

**Voces:** SINDICATO - DERECHO COMPARADO

**Título:** El sindicato en el derecho comparado

**Autor:** Nagata, Javier

**Cita:** MJ-DOC-4023-AR | MJD4023

**Producto:** MJ,LJ

---

## I. Introducción

En las líneas que siguen vamos a tratar de abordar lo relativo a la regulación de la actividad sindical en el derecho comparado. Con ese propósito nos hemos detenido especialmente en 5 temas.

En primer lugar hemos analizado cómo los respectivos ordenamientos nacionales han incorporado de manera bastante generalizada a la libertad sindical en el máximo nivel de cada uno de ellos, es decir en sus constituciones nacionales o leyes fundamentales, lo cual pone de manifiesto el grado de avance que existe en el reconocimiento de este derecho fundamental y propio de todo Estado de Derecho si tenemos en especial consideración que hasta hace no mucho tiempo atrás la actividad sindical y la constitución de sindicatos eran concebidos como delitos del derecho penal(1).

En segundo término abordaremos lo relativo al grado de intervención y regulación estatal observable en los diferentes Estados, en donde encontraremos desde países cuya intervención estatal es inexistente hasta países en los cuales el grado de intervención o regulación es muy intensa.

En tercer lugar hemos radicado nuestro estudio comparativo en la solución adoptada en los diferentes países frente a la controversia existente sobre la conveniencia de que el movimiento obrero se estructure en un régimen de unidad sindical o de pluralidad sindical. En verdad, para ser exactos, la controversia radica no tanto en la conveniencia de que exista un movimiento sindical unido (circunstancia deseable no sólo para el mejor resguardo de los derechos de los trabajadores, sino aún para la propios empleadores que tendrían de ese modo un interlocutor único a los efectos de la negociación y aún canalización de posibles conflictos), sino si esa adopción de un modelo de unidad sindi cal debe ser promovido, alentado o aún impuesto por el Estado. Obviamente las soluciones varían, como hemos de ver, en los diferentes países.El cuarto tema estudiado es el relativo a los diferentes sistemas existentes en los respectivos países para la determinación o reconocimiento de un sindicato como de “mayor representatividad”. Contrariamente a lo que podría creerse el concepto de “sindicato más representativo” no es monopolio de los regímenes de unidad sindical. En efecto, aún países claramente encuadrados en el régimen de pluralidad sindical (como por ejemplo España) tienen una amplio y complejo desarrollo de este concepto.

Por último le hemos dedicado algunas líneas a la protección de la libertad de afiliación negativa (es decir la libertad de un trabajador de no afiliarse a ningún sindicato) existente en los diferentes

ordenamientos jurídicos y la admisión, por consiguiente de las denominadas cláusulas sindicales.

Por supuesto que la respuesta brindada por los diferentes ordenamientos a todos estos temas se encuentra íntimamente relacionada con la historia de cada uno de los países. Obviamente que el estudio de la historia de cada uno de los países mencionados excede en mucho los límites que nos hemos impuesto en este trabajo, el cual consiste simplemente en señalar las diferentes respuestas que han dado los diferentes ordenamientos jurídicos a los tópicos estudiados, sin perjuicio de que en algún caso se pueda hacer alguna mención al pasar a alguna circunstancia histórica, pero ello se hará al solo efecto de posibilitar una mejor comprensión de la solución dada por un país determinado en alguna cuestión específica.

## II. Los sindicatos en el derecho constitucional comparado

El derecho comparado muestra una muy amplia recepción y reconocimiento de la actuación del sindicato y de la libertad sindical en la mayor parte de los países, aunque en algunos de ellos puedan existir discrepancias entre la recepción constitucional de la libertad sindical y la legislación infraconstitucional. En Uruguay, por ejemplo, se observa un amplio reconocimiento de la libertad sindical que deriva del artículo 57 de su Constitución que establece que “la ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica.”.

En Brasil, por el contrario, si bien la Constitución de 1988 en el artículo 8 reconoce el derecho de “libre asociación sindical”, el ejercicio de este derecho se encuentra sujeto a una serie de restricciones provenientes de la propia Constitución que se entienden incompatibles con el Convenio 87 de la OIT de libertad sindical, siendo ello la razón por la cual no ha ratificado dicha norma fundamental de la organización internacional del trabajo.

La Constitución chilena reconoce el derecho de libertad sindical como un derecho esencial de la persona humana, razón por la cual “asegura a todas las personas el derecho de sindicarse en los casos y formas que señale la ley” (art. 19). Sin embargo la remisión que hace la Constitución a la ley, ha posibilitado la existencia de un régimen legal altamente restrictivo de la libertad sindical. En ese orden podemos señalar, a modo de ejemplo de una cláusula restrictiva y lesiva a la libertad sindical, que la legislación chilena prohíbe la negociación colectiva en otro ámbito que no sea el de la empresa. La reciente ratificación por parte de Chile de los Convenios 87 y 98 de la OIT (1998) ha generado un amplio debate en cuanto a si esos instrumentos internacionales tienen jerarquía superior a las leyes internas chilenas y deben prevalecer sobre las restrictivas normas legales.

En Europa por su parte existe un amplio reconocimiento a la libertad sindical en los textos constitucionales de los países más importantes del Viejo Continente. Así lo hace, por ejemplo, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 al establecer en su artículo 9.3 que “queda garantizado a toda persona y todas las profesiones el derecho de formar asociaciones destinadas a defender y mejorar las condiciones económicas de trabajo”. La Constitución italiana de 1947 hace lo propio en su artículo 39 al prescribir —en un texto en el que se inspiró posteriormente el legislador constituyente argentino de 1957 al incorporar el artículo 14 bis a la Constitución de 1853/1860— que “la organización sindical es libre. A los sindicatos no les puede ser impuesta otra obligación que la de su registro en las oficinas locales o centrales, con arreglo a la ley. Es condición para su inscripción que los estatutos de los sindicatos establezcan un ordenamiento interno de base democrática. Los sindicatos inscritos tienen personalidad jurídica. Representados unitariamente en proporción a sus afiliados, pueden estipular contratos colectivos de trabajo con eficacia obligatoria para todos los que pertenezcan a los gremios y categorías a que el contrato se refiere”. La norma constitucional italiana plasma así el derecho a la libertad sindical, con el solo requisito de que los sindicatos deben tener una organización interna de base democrática.

En el caso francés, si bien la Constitución de la V República francesa de 1958 nada dice en materia de derechos sociales, la remisión que se hace al Preámbulo de la Constitución francesa de 1948 permite afirmar a la doctrina que los derechos sindicales y la libertad sindical tienen —en Francia— jerarquía constitucional. Al respecto se ha dicho que “el preámbulo pertenece al ‘bloque de constitucionalidad’, y esto vale para el Preámbulo de 1946 en la medida en que el de 1958 reenvía a aquél; pertenecen en consecuencia, a este corpus de normas de valor constitucional, la Declaración de 1789, ‘los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República’ . así como los ‘principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios a nuestro tiempo’, en la medida en que éstos parecen bastante precisos para fundar una evaluación de conformidad o compatibilidad de una disposición legislativa .” (conf. JEAMMAUD, ANTOINE; La experiencia francesa de los derechos sociales, traducida por Oscar Zas; en la revista “Contextos - Revista Crítica de Derecho Social, Número 3, 1999, Buenos Aires, Argentina).

Así el referido Preámbulo de 1946 establece que “todo hombre puede defender sus derechos e intereses por medio de la acción sindical y afiliarse al sindicato de su elección”, consagrando de ese modo a libertad sindical —a través del reenvío del Preámbulo de la Constitución Francesa de 1958— en la cúspide del ordenamiento jurídico francés.

Más recientemente, la Constitución española dictada en 1978, luego de la caída del régimen dictatorial franquista, consagra a la libertad sindical como derecho fundamental dentro del Estado Social y Democrático de Derecho que es España conforme la definición del propio artículo 1 de la Constitución española. En efecto en el artículo 7 reconoce expresamente a los sindicatos al establecer que “los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y la promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.” Se observará que al igual que la Constitución italiana, la Constitución española exige una estructura interna democrática. Luego el artículo 28 consagra a la libertad sindical como un derecho fundamental, el que comprende según la definición formulada por el propio texto constitucional “el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”. Al respecto debe tenerse presente que en el derecho español a diferencia del derecho argentino la Constitución hace una distinción valorativa (axiológica) entre los derechos que ella consagra; por un lado están los simples derechos constitucionales y por el otro los denominados derechos fundamentales con mayor protección jurídica (vgr: al requerirse que su reglamentación se realice a través de las denominadas leyes orgánicas con mayorías agravadas). La libertad sindical pertenece a esta última categoría de derechos fundamentales y se encuentra reglamentada tal como la Constitución lo exige por una ley orgánica: la 11/1985 de libertad sindical modificada por la LO 14/1994. En Asia, la Constitución japonesa también garantiza la libertad sindical a través del artículo 28 de su texto fundamental al establecer que “el derecho de los trabajadores de organizarse y de negociar y actuar colectivamente está garantizado”.

Podemos decir que frente a este extendido panorama en el derecho comparado de reconocimiento de la libertad sindical se opone el caso de los Estados Unidos en donde no se reconoce expresamente este derecho en su Constitución, la que como es sabido no incorpora a su texto formal los derechos sociales. Lo mismo ocurre en Canadá en donde la Constitución guarda silencio frente a esta cuestión, aunque la Corte Suprema de ese país ha hecho derivar el reconocimiento de la libertad sindical del derecho de libre asociación, sí reconocido en el texto constitucional de ese país, aunque no ha extendido el reconocimiento al derecho de negociar colectivamente y a declarar la huelga.

### III. Intervención estatal

Los diferentes modelos de relaciones laborales estudiados en la experiencia comparada difieren —como no podía ser de otra manera— en cuanto al grado de intervención y control estatal en el ámbito sindical.

En América Latina es en la República Oriental del Uruguay en donde la intervención estatal es mínima. En efecto, la regulación estatal de la vida sindical se limita en Uruguay al artículo 57 de su Constitución y a la aplicación interna de los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, sin que exista obligación por parte de los sindicatos de registración alguna.

Por el contrario Brasil y Chile exigen como requisito la inscripción de los sindicatos. En Brasil —un régimen caracterizado por las severas restricciones que impone a la libertad sindical— se prevé el reconocimiento administrativo de la calidad de “sindicato” por parte de la autoridad administrativa del trabajo a aquel que sea el más representativo. Sólo se reconoce a un “sindicato” en la misma categoría económica en una misma base territorial (art. 8 de la Constitución brasileña y artículo 516 de la Consolidación de Leyes del Trabajo). En Chile los requisitos que se exigen a los efectos de la “inscripción” del sindicato deben ser reputados como contrarios al Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, por ejemplo al establecer el quórum que los estatutos deben exigir para el funcionamiento de las distintas asambleas que puede convocar un sindicato (asambleas ordinarias y extraordinarias). Por otra parte el Estado chileno también restringe la libertad sindical al prohibirse en el Código de Trabajo la negociación colectiva y la huelga en otro ámbito que no sea el de la empresa.(2)

En Italia, no obstante la disposición de la Constitución (art.39) que prevé la inscripción de los sindicatos “con arreglo a la ley” (recordar que el artículo 39 de la Constitución italiana es la fuente de nuestro actual artículo 14 bis), ésta nunca ha sido dictada ni organizados los registros. En esta abstención legislativa (en sentido contrario a lo prescripto en el texto constitucional) influyó la resistencia de los sindicatos italianos por considerar al registro como restrictivo de la libertad sindical. Se rigen pues por las normas del Código Civil. Es por ello que las convenciones colectivas de trabajo en Italia —al no haberse reglamentado nunca la inscripción que faculta a los sindicatos a “estipular contratos colectivos de trabajo con eficacia obligatoria para todos los que pertenezcan a los gremios y categorías a que el contrato se refiere”— se regulan por las normas civiles, no tienen eficacia normativa, requieren que sus normas sean “incorporadas” a los contratos individuales y su eficacia es —en principio— personal limitada.(3)

En Alemania no existe ley sindical y no hay obligación de registro alguno de los sindicatos, los que son considerados como “asociaciones jurídicas sin capacidad jurídica” aunque se encuentran habilitados para negociar colectivamente, ir a la huelga (tampoco existe una reglamentación legal de la huelga, sino que ésta se produce a través de la jurisprudencia de los tribunales) o incluso ser demandados judicialmente.(4)

En España la regulación legal del sindicato —a diferencia del caso italiano— es bastante intensa, habiéndose dictado a esos efectos la ley orgánica 11/1985 de libertad sindical. Se exige a los sindicatos la inscripción en un registro y el depósito de los estatutos y sus modificaciones para su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Estos estatutos deberán contener unos requisitos formales mínimos siendo útil destacar que esta norma interna del sindicato deberá asegurar, tal como lo exige la propia Constitución, la provisión electiva de los cargos mediante procedimientos democráticos. En caso de entender que el estatuto no se ajusta a la normativa vigente, la Administración Pública deberá promover una acción judicial denominada “declaración de no conformidad a derecho” de los estatutos o sus modificaciones, siendo en definitiva la autoridad jurisdiccional la que resolverá.(5)

En Francia también se prevé el registro de la asociación sindical y el depósito de sus estatutos. Si éstos no se depositan estaremos en presencia de una “asociación no declarada” (“association non déclarée”).

En Estados Unidos no se exige la registraci3n del sindicato y a3n se puede celebrar un convenio colectivo con un empleador sin la “certificaci3n” de la mayor representatividad, si el empleador est3 de acuerdo y no hay conflictos de representaci3n. Sin embargo, aunque no existan conflictos es habitual que los sindicatos requieran la certificaci3n por el procedimiento que se se1al3ramos l3neas arriba.

#### IV. La unidad y la pluralidad sindical en el derecho comparado

Con respecto a la adopci3n de uno u otro modelo, la Organizaci3n Internacional del Trabajo (OIT) tiene dicho que ambos son compatibles con el Convenio 87 de Libertad Sindical en tanto ello no sea impuesto imperativamente por las normas estatales.

As3 la Comisi3n de Expertos en la Aplicaci3n de Convenios y Recomendaciones de la Organizaci3n Internacional del Trabajo (OIT) ha dicho que “hay una diferencia fundamental entre un monopolio sindical instituido por o mantenido por la ley, por una parte y por la otra, las agrupaciones voluntarias de trabajadores o de sindicatos que se constituyen (sin presiones por parte de las autoridades p3blicas o como consecuencia de la ley) porque los interesados desean, por ejemplo, fortalecer sus posiciones en la negociaci3n, hacer frente de manera coordinada a dificultades concretas que se plantean a sus organizaciones, etc. Por lo general, tanto a los trabajadores como a los empleadores les interesa evitar una multiplicaci3n del n3mero de organizaciones que puedan competir entre s3; sin embargo, la unidad sindical impuesta por la ley, ya sea directa o indirectamente, est3 en contradicci3n con las normas expresadas del Convenio”.(6)

El modelo de pluralidad sindical es adoptado en Francia, Espa1a, Italia. En Francia, por ejemplo, la doctrina de ese pa3s ha se1alado —luego de remarcar la diferencia con el sistema norteamericano de unidad sindical— que “le pluralisme syndical est une donn3e fondamentale. A tout niveaux, notamment dans l’entreprise, il ne saurait exister de representativit3 ‘exclusive’ ou majoritaire. La representativit3 peut 3tre ‘partag3e’, plusieurs syndicats representatifs existent”.(7)

En Espa1a, se entiende que la adscripci3n al r3gimen de pluralidad sindical surge de la propia Constituci3n y as3 lo ha determinado el Tribunal Constitucional, el que ha remarcado que “la existencia de un sistema de pluralismo sindical . tiene su origen en la libertad sindical del art3culo 28 (CE)” (STC 65/1982). Por otra parte debe remarcarse que si bien el ordenamiento jur3dico espa1ol jerarquiza al sindicato m3s representativo (les confiere al decir de la ley org3nica de libertad sindical 11/1985 —reglamentaria del art3culo 28 de su Constituci3n— “una singular posici3n jur3dica a efectos, tanto de participaci3n institucional como de acci3n sindical”), est3 permitida la actuaci3n de una pluralidad de sindicatos representativos en cada uno de los 3mbitos (estatal, auton3mico) con iguales derechos, una vez cumplidos los requisitos legales para el reconocimiento estatal de ese car3cter. As3 por ejemplo en materia de negociaci3n colectiva, el Estatuto de los Trabajadores establece que se encuentran legitimados para negociar colectivamente en los 3mbitos superiores al de la empresa, todos aquellos que sean “representativos” integrando las respectivas comisiones negociadoras, admiti3ndose de tal modo la representaci3n plural de un colectivo determinado.(8)

Italia, como se1al3ramos l3neas arriba, tambi3n se encuentra enrolada en un r3gimen de pluralidad sindical. Ello normativamente encuentra fundamento en la ampl3sima disposici3n constitucional ya comentada (art. 39), la que a diferencia del derecho argentino no ha sido reglamentada, con lo cual la constituci3n de sindicatos es absolutamente libre sin ni siquiera obligaci3n de registrarse (pese a la exigencia en contrario de la Constituci3n) puesto que no se ha instrumentado nunca tal registro, rigi3ndose en consecuencia su funcionamiento por las normas del C3digo Civil.

Por el contrario dentro del sistema de unidad sindical podemos encuadrar claramente el caso de los Estados Unidos de Am3rica. La adopci3n de la unidad sindical fue decidida por las propias centrales

sindicales (decisión autónoma) cuando en 1955 se produjo la unión entre la AFL (American Federation of Labour) y la CIO (Congress of Industrial Organization). Amén de ello, el sistema de unidad también es impulsado por la propia legislación americana al pr ever como práctica desleal (unfair labour practice) la negativa del empleador a negociar colectivamente con el “sindicato representativo” en el ámbito de la empresa(9). Ello en definitiva conduce a la empresa a tener que negociar con un solo sindicato (el más representativo) excluyendo a aquellos que no lo sean.

Canadá también sigue el sistema norteamericano, y califica como práctica desleal la negativa de los empleadores a negociar colectivamente con el sindicato que obtuviese la “certificación” de ser el más representativo en el ámbito de negociación, difiriendo en las distintas provincias (en atención al régimen federal vigente en ese país) el procedimiento para obtener esa certificación.

Brasil también tiene un sistema de unidad sindical pero impuesto por el Estado en la propia Constitución de 1988 (art. 8.2). El establecimiento de un régimen de sindicato único implica la prohibición de crear más de un sindicato de igual categoría en la misma base territorial, razón por la cual este régimen impuesto por la propia Constitución resulta difícilmente compatible con el Convenio 87 de la OIT. Es por ello que Brasil no ha ratificado el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo(10). V. El reconocimiento del carácter de más representativo

Uno de los aspectos más relevantes de todo modelo sindical es el relativo a la denominada “representatividad de los sindicatos”(11) y consecuentemente los criterios que impone el legislador en los respectivos ordenamientos jurídicos para su determinación.

En los países cuyos modelos sindicales tienden a la unidad sindical, la determinación del sindicato “más representativo” implicará que el sindicato que revista esa calidad monopolizará el ejercicio de ciertos derechos sindicales básicos como ser el de negociar colectivamente. Así en el ordenamiento jurídico argentino será el goce de la denominada “personería gremial” el que certificará que un sindicato determinado (o asociación sindical para utilizar la terminología empleada por la ley 23.551) es el más representativo en un ámbito de actuación determinado, lo cual traerá como consecuencia el ejercicio de ciertos derechos gremiales con carácter exclusivo que son los que prevé el artículo 31 de la ley 23.551(12).

En Estados Unidos la calidad de “más representativo” de un sindicato resulta clave para determinar con cuál de ellos tiene el empleador la obligación de negociar colectivamente, debiéndose tener presente que la Wagnert Act de 1935 (una de las primeras leyes que reconocían y promovían al sindicato(13), junto con la Trade Union Act británica de 1870 dentro de la etapa que la doctrina iuslaboralista ha caracterizado como del “reconocimiento”) tipifica como “práctica desleal” a la negativa del empleador a negociar colectivamente con el sindicato que tenga derecho a ello (sujeto legitimado). Si la empresa reconoce legitimación a la contraparte sindical y no hay ningún sindicato que pretenda la representación de los trabajadores en ese ámbito de negociación, no se exige la “certificación” de ese carácter. Por el contrario en caso de conflicto esa “certificación” resulta ineludible (vgr.: más de un sindicato quiere negociar en esa unidad de negociación, o el empleador no le reconoce el carácter de “representativo”). En ese supuesto deberá celebrarse en la empresa un proceso electoral que permita determinar qué sindicato tendrá la “certificación” de representativo. Esta elección se lleva adelante bajo la supervisión de la NLRB (National Labor Relation Board(14). El sindicato que obtiene esta certificación excluye a los otros sindicatos, es decir que la empresa negocia con uno solo. En supuestos excepcionales en los cuales la elección no puede ser llevada a cabo por culpa del empleador, la National Labor Relation Board puede ordenar la certificación de ese sindicato sin elecciones previas (Orden Gissel para la negociación colectiva)(15).

En Canadá, la “certificación” de un sindicato como más representativo dependerá de la regulación que fije cada provincia en atención a la forma de Estado federal adoptada por ese país. En muchas

provincias la “certificación” se obtiene a través de la sumatoria de tarjetas de verificación firmadas por cada trabajador. En 4 provincias, no obstante, se exige al igual que en los Estados Unidos un proceso electoral (con sufragio secreto) en el seno de la empresa. Entre estas 4 provincias se encuentra desde tiempo muy reciente, la de Ontario, la más grande e industrializada del país, que ha adoptado el régimen eleccionario para determinar el sindicato representativo en un ámbito específico.

Sin embargo, lo expuesto no obsta a que también el concepto de “sindicato representativo” haya sido previsto y adoptado en los regímenes de pluralidad sindical. Es que como lúcidamente señalara PALOMEQUE LÓPEZ, la representatividad sindical constituye una “solución transaccional entre el respeto a la pluralidad sindical (y al consiguiente trato igual de los sindicatos) exigido por la libertad sindical y el fomento de la efectividad en la tutela del interés de los trabajadores, cuyo paradigma es naturalmente la acción sindical unitaria” (PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL CARLOS - ALVAREZ DE LA ROSA, MANUEL; Derecho del trabajo, 5ta. Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid 1997, pág. 430)

En España, la representatividad se mide a través de las denominadas “audiencias electorales”, que son los actos electorales en virtud de los cuales los trabajadores eligen a sus representantes en el seno de la empresa. Aquellos sindicatos que obtengan la mayor cantidad de delegados e integrantes de los órganos de representación unitaria en la empresa serán los más representativos. El carácter de más representativos les permitirá a estos sindicatos celebrar convenciones colectivas estatutarias (es decir regidas dentro de las normas del Estatuto de los Trabajadores de 1984) con eficacia personal general (efectos erga omnes). Aquellos que no revistan ese carácter podrán celebrar convenios colectivos extraestatutarios que tendrán efecto normativo, pero eficacia general personal, es decir que serán las disposiciones del convenio únicamente aplicables a los trabajadores afiliados. Si bien el concepto de “sindicato representativo” es en teoría de renovación periódica (cada vez que se realizan estas elecciones), la realidad muestra que en general los sindicatos revalidan electoralmente su condición de más representativos. En Italia, la cuestión se encuentra regulada en el célebre Estatuto de los Trabajadores de 1970 (Ley Número 300/70). Allí se dispone —en un régimen de pluralidad sindical— que será sindicato representativo aquel que se encuentre afiliado a las confederaciones más representativas a nivel nacional (es decir a la GGIL, CISL o a la UIL) (sistema de irradiación).

En Francia, el artículo 133-2 del Code du Travail establece los criterios (cuantitativos y cualitativos) para entender un sindicato como “representativo”. Así para determinar que un sindicato es “representativo” se deberá ponderar los afiliados, la independencia o autonomía, las cotizaciones, la experiencia y antigüedad de actuación (l’expérience et l’ancienneté) y la actitud patriótica del sindicato durante la ocupación alemana en la década del 40. A nivel nacional el Gobierno a través del Ministerio de Trabajo ha determinado —mediante resolución que data de 1966 y siguiendo los criterios anteriormente expuestos— una lista de sindicatos (CGT, la CGT-FO, la CFDT, la CFTC, la CFE-CGC y la FEN (para la enseñanza) que son los más “representativos”. Esta representatividad que ostentan a nivel nacional se proyecta en los ámbitos inferiores de actuación a través de una presunción que facilite la implantación sindical en el ámbito de la empresa.

Como lo señala la doctrina, los sindicatos tienen un privilegio pero no un monopolio<sup>(16)</sup>. Los restantes sindicatos deberán probar en cada caso su “representatividad” a través de los criterios señalados precedentemente.

En el derecho alemán también se emplean “criterios de representatividad sindical” a los efectos de la negociación colectiva. En efecto, la legislación alemana en materia de convención colectiva (Ley de Convenios Colectivos del 25 de agosto de 1969)<sup>(17)</sup> prevé que los convenios colectivos solamente se aplicarán —en principio— a los empleados y empleadores afiliados a los firmantes<sup>(18)</sup> (convenios colectivos de eficacia personal limitada) pero pueden ser extendidos por el Ministerio de Trabajo con carácter erga omnes si los empleadores alcanzados en principio contratan —al momento de la

celebración— al 50% de los trabajadores —al menos— comprendidos en el convenio (convenio de eficacia personal general). Dicho en otros términos, el Ministerio podrá extender la eficacia del convenio cuando éste comprenda por lo menos el 50% de los trabajadores en el ámbito de que se trate (criterio de representatividad)

## VI. Libertad de afiliación

Con respecto al derecho de libre afiliación a un sindicato debe señalarse que el mismo se encuentra garantizado en el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo en su artículo 2° al establecer que “los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”. Sobre esta cuestión no hay mayores discrepancias en los regímenes jurídicos democráticos.

Las discrepancias surgen con el derecho de no afiliación, en razón de que el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT guarda silencio al respecto. Lejos de ser ello una omisión, el silencio de la norma internacional fundamental en materia de libertad sindical obedece a la presión y oposición de los sindicatos ingleses y norteamericanos que solían pactar en sus convenciones colectivas las denominadas “cláusulas sindicales” que suelen interpretarse como violatorias de este derecho de no afiliación como, por ejemplo, ha ocurrido en nuestro país con el caso “Outon” resuelto por la Corte Suprema de nuestro país(19).

En los restantes países integrantes del Mercosur pareciera también estar cerrada la vía de las cláusulas sindicales en atención al reconocimiento que se hace en esos ordenamientos jurídicos de la denominada libertad sindical negativa. Solamente en Uruguay, en razón de que las únicas normas reglamentarias de la libertad sindical son el Convenio 87 y el 98 de la OIT y frente al silencio de éstas se podría llegar a sostener la validez de las cláusulas sindicales como ser el closed shop o el union shop.

En Estados Unidos, el dictado de la Taft-Hartley Act de 1947 implicó una restricción en la admisión de estas cláusulas al prohibirse expresamente la inclusión de la cláusula del “closed shop”, aunque se ha mantenido tolerante frente a otras, como por ejemplo la del “union shop”.

En México, la Ley Federal del Trabajo permite la inclusión en el convenio colectivo de una cláusula sindical denominada cláusula de admisión por exclusión, en virtud de la cual los trabajadores a ser contratados por el empleador comprendido en el convenio colectivo donde se ha incluido esta cláusula deberán encontrarse afiliados al sindicato pactante. Una posibilidad que admite el ordenamiento jurídico mexicano —muy discutido en la doctrina— permite la inclusión de una cláusula en el convenio que obligue al empleador a despedir (en ese caso el despido será, obviamente con justa causa) a los trabajadores que hayan sido expulsados del sindicato pactante. Esta habilitación encierra el claro peligro de que mediante esta vía se hostigue a los grupos minoritarios dentro de un sindicato con clara lesión del principio de democracia sindical.

En el ámbito europeo, podemos destacar que en España, la propia Constitución de 1978 (en reacción al régimen corporativo franquista) establece claramente como constitutivo de la libertad sindical, el derecho del trabajador a no afiliarse, con lo cual se ha entendido la no admisibilidad de estas cláusulas sindicales. Estas cláusulas de seguridad sindical son desconocidas en el derecho italiano debiéndose tener presente que puede existir en ese país un impulso importante a la afiliación por el efecto personal limitado del convenio colectivo que solamente se le aplicaría a los trabajadores afiliados al sindicato pactante. En Suiza también se encuentran prohibidas estas cláusulas a través de una disposición expresa (el artículo 356.a del Código de las Obligaciones), aunque es admitida la imposición de una cláusula de solidaridad a cargo de un trabajador beneficiado por la negociación colectiva sin estar afiliado al sindicato pactante (canon por negociación colectiva).



En Japón, estas cláusulas han sido admitidas, siempre que exista un solo sindicato con actuación en la empresa en cuestión, dado que en caso de actuación de una pluralidad de sindicatos (algo perfectamente posible en atención de ser el modelo japonés, un modelo de pluralidad sindical) se entiende que la inclusión en el convenio de una cláusula de estas características implicaría forzar la afiliación del trabajador a un sindicato determinado en detrimento de los otros.

## VII. Palabras finales

Como lo hemos señalado a lo largo de panorámica visión del derecho comparado en materia sindical, los diferentes ordenamientos jurídicos ofrecen respuestas distintas frente a los problemas clásicos que surgen a la hora de la configuración de un modelo sindical dado. Ello no obsta a que podamos extraer como conclusión final que el reconocimiento de la libertad sindical constituye uno de los pilares en donde se asienta el Estado de Derecho. Constituye, utilizando la terminología del constituyente español, un derecho fundamental. Luego a partir de ahí cada régimen democrático ha modalizado el ejercicio de este derecho conforme a las características propias de cada uno de los países.

En definitiva podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que conviven en el derecho comparado, uniformidad en lo principal (reconocimiento de la libertad sindical como derecho fundamental) y diversidad en lo accesorio (modalidades de ejercicio de la libertad sindical y estructuración de los respectivos modelos sindicales).

(1) Vgr.: Ley Le Chapelier (Francia 1791) la que establecía que “siendo una de las bases fundamentales de la Constitución francesa la abolición de toda clase de corporaciones de ciudadanos del mismo estado o profesión, queda prohibido restablecerlas de hecho, bajo cualquier pretexto y con cualquier forma” (art. 1) y que “si, contra los principios de la libertad y de la Constitución, ciudadanos de la misma profesión, arte u oficio, se confabulan y conciertan para rehusar el ejercicio de su industria o de su trabajo, o no acceden a prestarlos sino por un precio determinado, tales acuerdos y confabulaciones, acompañadas o no de juramento, serán declarados inconstitucionales y atentarios a la libertad y la Declaración de los Derechos del Hombre” (art. 4). La realización de estas actividades traían como consecuencias sanciones pecuniarias y aún la privación de la libertad. Ver también las restricciones imperantes de las Leyes del Reino Unido sobre Coaliciones de 1799 y 1800, entre otras.

(2) Conf. SARTHOU, HELIOS; Relaciones Colectivas. Libertad Sindical en “El derecho laboral del Mercosur ampliado, Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Organización Internacional del Trabajo (Cinter For/OIT 2000), págs. 437 y 439. (3) Es lo que en Argentina se denominan “convenios de derecho común” que son aquellos que se celebran sin cumplir con los requisitos y procedimientos que prevé la ley 14.250.

(4) Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Observatorio internacional de derecho y legislación del trabajo: perfil del derecho alemán”, contribución de LILIAN JUNGE; página web de la OIT.

(5) PALOMEQUE LÓPEZ, CARLOS-MANUEL Y ALVARES DE LA ROSA, MANUEL, ob. cit. págs. 418 y 419.

(6) Informe de la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en Libertad sindical y negociación colectiva, 1ra. Edición, Suiza 1994, pág. 44.

(7) Conf. JAVILLIER, JEAN-CLAUDE; Droit du travail, 5ta. Edición, 1996, Paris, pág. 396.

(8) Art. 6.1.

(9) Hay que tener en consideración que en Estados Unidos la negociación colectiva se lleva a cabo en el ámbito de la empresa.

(10) Se ha explicado que esa imposición estatal en Brasil constituye una “expresión de una legalidad consentida por el movimiento sindical. Los sindicatos son, en parte responsables de que se mantuviera el principio de sindicato único impuesto por la ley . Fue el propio movimiento sindical que se hizo escuchar en la Asamblea Constituyente el que impidió en 1987 la ratificación del Convenio 87, y que juzgó mejor mantener la antigua estructura, contraria a ese instrumento, con el propósito declarado de evitar el fraccionamiento de los sindicatos .” (conf. NASCIMENTO, AMAURI; Brasil: Los sindicatos en los procesos de transformación social en “El sindicalismo ante los procesos de cambio económico y social en América Latina” —Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano— (CIEDLA), Konrad - Adenauer - Stiftung, 1998, Buenos Aires, Argentina.

(11) Como bien señala JEAN-CLAUDE JAVILLIER, este concepto fue utilizado por primera vez en el Tratado de Versailles para la designación de representantes en la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT y para tener luego gran aceptación en los diferentes ordenamientos jurídicos en las distintas épocas: “le concept est utilisé par le Traité de Versailles (1919, Partie XIII), pour la désignation des représentants des syndicats a la Conference Internationale du Travail. Depuis lors, la technique a connu un succès considérable. La représentativité est, en quelque manière, une condition nécessaire pour mettre en oeuvre la liberté syndicale” (ob. cit., pág. 395).

(12) El requisito de obtención de “personería gremial” de actuación es característico del derecho argentino y constituye uno de los rasgos característicos del denominado “modelo sindical argentino”. Rige en el país desde el dictado de la primera normativa en materia sindical decreto 23.852 del 45 con la única excepción del breve interregno del decreto 9270 del 56 dictado por la Revolución Libertadora con el objetivo de desarticular al sindicalismo peronista (“la columna vertebral de movimiento peronista”).

(13) Esta Ley (Act) fue impulsada por el Presidente Roosevelt durante la implementación del “New Deal”.

(14) Se trata de un órgano administrativo creado por la Wagner Act de 1935.

(15) Se la denomina de esta manera haciéndose alusión al caso en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció esa doctrina.

(16) Conf. JAVILLIER, JEAN-CLAUDE; ob. cit., p. 400.

(17) En Alemania —al igual que otros países como Italia— no existe una ley sindical.

(18) Tener presente que en Alemania la negociación colectiva se practica predominantemente a nivel rama de actividad.

(19) En ese pronunciamiento la Corte Argentina ha señalado que “es incompatible con los derechos de trabajar y agremiarse libremente la exigencia del carné sindical que otorga un solo sindicato para que los obreros puedan inscribirse en la Bolsa de Trabajo y obtener y conservar su empleo .” agregando que “la libertad de agremiación importa el derecho de afiliarse al sindicato que se prefiera o no afiliarse a ninguno, y no puede admitirse como congruente con la Constitución un ordenamiento según el cual el derecho de trabajar queda supeditado a una afiliación gremial necesaria y a la permanencia en determinado sindicato mientras dure la ocupación .” (Fallos 267:215).