

LA PROMOCIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL DESDE LA ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO: UN ANÁLISIS COMPARADO

PROMOTING TRADE UNION FREEDOM BY DEPARTMENT OF LABOUR: A COMPARATIVE STUDY

Hugo Barretto Ghione [□]

RESUMEN: El objetivo del presente artículo es estudiar la promoción de la libertad sindical desde la Administración del Trabajo en el Derecho Comparado. En primer lugar son presentados los límites y complejidades del análisis comparado, y se hacen reflexiones sobre la significación de la libertad sindical y la actuación de la Administración del Trabajo en esa materia. Después, son analizadas las medidas de promoción de la libertad sindical en el Derecho comparado, como la facilitación del reconocimiento sindical y de los procedimientos de negociación. Finalmente, se concluye que no es suficiente solamente una modificación legislativa promotora de la libertad sindical, pero también que tales normas sean de hecho activadas por los operadores jurídicos. Además es necesario distinguir entre el intervencionismo estatal que resulta obstructor de la libertad sindical y el intervencionismo necesario para proteger a los trabajadores y garantizar condiciones de equilibrio real entre los que negocian.

PALABRAS-CLAVE: Libertad sindical. Promoción. Administración del trabajo. Derecho comparado.

Artigo recebido em 29 de março de 2016

[□] Profesor Titular (Catedrático) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Profesor de Posgrado en “Teoría General del Derecho del Trabajo”. Director del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro de la Secretaría de Redacción de la revista Derecho Laboral (fundada en 1948 por los prof. Américo Plá Rodríguez y Héctor-Hugo Barbagelata)

ABSTRACT: This article aims to study the issue of promoting trade union freedom by Department of Labour in comparative law. Firstly we present this comparative study's limits and complexities. We also reflect on trade union freedom and Department of Labour's actions on this matter. After that we discuss measures to promote trade union freedom in comparative law such as facilitating trade union's recognition and collective bargaining's procedures. Finally we conclude that a legislative modification that promotes trade union freedom isn't enough because it's also necessary that these rules are really applied by law professionals. Furthermore it's necessary to distinguish state intervention that disturbs trade union freedom from state intervention that is necessary to protect workers and to guarantee conditions of real balance between collective bargaining's parties.

KEYWORDS: Trade union freedom. Promotion. Department of Labour. Comparative law.

1. Límites y complejidades de un estudio comparado sobre Libertad Sindical

El objetivo del presente trabajo es identificar algunas formas de promoción de la libertad sindical existentes en la experiencia internacional.

Los estudios de derecho comparado han estado siempre presididos por el doble objetivo de generar conocimiento de los ordenamientos jurídicos extranjeros y nacionales y de generar asimismo recursos o soluciones que puedan ser aplicadas a la realidad propia del investigador. Por ello se ha dicho que, entre sus resultados más relevantes, la metodología comparada no sólo obtiene un “acopio y divulgación de información referente al derecho extranjero” sino también “la utilización de la experiencia adquirida en otros sistemas jurídicos a los fines de la reforma legislativa nacional”¹.

Ante esa meta tan abarcadora, cabe advertir que el objeto de estudio propuesto no es fácilmente reconducible a una extensión necesariamente acotada como la presente.

Además de esa limitante, de tipo espacial, la libertad sindical es en sí misma de compleja aprehensión por su *naturaleza cultural, contextual e histórica*, lo que adiciona mayores desafíos

1 Gutteridge. “An Introduction to the Comparative Method of Legal Studies and Research”, citado por Osvaldo Mantero in Derecho del Trabajo de los Países del Mercosur. Un estudio de Derecho Comparado. FCU, 1996, p. 18.

a la investigación. Ocurre que, como señala Schregle², los fenómenos que se producen en las relaciones laborales “son expresión muy fiel de la sociedad en que operan, de sus características y de las relaciones de poder entre los diferentes grupos de intereses. Es imposible comprender las relaciones de trabajo si no se entiende la forma como se establecen y cumplen las reglas y se adoptan las decisiones en la sociedad de que se trata (...) la comparación internacional permite destacar la importancia de las actitudes, valores, emociones, ideologías, sentimientos e incluso religiones”. Estos valores y principios integran la esencia misma del ordenamiento jurídico y no constituyen meros contextos de carácter explicativo³.

Es posible también afirmar con Kahn Freund que aún en el caso que se obtengan resultados satisfactorios desde el punto de vista de la generación de conocimientos acerca de un determinado instituto jurídico, la adaptación de la experiencia internacional a los contextos nacionales es dificultosa en lo relacionado con el derecho colectivo del trabajo, dado que *ese sector del ordenamiento se encuentra estrechamente vinculado a las relaciones de poder entre las fuerzas políticas, sociales y económicas* en contextos ideológicos, culturales e históricos muchas veces muy dispares, por lo cual es frecuente que surjan intensas resistencias a modificar una situación y su expresión legal, pese a que se trate de experiencias muy exitosas en sus respectivos espacios nacionales⁴.

A resguardo de toda opinión escéptica, conviene decir también que, pese a las dificultades de trasladar soluciones de manera automática, el derecho laboral chileno integra una cierta tradición o “familia” tipológica, de tipo continental, común a todos, del cual los derechos latinoamericanos forman parte⁵, presentando como características fundamentales la de estar escritos y legislados, la mayoría de las veces de manera profusa y dual de manera que la entronización de la ley juega un papel protector y disciplinador a la vez.

Sin embargo, este mero señalamiento de la pertenencia a un derecho codificado, heredero de la tradición romanista, puede resultar insuficiente para adscribir y dar alguna explicación acerca de los ordenamientos nacionales latinoamericanos en la materia laboral. Sería decir poco al respecto.

2 Schregle, Johannes. “Relaciones de trabajo comparadas: escollos y posibilidades”. Rev. Internacional del Trabajo, vol. 100, núm. 1, 1981

3 Mantero, Osvaldo, ob cit. p. 30

4 Kahn – Freund. Otto. “On uses and misuses of comparative law” en The Modern Law Review, Londres, vol. 37, enero 1974, N°1, citado por Von Potobsky en Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo, Dir. Julio Simon, T. I La Ley, 2012, p.153

5 Supiot. Alain. Critica del Derecho del Trabajo. MTAS. España, 1996

Por ello algunos autores adoptan unos patrones de aproximación más pertinentes al objeto de estudio, distinguiendo tres modelos de derecho del trabajo: *negociado*, *legislado* y *mixto*.

El modelo legislado, en el que se inscribe claramente el caso de Chile, puede delimitarse como aquel que “tiene como característica la dirección del Estado en las relaciones de trabajo, amplitud de la ley, constitucional e infra constitucional y la retracción de la negociación colectiva, inhibida entre un enorme volumen de leyes que regulan el contrato individual de trabajo, leyes que interfieren el procedimiento de la negociación colectiva y que restringen de la autonomía de la negociación buena parte del contenido de los contratos colectivos. Ese modelo parte del supuesto de que el Estado es capaz de solucionar la cuestión social, de que la intervención del Estado en los sectores económico y social es el medio suficiente para alcanzar ese objetivo y de que la ley y la actuación del Poder Ejecutivo son las mejores maneras de regular las relaciones de trabajo”. Entre las desventajas de estos sistemas, el autor que viene siguiéndose no incluye la falta de autonomía de los actores sociales que provoca la red normativa existente⁶.

Circunscribir un derecho nacional a un determinado modelo – en el caso, el modelo de legislación - genera un campo de mayor cercanía con las soluciones que presta cada ordenamiento a las instituciones laborales concretas, lo que puede facilitar la integración de esas soluciones al derecho nacional sin extrapolaciones forzadas ni alienantes.

Pero hay otras consideraciones que todavía deben hacerse antes de ensayar cualquier proposición.

La comparación a realizar deberá tener en cuenta básicamente la normativa de origen legal, por lo cual es de orden anunciar que los materiales normativos autónomos no serán tomados en cuenta, por la obvia razón que el estudio busca mostrar algunas soluciones que pudieran resultar pertinentes para incorporar a las prácticas o para desatar procesos de reforma legislativa.

En lo fundamental, y siguiendo una cierta metodología tradicional en los estudios de derecho comparado, se apelará a la comparación con un “*tercer derecho*”, o sea, se dará curso no solamente a los derechos nacionales seleccionados, sino que se recurrirá a un cuerpo normativo externo como es el de la Organización Internacional del Trabajo, por considerar que se trata de un campo óptimo para servir como referencia por su carácter universal y flexible y

⁶ Mascaró Nascimento. Amauri. Teoría General del Derecho del Trabajo. LTr, 1999, p. 40 - 42

por componer un conjunto de normas, principios y pronunciamientos de los órganos de contralor de inevitable consideración en nuestro ámbito de estudios.

Tratándose del estudio, en definitiva, de una parte esencial de las relaciones colectivas de trabajo, conviene advertir el doble carácter que revisten, dado que no solo son objeto de regulación – y esa vertiente constituye de por sí un núcleo temático significativo – sino que “constituyen básicamente un aparato que las produce” con lo cual “no pone en juego solo una serie de estatus regulatorios cristalizados, sino también la garantía de goce y vigencia de un conjunto de libertades que son esenciales a la hora de definir los perfiles éticos (...) de las sociedades”⁷

La libertad sindical es así un “blanco móvil” para el investigador, puesto que en un enfoque sincrónico componen uno de los vértices del derecho colectivo del trabajo, y en un enfoque diacrónico es un instrumento de producción normativa.

Estas consideraciones no son ajenas a la dimensión del objeto de estudio.

Estamos ante un fenómeno situado en una especie de “medio camino” entre las “macro comparaciones” (estudio de los ordenamientos jurídicos en sus perfiles singulares) y las “micro comparaciones” (estudio de las normas o los institutos en particular). En efecto, la libertad sindical si bien constituye un derecho del que son titulares los individuos y los colectivos, tiene un potencial expansivo que la hace de sustantiva relevancia en todo el ordenamiento jurídico laboral, sin que pueda reducirse su significación a un espacio jurídico en particular.

Es tal la importancia de la libertad sindical, que el peso de su incidencia no queda recluso a un aspecto del derecho colectivo, sino que tiñe todo el ordenamiento jurídico de manera definitiva, aportando un idiosincrático modo de ser de la normativa, la doctrina y las prácticas de los operadores jurídicos.

Por eso los procesos de cambio deben despertar sinergias entre los distintos componentes del cambio, a saber, la legislación, la política laboral y la práctica de los actores sociales.

Así, una reforma laboral no podría limitarse a una simple modificación de los textos legales, desentendiéndose de los complejos avatares de la interpretación y aplicación de las normas, tareas a cargo de la Administración y de los operadores, sujetos que requerirán de estudios de diagnóstico, capacitación e información suficiente como medidas de promoción.

⁷ Goldín, Adrián, Feldman, Silvio. “Relaciones colectivas de trabajo en el Mercosur (sobre una hipótesis de convergencia)”. Rev. Relasur, N° 7, p. 47

2. Algunas notas sobre la significación de la Libertad Sindical

El derecho a la libertad sindical presenta en principio similitudes con la categoría de los llamados derechos civiles y políticos, en tanto puede ser apreciado como una cierta especificidad del derecho de asociación.

Sin embargo, las semejanzas terminan pronto ni bien se advierte, con una mirada más detenida, que su aparición y justificación tiene que ver con desarrollos históricos singulares, como han sido la extensión de la economía de mercado y el modo capitalista de producción⁸, procesos que generaron determinadas condiciones económicas que vieron surgir el trabajo dependiente o por cuenta ajena. Así, la libertad sindical es un derecho cuyos titulares se encuentran sometidos a una clase de sujeción: trabajan de manera subordinada.

En todo caso debe reconocerse que se trata de un derecho de quienes mantienen relaciones jurídicas fuertemente asimétricas de manera cotidiana y como modo de sustento en lo personal y familiar⁹, sujetos que Cesarino Junior denominaba “hiposuficientes”. Dice Supiot¹⁰, amalgamando los extremos, que “ha sido la invención de lo colectivo, y de sus consecuencias – los derechos colectivos, las libertades colectivas, la negociación y los convenios colectivos – lo que ha permitido salir de los impasses de la sumisión voluntaria, y definir un derecho en que pueden convivir la subordinación y la libertad”.

Hay por tanto un elemento diferencial en la libertad sindical frente a la libertad de asociación: se trata de un derecho singular de quienes ostentan una posición social y económica dependiente; la libertad de asociación no da cuenta de esa diferencia ni del conflicto que encierra.

Oscar Ermida Uriarte, en una obra de su producción temprana, estudia el concepto de libertad sindical en el marco de su consideración en el contexto de los derechos humanos fundamentales, poniendo el foco en su interdependencia, concepto que retorna desde la idea más reciente de la integración de los derechos en el llamado bloque de constitucionalidad¹¹. No es concebible la libertad sindical sin la vigencia y efectividad del derecho de asociación, de reunión, de libertad de expresión, etc. Tampoco es posible, y esto frecuentemente se soslaya, entender que rigen los derechos civiles y políticos sin el derecho a la libertad sindical.

8 Braudel. Fernand. La dinámica del capitalismo. FCE, Chile, 1994

9 El art. 3º del Convenio Internacional del Trabajo núm. 131 prescribe entre los elementos a tener en cuenta para el establecimiento del salario mínimo a la suficiencia para responder a las necesidades del trabajador y su familia.

10 Supiot, Alain. Crítica del Derecho del Trabajo. Cit. p. 148

11 Barbagelata. Héctor-Hugo. “El bloque de Constitucionalidad de los Derechos Laborales”. En rev. Der. Lab. N° 214

Según la Organización Internacional del Trabajo “La propia Comisión de Expertos, la Comisión de Aplicación de normas de la Conferencia y el Comité de Libertad Sindical han señalado repetidas veces la dependencia recíproca que existe entre las libertades públicas y los derechos sindicales, recalcando así su convicción de que un movimiento sindical verdaderamente libre e independiente sólo puede desarrollarse dentro de un clima en el que se respeten los derechos humanos fundamentales. El ejercicio de las libertades públicas en materia sindical debe evaluarse en base a las reglas que figuran en el Art. 3 del Convenio N° 87. Es en conexión con esta norma que el respeto de ciertos derechos humanos fundamentales cobra toda su importancia para la vida sindical”¹²

La libertad sindical comporta un derecho que debe garantizarse en su ejercicio. Con ello no parece decirse nada nuevo, pero lo peculiar de su configuración radica en que los Estados permanecen obligados a promoverla como parte de sus compromisos con la Organización Internacional del Trabajo, que dispone para ese fin de una serie de contralores específicos y graduales. Estas “obligaciones positivas”, pueden sintetizarse diciendo que el Estado debe desarrollar condiciones para el efectivo ejercicio del derecho y debe poner a disposición de los actores diversas herramientas jurídicas para su concreción. Los empleadores son también sujetos pasivos de esa obligación.

La locución “garantizar su ejercicio” también quiere decir que el derecho a la libertad sindical es cardinalmente un derecho a tener actividad sindical, y en esa connotación diacrónica está la clave de la esencia del derecho. Volveremos sobre este asunto.

Las acciones vinculadas a la promoción de la libertad sindical se materializan de múltiples maneras, tanto mediante el aseguramiento de la autonomía de las organizaciones de trabajadores como proveyendo de efectos a las relaciones jurídicas que entablan con los empleadores o garantizando el derecho de huelga, etc. En realidad, el derecho a la libertad sindical comprende un haz de derechos, o es un derecho que se despliega en otros derechos¹³. La libertad sindical “interactúa” con otros derechos colectivos.

Es, por otra parte, un derecho generador de otros derechos, cualidad que lo eleva a la categoría de estructurador del ordenamiento jurídico, pues constituye un ámbito de creación de normas jurídicas aplicables a las relaciones individuales y a las propias relaciones colectivas de trabajo.

12 Oficina Internacional del Trabajo, Libertad sindical y Negociación Colectiva, 1994, Párr.26, pág. 14.

13 Romagnoli, Umberto. *La libertad sindical, hoy*. Revista Derecho Social, núm. 14, 2001

Esta característica de comportar una especie de sostén jurídico de una fuente de derecho como es la autonomía colectiva, es de vital importancia desde el punto de vista del desarrollo democrático y del funcionamiento del Estado de Derecho, puesto que con la libertad sindical estamos ante un poder normativo tal como si se tratara de cualquier otra fuente de derecho, aunque no siempre se lo reconozca de esa manera y se persista en considerar prejuiciosamente a la autonomía colectiva como un ámbito “clase B” cuando hablamos de producción de normas de derecho.

La profunda imbricación de la libertad sindical con otros derechos ha motivado que se la considere como parte de la tríada central del derecho colectivo del trabajo, junto al derecho de huelga y el de negociación colectiva. Se trata de una estrecha, indisociable e interdependiente interacción sobre la que tanto contribuyó Mario de la Cueva.

Se trata de un derecho complejo. Es vital para la comprensión de la función que el derecho a la libertad sindical tiene como instrumento del pluralismo social y de la igualdad en sentido material de las personas que trabajan, detenerse en el perfil teórico de esta formulación, que presenta evidentes consecuencias en el plano de la práctica jurídica.

Nos referimos a la diferenciación existente en el derecho y la norma (reglamentación) que lo reconoce, o sea, la relación entre el derecho y la institucionalización del mismo.

Los derechos humanos, como es el derecho a la libertad sindical, no son totalmente aprehensibles por la norma jurídica, y no debe confundirse el derecho y la norma que lo reconoce. En principio, una norma, como enunciado lingüístico, no puede atrapar ni enervar la riqueza conceptual del derecho, que se resiste a toda confinación cristalizadora, por lo cual mucho menos puede detener una norma la evolución de la cultura jurídica referida a los derechos fundamentales.

Una posición contraria a esta elemental apertura a la libertad y al progreso de “hominización” constituiría una mutilación que haría primar la institución por sobre el derecho, la forma sobre los contenidos. El Derecho no queda recluido en su formulación lingüística, sino que debe ser capaz de evolucionar a la par de la cultura y de las transformaciones de las formas de trabajar. Definir el derecho desde la exclusiva institucionalidad es desvincularlo del sujeto titular de esos derechos.

Es por estas razones que los derechos fundamentales son tales en la medida que se sitúan de manera independiente de las formas de recepción en el mundo jurídico. De algún modo, el *derecho* es una “exterioridad” respecto de la *norma* que pretende contenerlo: los derechos no

formulan instituciones, sino exigencias frente a las instituciones¹⁴. Esto no obra en desmedro de la norma ni de la institucionalidad democrática, sino que pone de relieve que, si bien la reglamentación es inevitable como mediación entre el derecho y su efectiva concreción, la misma no colma ni despliega la totalidad de los contenidos posibles, y a menudo puede llegar a constreñir el ejercicio efectivo del derecho (como ocurre con la libertad sindical en muchos países latinoamericanos, según se verá).

Algo similar anotaba en los albores del derecho laboral León Duguit, en unas conferencias dictadas en Buenos Aires a principios del siglo XX. En un pasaje que devino un clásico del derecho social: “soy de aquellos que piensan que el Derecho es mucho menos la obra del legislador que el producto constante y espontáneo de los hechos. Las leyes positivas, los Códigos, pueden permanecer intactos en sus textos rígidos: poco importa; por la fuerza de las cosas, bajo la presión de los hechos, de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones jurídicas nuevas. El texto está siempre allí; pero ha quedado sin fuerza y sin vida; o bien por una exégesis sabia y sutil, se le da un sentido y un alcance en los cuales no había soñado el legislador cuando lo redactaba”¹⁵

El derecho a la libertad sindical se radica siempre y en todo caso por encima de la reglamentación, y por ende no se encuentra sometido a plasmación definitiva; es por definición un derecho en movimiento, un derecho de la actividad colectiva y organizada, difícilmente apresable, de extraordinaria “riqueza semántica” como decía Romagnoli o de permanente “exceso de sentido”, cuyos titulares son quienes desempeñan un papel dependiente en el mundo productivo, pero con su conducta “activan” espacios de autonomía a través de la libertad sindical.

Esa naturaleza diacrónica ha quedado plasmada en el art. 3º del CIT N° 87 cuando hace referencia al derecho a la *actividad sindical*, locución amplia que incluye un conjunto de realizaciones imposibles de inventariar.

La libertad sindical engendra y despliega otros derechos, o sea, que pasa a ser de “derecho a” hacia un “derecho para” y por ello es consustancial a su conceptualización la autonomía de los sujetos colectivos, y su capacidad reguladora, puesto que sin una real independencia de las organizaciones de trabajadores respecto de los poderes económicos y políticos es ilusoria toda expectativa y se banaliza la potencialidad reivindicativa.

14 Hinkelammert, Franz J. El Sujeto y la Ley. El retorno del sujeto reprimido. Fundación editorial el perro y la rana, 2006, p. 463

15 Duguit, León. Las Transformaciones Generales del Derecho público y privado. Heliasta, 1975, p. 171

El Convenio Internacional del Trabajo núm. 87 reconoce que los trabajadores y trabajadoras tienen la potestad de constituir en forma autónoma e independiente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, sin requerir autorización previa; se les reconoce asimismo la facultad de afiliarse a las organizaciones sindicales existentes, establecer su forma de organización, administración, participación, elección de sus representantes y toma de decisiones. La autonomía y la independencia de las organizaciones se encuentran recogidas en los arts. 2º y 3º.

El conjunto de derechos a constituir organizaciones, a afiliarse, elegir libremente las autoridades, ejercer la administración y dictar estatutos no es otra cosa que una enumeración no taxativa de las variables fundamentales que integran el concepto de autonomía sindical; una especie de descomposición (para mejor comprenderlo) de un concepto único y central, como es la autonomía sindical.

La construcción de un sujeto con esas características hace posible el reconocimiento a la “otredad” del colectivo laboral respecto del resto de los actores del mundo del trabajo, a saber, del Estado y del sujeto empleador. Toda afectación permanente a la autonomía sindical comporta la negación de “lo otro”, y por tanto, redundante en el cercenamiento o la desaparición de la representación del interés de los hiposuficientes, significando una renuncia al ejercicio democrático en el plano social.

3. El actuar de la Administración entre la teoría jurídica y la política laboral

La “exuberancia semántica” y la relevancia de la libertad sindical en el sistema de fuentes de derecho no termina de ensamblar adecuadamente con la intervención del Estado en las relaciones laborales: *El sesgo del obrar administrativo en la materia parece dirigido a una actuación de tipo revisionista y controladora de esas relaciones.*

Veamos para verificar este aserto algunas construcciones doctrinarias que resultarán harto elocuentes de esta falta de acople entre la libertad sindical y el intervencionismo estatal.

En una obra reciente, entre los elementos característicos del derecho colectivo del trabajo se distinguen tres instancias:

- a) Ámbitos de participación de los trabajadores y empleadores, y sus entidades representativas, sindicatos y asociaciones empresarias;
- b) Ámbitos de control, desplegados por la autoridad administrativa de trabajo, en cumplimiento de la normativa vigente;

c) Ámbitos de revisión, a cargo de la autoridad judicial competente, de lo actuado por parte de las instancias precedentes¹⁶.

De la precedente clasificación deduce el autor que “todo ello se vincula con un aspecto esencial de la materia en análisis, que es la autolimitación que se impone el Estado al reconocer un marco de actuación propio a los sujetos colectivos, al amparo de tales garantías de libertad sindical y autonomía colectiva. Ello deriva en la paradoja de constituirse un sistema que si bien potencia el desequilibrio normativo a favor de los mencionados sujetos (mecanismo que no resulta ajeno al derecho del trabajo) también debe asegurar la presencia de etapas que procedan a restaurar ese desnivel en caso de producirse excesos u omisiones en el despliegue de esos comportamientos sociales”¹⁷

Nótese que la clasificación no destaca en el ámbito de las funciones de la Administración, el “fomento” sino que repara solo en el “control”.

Más adelante se dice que la relación jurídico administrativa ha distinguidos tres modalidades fundamentales en las que se despliega la intervención: policía, servicio público y fomento, señalando, paradójicamente, que a los efectos laborales “lo que aquí importa es analizar la forma y los alcances en que se ejercita y controla el poder de policía en el derecho colectivo del trabajo”¹⁸ y citando a Javillier reconoce que “la Administración puede intervenir en las relaciones de trabajo de doble manera (...) El propósito es incitar a los interesados a hallar las modalidades más adecuadas para tratar los asuntos que les conciernen. De algún modo se trata de controlar tanto las fuerzas sociales como la perspectiva de incitar a que estas últimas establezcan instrumentos que escapen parcialmente a la Administración. Para quien desea simplificar al extremo se trata tanto del camino heterónimo como del autónomo. Estas dos finalidades de intervención de la Administración, en el terreno normativo, no son incompatibles, contrariamente a lo que algunos creen o fingen creer. Estas pueden muy bien coexistir, y estarán sin duda, cada vez más orientadas a interactuar”¹⁹.

Para mayor explicación, teóricamente las funciones de la Administración del Trabajo pueden clasificarse en generales, particulares y cuasi jurisdiccionales.

16 Ambesi, Leonardo. “*El Estado: las instancias administrativas y judiciales en el derecho colectivo del trabajo*”. En el vol. Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo cit, p. 797

17 Ambesi, ob cit. p. 799

18 Ambesi, ob cit. p. 805

19 Javillier, Jean Claude.”*Ministerio de Trabajo y Legislación Social*” en Administración Laboral y Ministerio de Trabajo en el siglo XXI. V. Tokman y D. Martínez comp. OIT, Lima, 1997, p. 66 cit por Ambesi, p. 807

Las funciones generales refieren a las prescriptas en el CIT 150 sobre Administración del Trabajo (1978) definida como “las actividades de la administración pública en materia de política nacional de trabajo 8art. 1º, a); las instituciones “responsables o encargadas de la Administración del Trabajo conforman el “sistema de Administración del Trabajo” (art. 1º, b).

Las particulares hacen mención a aquellas que atribuye la legislación nacional y tiene que ver con aspectos propios de la gestión ordinaria, tales como registros de sindicatos y de convenios colectivos, tareas de contralor de la aplicación de las normas laborales, mediación en conflictos individuales y colectivos, etc.

Las funciones cuasi jurisdiccionales son seguramente las más controvertidas, puesto que convierte a la Administración en un ámbito de dilucidación de conflictos entre privados, rozando así la actividad jurisdiccional propiamente dicha. Trátase en estos casos de la determinación del sindicato más representativo, el encuadramiento sindical, el contralor y la resolución de impugnaciones de elecciones sindicales, etc.

Las clasificaciones y desarrollos precedentes adolecen de una significativa ausencia de funciones de tipo promocional o de fomento, pese a que la normativa internacional es conteste en determinar la pertinencia de identificar obligaciones de los Estados de ese carácter (art. 4º del CIT 98, etc).

¿Por qué entonces que la mirada administrativista en clave de policía laboral? A responder la pregunta se encaminan los siguientes desarrollos.

En el plano jurídico la intervención del Estado fue vista como una manifestación del derecho administrativo para regular un tipo particular de relaciones que presentaban un alto componente de interés publico. La mirada generalista no reparó en las peculiaridades del mundo del trabajo, y si lo hizo, fue con el afán evidente de disciplinar.

En el caso, la tensión entre la intervención y el control que impuso la Administración a las relaciones colectivas de trabajo por un lado, y los espacios de autonomía sindical por otro, se reflejó inevitablemente en el campo de la ciencia jurídica, en tanto estas funciones referidas al ámbito de las relaciones colectivas de trabajo fueron enmarcadas, en algunos casos, en el derecho administrativo, y en otros, se desgajaron hacia el derecho del trabajo.

El enfoque en uno y otro caso iba a ser disímil en cuanto a los grados de admisibilidad de un ordenamiento jurídico autónomo con sus propias reglas, que solo muy mediatamente puede ser tomado – nunca absorbido – por el ordenamiento heterónimo, situándose así los distintos sistemas en el eje del reconocimiento más o menos amplio de márgenes de autonomía sectorial.

Admitida la autonomía colectiva como un espacio de actuación de los sujetos colectivos, parte del debate teórico se desplazó entonces hacia la cuestión de si esa autonomía era de tipo originaria o derivada, caso en el que, al menos, la Administración se reserva el recinto último de las normas de orden público laboral²⁰.

Ese intervencionismo en equilibrio inestable con la autonomía no tiene la misma significación si consideramos las distintas dimensiones del derecho del trabajo.

Es posible distinguir:

- a) Si se trata de relaciones individuales de trabajo, el intervencionismo se traduce en actos legislativos, o sea, el dictado de normas protectoras de los trabajadores de carácter irrenunciable;
- b) Si se trata de relaciones colectivas, “el Estado deberá reconocer la libertad sindical y el derecho de huelga y admitir la negociación colectiva como un instrumento para conseguir el equilibrio entre los factores de producción, obviamente sin inmiscuirse en las relaciones entre las partes salvo en lo que puedan afectar al orden público”;
- c) En el derecho procesal, “el Estado debe, en principio, reconocer la desigualdad de las partes y procurar aminorarla. La medida de ello puede ser muy variable”²¹.

Conviene entonces reformular la clasificación sosteniendo que las funciones de la Administración del trabajo consisten en (a) la protección del trabajo; (b) la paz social; y (c) *la promoción de la autonomía y la libertad sindical*.

Las funciones de la Administración tienen por tanto que dar lugar a la promoción de la autonomía de los actores por comportar una dimensión democratizadora de la esfera económica y social, dejando atrás una intencionalidad puramente controladora de los procedimientos, productos y conductas de los actores.

Coincidentemente, un estudio de la OIT indica que las transformaciones en curso – globalización, liberalización, democratización – provocan ciertos cambios que motivan la introducción de innovaciones en la Administración del Trabajo, una de las cuales es la que tiene

20 Mantero Alvarez, Ricardo. “*El ordenamiento intersindical y las fuentes del derecho del trabajo*” en el vol. 36 Estudios sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo. Grupo de los Miércoles. FCU.

21 De Buen Lozano, Néstor. “*Modalidades y Alternativas*” en el vol. La Negociación Colectiva en América Latina, Antonio Ojeda Avilés y Oscar Ermida Uriarte. Ed. Trotta, 1993, p. 119

que ver con auspiciar una mayor autonomía de los actores sociales para autorregular las relaciones de trabajo a través, principalmente, de la negociación colectiva²².

Hay razones históricas que no pueden soslayarse en una explicación del fenómeno de la intervención de la Administración en las relaciones colectivas de trabajo.

El Estado ha tenido una evolución sinuosa a este respecto, y en ese tránsito incompleto, la ruptura de la inercia “neutral” del juez y gendarme lo hizo configurarse como un actor poderoso e intervencionista en materia económica y social, comportando la llamada “función conformadora” de la Administración que forjó cambios en distintos niveles de la gestión pública, entre ellas, el reconocimiento de los sujetos colectivos, los efectos de la negociación colectiva y el tratamiento de los conflictos colectivos.

Debe reconocerse que el proceso de incorporación del conflicto social dentro del universo de la ciencia jurídica y el consiguiente intervencionismo legislativo no se dio sin resistencias y perplejidades producto del arraigo de las concepciones liberales, absolutamente hegemónicas en el correr del siglo XIX.

El intervencionismo del Estado agrupó en general a diversas corrientes ideológicas y políticas que tuvieron como fundamento común la crítica y oposición al liberalismo económico de la Escuela de Manchester, aunque es posible encontrar otras coincidencias. Barbagelata señala como puntos de acuerdo de esas tendencias la “confianza en el progreso permanente de la sociedad humana”, la importancia reconocida a la solidaridad, la confianza en el Estado y la “convicción en que la ley es el instrumento de elección para el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo”, amén del trasfondo ético de todas estas concepciones²³.

El establecimiento de un marco jurídico proclive a la promoción de la libertad impone un delicado equilibrio: así, el exceso normativo, tan común en el continente, no es sinónimo de exceso de protección, sino todo lo contrario. El marco jurídico, del que se esperaba un instrumento de protección, se trasmuta en instrumento de control y dominación por el aparato estatal.

22 Tokman. Víctor. Martínez. Daniel. “*Los nuevos contenidos de la Administración del Trabajo y la modernización de los Ministerios de Trabajo en América Latina*”, en el vol. Administración Laboral y Ministerio de Trabajo en el siglo XXI, OIT, 1997, p. 15 – 17.

23 Agrega el autor que “algunas diferencias que pueden advertirse entre ellas tienen mucho que ver con las características culturales de los países en los cuales se desarrollaron”. Ver Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista. FCU. 2009, p. 100 y ss.

En concreto, la espesa trama normativa en derecho colectivo es frecuentemente limitativa y empobrecedora de la acción sindical²⁴, cuando no directamente disciplinadora.

Esta presencia reverencial a la *ley* como parte de la cultura jurídica latinoamericana, cuya función ha sido mayormente constituirse en mecanismo de reglamentación de las relaciones sociales que se producen en el ámbito del trabajo viene de lejos y tiene razones profundas.

Dice un autor que “La palabra escrita viviría en America Latina como la única valedera, en oposición a la palabra hablada que pertenecía al reino de lo inseguro y lo precario (...) En territorios americanos, la escritura se constituiría en una suerte de religión secundaria, por tanto pertrechada para ocupar el lugar de las religiones cuando éstas comenzaron su declinación en el siglo XIX (...) Ese exclusivismo fijó las bases de una reverencia por la escritura que concluyó sacralizándola. La letra fue siempre acatada, aunque en realidad no se la cumpliera, tanto durante la colonia con las reales cédulas, como durante la República respecto a los textos constitucionales”²⁵.

Esa tradición latina por la escritura, más la pretensión sistematizadora que pretendía atrapar la realidad en una profusa red normativa contenida en el código civil, se terminó consolidando con la creación de los estados nacionales en el siglo XIX, trasladando luego de forma inevitable esa lógica a la regulación de las relaciones de trabajo con el agregado y la parcería de un muy claro designio político como lo era (lo es) el disciplinamiento del conflicto social.

La cristalización de esas relaciones en una normativa vertida en códigos, leyes generales o consolidaciones de leyes del trabajo configuró un modo de ser de esas relaciones sociales y de la regulación de los intercambios que ocurren en el seno del mundo del trabajo, generando unas tradiciones y una cultura que permitió su pervivencia histórica en “modelos” nacionales, la mayoría de los cuales surgieron de gobiernos nacionalistas o en los procesos más o menos contemporáneos de las políticas de sustitución de importaciones. Si bien lo común ha sido que las relaciones individuales de trabajo se regularan bajo el signo de la protección y los principios, en el nivel colectivo la reglamentación²⁶ del sujeto sindical y de puntuales aspectos de la negociación colectiva ha tenido un designio contrario a la protección, determinando, en el

24 Dice Oscar Ermida Uriarte que “en América Latina todavía predomina una legislación limitativa y controladora de la acción sindical”. Ver del autor “*Caracteres y tendencias del Derecho del trabajo en América Latina y en Europa*” Revista Derecho Social Latinoamericana, núm. 1 2006.

25 Rama, Ángel. La Ciudad Letrada. Bs. As. Fundación Internacional Angel Rama, 1984, p. 17 y 41

26 Si bien estrictamente no lo son, a los efectos de esta contribución los vocablos “regulación” y “reglamentación” se emplean como sinónimos

devenir, la identidad y el “fenotipo” mismo de las organizaciones sindicales, que terminaron adaptándose al modelo.

Así por ejemplo, la exigencia de mínimos de afiliados para la constitución de sindicatos o la imposición de determinado nivel en la determinación del ámbito de la negociación colectiva modularon estrechamente la estructura sindical, limitando su acción al radio fijado por la norma o circunscribiendo la organización al nivel de la empresa.

Como rápidos ejemplos de lo expuesto, hemos de recordar que algunos códigos exigen para la constitución de una organización un número mínimo de afiliados (art. 359 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, art. 475 del Código de Trabajo de Honduras, etc), y en otros casos se deja al albur del acuerdo de partes la determinación del nivel de la negociación, como hace el art. 44 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo de Perú, reclusando indirectamente las relaciones de trabajo en la empresa lo cual es funcional y refuerza el contexto de debilitamiento y fragmentación sindical existente en ese país. Por otra parte, los actuales procesos de descentralización empresarial o tercerización contribuyen a consolidar la práctica de la negociación por empresa, en tanto aún las grandes unidades se des/estructuran progresivamente.

Si el marco jurídico general intervencionista es limitativo del radio de acción sindical merced a condicionamientos tales como a) la imposición del encuadramiento sindical; b) la obstaculización de la huelga; o c) la excesiva procedimentalización de la negociación colectiva, parece inevitable que ese mismo sujeto sindical, tan fuertemente mediatizado por la estructura jurídica, sea más proclive o permeable a aceptar otras imposiciones y sumisiones al poder político.

Este intervencionismo de tipo inmovilizador que estamos someramente describiendo presenta dos modalidades:

- a) de tipo “*originario*”, sincrónico, es decir, actuante al momento de diseñar el marco jurídico, que se traduce en general en la fijación de un espacio y de unas reglas para la acción de los sujetos colectivos, caso en que el **intervencionismo se denota en el texto legal**;
- b) de tipo “*dinámico*”, diacrónico, o sea actuante en el desarrollo de las relaciones entre los sujetos, y que opera a través de la interpretación y aplicación del marco legal y del arbitrio de soluciones a los problemas que se planteen, caso en que el **intervencionismo se denota en la actividad de la autoridad laboral**.

En el caso chileno, “la orientación normativa que el derecho sindical asumió en cuanto formulación del marco social que el legislador impone a los sectores sociales, se caracterizó por la asignación a la ley de un rol prioritario en el gobierno de las relaciones colectivas de trabajo, lo que afectó el desarrollo de los interlocutores sociales, y configuró un cierto modelo de relaciones colectivas de trabajo”²⁷.

Pese a esa evidencia de enfoques limitativos y excesivamente reglamentaristas, muy imbuidos de las concepciones administrativistas en clave de control de la actividad de los sujetos colectivos, hay posiciones en el laboralismo que sostienen la pertinencia de los controles.

En una versión “suave” de estas visiones, la intervención del Estado en las relaciones colectivas de trabajo es apreciada como una especie de actuación “en subsidio” de la Administración para el caso que los mecanismos autónomos de garantía de los derechos colectivos – las múltiples afectaciones que puede sufrir la libertad sindical - no sean eficaces o suficientes o el sujeto no se encuentre en condiciones de ejercer medidas de acción sindical para la tutela de su interés.

La Administración entraría en escena tras la demostración de la insuficiencia de los medios autónomos de solución de controversias, ya sea en caso de conflictos intrasindicales (discusión sobre representatividad, por ejemplo) o en caso de conflictos laborales propiamente dichos, ya sea de derecho o de interés.

Mas en general, otras posiciones llegan más lejos. Haciendo un relato de esas posiciones, sin que el autor se comprometa con las mismas, se ha dicho que la libertad sindical “no es incompatible con cierto control estatal dirigido a asegurar que los sindicatos cumplan con sus finalidades propias y que su miembros no sean perjudicados con el manejo indebido de los mismos. Las asociaciones profesionales, se dice, son parte importantísima para el funcionamiento de la sociedad civil pluralista y el estado garante de las instituciones democráticas, no puede ser indiferente ante aquellas ni tampoco darles un tratamiento semejante al que otorga a las sociedades civiles o mercantiles de orden privado, cuya constitución y funcionamiento responden a intereses particulares y no a intereses públicos de toda la colectividad. Regular los requisitos de constitución de los sindicatos, establecer una inscripción obligatoria, aún cuando se conceda a la autoridad competente potestad absoluta para negar la

27 Tapia, Francisco. “Intervención y autonomía en las relaciones colectivas del trabajo en Chile”. En el vol. Intervención y Autonomía en las Relaciones Colectivas de Trabajo. Oscar Ermida Uriarte, coord. FCU, 1993, p. 102

inscripción, regular las finalidades lícitas de los sindicatos, vigilar el manejo de sus fondos exigir el cumplimiento de ciertos requisitos tendientes a la preservación de la democracia interna en materia de asambleas, lecciones, presentación de informes a la autoridad laboral y a los asociados y, en fin, normar las causas de extinción de los sindicatos, sin conferir potestades absolutas en este sentido a la administración pública, no comporta, conforme a esta posición un ejercicio contrario a la libertad sindical, sino una garantía para el verdadero ejercicio de la misma, que debe proteger a las asociaciones profesionales y a sus miembros contra cualquier tipo de abuso”²⁸.

Las posturas críticas del intervencionismo lo señalan como el responsable de la postración de la libertad sindical en América Latina, provocada por una intencionalidad política de menguar el potencial que tiene la acción sindical. Se constata que la atención por parte del Estado de los fenómenos que se originan en el área de las relaciones colectivas de trabajo “no ha fructificado aún en medida suficiente en el sentido de reemplazar el signo de la interferencia estatal por el de la actividad de promoción de las relaciones colectivas autónomas”²⁹.

Intervención de la Administración del Trabajo en las relaciones colectivas de trabajo sería sinónimo de restricciones a la libertad sindical.

En una posición más matizada, se ha dicho que la legislación intervencionista ha reposado en la intención de “modernizar y actualizar” el país, pero en nuestro continente “ha impuesto una prótesis que, al tiempo de ayudar, ha viciado la praxis de no pocos países de la región”³⁰.

Más llanamente y con ejemplar poder de síntesis, de Buen ha subrayado que “derecho social que se reglamenta, derecho social que se pierde” y que “hay, de manera general, en los sistemas laborales de América Latina, una cierta tendencia a formular declaraciones que no son compatibles con la reglamentación que les sigue”, por lo cual nuestros países presentan “un sindicalismo dependiente, subordinado a decisiones políticas”³¹.

Para Oscar Ermida Uriarte el intervencionismo estatal en las relaciones de trabajo latinoamericanas no es homogéneo o uniforme, sino dual, ambiguo o aparentemente

28 Hernández Alvarez. Oscar. “*La Libertad Sindical como Derecho Humano Fundamental*”. En Estudios de Derecho del Trabajo. Dos Maestros. Dos Homenajes (Oscar Hernández Alvarez y Napoleón Goizueta Herrera), Iván Mirabal Rendón (comp.) Consejo Académico Barquisimeto, Venezuela, 2010, p. 222

29 Goldín. Adrián. “*El Papel del Estado*”. En el vol. El Derecho Sindical en América Latina, Antonio Ojeda Avilés y Oscar Ermida Uriarte (coord.). FCU. 1995, p. 35

30 Ojeda Avilés. Antonio. “*El Procedimiento de la Negociación Colectiva*” en el vol cit. El Derecho Sindical en América Latina, p. 143

31 De Buen Lozano. Néstor. “*Organización y funcionamiento de sindicatos*”, en el vol cit. El Derecho Sindical en América Latina. p. 65 - 66

contradictorio. En concreto, los códigos o leyes generales del trabajo protegen al trabajador individual, pero “los capítulos de esas mismas leyes o códigos dedicados a las relaciones colectivas de trabajo, reflejan una clara finalidad limitativa o controladora de la acción sindical. La legislación sindical latinoamericana se caracteriza muchos más por el reglamentarismo y la limitación, que por la promoción, soporte o apoyo de la acción colectiva y sus manifestaciones, como la huelga, la negociación colectiva o la participación”³².

Con todo, Godinho advierte que si bien Brasil presenta una “fuerte tradición heterónoma”, que constituye el núcleo central del ordenamiento, la producción autónoma de los destinatarios principales de las reglas producidas no puede ser contradictoria sino “armónicamente ajustada” con los principios laboristas y los criterios en vigor en la rama jurídica especializada³³, advirtiendo así de los riesgos de una autonomía negocial que pudiera desconocer los principios propios del derecho del trabajo.

Superada la etapa de la pertenencia de la Administración del Trabajo a una rama jurídica ajena al Derecho del Trabajo, y superada la etapa de la llana asimilación del intervencionismo a una exclusiva preocupación por el control y disciplinamiento, resulta evidente que la función promotora de la libertad sindical no solo es un imperativo de las políticas laborales del siglo XXI en clave de autonomía, sino que es una demanda democrática de participación del ciudadano en el plano económico y social.

4. Medidas de promoción de la libertad sindical: la facilitación del reconocimiento sindical y de los procedimientos de negociación. Un ejercicio comparatista

4.1. Las “dificultades” o restricciones en la aplicación de la libertad sindical como contracara de la promoción

Los Estudios Generales y los informes de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo configuran una *hoja de ruta de utilidad para encontrar los puntos clave que ameritan políticas laborales o intervenciones legislativas para despejar el camino y hacer lugar al efectivo ejercicio de la libertad sindical y la autonomía colectiva*.

32 Ermida Uriarte. Oscar. “*Caracteres y Tendencias del Derecho del Trabajo en América Latina y en Europa*”. En Revista Derecho Social Latinoamericana. N°1 Bomarzo, p. 7

33 Godinho Delgado. Mauricio. Curso de Direito do Trabalho, 13° ed. 2014, p. 140

En concreto, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha dicho que “en la gran mayoría de los países, se reconoce, en la legislación o en la práctica, el derecho de los trabajadores a establecer sus condiciones de empleo mediante la negociación colectiva. No obstante, el grado con que las legislaciones nacionales fomentan el recurso a este mecanismo varía según los países; en la práctica, las principales dificultades que surgen a este respecto atañen al reconocimiento de los sindicatos a los fines de la negociación colectiva, así como al establecimiento de procedimientos y organismos destinados a facilitar la negociación”³⁴.

Si trazáramos un mapa de cuales son efectivamente esas “dificultades” que encuentra la CEACR en los ordenamientos nacionales, bien podríamos erigir, como contracara, una *serie de medidas de índole legislativa y de política que mejoraran la práctica de las relaciones colectivas de trabajo*.

Esas dificultades (antes bien, son “restricciones”) son las dos que se señalan en la cita transcrita, y se despliegan en ciertos mecanismos que a continuación se indican:

4.1.1 Reconocimiento de las organizaciones sindicales a los fines de la negociación colectiva.

Las restricciones se traducen en la imposición de requisitos de inscripción excesivos a los efectos de acceder a la negociación colectiva, como por ejemplo, la exigencia de un porcentaje muy elevado de trabajadores afiliados para registrar un sindicato, o la aprobación de estatutos, o la morosidad y burocratismo para obtener el reconocimiento.

La determinación de la representatividad para el caso de existir más de una organización sindical es parte también del problema, ya que si bien se entiende pertinente efectuar distinciones, *el riesgo aparece cuando se acuerdan mayores privilegios que la prioridad en materia de negociación colectiva*, debiéndose otorgar, a la organización que no alcanzó el estatus de “más representativa”, la posibilidad y viabilidad de solicitar una nueva votación, evitando así que se consoliden estructuras sindicales impropias.

Un rango de contar, por ejemplo, con el 50% de los miembros de una unidad de negociación parece, para la CEACR excesivo, puesto que puede dejar sin el derecho a negociar a sindicatos mayoritarios que no alcancen ese porcentaje.

34 Estudio General de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, Conferencia Internacional del Trabajo 81ª reunión, 1994, núm. 237

4.1.2. Procedimientos y organismos destinados a facilitar la negociación.

Entre las medidas de facilitación y promoción de la negociación colectiva, el CEACR ha señalado “los procedimientos, obligatorios o voluntarios, de mediación y conciliación, la prohibición de ciertas prácticas que, como las prácticas desleales de trabajo, pudieran entorpecer el avance de las negociaciones, y las disposiciones que facilitan a las partes, y en particular a las organizaciones de trabajadores, el acceso a ciertas informaciones, especialmente sobre la situación económica de la unidad de negociación, de la empresa en que se desempeñan los trabajadores interesados o de las demás empresas del mismo sector”³⁵

En lo referente a la autonomía para negociar, los temas a tratar para una eventual política de fomento a la negociación colectiva deberían tomar en consideración las dificultades constatadas en cuanto a la “fijación unilateral del nivel de las negociaciones, la exclusión de determinadas materias del ámbito de la negociación, la obligación de someter los acuerdos colectivos a la aprobación previa de las autoridades administrativas o presupuestarias, el respecto de criterios preestablecidos por ley, en particular en materia de salarios, y la imposición unilateral de las condiciones de empleo”³⁶.

Los niveles de negociación deben fijarse autónomamente por las partes, pudiendo adoptar, dice la CEACR, “un sistema mixto de acuerdos-marco, complementados por convenios en el ámbito local o acuerdos de empresa”³⁷.

En cuanto a los contenidos, “las medidas que se aplican unilateralmente por las autoridades para restringir la gama de temas que pueden ser objeto de negociaciones son a menudo incompatibles con el convenio; como método particularmente adecuado para remedir a este género de situaciones se dispone del procedimiento de consultas de carácter tripartito destinadas a establecer, de común acuerdo, las líneas directrices en materia de negociación colectiva”³⁸.

4.2. Modelos de promoción de la libertad sindical

35 Informe cit. núm. 246

36 Informe cit. núm. 248

37 Informe cit. núm. 249

38 Informe cit. núm. 250

Resta ahora iniciar la búsqueda de *patrones comunes y lineamientos de análisis de las medidas de promoción de la libertad sindical tomando como referencia el derecho de un conjunto de países latinoamericanos y europeos y las soluciones que ofrecen a las cuestiones del reconocimiento de las organizaciones sindicales y los procedimientos de la negociación colectiva*. En todos los casos se intentará sistematizar esas experiencias normativas para asumir conclusiones que sean de interés para el tema en estudio.

4.2.1. Desactivar toda restricción al reconocimiento de los sindicatos

Los sindicatos deben gozar de un amplio margen de reconocimiento en el plano de las relaciones colectivas de trabajo, por lo cual deberían removerse todos los obstáculos que limiten la creación de organizaciones, tales como los porcentajes excesivos de afiliados en el seno de la empresa, aún teniendo en cuenta que por lo general se argumenta que es un modo de fortalecer al movimiento sindical para evitar la generación de organizaciones “anémicas”.

En el extremo de la mayor autonomía encontramos al caso uruguayo, que no reglamenta la actividad sindical y permite la creación de sindicatos con la sola decisión autónoma de los trabajadores, reunidos aun espontáneamente en asamblea. No son exigidos requisitos de ningún tipo en lo referente a porcentaje mínimo de afiliados, ni registro obligatorio alguno. Siendo la negociación colectiva en ese país básicamente por rama o sector de actividad, la existencia de sindicatos de empresa a veces sin suficiente peso se amortigua con una organización federativa importante.

La determinación del sindicato más representativo a los efectos de la negociación colectiva aparece como un problema cuya solución se conjuga a través del empleo de criterios diversos, entre los cuales naturalmente se encuentran el de la antigüedad, independencia, número de afiliados, etc.

El número de afiliados o “audiencia electoral” es relevante en países como Francia y España.

En el primero de los países, los criterios acumulativos para establecer la representatividad sindical fijados en la ley de 20 de agosto de 2008 son: el respeto por la legalidad republicana; la independencia frente al empleador; la transparencia financiera; la antigüedad; la audiencia electoral (dependencia del hecho electoral en los organismos representativos del personal y de la concurrencia entre las fuerzas sindicales reconocidas sobre la base del pluralismo); la influencia del sindicato; y el número de afiliados y cotizantes. En

España igualmente se recurre a los resultados alcanzados por las distintas corrientes sindicales en las elecciones a representantes unitarios en la empresa (comités de empresa).

En Brasil, heredero de una tradición secular, la representatividad está vinculada a un sistema de unicidad de representación sindical de un grupo económico y social con base territorial a nivel municipal.

Sin embargo, es posible encontrar casos en que no existen previsiones para que la negociación colectiva sea efectuada por la organización más representativa, como en Colombia, Chile y Perú.

En algunos países la negociación queda circunscripta a las organizaciones sindicales, como en Argentina, Brasil, Nicaragua, Dominicana, Venezuela y Uruguay; en otros, es posible pactar acuerdos sin participación sindical, como los pactos colectivos en Colombia y los arreglos directos en Costa Rica, fuertemente criticados por constituir elementos discriminatorios en materia sindical. Fenómenos similares se dan en México a través de los llamados sindicatos de protección patronal.

4.2.2. Modelos y niveles de negociación

La negociación colectiva se encuentra prevista en todos los ordenamientos, pero algunos tienen previsiones sobre ámbitos tripartitos, a menudo para fijar salarios mínimos, como el caso del Consejo del Salario Mínimo, Vital y Móvil de Argentina y los Consejos de Salarios del Uruguay o de manera más general, los Consejos Tripartitos Regionales de Usuarios en Chile.

En cuanto a la determinación de los niveles, es posible distinguir tres modalidades:

- a) Casos en que el nivel de negociación queda sujeto a los acuerdos que alcancen las partes. En Argentina, Brasil y Uruguay ello implica una negociación por rama de actividad, aunque pueden anotarse matices en cada país, dado que en el último de los nombrados el ámbito en lo vinculado a la fijación de los salarios mínimos está prescripto legalmente. La libre determinación recluye la negociación por empresa en Panamá y Nicaragua, y en el caso de República Dominicana, si bien se prefiere la negociación por rama, los requisitos que se colocan son de tal entidad³⁹ que termina generalizándose la negociación descentralizada;
- b) Casos en que el nivel de negociación queda igualmente sujeto a los acuerdos, pero se prescribe que en caso de no alcanzar acuerdo la negociación ha de realizarse a nivel de empresa, como el caso de Perú. En Paraguay y Venezuela la negociación a nivel de rama requiere

³⁹ El sindicato debe representar a la mayoría absoluta de trabajadores del ámbito referido.

mayorías calificadas de trabajadores, y de no alcanzarse el mínimo, se negocia a nivel de la empresa;

c) Por último, en países como Colombia se establece que la negociación debe efectuarse por empresa.

La coexistencia de niveles diversos de negociación demanda la necesidad de contar con criterios de articulación. En España se organiza a través de acuerdos interprofesionales a nivel nacional, que recomiendan a los niveles inferiores una determinada estructuración de la negociación que va del nivel de empresa al de convenio estatal de rama de actividad.

En algunos casos, la solución adoptada es criticada por inconstitucional, como ha ocurrido en Italia con los llamados “acuerdos de proximidad” (negociación colectiva por empresa y nivel territorial infranacional), que permiten inaplicar disposiciones de los convenios colectivos nacionales de sector y aún la legislación laboral.

Es posible encontrar también modelos de negociación colectiva “reglada” o “no reglada”.

En Italia, el art. 39.pár. 4 de la Constitución prevé un registro público de los sindicatos para obtener la personería jurídica y concomitantemente representar “unitariamente en proporción a sus afiliados” y “estipular convenios colectivos con eficacia vinculante” lo que quiere decir estipular el alcance erga omnes para los trabajadores del ámbito negocial. Esa estructura no resistió la diferenciación sindical de posguerra y generó un sistema “de hecho”, de sindicatos sin registración alguna que debieron pactar acuerdos sometidos al derecho común de los contratos con eficacia limitada a las partes que lo celebran y las personas representadas. Por razones también de hecho, las empresas terminan afiliándose a la organización empresarial que celebró el convenio y en el interior de las mismas aplican a todos los trabajadores por aplicación del principio antidiscriminatorio.

En España el fenómeno se denomina “pacto extraestatutario”, y designa al acordado al margen del procedimiento establecido en el Estatuto de los Trabajadores. La jurisprudencia le ha asignado efectos contractuales y aplicación limitada a los trabajadores y empresas afiliados a los sujetos pactantes.

4.2.3 Contenido de la negociación

El Estatuto de los Trabajadores de España en el art. 85.1 le otorga al convenio colectivo la capacidad de regular las condiciones de trabajo y “materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y el ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales”. Coherente con ese sentido amplio, la negociación comprende frecuentemente aspectos vinculados a la organización del trabajo y el empleo y los cambios en la organización de las empresas y las consiguientes relaciones con el sindicato.

En otros casos, la ley es más prescriptiva de los contenidos posibles de la negociación, hasta el punto que puede resultar restrictiva.

En algunos países latinoamericanos, la reproducción vía negociación colectiva de las prescripciones legales del contrato de trabajo se ha visto como un empobrecimiento de los contenidos de la negociación, aunque también es cierto que esa reiteración puede tener un efecto “pedagógico” o reforzar la exigibilidad de esos derechos pormenorizadamente materializados en la ley laboral.

En México se ha señalado que los contratos “de protección patronal” son registrados a los solos efectos de impedir el surgimiento de una negociación autónoma, por lo cual su contenido, totalmente ficcional, solo reproduce la legislación contenida en la LFT.

4.2.4 Procedimiento de la negociación colectiva

El establecimiento de procedimientos instituye el ejercicio de una potestad reglada de la Administración que puede resultar obstaculizadora de la negociación colectiva, por lo cual para aconsejable ir a una simplificación de los actos constitutivos del íter negocial para prestar mayor apertura a la autonomía colectiva.

Si bien es difícilmente generalizable, puede decirse que existe cierta tendencia a establecer plazos y fijar los derechos y obligaciones de las partes en cada estancia procesal, el incumplimiento de los cuales determina, a veces, el apartamiento del modo legal de concluir un convenio y su deriva a modos “extraestatutario”.

El caso más paradigmático de libertad del proceso negociador se encuentra en Uruguay, donde solo la negociación los salarios mínimos está relativamente reglada mediante la convocatoria de los Consejos de Salarios a través de una decisión administrativa. En la negociación colectiva bipartita no existe sujeción a plazos ni procedimientos predeterminados, pudiendo las partes recurrir, de manera voluntaria, a mediadores o conciliadores del Ministerio

de Trabajo y Seguridad Social para el caso de dificultades o conflictos derivados del proceso de negociación.

La ley de negociación colectiva de 2009 es una “norma mínima”, siguiendo una tradición de abstencionismo del Estado en la intervención en las relaciones colectivas de trabajo, y por tanto, solamente establece los lineamientos generales para la conclusión de un convenio colectivo, sin pronunciarse sobre los procesos internos de intercambios entre las partes.

En concreto, la norma determina:

- a) Quienes son los sujetos pactantes (organizaciones de trabajadores y de empleadores);
- b) Tres niveles de negociación: a) de cúpula (gobernanza de las relaciones laborales a cargo del Consejo Superior Tripartito); b) de rama o sector de actividad (tripartito para la fijación de salarios mínimos en Consejos de Salarios o bilateral para la celebración de convenios colectivos); y c) de empresa, establecimiento o sección;
- c) Articulación con base en la primacía del nivel superior y el principio de la norma más favorable y contenidos muy amplios;
- d) Vigencia ultractiva;
- e) Efectos erga omnes una vez que se publique y registre por el Poder Ejecutivo.

Esta módica reglamentación ha completado algunos vacíos que presentaba el sistema al momento de su sanción, en tanto, como es sabido, el caso uruguayo otorga un amplio espacio a la autonomía colectiva y la libertad sindical, pese a algunos cuestionamientos que han surgido a esta normativa desde el lado empresarial.

4.2.5 Efectos personales y temporales

El efecto típico del convenio o convención colectiva de trabajo es el normativo, o sea, de eficacia general o erga omnes, derivado en el caso español de la noción de representación general o mayoritaria, según se vio supra, vinculada del sistema de negociación en doble vía.

Sin embargo, es posible apreciar sistemas en que el efecto sigue un modelo contractual, limitando la extensión del acuerdo solo a los trabajadores y empleadores afiliados a las organizaciones pactantes.

En América Latina corresponde distinguir dos situaciones:

- a) El alcance erga omnes se encuentra previsto en países como Argentina y Uruguay, con negociación prevalente a nivel de rama o sector de actividad, y es también vigente en otros países como Perú, Venezuela, Panamá, etc, aunque tratándose en casi todos los casos de negociaciones de empresa, la extensión del principio resulta acotada a ese pequeño ámbito. Los efectos temporales más allá de la vigencia del convenio (ultractividad) está prevista en Perú, Venezuela, Panamá, Nicaragua, Argentina y Uruguay);
- b) El alcance solo para trabajadores afiliados al sindicato rige en Colombia y en parte en Chile, donde se permite la adhesión al acuerdo de los no sindicalizados. En este país, además, una vez vencido el plazo del convenio pierde vigencia.

En España el principio de ultractividad ha sufrido los embates de los procesos de flexibilidad laboral, situándose después de la ley 3/2012 en un año el plazo de mantenimiento de las condiciones pactadas, transcurrido el cual se aplica el convenio de ámbito superior “si lo hubiere”, según reza la normativa.

4.2.6 Modelos de la huelga y procedimientos para declarar servicios esenciales

El reconocimiento de la huelga como derecho subjetivo de los trabajadores es también (casi) común a todos los ordenamientos latinoamericanos en el nivel constitucional, pero su reglamentación dista de ser uniforme y a menudo es fuertemente limitativa del derecho que tan diáfananamente consagran las normas superiores.

Las diversas respuestas que dan los ordenamientos y las concepciones que expresan de la función que se le atribuye a la huelga ha dado lugar a que la doctrina laboralista identifique un doble modelo normativo:

- a) Modelo contractual, en el que la huelga se encuentra adscripta a los procesos de negociación colectiva, siendo un mero instrumento del convenio; la persecución de otros intereses que no sean los que están directamente relacionados con el convenio colectivo hacen que la medida de acción gremial pueda ser declarada ilegal, con las consecuencias jurídicas que ello desencadena (posibilidad de rescisión de las relaciones de trabajo, etc);
- b) Modelo laboral, en el que la huelga es un medio de autotutela colectiva en todos los aspectos de la relación de trabajo y en todos los ámbitos de la vida social y económica, admitiéndose por tanto las huelgas de solidaridad o por motivos políticos en tanto compongan la defensa del interés de los trabajadores.

España responde al segundo de los modelos normativos, y Uruguay tiene también un régimen muy liberal en la materia, ya que toda previsión normativa se reduce a la fórmula constitucional que “declara” que la huelga es un derecho gremial y que sobre esa base se reglamentará su “ejercicio y efectividad”.

Las limitaciones al derecho de huelga admitidas son aquellas que provienen de la afectación de los “servicios mínimos”, según fórmula que han divulgado los organismos de control de la OIT.

El debate en torno a las limitaciones al derecho de huelga debería girar exclusivamente en este entorno y no extralimitar lo que son estos precisos cauces.

Al respecto, parece adecuado reproducir el art. 24 de la ley argentina N° 25877 que efectúa una interesante reglamentación de los servicios esenciales, muy apegada a los criterios de la OIT:

Quando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción.

Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.

Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del proceso de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos: a) cuando por duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. b) cuando se tratase de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

El ejemplo transcrito armoniza la “doctrina internacional” de la OIT y la autonomía colectiva, presentando además la ventaja de expandir la incidencia de los pronunciamientos del organismo especializado a toda el régimen de la huelga, según ha dicho la dogmática laboralista argentina.

Consideraciones Finales

La transformación de cualquier institución del derecho colectivo del trabajo moviliza una serie de instrumentos que no consisten solamente en delinear una complicada ingeniería jurídica, sino que implica modificar concepciones, tradiciones y prácticas consuetudinarias.

La promoción de la libertad sindical desde la Administración es solo un aspecto de un proceso más complejo.

En ese proceso, la Administración del Trabajo cumple un papel muy relevante, puesto que tiene a su cargo nada menos que la herramienta del cambio legislativo, así como la interpretación - como el caso de la Dirección del Trabajo de Chile – y la aplicación, como en su potestad inspectiva.

Pero como trató de demostrarse, un cuidado diseño legislativo, con objetivos claros y con intencionalidad de ir hacia un sistema más autonómico, no basta: muchas veces se desliza cierto prejuicio en pensar que es suficiente con la letra de la ley. Pero la mejor ley necesita de operadores jurídicos (funcionarios, jueces, asesores, inspectores, etc y desde luego sindicalistas y empresarios) informados, capacitados y convencidos de la necesidad de procesar cambios en concepciones muy arraigadas, con competencias adecuadas para generar diagnósticos, iniciativas y propuestas. En este punto, parece claro que no se trata de “inventar” una fórmula en el gabinete, sino de intentar acuerdos básicos a partir del tripartismo y el diálogo social.

La tarea no acaba con la aprobación de una modificación legislativa que se pretenda promotora de la libertad sindical; antes bien, parecería que en ese caso recién empieza la hora de los operadores jurídicos, que son quienes “activan” las normas. Por eso la promoción de la libertad sindical desde la Administración del Trabajo implicará necesariamente modificaciones legislativas, pero demandará también enfoques nuevos, para ir desmontando una cultura muy dependiente del intervencionismo estatal.

Ahora bien, habrá que tener claridad para identificar cual es el intervencionismo que resulta obstructor de la libertad sindical, y cual es el intervencionismo necesario para proteger a la persona que trabaja: hay una labor de discernimiento no siempre sencilla.

Morgado alertaba hace algunos años acerca de la entidad de ciertos discursos pro autonómicos, que “corren el riesgo de ser confundidos y confundirse con las tendencias privatizadoras imperantes”, ya que advierte muy certeramente que el ejercicio de la autonomía debe darse en “condiciones de equilibrio real entre los que negocian”. La autonomía debe convivir con la promoción de la actividad sindical, porque como dice el autor, “en ciertos países y circunstancias la intervención del Estado puede ayudar a la vigorización de la negociación colectiva. El Estado podrá – por ejemplo – colaborar en el mejoramiento de la capacidad de las partes para negociar; ofrecerles asesoramiento técnico; perfeccionar y tecnificar sus servicios y

funciones de prevención y solución de los conflictos; mejorar sus informaciones y análisis estadísticos; emprender estudios y divulgarlos afortunadamente”⁴⁰.

⁴⁰ Morgado. Emilio. “*Objetivos de la Intervención y Fines del Estado*”. En el vol. cit. *Negociación Colectiva en América Latina*, p. 132.