) que no se difumine la representación y que a la vez esta pierda efectividad. (ii) El empleador busca estatus jurídico claro para sus trabajadores, (iii) el estado necesita promover paz social (herramientas para concentrar la negociación).

negociación colectiva, pero que en la realidad los obliga a cambiar de ámbito para seguir existiendo.

Ahora bien, el criterio para definir al sindicato más representativo es el numérico y se debe verificar en el ámbito de los sindicatos existentes. En ese sentido, en toda negociación y en donde exista pluralidad sindical dentro del mismo ámbito, lo primero que se deberá establecer es el sindicato que cuente con la mayor representatividad (capacidad de obrar), cuyo convenio colectivo será de aplicación a todos los trabajadores afiliados al sindicato mayoritario y también a los no afiliados, y si en caso hubiera, a los afiliados al sindicato minoritario.

Lo que se pretende con la identificación de la organización sindical más representativa (o de mayor representatividad) es procurar la mayor igualdad posible con relación al empleador y así procurar los mayores beneficios para todos los trabajadores dentro de la empresa.

De esa forma en el sector privado el artículo 9 del Texto único ordenado de la Ley de relaciones colectivas de trabajo, aprobado por el Decreto supremo 10-2003-TR, establece que:

*Artículo 9.- En materia de negociación colectiva, **el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos**, aunque no se encuentren afiliados. De existir varios sindicatos dentro de un mismo ámbito, podrán ejercer conjuntamente la representación de la totalidad de los trabajadores los sindicatos que afilien en conjunto a más de la mitad de ellos. En tal caso, los sindicatos determinarán la forma en que ejercerán esa representación, sea a prorrata, proporcional al número de afiliados, o encomendada a uno de los sindicatos. De no haber acuerdo, cada sindicato representa únicamente a sus afiliados.*

(Subrayado y resaltado agregado)

En la misma línea, el artículo 34° del reglamento de la Ley de relaciones colectivas de trabajo, aprobado por Decreto supremo No. 11-92-TR

Artículo 34.- En concordancia con lo dispuesto en los artículos 9 y 47 de la Ley, en materia de negociación colectiva, la representación de todos los trabajadores del respectivo ámbito, a excepción del personal de dirección y de confianza, será ejercida por el sindicato cuyos miembros constituyan mayoría absoluta respecto del número total de trabajadores del ámbito correspondiente. Para estos efectos, se entiende por ámbito, los niveles de empresa, o los de una categoría, sección o establecimiento determinado de aquélla; y los de actividad, gremio y oficios de que trata el artículo 5 de la Ley. En el caso que ningún sindicato de un mismo ámbito afilie a la mayoría absoluta de trabajadores de éste, su representación se limita a sus afiliados. Sin embargo, los sindicatos que en conjunto afilien a más de la mitad de los trabajadores del respectivo ámbito, podrán representar a la totalidad de tales trabajadores a condición de que se pongan de acuerdo sobre la forma en que ejercerán la representación de sus afiliados. De no existir acuerdo sobre el particular, cada uno de ellos sólo representará a sus afiliados.

Por otro lado, en el ámbito estatal tenemos la “reciente” Ley No. 31188, Ley de negociación en el sector estatal, que establece reglas para la negociación de este sector. En ese sentido, específicamente en su reglamento el Decreto supremo 8-2002-PCM, Decreto supremo que aprueba lineamiento para la implementación de la Ley No. 31188, Ley de negociación colectiva en el sector estatal (en adelante, el reglamento) que establece en los siguientes artículos lo siguiente:

“6.3. En el nivel descentralizado se pueden negociar:

a) Las condiciones de trabajo o de empleo con incidencia económica que resulten de aplicación a los servidores comprendidos dentro del respectivo ámbito.

*b) Se excluye de lo señalado en el inciso anterior, **aquellas materias que hubieran sido pactadas a nivel centralizado, salvo acuerdo en contrario contenido en el convenio colectivo suscrito en dicho nivel centralizado, en cuyo caso la negociación descentralizada podrá referirse a las condiciones de ejecución de los acuerdos pactados a nivel centralizado, sin poder reducirlas o desnaturalizarlas, ni incluir la aprobación de importes mayores a los acordados en el nivel de negociación centralizado por los mismos conceptos.**”*

(Resaltado agregado)

Artículo 9.- Legitimidad para negociar a nivel centralizado

9.1. Por parte de los servidores públicos:

9.1.1. Se encuentran legitimadas para negociar las Confederaciones Sindicales más representativas de los servidores del sector público a nivel nacional, indistintamente de sus regímenes laborales, correspondientes a las entidades públicas a que se refiere el primer párrafo del artículo 2 de la Ley.

*9.1.2. La mayor representatividad se entiende respecto de **aquellas tres (3) confederaciones sindicales, inscritas en el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos, que al momento de presentación del proyecto de Convenio Colectivo acrediten contar con el mayor número de servidores públicos afiliados del total de servidores que comprende la negociación colectiva a nivel centralizado.***

9.1.3. Las Confederaciones Sindicales de mayor representatividad presentan, en forma conjunta, un único proyecto de convenio colectivo, que contiene las propuestas de cláusulas en favor de los servidores públicos que representan.

(Resaltado y subrayado agregado)

Artículo 10.- Legitimidad para negociar a nivel descentralizado

10.1. Por parte de los servidores públicos:

*10.1.1. La mayor representatividad de las organizaciones sindicales se entiende respecto de aquella organización sindical, o coalición de las organizaciones sindicales **inscritas en el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos**, que al momento de presentación del proyecto de Convenio Colectivo **acrediten contar con el mayor número de servidores públicos afiliados del total de servidores que comprende dicho ámbito de negociación**, en cuyo caso los acuerdos arribados rigen para todos los servidores públicos comprendidos en el ámbito de la negociación.*

10.1.2. Las organizaciones sindicales de grado superior pueden participar en condición de asesoras de las organizaciones de grado inferior a fin de brindarles orientación técnica con relación al procedimiento y materias contenidas en el proyecto de Convenio Colectivo, sin tener derecho a ejercer representación, adoptar acuerdos o rechazar propuestas.

(resaltado y subrayado agregado)

En el sector público a nivel centralizado tenemos una elección novedosa para la elección del más representativo pues se sigue el criterio numérico se eligen 3 confederaciones sindicales que deben presentar un pliego común. Ahora, a nivel descentralizado tenemos un escenario similar al asumido en el sector privado; pues se asume la posición de la elección numérica para elegir al mayoritario como el legitimado para negociar colectivamente dentro del ámbito.

Consideramos que en ambos niveles de negociación se estaría limitando la participación de los sindicatos minoritarios para que estos puedan participar en las negociaciones colectivas programadas.

La posición que ampara la constitucionalidad de esta elección se encontraría supuestamente en el informe legal No. 12-2022-SERVIR-GG-OAJ emitido por la Autoridad Nacional de Servicio Civil, la misma que se limita a señalar que los lineamientos siguen la pauta y objetivo de la Ley.

Volviendo al ámbito privado, de lo expuesto hasta el momento, podemos concluir que la norma otorga la representación de la totalidad de los trabajadores al sindicato mayoritario (del ámbito); en caso de no existir, la representación puede recaer sobre la coalición de sindicatos minoritarios que en su conjunto agrupen a la mayoría absoluta de trabajadores.

Este criterio, ha sido desarrollado también por nuestro Tribunal Constitucional (TC), que a través de la sentencia del expediente No. 3655-2011-PA/TC declaró infundada una demanda de amparo, bajo las siguientes consideraciones:

“A criterio del colegiado, las normas laborales consagran el régimen de pluralidad sindical, que permite la coexistencia de varios sindicatos en una misma empresa, al entenderse que el derecho de libertad sindical implica crear tantas organizaciones como intereses pretendan defender los trabajadores.

Por tanto, la institución de la mayor representatividad sindical aparece como una solución intermedia entre el respeto a la pluralidad sindical, es decir, el igual tratamiento de los sindicatos, conforme al derecho de libertad sindical, y el fortalecimiento de la efectividad en la protección de los intereses de los trabajadores.”

Es decir, dependerá del sindicato más representativo si incluye la participación de los sindicatos minoritario frente a una próxima negociación colectiva. Sobre este punto, el TC (en la misma sentencia) señaló lo siguiente:

“bajo ninguna circunstancia, puede significar la exclusión de la participación de un sindicato minoritario en el procedimiento de negociación colectiva, esto es que se pretenda limitar en forma absoluta su representación o ejercicio de los derechos inherentes a la libertad sindical”

Por tanto, nuestro sistema de representatividad bajo ninguna circunstancia podrá significar la exclusión de la participación de un sindicato minoritario en el procedimiento de negociación colectiva, advierte el TC. Esto es, que se pretenda limitar en forma absoluta su representación o ejercicio de los derechos inherentes a la libertad sindical, pues el sistema de mayor representación lo que busca es representar a “todos” los trabajadores, incluyendo con mayor razón a las minorías sindicales; en ese sentido lo entiende también el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

Pese a este pronunciamiento, no se ha logrado (no se tiene mayor evidencia) la participación de los representantes de los minoritarios junto con los representantes del mayoritario pues, como ya hemos señalado, la norma no facilita su participación.

El escenario antes expuesto no supone que los sindicatos minoritarios, desconociendo el sistema de mayor representación, pretendan negociar individual y en forma directa al margen del sindicato que represente a la mayoría absoluta de los trabajadores del ámbito, quebrantando con ello dicho principio. Incluso el TC advierte que ello podría generar una menor efectividad en la defensa de los derechos de los trabajadores, y la afectación de la unidad sindical (aunque aquí estamos hablando de otro sistema).

Así, la propuesta del TC es que “los sindicatos minoritarios deberán canalizar y, de ser el caso, integrar sus pliegos y propuestas en la negociación a cargo del sindicato mayoritario”. Con lo que, corresponderá al sindicato mayoritario del ámbito recibir todas las propuestas de las minorías sindicales y concertar de la mejor forma los intereses de las partes involucradas.

La Lectura que realiza el TC es válida el problema con esta es su aplicación.

2.2 Capacidad negocial

Consideramos que el problema que venimos desarrollando no parte únicamente del sistema elegido por nuestro país (pluralidad sindical) ni de conocer con quién negociarás el empleador, siendo relevante también conocer los efectos/ eficacia de dicha negociación.

Así pues, el efecto de negociar colectivamente con el sindicato mayoritario del ámbito hace que -por extensión- los beneficios también correspondan a los trabajadores no afiliados y a los sindicatos minoritarios del ámbito.

Otra vez ante un escenario de este tipo, existe una posición que considera que debería eliminarse la extensión de beneficios y que cada sindicato negocia por su cuenta. Esta solución –como ya la hemos adelantado- no la compartimos pues generaría micro negociaciones y resta fuerza a cada sindicato. Así pues, tenemos que *“en aras del reforzamiento de la actividad sindical resulta deseable la unidad sindical; pero, en todo caso, no se puede dejar de lado que ese es un tema que les compete resolver tan solo a los trabajadores y, por tanto, han de tener a mano siempre la posibilidad de fundar otras organizaciones concurrentes en el mismo ámbito. Sintéticamente, se puede afirmar que la unidad sindical está proscrita, la unidad es deseable y la pluralidad ha de ser posible”*⁴

Entonces estamos en un escenario en el que: (i) tenemos pluralidad sindical, (ii) el más representativo tienen legitimidad y capacidad negocial, (iii) el sindicato mayoritario puede permitir la participación de los minoritario, (iv) los sindicatos del ámbito se ven como rivales y no como equipo.

2.3 Criterios de representatividad utilizados en nuestra región.

Para poder abordar este apartado, podemos encontrar (para verificar supuestos similares) países con pluralidad sindical, en los cuales podemos encontrar lo siguiente:

CUADRO 1

Pais	Regulación nacional sobre representatividad	Regulación nacional sobre extensión de beneficios
Chile (código de trabajo)	Art. 330. Comisión negociadora sindical. La representación del sindicato en la negociación colectiva corresponderá a la comisión negociadora sindical, integrada por el directorio sindical respectivo. Si se trata de una negociación colectiva iniciada por más de un sindicato, la comisión	Art. 322. Aplicación de las estipulaciones de un instrumento colectivo. Las partes de un instrumento colectivo podrán acordar la aplicación general o parcial de sus estipulaciones a todos o parte de los trabajadores de la empresa o establecimiento de empresa sin afiliación

⁴VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. 2010 “La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación”. Lima: Organización Internacional del Trabajo. páginas 107 y 108.

	<p>negociadora sindical estará integrada por los directores que sean designados en el proyecto de contrato colectivo.</p>	<p>sindical. En el caso antes señalado, para acceder a los beneficios dichos trabajadores deberán aceptar la extensión y obligarse a pagar todo o parte de la cuota ordinaria de la organización sindical, según lo establezca el acuerdo. El acuerdo de extensión de que trata el inciso anterior deberá fijar criterios objetivos, generales y no arbitrarios para extender los beneficios a trabajadores sin afiliación sindical</p>
<p>México (Ley federal de trabajo)</p>	<p>Artículo 354.- La Ley reconoce la libertad de coalición de trabajadores y patrones.</p> <p>Artículo 388.- Si dentro de la misma empresa existen varios sindicatos, se observarán las normas siguientes:</p> <p>I. Si concurren sindicatos de empresa o industriales o unos y otros, el contrato colectivo se celebrará con el que tenga mayor número de trabajadores dentro de la empresa; II. Si concurren sindicatos gremiales, el contrato colectivo se celebrará con el conjunto de los sindicatos mayoritarios que representen a las profesiones, siempre que se pongan de acuerdo. En caso contrario, cada sindicato celebrará un contrato colectivo para su profesión; y III. Si concurren sindicatos gremiales y de empresa o de industria, podrán los primeros celebrar un contrato colectivo para su profesión, siempre que el número de sus afiliados sea mayor que el de los</p>	<p>Artículo 396.- Las estipulaciones del contrato colectivo se extienden a todas las personas que trabajen en la empresa o establecimiento, aunque no sean miembros del sindicato que lo haya celebrado, con la limitación consignada en el artículo 184.</p> <p>Artículo 184.- Las condiciones de trabajo contenidas en el contrato colectivo que rija en la empresa o establecimiento se extenderán a los trabajadores de confianza, salvo disposición en contrario consignada en el mismo contrato colectivo.</p>

		trabajadores de la misma profesión que formen parte del sindicato de empresa o de industria.	
Ecuador (Código de trabajo)		<p>Art. 440.- Libertad de asociación.- Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir las asociaciones profesionales o sindicatos que estimen conveniente, de afiliarse a ellos o de retirarse de los mismos, con observancia de la ley de los estatutos de las respectivas asociaciones. Las asociaciones profesionales o sindicatos tienen derecho de constituirse en federaciones, confederaciones o cualesquiera otras agrupaciones sindicales, así como afiliarse o retirarse de las mismas o de las organizaciones internacionales de trabajadores o de empleadores.</p> <p>Art. 221.- Asociación con la que debe celebrarse el contrato colectivo. - En el sector privado, el contrato colectivo de trabajo deberá celebrarse con el comité de empresa. De no existir éste, con la asociación que tenga mayor número de trabajadores afiliados, siempre que ésta cuente con más del cincuenta por ciento de los trabajadores de la empresa.</p> <p>452Para organizar un comité de empresa, la asamblea deberá estar constituida por más del cincuenta por ciento de los trabajadores, pero en</p>	

	ningún caso podrá constituirse con un número inferior a treinta trabajadores.	
Bolivia (Ley general de trabajo)	ARTICULO 99º Se reconoce el derecho de asociación en sindicatos, que podrán ser patronales, gremiales o profesionales, mixtos o industriales de empresa. Para actuar como tal, el sindicato deberá tener carácter de permanencia, haber legalizado su personería y constituirse con arreglo a las regías legales.	ARTICULO 23º El contrato colectivo no sólo obliga a quienes lo han celebrado, sino a los obreros que después se adhieran a él por escrito y a quienes posteriormente ingresan al sindicato contratantes

(Elaboración propia)

Existen regulaciones muy parecidas a la peruana, pero podemos rescatar la regulación chilena, en la que se ante la “pluralidad sindical” se debe formar una comisión integrada por los “directores” designados; es decir, no es la norma no excluye dándole la facultad a los gremios sindicales que elegir a sus representantes.

III. LA ACCIÓN ESTATAL COMO GARANTÍA DE UN DERECHO Y PLANTEAMIENTO DE MODIFICACIÓN.

En este punto ya tenemos todos los elementos que nos permiten afirmar que el artículo 9 del Texto único ordenado de la Ley de relaciones colectivas de trabajo, aprobado por el Decreto supremo 10-2003-TR limita el derecho a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga de los sindicatos minoritarios.

En ese sentido, no podemos olvidar que al advertir esta falencia en el ejercicio de un derecho es el Estado quien tiene el deber de garantizar su pleno ejercicio, considerando además los límites que ya hemos desarrollado. Entonces, deberíamos recurrir al rol de auditor de sus normas.

Así pues, de la revisión del artículo 9 antes citado, vemos que esta otorga un privilegio a un grupo sobre otro justificado en –entre otros- evitar las micro negociaciones, pero no podemos dejar de evaluar que incluso esta es una manifiesta vulneración a la igualdad ante la ley. Señalamos que es manifiesta pues esta norma privilegia a un grupo (sindicato mayoritario) y no limita, sino que elimina el derecho de otro (sindicato minoritario).

Con este planteamiento de igualdad no pretendemos señalar que – como ya lo hemos dicho en reiteradas oportunidades- nuestra propuesta sería que nuestro sistema permita negociar a todos los sindicatos con el empleador pues ya hemos descrito los efectos adversos de esta medicina.

En segundo lugar, consideramos que el problema tampoco es la elección del sistema; no correspondería, por tanto, realizar una discusión entre pluralidad, unidad y unicidad. Ahora, lo ideal –ya lo dijimos- sería lograr la unicidad sindical, pero para ello consideramos necesario perfeccionar el sistema de más representativo, sistema que actualmente no cumpliría la función de garantía que debería tener el Estado, entonces ¿cómo lo logramos?

Debemos recordar que ya el TC ha realizado una lectura constitucional del artículo 9 referido a la mayor representatividad, indicando que no debería darse la “facultad” al sindicato mayoritario de que el minoritario participe e invitándolos a que se presente un convenio colectivo conjunto, lectura que -dicho sea de paso- corrobora nuestra posición respecto de la forma –o la mala forma- en que se ha regulado el artículo 9.

Pese a ello (a esa lectura) los sindicatos mayoritarios no permiten la participación de estos minoritario, guardando celo de los beneficios que consiguen e incluso generando la desaparición de sindicato pequeños.

Por tanto, consideramos que el uso de su facultad de garante el Estado debe tomar una acción (o varias acciones) que proponemos:

1. Modificación normativa: Esta modificación podría involucrar dos aspectos.

El primero, indicar expresamente que la mesa de negociación **debe** contar con un representante de los sindicatos minoritario. Esta modificación no cambia el sistema de pluralidad, ni el criterio numérico; es más este último podría servir para elegir el número de representantes de los sindicatos minoritarios en la comisión negociadora.

En segundo lugar, la obligación del mayoritario de recibir el pliego de los sindicatos minoritarios, situación que consideramos enriquecería el producto final. Además, muchas veces se forman sindicato por especialidad, situación que permitiría proponer requerimientos particulares

Con dichos cambios, consideramos que ya no se justificaría que la elección del más representante sea del ámbito, sino más bien de la empresa.

¿A qué nos referimos? En el contexto actual del artículo 9 muchos sindicatos minoritarios lograban negociar cambiando de ámbito. Si entonces, se permite a los minoritarios participar de la mesa de negociación, la negociación de ámbito no tendría mayor relevancia.

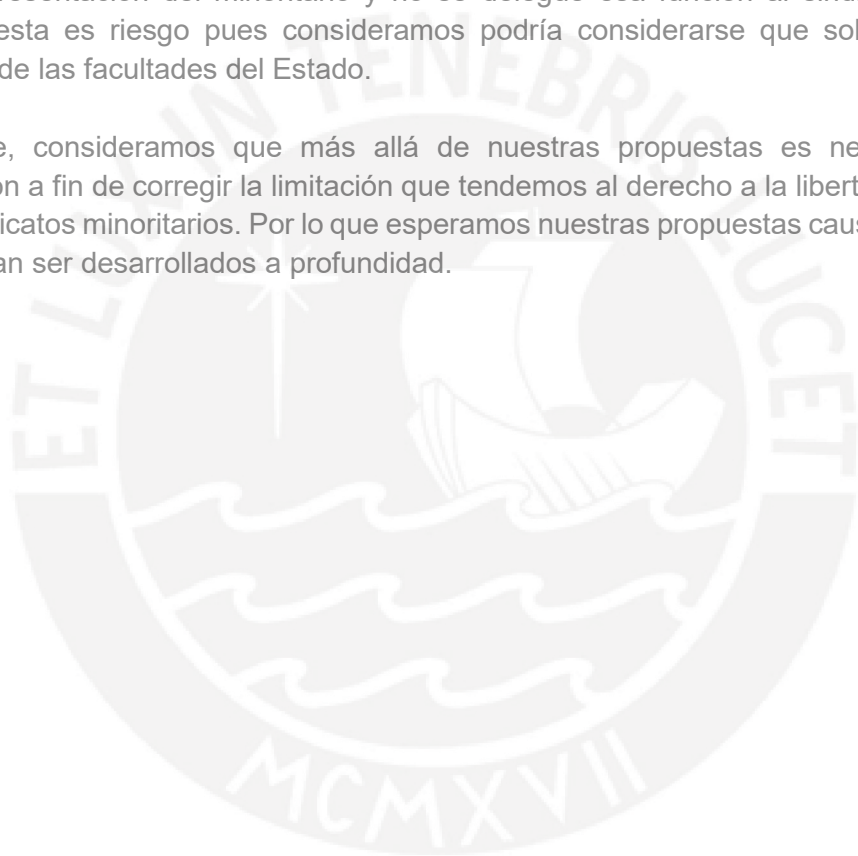
Por tanto, si excluimos el término ámbito del artículo 9 y se facultara a los minoritarios a negociar entonces tendríamos una gran negociación en donde los sindicatos (que dentro del ámbito no son mayoritarios) podrían participar activamente de la negociación y, como contraparte, el empleador, tendría sólo una negociación y sabría con quién está negociando.

Situación que consideramos incluso daría mayor fuerza de negociación que (en caso de huelga o arbitraje) tendría mayor efecto o daño sobre la empresa e incluso en vez de conflicto entre sindicatos generaría fusiones naturales entre las mismas.

Vamos más allá, consideramos que el gran efecto de esta propuesta sería conseguir el objetivo principal del Estado, que es generar acciones para promover que los sindicatos decidan asociarse voluntariamente y con ello conseguir el gran objetivo: unidad sindical no impuesta.

2. Otra acción Estatal podría darse con la intervención de un tercero. Podría promoverse que esa facultad que se le otorga al sindicato mayoritario de “dar permiso” a un minoritario a participar, pase a ser la función de un tercero (podría ser la autoridad de trabajo) para que se encargue de formar la comisión o autorizar la representación del minoritario y no se delegue esa función al sindicato. Esta propuesta es riesgo pues consideramos podría considerarse que sobrepasa el límite de las facultades del Estado.

Finalmente, consideramos que más allá de nuestras propuestas es necesaria la intervención a fin de corregir la limitación que tendemos al derecho a la libertad sindical de los sindicatos minoritarios. Por lo que esperamos nuestras propuestas causen interés en y puedan ser desarrollados a profundidad.



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

- El contenido esencial del derecho a la libertad sindical no sólo abarca el ámbito organizativo, sino también de actividad. Este último contiene la parte activa, lo que finalmente da vida a este derecho.
- En derecho a la libertad sindical no puede asimilarse al derecho de asociación. Por ello, si tenemos un sindicato que no puede tener actividad tenemos a un sindicato *zombi* o muerto.
- No cuestionamos la elección del sistema de pluralidad sindical ni el criterio numérico, siendo más que estos criterios puedan incluso aportar a la participación de los sindicatos minoritarios en las comisiones negociadoras.
- El Estado tiene el deber de garantizar el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, no puede mantenerse al margen.
- Nuestra legislación no garantiza el pleno ejercicio y desarrollo de la libertad sindical de los sindicatos minoritarios.
- En el caso específico del derecho a la libertad sindical de los sindicatos minoritario, es menester que el Estado evalúe los efectos del artículo 9 del Texto único ordenado de la Ley de relaciones colectivas de trabajo, aprobado por el Decreto supremo 10-2003-TR, en tanto que si bien se ha optado por un sistema de mayor representatividad el mismo niega el derecho a negociar colectivamente al sindicato minoritario.
- Consideramos necesaria la modificación de artículo 9 de la norma antes citada, pues no debe ser una facultad del mayoritaria el ejercicio del derecho de un minoritario. Asimismo, logrando su participación no sería necesario que permanezca la palabra ámbito.
- Consideramos que los efectos de dicha modificación cumplirían con el objetivo del Estado de crear acciones para promover que los sindicatos decidan asociarse voluntariamente.

RECOMENDACIONES

En el caso de las recomendaciones, como ya hemos indicado, dentro de la negociación colectiva podría formarse una mesa de negociación que agrupe a miembros de los sindicatos del ámbito según su número de afiliados; es decir, que el propio criterio numérico sirva para que los sindicatos que comparten ámbito con el mayoritario sí puedan tener participación en la negociación (voz y voto). Por otro lado, tenemos como segunda propuesta hacer una lectura constitucional que permita (con la legislación que ya tenemos) que nuestros jueces y autoridad administrativa entienda que el sindicato minoritario debe participar de cierto modo (o con cierta representación) en la negociación colectiva que tenga el empleador con el sindicato mayoritario.

BIBLIOGRAFÍA

- Oficina internacional de Trabajo. La Libertad sindical- Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Ginebra: OIT, 6° edición, 2018.
- GARCÍA MANRIQUE, Álvaro (2021). La representatividad sindical y el derecho de huelga en los sindicatos minoritarios.
- LOPEZ GUIZAR, Guillermo (2014). La autonomía sindical desde la óptica de la OIT. El caso México. En: Universidad Nacional Autónoma de México: p. 9.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Atomización y Disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú” en Soluciones Laborales No 39. marzo 2011. p. 54.
- OIT. Estudio General 1994, Sesión No 81 de la Conferencia. Libertad sindical y negociación colectiva: Fomento de la negociación colectiva. “capítulo X: Fomento de la Negociación colectiva”
- GERNIGON, Bernard et al. “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva” En: Revista de Derecho Internacional de Trabajo, vol .119. OIT, 1999, p.51
- GERNIGON, Bernard et al. “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva” En: Revista de Derecho Internacional de Trabajo, vol .119. OIT, 1999, p.45
- OJEDA AVILÉS, Antonio. Derecho sindical. Editorial Tecnos: Madrid, 1998, p98.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. El sistema de relaciones sindicales en España: un balance general del marco jurídico y del funcionamiento de la práctica sindical en el sistema social. Editorial Laboratorio de alternativas: Madrid, 2009, p. 22.
- TORRES SOTO, Laura Karina. “El olvidado deber de fomento de la negociación colectiva”. En VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la seguridad social. Lima: SDDTSS, marzo 2015, p.964.

Sentencias del Tribunal Constitucional:

- Sentencia del expediente No. 3655-2011-PA/TC, publicado en diciembre de 2014.
- Sentencia del expediente No. 6609-2015-PA/TC, publicado en diciembre de 2019.
- Sentencia 11/1998, de 13 de enero de 1998 (BOE número 37, de 12 de febrero de 1998).

* * * * *