

¿Debe exigirse un número mínimo de afiliados para la constitución de sindicatos de empresa?*

Raúl Saco Barrios**

Los sindicatos de empresa son aquellos sindicatos formados por trabajadores que prestan servicios para un mismo empleador.

A propósito de los sindicatos de empresa, el artículo 14 del decreto ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, establece que para constituirse y subsistir dichos sindicatos deben afiliarse por lo menos a veinte trabajadores.¹ Ahora bien, el inciso 1 del artículo 323 del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo,² elaborado recientemente por la comisión de expertos nombrada por la comisión de trabajo del Congreso de la República e integrada por los doctores Carlos Blancas Bustamante, Víctor Ferro Delgado, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis y Alfredo Villavicencio Ríos —y como secretario técnico, por el doctor Adolfo Ciudad Reynaud—, indica que, para constituirse, tales sindicatos requieren tener un número mínimo de afiliados: diez, cuando la empresa tenga hasta cincuenta trabajadores; y veinte, cuando la empresa tenga más de cincuenta trabajadores. Este artículo fue aprobado por mayoría: de acuerdo con la ponencia de los

* Estudio elaborado para la incorporación del autor a la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

** Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho y en la Escuela de Graduados (Diploma de Postgrado en Derecho de la Empresa) de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ El decreto ley 25593, Ley de Relaciones de Trabajo, ha sido modificado por la ley 27912 (publicada el 8 de enero del 2003). No se ha variado el número mínimo de veinte trabajadores afiliados, requeridos para la constitución y subsistencia de sindicatos de empresa.

² La versión íntegra del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo puede verse en revista *Actualidad Laboral*, n.º 317, Lima, noviembre de 2002. (Para la versión original del anteproyecto, específicamente acerca de la propuesta de regulación de las relaciones colectivas de trabajo, véase: «Ley General del Trabajo. Segunda Parte: De las relaciones colectivas de Trabajo». *Informe Laboral*, vol. xvii, n.º 195, Lima, abril de 2002, pp. 14-20).

doctores Ferro y Pasco, para la constitución y subsistencia de un sindicato de empresa se requiere un mínimo de veinte afiliados.³

Es propicia la ocasión, por tanto, para referir ciertas consideraciones acerca de la cuestión de la exigencia de un número mínimo de afiliados para la constitución de sindicatos de empresa. Así, en el presente estudio: ubicamos el tema en el ámbito del derecho internacional del trabajo (I); exponemos su tratamiento en la legislación de algunos países de América Latina (II); resumimos la apreciación de diversos autores sobre el punto (III); damos una síntesis de la fundamentación del voto en minoría respecto del artículo 323 —sobre el número mínimo para constituir un sindicato de empresa— del Anteproyecto de Ley General de Trabajo (IV); y damos algunos argumentos que pueden formularse en favor o en contra de la fijación de un número mínimo, y también de la reducción de tal número mínimo según se propone en el Anteproyecto mencionado (V); nos permitimos expresar nuestro punto de vista (VI) y, por último, planteamos una breve conclusión.

I. La ubicación del tema en el ámbito del derecho internacional del trabajo⁴

La constitución de sindicatos es uno de los asuntos que el concepto de libertad sindical involucra. Concretamente, interesa el llamado aspecto individual de la libertad sindical, que refiere «todos aquellos derechos de los individuos a afiliarse (o no) a las organizaciones de su elección y a desafiliarse de las mismas, así como a constituir (o no) tales organizaciones, sin autorización previa y en total libertad».⁵

³ Sobre la fundamentación del voto en minoría respecto del artículo 323 del Anteproyecto de Ley General de Trabajo, véase la revista *Actualidad Laboral*, n.º 317, Lima, noviembre de 2002, pp. 108-109. De todos modos, presentamos en el texto (sección IV) una síntesis de tal fundamentación.

⁴ Por derecho internacional del trabajo se entiende «el conjunto de normas y principios propios del Derecho del Trabajo, emanados de fuente internacional. El Derecho Internacional del Trabajo constituye, pues, parte del Derecho Internacional Público, en cuanto implica la vigencia de un sistema jurídico aceptado por la comunidad internacional [...]. Diverso es, por consiguiente, el ámbito del Derecho Internacional Privado del Trabajo, conjunto de normas y principios destinados a resolver los problemas que se presenten con respecto a la aplicación de las normas laborales en el espacio» (MONTT BALMACEDA, Manuel. *Principios de Derecho Internacional del Trabajo. La O.I.T.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 23). Nos referimos, en concreto, al derecho internacional del trabajo, concebido por la OIT (VON POTOBOSKY, Geraldo W. y Héctor G. BARTOLOMEI DE LA CRUZ. *La Organización Internacional del Trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 1990, pp. 33-36).

⁵ ERMIDA URIARTE, Óscar. *Sindicatos en libertad sindical*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1985, p. 31.

Importa, pues, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) —adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 9 de julio de 1948 y ratificado por el Perú mediante la resolución legislativa 13281 del 15 de diciembre de 1959—, que tiene el *status* de convenio fundamental según la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (adoptada por la 86.^a Conferencia Internacional del Trabajo el 18 de junio de 1998).⁶ Este convenio (artículo 2) determina un irrestricto derecho a la sindicación: «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».

Al establecer que los trabajadores y los empleadores tienen el derecho de «constituir las organizaciones que estimen convenientes», el artículo 2 del convenio «enuncia uno de sus principios más importantes, que forma parte de la filosofía que inspira el concepto de la libertad sindical de la OIT».⁷ Con referencia a esta norma, debe analizarse los diversos aspectos relacionados con la constitución, estructura y composición de las organizaciones profesionales.⁸

1. El temperamento del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo

En este contexto, debe indicarse el temperamento del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Este comité es el organismo especializado de la OIT que examina, sobre una base regular, las quejas y reclamaciones ajenas a la violación del ejercicio de la libertad sindical, sin que se requiera para ello el consentimiento del gobierno respectivo. El procedimiento pertinente ha sido establecido por el mismo comité, con aprobación del Consejo de Administración. Así, el comité ha desarrollado toda una «jurisprudencia» orientada a dar mayor precisión a los principios y las normas de los convenios sobre libertad sindical.⁹

⁶ El texto del convenio y la declaración puede verse en: OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo*. Ginebra: Programa InFocus sobre la Promoción de la Declaración, Oficina Internacional del Trabajo, 2002.

⁷ VON POTOBsky y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, *op. cit.*, p. 244.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*, p. 124. Véase también SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. São Paulo: LTR Editora, 1983, p. 226; y MONTT BALMACEIDA, *op. cit.*, pp. 148-150.

Este comité ha venido sosteniendo que «un número mínimo de veinte miembros para la constitución de un sindicato no parece constituir una cifra exagerada»¹⁰ y «ni, por consiguiente, un obstáculo de por sí para la formación de sindicatos».^{11 12}

2. Las observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones

También debe señalarse las observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Este es un órgano instituido por el Consejo de Administración de la OIT para examinar las memorias de los gobiernos sobre la aplicación de los convenios y otras obligaciones contenidas en la Constitución de la OIT sobre las normas internacionales del trabajo. Evalúa la conformidad de las legislaciones y prácticas nacionales con las disposiciones de los convenios de la OIT. Está integrado por veinte juristas de alto nivel, designados por el Consejo de Administración. Se reúne una vez al año y su informe es examinado por la Conferencia Internacional del Trabajo. Su actividad se estima determinante para la puesta en práctica del derecho internacional del trabajo, fundado en los principios esenciales de independencia, objetividad, imparcialidad y universalidad de la interpretación.¹³

Esta Comisión ha señalado que el número mínimo de trabajadores o de una cierta proporción de trabajadores exigido para la creación de un sindicato «debería mantenerse dentro de límites razonables para no obstaculizar la creación de organizaciones y que un problema similar puede plantearse si la legislación exige una proporción mínima considerable».^{14 15}

¹⁰ VON POTOBsky y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, *op. cit.*, p. 244.

¹¹ Véanse las conclusiones del Comité de Libertad Sindical planteadas en los casos números 1648 y 1650, párrafo 451, respecto de las quejas formuladas por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) y otras organizaciones sindicales contra el gobierno del Perú con motivo de la dación de la ley 25593 —Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo—: «Casos núms. 1648 y 1650». *Asesoría Laboral*, año IV, n.º 40, Lima, abril de 1994, pp. 44-47.

¹² Véase OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1996, párrafo 256.

¹³ Véase la «Presentación» de WILLIAMS, Sir Douglas y JAVILLIER, Jean-Claude. En JAVILLIER, Jean-Claude (dir.) y A. ODERO (coord.). *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global. 75.º aniversario de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones [Versión preliminar]*. Malta: Oficina Internacional del Trabajo, 2002, p. v.

¹⁴ VON POTOBsky, y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, *op cit, loc. cit.*

¹⁵ Véase, OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Libertad sindical y Negociación Colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1994, párrafos 81 y 82.

Del análisis del contenido de las observaciones de la Comisión de Expertos para los años 2000 y 2001, relativas a la aplicación del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), surge que se han dirigido observaciones a 11 países, cuyas legislaciones exigen una cantidad mínima demasiado elevada de trabajadores o de empleadores para poder constituir un sindicato o una asociación de empleadores.¹⁶

II. La legislación en América Latina

A continuación, pasamos revista a la exigencia de un número mínimo para la constitución de sindicatos en la legislación de los países andinos, de los países del Cono Sur, de los países de Centroamérica, y de México y República Dominicana.¹⁷ No se considera los sindicatos de empleadores ni de trabajadores del sector público.

1. Países Andinos

Bolivia:

Sindicatos gremiales o profesionales: por lo menos veinte trabajadores de un mismo empleador.

Sindicatos industriales: con el 50% de los trabajadores de la empresa.

Si no cuentan con veinte trabajadores, pueden unirse con trabajadores de otros empleadores de la misma actividad para constituir un sindicato o un comité sindical.

En cada centro de trabajo de un mismo empleador se puede organizar un sindicato si cuenta por lo menos con veinte trabajadores; si no, podrán constituir un comité sindical dirigido por máximo dos delegados.

Colombia:

Sindicato de trabajadores: no menos de 25 afiliados.

Ecuador:

Asociaciones profesionales: no menos de treinta trabajadores.

¹⁶ GERNIGON, B., A. ODERO y H. GUIDO. «Libertad sindical». En JAVILLIER Y ODERO, *op. cit.*, p. 43.

¹⁷ Para la exposición sobre este punto, seguimos el estudio elaborado por VEGA RUIZ, María Luz. *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado*. Lima: Oficina Internacional del Trabajo, 2001, pp. 70-80 (donde pueden verse las fuentes respectivas), y, especialmente, pp. 199-201 (donde se presentan cuadros comparativos y comentarios).

Comité de empresa: que existan por lo menos 15 trabajadores en la empresa. Deben participar en la Junta el 50% de ellos.

*Perú:*¹⁸

Sindicatos de empresa: no menos de veinte miembros.

Otros sindicatos: no menos de cincuenta trabajadores.

Venezuela:

Sindicatos de trabajadores de empresas: no menos de veinte trabajadores.

Sindicatos de trabajadores profesionales de industria o sectorial en la jurisdicción de una Inspectoría de Trabajo: cuarenta o más trabajadores que ejerzan una misma profesión, oficio o trabajo, o profesiones, oficios o trabajos similares o conexos, o presten servicio en empresas de una misma rama industrial, comercial o de servicio.

Los trabajadores no dependientes podrán formar parte de los sindicatos profesionales, sectoriales o de industria constituidos y podrán formar sus propios sindicatos con 100 o más de la misma profesión u oficio, o de profesiones u oficios similares o conexos, de una misma rama o actividad.

Sindicatos regionales o nacionales: 150 trabajadores.

Sindicato de trabajadores rurales: veinte o más trabajadores.

2. Países del Cono Sur

Argentina:

No reglamentado.

Brasil:

Sindicato de trabajadores, agentes o personas que trabajen por su propia cuenta o en una profesión liberal: un tercio del número de personas que constituyen la categoría comprendida o que comprenden la profesión liberal.

*Chile:*¹⁹

Sindicato en una empresa: si la empresa tiene más de cincuenta trabajadores, se requiere un mínimo de 25 trabajadores que representen, por lo

¹⁸ Artículo 14 del decreto ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, según la modificación introducida por la ley 27912, publicada el 8 de enero del 2003, y posterior, por tanto, al estudio de VEGA RUIZ, *La reforma laboral en América Latina ...*, op. cit.

¹⁹ Artículos 227 y 228 del Código del Trabajo; texto actual según las reformas introducidas por la ley 19759 del 5 de octubre del 2001, que rige desde el 1 de diciembre del 2001, y posterior, por tanto, al estudio de VEGA RUIZ, *La reforma laboral en América Latina ...*, op. cit. Al respecto, puede consultarse: WALKER ERRAZURIZ, FRANCISCO y RICARDO LIENDO R. «Breve análisis de algunas de las recientes reformas en materia de Relaciones Colectivas».

menos, el 10% del total de los que presten servicios en ella. No obstante ello, para constituir una organización sindical en empresas en las cuales no exista un sindicato vigente, se requerirá al menos de ocho trabajadores y deberá completarse el quórum exigido en el plazo máximo de un año, transcurrido el cual, caducará su personalidad jurídica en el evento de no cumplirse con dicho requisito. Si la empresa tiene cincuenta trabajadores o menos, podrán constituir sindicato ocho de ellos. Si la empresa tuviere más de un establecimiento, podrán constituir sindicato los trabajadores de cada uno de ellos, con un mínimo de 25 trabajadores que representen, por lo menos, el 30% de los trabajadores de dicho establecimiento. Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera que sea el porcentaje que representen, podrán constituir sindicato 250 o más trabajadores de una misma empresa.

Sindicatos interempresa, de trabajadores independientes y de trabajadores eventuales o transitorios: se requerirá del concurso de un mínimo de 25 trabajadores para formarlo.

Paraguay:

Sindicato de trabajadores de empresa: no menos de veinte miembros.

Sindicato de trabajadores gremiales: no menos de treinta miembros.

Sindicatos de trabajadores de industria: no menos de trescientos.

Uruguay:

No reglamentado.

3. Países de Centroamérica, México y República Dominicana

Costa Rica:

Sindicato de trabajadores: no menos de 12 miembros.

Guatemala:

Sindicato de trabajadores: no menos de veinte trabajadores.

Honduras:

Sindicato de trabajadores: no menos de treinta afiliados.

tivas del Trabajo introducidas por la Ley 19.759 de 2001 al Código del Trabajo Chileno». *Análisis Laboral* (Especial Latinoamérica), vol. xxvi, n.º 302, Lima, agosto de 2002, pp. xxx-xxxiv; especialmente p. xxx. También: MORGADO VALENZUELA, Emilio. «Chile: Las Relaciones de Trabajo en los inicios del siglo xxi». *Análisis Laboral* (Especial Relaciones de Trabajo en el Asia Pacífico - APEC), vol. xxvi, n.º 303, Lima, setiembre de 2002, pp. xxiv-xxviii; especialmente p. xxvi.

México:

Sindicatos de trabajadores: no menos de veinte trabajadores en servicio activo (incluidos a los que se hubiera rescindido o dado por terminada su relación de trabajo entre los treinta días anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de registro del sindicato y en la que se otorgue este).

Sindicato de oficios varios: cuando, en el municipio de que se trate, el número de trabajadores de una misma profesión sea menor de veinte.

Nicaragua:

Sindicato de trabajadores: no menos de veinte miembros.

Sindicatos de empresa: con la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa o centro de trabajo.

Panamá:

Sindicato de trabajadores o profesionales: no menos de cuarenta miembros.

República Dominicana:

Sindicatos de trabajadores: no menos de veinte trabajadores.

El Salvador:

Sindicato de trabajadores: no menos de 35 miembros.

III. La doctrina

No percibimos un criterio uniforme en la doctrina acerca del tratamiento que debe darse respecto al número de afiliados necesario para la constitución de un sindicato. En todo caso, adviértase que la apreciación de los diversos autores consultados está ligada, por lo general, a la regulación o manifestación del hecho sindical en sus respectivos países.

A continuación, agrupados por algún factor común, presentamos los comentarios y reflexiones encontrados.

1. Autores que indican el origen de la fijación de un número mínimo determinado

Al parecer, el señalamiento de número mínimo de afiliados para la fundación de un sindicato se origina en el derecho francés y se habría mantenido por la inercia o la inacción de los propios trabajadores.

Sobre el número mínimo de personas necesarias legalmente para la constitución de un sindicato, Mario de la Cueva alude al artículo 364 de la Ley

Federal del Trabajo de México, por cuya virtud «los sindicatos deberán constituirse con veinte trabajadores en servicio activo», y evoca que la fijación de este número para la constitución de sindicatos obreros se remonta, en dicho país, a la Ley de Veracruz, de 1918, y corre hasta el Código Penal francés de 1810, «que parece señaló ese número por vez primera para prohibir las asociaciones que lo sobrepasaran». Indica que

después de la promulgación de la Ley de 1931 se planteó un poco teóricamente la discusión de la constitucionalidad de ésta que no deja de ser una limitación a la libertad sindical: sin duda, una asociación puede formarse por dos personas, pero corre el riesgo de paralizarse en el momento en que los socios no lleguen a un acuerdo o se vean obligados a someter la controversia a un tercero o a la autoridad pública, por lo que el número natural es de tres personas; de ahí que la fijación de un número mayor, además de ser arbitrario, pues pudo ser quince o veinticinco, es una limitación que contradice el principio de la libertad sindical. Cuando la comisión enfrentó el problema, encontró una tradición no reclamada, que no valía la pena modificar, tanto más fuerte por cuanto el movimiento obrero no es partidario de la atomización sindical, porque facilita la intervención de los patronos en la vida de los sindicatos.²⁰

A decir de Jorge Rendón Vásquez, la Tercera República francesa votó por la denominada ley Waldeck-Rousseau del 21 de mayo de 1884, que reconoció la libertad de organización sindical de los obreros: «Los sindicatos o asociaciones profesionales, de más de veinte personas que ejerciten la misma profesión, oficios afines o profesiones conexas, concurrentes para la elaboración de determinados productos, podrán constituirse libremente sin la autorización del Gobierno» (artículo 2).²¹

2. Autores que refieren la necesidad de un número mínimo aunque no precisan su cuantía

Hay autores que refieren o explican la necesidad de un número mínimo de afiliados aunque no precisan su cuantía. Aluden a la representatividad²²

²⁰ DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1984, tomo II, p. 333.

²¹ RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho del trabajo colectivo. Relaciones colectivas en la actividad privada y en la administración pública*. Lima: EDIAL, 2001, pp. 10-11. Más adelante, este mismo autor afirma que «el requisito de contar con veinte trabajadores como mínimo en los sindicatos de empresa fue sugerido por la OIT e incluido en el D. S. 009 del 3 de mayo de 1961, de donde fue reproducido en el Decreto Ley 25593» (*ibidem*, p. 45, nota 21).

²² «Representación» y «representatividad» son diferentes: «El sindicato tiene por finalidad representar. Representación significa, en su acepción más genérica, la actitud del sindicato al desarrollar una actividad de defensa de los intereses profesionales; y en esa

que debe acreditar el sindicato en formación, al nexo que existe entre el número de agremiados y la satisfacción de los fines²³ de la organización sindical o a los sindicatos de simple apariencia.

Entre los requisitos para la formación de los sindicatos, Ricardo la Hoz Tirado señala «la reunión de un número de trabajadores suficientemente expresivo. Esa cantidad de trabajadores suele estar determinada legalmente por un mínimo de pluralidad amplia cuando se refiere a los sindicatos de trabajadores y un número menor cuando se trata de asociaciones patronales».²⁴

Carlos Carro Zúñiga y Bernardo van der Laet Echevarría refieren al «número mínimo de integrantes» como uno de los requisitos necesarios para la constitución de una organización sindical:

El número de constituyentes de la agrupación sindical debe ser un mínimo y constituir requisito para la fundación de la entidad y también para su inscripción en el registro administrativo. Estimamos que la exigencia de un mínimo para la fundación es imprescindible porque atañe directamente a la posibilidad de cumplimiento de los fines del sindicato. Y es debido a esta misma razón el que también sea requisito necesario para su inscripción en el registro. Ahora bien, el número mínimo de constituyentes varía mucho de una legislación laboral a otra. Varía, también, si el sindicato es de trabajadores o de patronos. Si es de trabajadores, el número mínimo dispuesto por ley varía por lo regular entre 12 y 30, con escalas intermedias de 15, 20 y 25. Si el sindicato es patronal, el número de miembros se sitúa por regla general entre 3 y 5.²⁵

Según Gino Giugni, el «dato de un mínimo de consistencia numérica» —cuando existe— es un requisito «para evitar el registro de asociaciones sindicales con vida meramente ficticia».²⁶

acepción, es suficiente justificar su participación como órgano previsto por el ordenamiento jurídico para tal fin, mientras que representatividad es la real y efectiva aptitud que el sindicato tiene de actuar en nombre y en consonancia efectiva con las pretensiones de aquellos que lo integran» (MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *Teoría general del derecho del trabajo*. São Paulo: LTr, 1999, p. 261).

²³ Entendemos la expresión «fines» como referida aquí a las funciones de los sindicatos. Entre los fines o funciones atribuidas a estos destacan la representación de los intereses profesionales y el ejercicio de la negociación colectiva y de la huelga. Véase ERMIDA URIARTE, *op. cit.*, pp. 45-47.

²⁴ LA HOZ TIRADO, Ricardo. *Derecho colectivo del trabajo*. Lima: Imprenta Editora Jorge Pérez Pacussich, 1976, vol. I, p. 335.

²⁵ CARRO ZÚÑIGA, Carlos y BERNARDO VAN DER LAET E. «Constitución, personificación y representatividad del sindicato». En DE BUEN LOZANO, Néstor y Emilio MORGADO (coords.). *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Valenzuela, México: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, pp. 205-206.

²⁶ GIUGNI, Gino. *Derecho sindical*. Madrid: Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1983, pp. 92.

3. Autores que señalan la vinculación entre el número mínimo y el ejercicio de prácticas antisindicales o discriminatorias

En otro orden, se arguye que el requisito del número mínimo puede ser utilizado por los empleadores o por los mismos trabajadores organizados y hasta por el propio Estado para dirigir la sindicación según el rumbo que convenga a sus respectivos intereses.

Así, Rolando Murgas Torrazza explica el curioso caso ocurrido en Panamá, donde el artículo 343 del Código de Trabajo (de 1971)

aumentó de 20 a 50 el mínimo de trabajadores necesarios para constituir un sindicato. Tan significativo aumento se hizo a petición de las centrales obreras, con el ánimo de fortalecer al sindicalismo por rama (de industria), en detrimento de la forma hasta entonces más utilizada, que era la de sindicatos de empresa. La razón de esa opción fue la de que, según los dirigentes sindicales, los sindicatos de empresa eran con frecuencia alentados, promovidos y hasta controlados por los empleadores, con el propósito de debilitar a los sindicatos industriales.²⁷

En la actualidad, dicho número mínimo se ha reducido de cincuenta a cuarenta trabajadores.²⁸

Sobre la base de la experiencia habida en República Dominicana, Rafael Alburquerque observa que la exigencia de un número mínimo de adherentes (no menos de veinte miembros si se trata de un sindicato de trabajadores y no menos de tres si de uno de patronos, según el Código de Trabajo de 1951)

[...] ha dado lugar en la práctica a verdaderos fraudes en perjuicio de los derechos del trabajador a la sindicación. La personería mercantil ha sido utilizada para fraccionar la unidad económica y crear la apariencia de varias personas morales, cada una con menos de veinte trabajadores. La simulación es evidente y podría ser combatida ante los tribunales [...].²⁹

Franciso José Iturraspe comenta el artículo 417 de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela (de 1991), según el cual veinte trabajadores podrán constituir un sindicato de empresa o de trabajadores rurales. Destaca cómo el Proyecto de la Ley Orgánica del Trabajo «*contenía exigencias mayores a las de la derogada Ley del Trabajo, colocadas por la influencia de los sindicatos*

²⁷ MURGAS TORRAZZA, Rolando. «Los sindicatos en Panamá». En PASCO COSMÓPOLIS, Mario (coord.). *Los sindicatos en Iberoamérica*. Lima: Aele Editorial, 1988, pp. 204-205.

²⁸ Véase VEGA RUIZ, *op. cit.*, pp. 79-80 y 201.

²⁹ ALBURQUERQUE F., Rafael. «Los sindicatos en la República Dominicana». En PASCO COSMÓPOLIS, *op. cit.*, pp. 330.

oficiales. Una reacción generalizada contra el aumento de los requisitos llevó a regresar, en el caso de los sindicatos por empresa, a la cifra tradicional de veinte [...].³⁰

Wilfredo Sanguinetti Raymond, acerca de las disposiciones contenidas en el decreto ley 25593 —regulador de las relaciones colectivas de trabajo en el Perú—, enfatiza las desventajas que, desde su punto de vista, tiene la exigencia de un número mínimo de afiliados:

El requisito de que el sindicato acredite un determinado nivel de afiliación, al margen de que éste sea elevado o reducido, posee no pocos inconvenientes, que lo hacen desaconsejable. Antes que nada, alienta maniobras empresariales dirigidas a impedir su alcance o mantenimiento por parte del sindicato. A esto hay que añadir que su constatación genera un conjunto de exigencias que dificultan el libre ejercicio de la actividad sindical. Por lo pronto, convierte en una necesidad hacer pública la afiliación sindical del trabajador, colocándolo así como posible blanco de represalias empresariales. Además, conduce a conceder a la Autoridad de Trabajo facultades en materia de control del número de afiliados, al amparo de las cuales pueden producirse claras injerencias en la autonomía de los sindicatos [señaladamente, la facultad de cancelar el registro sindical].³¹

4. Autores que relievan la inconveniencia del establecimiento de un número mínimo, principalmente porque dificultaría la sindicación en las micro y pequeñas empresas

En un importante trabajo sobre las vinculaciones entre las relaciones de trabajo y el tamaño de la empresa, Emilio Morgado afirma que «en las empresas de menor tamaño existen mayores obstáculos normativos y fácticos para constituir sindicatos y afiliarse a ellos». Y agrega: «En casi todas las legislaciones latinoamericanas se privilegia la existencia de sindicatos de empresa. Al regular los requisitos para constituirlos señalan el número mínimo de trabajadores necesarios para ello, que suele ser elevado en relación con el tamaño promedio de las empresas».³²

³⁰ ITURRASPE, Francisco José. En HERNÁNDEZ ALVAREZ, Óscar (coord.) *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento*. Barquisimeto: Jurídicas Rincón, 2001, tomo II, p. 463.

³¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. «Los sindicatos y la libertad sindical en la nueva Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Ley 25593)». En *Quo Vadis Jus? Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Ricardo La Hoz Tirado*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1994, pp. 267-268.

³² MORGADO VALENZUELA, Emilio. «Las relaciones laborales y el tamaño de las empresas. Ponencia presentada al III Congreso Regional de las Américas, 1999». En *III Congreso Regional de las Américas. Las relaciones de trabajo en el siglo XXI*. Lima: Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo, 1999, p. 65.

En opinión de Jürgen Weller, y también con respecto a América Latina, «una gran parte de los ocupados no trabaja en empresas de un tamaño mínimo que permitiría la organización de los trabajadores y la eficiente representación de sus intereses». ³³ Diversos autores compatriotas acreditan igual sentir.

Así, Alfredo Villavicencio Ríos, quien ha estudiado acuciosamente los diferentes aspectos relativos a la libertad sindical con singular referencia al Perú, afirma que «tienen impacto directo en el ámbito fundacional los requerimientos de número mínimo de adherentes que se exigen para constituir una organización sindical». En cuanto al número de afiliados exigido para constituir un sindicato de empresa y sobre la base de datos estadísticos, señala que

[...] hasta el de 20 que *a priori* no parece excesivo resulta desmesurado en la actual realidad peruana, puesto que, a la vista de datos estadísticos recientes, proporcionados por la Encuesta de Hogares del Ministerio de Trabajo para Lima Metropolitana, nos encontramos con que para 1996 el 14,4% de la PEA ocupada trabajaba en empresas con 20 o más trabajadores. Ello lleva a que la población sindicalizable sea aún menor, puesto que a esta cifra habría que restarle los trabajadores en período de prueba y los cargos directivos que laboran en empresas con 20 o más trabajadores.

Sostiene, además, que «está demostrado que las tres cuartas partes de los trabajadores sindicados en el Perú laboran en empresas con más de 500 trabajadores, e, inversamente, el 79% de los trabajadores que laboran en empresas que carecen de sindicatos lo hacen en unidades de menos de 49 trabajadores». ³⁴

En similar orientación, se ha dicho que

[...] nuestra realidad empresarial [peruana] se caracteriza por su dispersión en un gran número de pequeñas unidades productivas. Las estadísticas nos llevan a sostener que la LRCT [Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo] ha establecido como

³³ Citado por VEGA RUIZ, *op. cit.*, p. 53.

³⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú*. Lima: Oficina Internacional del Trabajo, 1999, pp. 33-34. El mismo autor, en un ensayo posterior («El cuestionable continuismo intervencionista o la ausencia de reforma en la regulación general de las relaciones colectivas de trabajo y de la libertad sindical»). En FERRO DELGADO, Víctor (coord.). *Balace de la reforma laboral peruana*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001, p. 278), ha sostenido que el requisito de veinte afiliados para la constitución de sindicatos de empresa ha conducido a que «en la práctica [...] 9 de cada 10 trabajadores del Perú esté fuera de la población sindicalizable». Este porcentaje «responde al número de trabajadores que laboran en micro y pequeñas empresas que cuentan con menos de 20 trabajadores, y, por lo tanto, nunca podrán constituir un sindicato de empresa».

requisito un número mínimo de afiliados para la constitución y subsistencia de los sindicatos a nivel de empresa, que si bien en abstracto no es alto, para nuestra realidad resulta elevado. Con ello, más que fomentar la existencia de organizaciones sindicales en este nivel, se dificulta la constitución y subsistencia de las mismas, lo cual constituye un serio atentado contra la libertad sindical, ya que para un importante porcentaje de trabajadores, el requisito de número se convierte en un real impedimento para el ejercicio mismo de la actividad sindical. Con el requisito de número mínimo de afiliados exigido por la LRCT, los trabajadores que laboran en micro y pequeñas empresas, de hecho resultan impedidos de organizarse sindicalmente en el ámbito de sus propias empresas [...].³⁵

Así mismo Sanguinetti, para quien el número mínimo de veinte miembros es considerado como un grave impedimento para la formación de sindicatos de empresa «en un país [Perú] en el que abundan las empresas de reducidas dimensiones».³⁶

A decir de Javier Neves, «el número mínimo de 20 trabajadores en una empresa para constituir un sindicato es demasiado elevado, en un país [Perú] de abundantes micro-empresas».³⁷

De acuerdo con Amalia Mendoza Arroyo, «debemos resaltar una particularidad de la realidad laboral peruana que podría relativizar la conveniencia del requisito de afiliarse a por lo menos 20 trabajadores para constituir un sindicato de empresa, en función del gran número de trabajadores que quedarían excluidos de la posibilidad de constituir un sindicato».³⁸

Finalmente, Francisco Gómez Valdez explica:

En función al *quantum* se requiere de un número mínimo de adherentes para la formación de un sindicato de empresa, con el agregado de que ese número mínimo ha de mantenerse constante, pues es ésta la condición para que el sindicato reconocido subsista [...]. Igual como la legislación anterior, la actual (Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo) ha colocado un peso excesivo al *quantum* de los trabajadores para afiliarse, números hartos ampulosos para un país donde el mayor número de las empresas no cuentan con más de 20 trabajadores, situación que se ve agravada al admitirse en la norma el principio de la pluralidad sindical, de donde pues, es tan subrealista la norma al disponer la posibilidad de que varios gremios puedan cohabitar en una empresa a condición de que 20 o más trabajadores lo formen, cuando,

³⁵ BOZA, Guillermo y otros. *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo comentada*. Lima: Consultores Jurídicos Asociados, 1994, pp. 47-48.

³⁶ SANGUINETI RAYMOND, *op. cit.*, p. 268.

³⁷ NEVES, Javier. «Puntos objetables del D. L. de relaciones colectivas de trabajo». *Coyuntura Laboral*, n.º 71-72, Lima, julio de 1992, p. 15.

³⁸ MENDOZA ARROYO, Amalia. «Decreto Ley 25593. Las relaciones colectivas de trabajo del liberalismo». *Cuadernos Laborales*, año XII, n.º 79, Lima, julio de 1992, p. 14.

aquellas mayoritariamente pertenecen a las PYMES [pequeñas y medianas empresas]. [...] Exigir un *quantum* como el señalado para la formación de un sindicato es condenar a los trabajadores a no poder ejercitar sin contratiempos el mandato constitucional ampliamente referido de la libertad sindical.³⁹

5. Autores que extraen alguna conclusión de la legislación comparada o de la realidad

A juicio de Mario Pasco, las legislaciones que establecen un número mínimo de 15 o 20 o 25 trabajadores para la constitución de sindicatos de empresa fomentan la prevalencia de pequeños sindicatos en empresas de todo tamaño, mientras que en Panamá, que ha elevado el número mínimo, «se está produciendo una clara tendencia hacia organizaciones de mayor amplitud».⁴⁰

Para Néstor de Buen, el número mínimo de miembros de una organización sindical es «uno de los temas que aceptan más soluciones diferentes».⁴¹ Así, «lo arbitrario del número de trabajadores o patrones para formar un sindicato se pone de manifiesto con solo asomarse a la legislación comparada».⁴² Anota cómo «los países de menor desarrollo económico: Colombia, Panamá, Brasil en alguna medida, República Dominicana, Venezuela y México, exigen un número mínimo de miembros» en tanto que otros (Gran Bretaña, Francia, Italia) «dejan en plena libertad a los interesados para determinar los requisitos».⁴³

6. Número mínimo: dos trabajadores

En opinión de Marcos López Oneto,

³⁹ GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho del trabajo. Relaciones colectivas de trabajo*. Lima: San Marcos, 2001, pp. 214-215.

⁴⁰ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Realidad actual de la negociación colectiva en Iberoamérica*. Lima: Asociación de Relaciones Industriales, 1979, p. 11. En verdad, ha existido en Panamá un «desarrollo netamente favorable al sindicato por rama de actividad, que confirma la eficacia de la opción sindical y legislativa [...]. Es de concluir, en consecuencia, que se ha afirmado un fortalecimiento importante —en todo caso relativo— en los sindicatos panameños, si se tiene en cuenta que es el sindicato por rama de actividad el que mayores posibilidades ofrece para los trabajadores en general» (MURGAS TORRAZZA, *op. cit.*, p. 205).

⁴¹ DE BUEN L., Néstor. «Organización y funcionamiento de los sindicatos». En ERMIDA URIARTE, Óscar y Antonio OJEDA AVILÉS (coords.). *El derecho sindical en América Latina*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 69.

⁴² DE BUEN L., Néstor. *Organización y funcionamiento de los sindicatos*. México: Porrúa, 1983, pp. 38-41.

⁴³ *Ibidem*.

[...] el número mínimo de trabajadores que se deberían considerar para poder formar un Sindicato, no debiera exceder de 2, cualquiera sea el porcentaje que representen en total de la plantilla de la empresa; pues 2 es el número mínimo de personas que permite hacer efectivo el derecho de asociación [...]. Una sociedad se democratiza más, en la misma medida que se mejoran las garantías para el ejercicio de las libertades.^{44 45}

7. El caso de los trabajadores a tiempo parcial

Efrén Córdova ha escrito que «se tiende en general a reconocer que los trabajadores a tiempo parcial disfrutan de los mismos derechos básicos de sindicalización y negociación colectiva, que corresponden a otros trabajadores». Sin embargo, en ciertos países «si el número de trabajadores a tiempo parcial excede determinada proporción, cada uno de ellos debería computarse como medio trabajador a los efectos de los mínimos requeridos para establecer ciertos órganos de representación».⁴⁶

8. La falta de reglamentación del tema sindical: la inexistencia de un número mínimo

Américo Pla Rodríguez refiere la «total ausencia de reglamentación del tema sindical» en el Uruguay (véase *supra* II.2), característica que atribuye al origen anarquista del movimiento sindical (mentalidad antiestatal de los sindicatos, que los llevaba a actuar con absoluta independencia o manifiestamente distanciados del Estado); a la inexistencia de un movimiento sindical fuerte, unido al partido de gobierno; al dualismo entre la actitud político-electoral y la actitud en materia gremial y sindical de muchos trabajadores; a la experiencia respecto a que la reglamentación de una libertad

⁴⁴ LÓPEZ ONETO, Marcos, «El Convenio N° 87 de la OIT, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación. Algunas hipótesis sobre los efectos de su aplicación en el orden constitucional y legal laboral chileno». *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n.º 1, 2000, p. 52.

⁴⁵ Acerca de la vinculación o desvinculación entre la libertad sindical y el derecho de asociación, se ha escrito en nuestro país: «Se discute en la doctrina nacional sobre si la libertad sindical no encuentra sustento constitucional también en el artículo 2.13 de la Constitución que consagra el derecho genérico de asociación. Nosotros creemos que el reconocimiento expreso de la libertad sindical en el artículo 28 [de la Constitución] vuelve innecesaria tal referencia, en la medida en que respalda claramente la peculiaridad de la libertad sindical frente a la matriz asociativa civilista, reforzando la tesis de que la autonomía de la libertad sindical respecto del derecho genérico de asociación es paralela a la del contrato de trabajo respecto del de locación de servicios» (VILLAVICENCIO RÍOS, *La libertad sindical...*, p. 77, nota 15).

⁴⁶ CORDOVA, Efrén. «Nuevas formas y aspectos de las relaciones de trabajo atípicas». *Derecho Laboral*, tomo XXIX, n.º 142, Montevideo, abril-junio de 1986, pp. 280-281.

no suele ser reclamada o impulsada o consagrada por los partidarios de esa libertad sino por quienes se oponen a ella o desconfían de ella —y que por medio de la reglamentación buscan restringirla—; y a la existencia de normas que consagran la libertad sindical y le dan al trabajador la garantía de que deberá respetarse esa libertad en su más amplia expresión.⁴⁷ En cuanto a las formas prevalentes, precisa que «la mayoría de los sindicatos son por causa de actividad» (bancarios, textiles, metalúrgicos, gráficos, entre otros).⁴⁸ Además, «[e]n algunas empresas hay sindicatos que agrupan al personal de la misma, pero son las menos. De todas maneras, suelen estar conectadas con el sindicato de rama de actividad, de modo que no se alteran mucho las cosas». ⁴⁹ Es lo que Óscar Ermida Uriarte denomina un sistema de relaciones colectivas de trabajo «de abstencionismo estatal y autonomía colectiva». ⁵⁰

IV. Fundamentación del voto en minoría respecto del artículo 323, sobre número mínimo para constituir un sindicato de empresa, del Anteproyecto de Ley General de Trabajo

Presentamos una síntesis de la fundamentación del voto en minoría de los doctores Víctor Ferro y Mario Pasco respecto del artículo 323, sobre número mínimo para constituir un sindicato de empresa, del Anteproyecto de Ley General de Trabajo.⁵¹

Afirman ambos expertos:

- El Comité de Libertad Sindical (del Consejo de Administración) de la OIT no ha objetado el número mínimo exigido por el decreto ley 25593 (veinte trabajadores) para la constitución de sindicatos de empresa, «que es, por lo demás, el más generalizado, casi unánime, en las legislaciones de los países americanos».

- La reducción del número mínimo de veinte trabajadores «a sólo 10 tendría efectos muy negativos, no sólo para la pequeña y microempresa, sino para los propios trabajadores, porque abre la posibilidad para la proli-

⁴⁷ PLA RODRIGUEZ, Américo. «Los sindicatos en el Uruguay». En PASCO COSMÓPOLIS (coord.). *Los sindicatos...*, pp. 369-372.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 375.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ ERMIDA URIARTE, Óscar. *La protección contra los actos antisindicales*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 35.

⁵¹ Véase el texto «Fundamentación del voto en minoría respecto de los artículos 323º y 387º del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo». *Actualidad Laboral*, n.º 317, Lima, noviembre de 2002, pp. 108-109. Asimismo, «Fundamentación del voto en minoría». *Informe Laboral*, vol. XVII, n.º 195, Lima, abril de 2002, p. 21.

feración de los microsindicatos, que pulverizarían el movimiento sindical, cuya fortaleza radica en la unidad y no en la dispersión».

- Para algunas empresas «podría resultar sencillamente devastador», particularmente por la inamovilidad de los trabajadores sindicados y la repercusión que en los costos del empleador tendría el uso de la licencia sindical por el sindicato.

Así, en una empresa con diez trabajadores y conforme a los artículos 337 (Protección específica de la libertad sindical: titulares), 338 (Alcance de la tutela específica) y 342 (Permisos y licencias remuneradas) del propio Anteproyecto: «Dado que las juntas directivas sindicales suelen contar con 14 miembros, en éste [el sindicato] todos los miembros serían dirigentes. Habría 10 generales y ningún soldado»;⁵² además «automáticamente todos, absolutamente todos los trabajadores quedarían protegidos contra el despido, es decir, alcanzarían estabilidad absoluta, por el solo hecho de haber constituido el sindicato. Tal protección se extendería por un mes antes y tres meses después de la constitución»; «tres de ellos —los dirigentes principales, se supone— mantendrían esa protección ilimitadamente en el tiempo»; «al vencer el período de protección general, el sindicato presentaría un pliego de peticiones, para negociar el cual podría nombrar una comisión con tres miembros distintos a los dirigentes principales, a los cuales se extendería la protección por todo lo que dure el trámite de la negociación, al que la ley acertadamente no señala plazo. De ese modo, ya no tres, sino seis trabajadores serían inamovibles»; «dentro del período pertinente se convocaría a elecciones. Dado que todos los trabajadores tendrán que ser dirigentes, por ser mayor el número de plazas para tales que el de trabajadores, todos ellos serán previamente candidatos. Los candidatos tampoco pueden ser despedidos un mes antes y tres meses después de las elecciones»; el uso de tres meses de licencia sindical al año «representa 3/110, o sea 2,72% del tiempo total, que será costo directo para el empleador».

⁵² Pasco ya ha sostenido que se debe «garantizar de modo pleno el respeto de la autonomía sindical, pero con una atingencia de gran valor práctico: ¿debe el sindicato con carácter absoluto definir quiénes integran la junta directiva sindical? La pregunta puede parecer pedestre; sin embargo, la trascendencia práctica es muy grande porque el no existir regulación alguna y el respetar la autonomía absoluta del sindicato en esta materia pueden llevar a casos de extremo totalmente inconvenientes, v. gr.: si se admite la constitución de un sindicato con apenas 20 trabajadores [...]; si la tradición ya enraizada en el Perú hace que los sindicatos tengan alrededor de 14 o 16 integrantes de la junta directiva; eso significaría que en una pequeña empresa con un sindicato minúsculo todos los integrantes de la asamblea general serían dirigentes: serían más los generales que los soldados» (PASCO COSMOPOLIS, Mario, «Sindicación, negociación colectiva, huelga: dos proyectos y una realidad». En *Seminario «Bases para una Ley General de Trabajo»* (Lima, 30 enero/3 febrero, 1984). Lima: IET - CIAT/OIT, 1985, p. 308).

- «Esta reducción radical, no prevista en norma legal alguna a nivel mundial, sería perniciosa, y muy en especial para el empresario más débil, que constituye la inmensa mayoría nacional».

- «El señalamiento de un mínimo razonable para la constitución de un sindicato de empresa no significa, en modo alguno, que se coarte la libertad sindical, sino sólo que ésta debe ser ejercida de un modo más eficaz, a través de otro tipo de organización, como es la de rama o actividad [...]».

V. Argumentos posibles en favor o en contra de la fijación de un número mínimo de trabajadores afiliados para la constitución de sindicatos de empresa; así mismo, de la reducción de tal número mínimo según se propone en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo

Señalamos diversos argumentos que podría esgrimirse tanto en favor como en contra de la fijación de un número mínimo de trabajadores afiliados para la constitución de sindicatos de empresa, así como de la reducción de tal número mínimo según se propone en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo.⁵³

Aunque algunos de tales argumentos pueden haber sido ya indicados en lo que va de nuestra exposición, procuramos ahora presentarlos en el contexto de una clasificación sistemática.

1. Sobre la fijación de un número mínimo

A) Argumentos en favor

- Se afirma el accionar de los trabajadores organizados.
- Se refuerza una verdadera representación colectiva o, dicho a la inversa, se dificulta la constitución de sindicatos no representativos de la mayoría de los trabajadores de la empresa.
- Se robustece el poder de negociación de las organizaciones sindicales (que agruparían mayor número de trabajadores).
- Se facilita acuerdos directos entre el empleador y los trabajadores (individualmente considerados).

⁵³ Se toma en cuenta diversas opiniones emitidas por alumnos del ciclo 2002-1 de los cursos *Derecho Laboral Empresarial* y *Derecho Colectivo del Trabajo*, que se dictan, respectivamente, en la Escuela de Graduados (Maestría con mención en Derecho de la Empresa) y en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- La inexistencia de un número mínimo propicia la atomización o pulverización del movimiento sindical.

- Si los trabajadores no alcanzan el número mínimo exigido para la constitución de un sindicato de empresa, pueden afiliarse a un sindicato de actividad (sectorial o por rama de actividad). En definitiva, debe promoverse la sindicación sectorial.

- En el extremo, un sindicato de apenas dos trabajadores parece inviable.

B) Argumentos en contra

- El artículo 2 del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), establece claramente que los trabajadores tienen el derecho de constituir las organizaciones «que estimen convenientes».

- Con base en el principio de la libertad sindical, pues, no debiera establecerse un número mínimo. En otras palabras, la determinación de un número mínimo constituye una violación al principio de la libertad sindical.

- Debe fomentarse la sindicación.

- En consecuencia, es irrelevante la fijación de un número mínimo de trabajadores adherentes.

- En la práctica, deben ser los propios trabajadores quienes definan la cuestión.

- La atomización sindical no debe preocupar. En realidad, son los propios trabajadores quienes deben advertir o ponderar los perjuicios que ella causa al sindicalismo.

- De constatar los trabajadores las desventajas de una tal dispersión, pueden ellos acordar una fusión de sindicatos.

- Además, ¿por qué solo se cuestiona la atomización en el ámbito sindical? ¿Acaso en el ámbito empresarial no existe también similar situación dado que existen micro, pequeñas y medianas empresas?

- Un sindicato de solo dos trabajos complace cabalmente la pluralidad necesaria para la constitución de toda agrupación.

- Se obstaculiza la constitución o formación de sindicatos en las medianas y pequeñas empresas.

- Se dificulta el derecho de sindicación a los trabajadores que, en conjunto, no alcanzan el número mínimo exigido.

- Mediante la elevación o reducción de la cantidad de trabajadores de la empresa o del número de trabajadores agremiados, puede manipularse el ejercicio de la libertad sindical para pretender el logro de fines u objetivos antisindicales o prioritamente extrasindicales.

- La actuación por medio de delegados sindicales limita el quehacer sindical. Además, estos no realizan, comúnmente, presión alguna o de cierta significación sobre el empleador.

- La aplicación de un porcentaje establecido al número de trabajadores de la empresa, para determinar el número mínimo de trabajadores afiliados que deberá considerarse para la constitución de un sindicato, no soluciona el problema.

- Se pueden generar situaciones de simulación o fraude o la precarización del empleo. Todo ello, para evitar el empleador que el número de trabajadores de la empresa supere el número mínimo fijado por la ley.

2. Sobre la reducción del número mínimo

A) Argumentos en favor

- Se amplía el número de trabajadores que puede ejercer su derecho individual a constituir y afiliarse a organizaciones sindicales.

- Se promueve el incremento del número de sindicatos.

- Se impulsa, entonces, una más pronta nivelación de las fuerzas sociales.

- Un número bajo de afiliados permite al sindicato organizarse mejor y le facilita la toma de decisiones.

- Todo número mínimo es arbitrario. Sin embargo, el número mínimo de diez trabajadores afiliados es «menos arbitrario» que el de veinte.

- Se promociona el pluralismo sindical.

- Nada impide que la reducción del número mínimo pueda determinar, a su vez, la reducción del número de trabajadores protegidos por el fuero sindical (que garantiza a determinados trabajadores no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación),⁵⁴ y de beneficiarios de la licencia sindical (que consiste en la exoneración de la prestación de trabajo para dedicar ese tiempo útil a la realización de actividades de carácter gremial).⁵⁵

B) Argumentos en contra

Además de los argumentos que fundamentan el voto en minoría respecto del artículo 9 del Anteproyecto sobre Relaciones Colectivas de Trabajo (véase *supra* 4), es posible estimar que:

⁵⁴ Artículo 30 del decreto ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

⁵⁵ PASCO COSMOPOLIS, Mario. «Los sindicatos en el Perú». En PASCO COSMOPOLIS (coord.). *Los sindicatos...*, p. 300.

- No se contribuye al fomento de la sindicación.
- Un número inferior a veinte afiliados resta fuerza al sindicato.
- Podría generarse alguna rivalidad entre los diversos sindicatos de una empresa, lo que podría afectar o perjudicar el trabajo y la producción.
- La reducción del número mínimo no debe ser impuesta por la ley, sino que debiera ser acordada por el Estado, los empleadores y los trabajadores.
- El número mínimo de afiliados establecido en el artículo 323 del Anteproyecto de Ley General de Trabajo puede provocar una situación inícuca: si la empresa tiene cincuenta trabajadores, podríán constituirse hasta cinco sindicatos ($50/10 = 5$); pero si la empresa tiene 51 trabajadores, solo podríán constituirse hasta dos sindicatos [$51/20 = (2 \times 20) + 11$].

VI. Nuestro punto de vista

Nos permitimos expresar nuestro punto de vista, que admite dos aspectos:

1) En principio, consideramos que *no debiera exigirse un número mínimo de trabajadores afiliados para la constitución de un sindicato de empresa*. Esto, principalmente porque:

• Ante todo, *el derecho a la sindicación es un derecho fundamental*. Diversas normas internacionales sobre derechos humanos —la mayor parte de ellas ratificadas por nuestro país— así lo establecen o reconocen: la Carta Internacional de los Derechos Humanos, conformada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Constitución de la Organización de Estados Americanos - OEA (Carta de Organización de los Estados Americanos o Carta de Bogotá); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (no ratificada por el Perú); la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (no ratificada por el Perú); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).⁵⁶ Estas nor-

⁵⁶ Al respecto, puede verse: CARRILLO CALLE, Martín. «Los derechos laborales fundamentales. Normas mínimas internacionales». En *Constitución, trabajo y seguridad social*. Lima: ADEC/ATC, 1993, pp. 41 y ss; COMISION ANDINA DE JURISTAS. *Normas internacionales sobre derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988; ERMIDA URIARTE, *Sindicatos ...*, pp. 13-14; ERMIDA URIARTE, Óscar y Alfredo VILLAVICENCIO. *Sindicatos en libertad sindical*. Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC, 1991, pp. 16-18; RODRÍGUEZ BRIGNARDELLO, José Hugo. *Los derechos laborales en la dimensión de los derechos humanos*. Lima: Centro de Asesoría Legal (CEAL), 1989, pp. 23-25; VILLAVICENCIO RÍOS, *La libertad sindical...*, pp. 20-26.

mas internacionales no autorizan la adopción de medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), ni la aplicación de la ley en forma que menoscabe esas garantías.⁵⁷

Es cierto que dichas normas internacionales disponen que el ejercicio del derecho de sindicación pueda estar sujeto a determinadas restricciones legales. A saber, solo las que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. No se impide la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.⁵⁸ Sin embargo, la exigencia de un número mínimo de trabajadores afiliados para la constitución de un sindicato de empresa no se adecúa a ninguna de las restricciones autorizadas respecto del ejercicio del derecho de sindicación. En consecuencia, *no debe condicionarse el ejercicio del derecho fundamental de sindicación*.

• De acuerdo con el artículo 2 del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87): «Los trabajadores y los empleadores [...] tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes [...]».

Es verdad que el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT sostiene que «un número mínimo de veinte miembros para la constitución de un sindicato no parece constituir una cifra exagerada ni, por consiguiente, un obstáculo de por sí para la formación de sindicatos» (véase *supra* I.1); y también, que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que el número mínimo de trabajadores exigido para la creación de un sindicato «debería mantenerse dentro de límites razonables para no obstaculizar la creación de organizaciones» (véase *supra* I.2).

Pero, respecto de las pequeñas y microempresas, y al margen de cuántas sean ellas en el país (lo que nos libera de enfrentar el problema de la exactitud o inexactitud de los datos estadísticos), el número mínimo de veinte miembros establecido actualmente por la legislación nacional ¿no constituye acaso una cifra alta y tal vez fuera de límites razonables y, por tanto, una traba de por sí para la formación o creación de sindicatos?

⁵⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22.3; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 8.3.

⁵⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22.2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 8.1.a y 8.2; Protocolo de San Salvador, artículo 8.2. Similarmente, aunque de manera más general acerca del derecho de asociación: Pacto de San José de Costa Rica, artículos 16.2 y 16.3.

Aunque los trabajadores de empresas de reducido tamaño tengan la posibilidad de afiliarse a un sindicato sectorial (o por rama de actividad), también «tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes». Ellos podrían estimar conveniente constituir un sindicato de empresa, pero su derecho a tal constitución se vería afectado si en dicha empresa laborasen menos de veinte trabajadores. Entonces, «la fijación de un número mínimo de afiliados vulnera el Convenio 87 de la OIT y presenta múltiples inconvenientes».⁵⁹

- Debe garantizarse el derecho de los trabajadores y de los empleadores a crear y afiliarse a organizaciones democráticas y representativas, «sin que sus miembros y actividades organizativas se vean afectados por discriminación alguna».⁶⁰ Ciertamente, «una tendencia común en la lucha contra la discriminación laboral es el paso de leyes que prohíben la discriminación a leyes que prevén una obligación positiva de prevenir la discriminación y promover la igualdad».⁶¹ ⁶² En este orden, nos preguntamos: ¿caso la fijación de un número mínimo de afiliados para la constitución de sindicatos no constituye, *per se*, una forma de discriminación?

- Para evitar que los trabajadores alcancen el número mínimo establecido, los empleadores podrían incurrir en situaciones de simulación o fraude o propiciar la precarización del empleo o efectuar prácticas antisindicales.

- Debiera dejarse a la práctica sindical la determinación sobre qué sindicatos pueden subsistir y cuáles desaparecer.⁶³

- En definitiva, la deseable y necesaria unidad sindical debe ser espontánea y resultar de la libre actuación de los trabajadores. La consolidación o dispersión (atomización) del movimiento sindical es un asunto que atañe procurar o resolver, según corresponda, a los propios trabajadores.

2) Ahora bien, no obstante lo expuesto, *consideramos que debe mantenerse —aun cuando temporalmente— el número mínimo de 20 trabajadores afiliados que establece la legislación actual*, y no necesariamente por las razones planteadas como fundamentación del voto en minoría respecto del artículo 323 del Anteproyecto de Ley General de Trabajo, sino primordialmente porque:

⁵⁹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, «El cuestionable continuismo intervencionista...», p. 278.

⁶⁰ MARTÍNEZ, Daniel. «Día del Trabajo: contra la discriminación». *El Comercio*, Lima, jueves 1 de mayo del 2003, p. B4.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, véase Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), ratificado por el Perú mediante la resolución legislativa 1768, del 6 de setiembre de 1969.

⁶³ SANGUINETI RAYMOND, *op. cit.*, p. 271.

- El tema laboral es —siempre lo ha sido— por demás sensible.⁶⁴
- En este contexto, la regulación de las relaciones colectivas de trabajo, particularmente, debiera ser establecida por los propios actores sociales con base en la autonomía colectiva.

Así, pues, en vez de obstaculizarse la vía que lleva al logro del entendimiento y acuerdos entre los gremios empresariales y los trabajadores organizados mediante la imposición, entre otros aspectos, de un número mínimo —cualquiera que sea— para la constitución de sindicatos, debiera afirmarse el camino conducente a soluciones consensuadas, sobre tal punto y cualquier otro de interés para las partes.

Mientras tanto y con vista a una pronta instauración de un sistema de relaciones colectivas de trabajo de plena autonomía colectiva, quizás debiera: por un lado, conservarse el número mínimo fijado actualmente para la constitución de sindicatos de empresa y propiciarse, mejor, el desarrollo de las organizaciones empresariales y sindicales, y la formación o capacitación de sus respectivos miembros; y por otro lado, promoverse o facilitarse la constitución de organizaciones sindicales de grado superior (federaciones o confederaciones) o la sindicación sectorial o por rama de actividad.

Una vez satisfecho el desarrollo de tales organizaciones y la toma de conciencia por ellas acerca de la naturaleza y funciones de cada cual y de sus respectivos roles en la sociedad, podría suprimirse el requisito del número mínimo de afiliados para la constitución de sindicatos, tal vez entonces, sin oposiciones ni riesgos.

Conclusión

La cuestión de la exigencia de un número mínimo de afiliados para la constitución de sindicatos pareciera que pudiese ser resuelta por el legislador —opción legislativa—, sobre la base de la razonabilidad.

Sin embargo, pareciera también que debe tenderse a la eliminación del número mínimo como requisito «de fondo» para una tal constitución. En rigor, no debe limitarse el derecho de los trabajadores a constituir las organizaciones sindicales «que estimen convenientes».

La *atomización* del movimiento sindical que pudiera generar la supresión de dicho requerimiento no es asunto que debiera preocupar al Estado

⁶⁴ Aunque no las compartimos absolutamente, muéstranse las recientes declaraciones de un líder empresarial de la Sociedad Nacional de Industrias (SNI), que integra la representación de esta entidad en el llamado Consejo Nacional de Trabajo, respecto a que «el anteproyecto de la Ley General de Trabajo está mal hecho y mal concebido por la comisión de expertos y que no es posible limitarse a hacerle algunos parches» (véase «Multa Paucis. Momentum». *Informe Laboral*, vol. XVIII, n.º 207, Lima, abril del 2003, p. 1).

o los empleadores. En verdad, *es a los propios trabajadores organizados a quienes correspondería «ajustar» cualquier dispersión.*

En todo este contexto, importa considerar que los sindicatos «no son únicamente el reflejo de una estructura de clase de la sociedad, ni de la lucha de clases; son un exponente de la lucha por la justicia social» y que «el sindicalismo no emprende una lucha para eliminar al adversario, sino que es una fuerza constructiva, de orden social y de solidaridad, de comunidad entre los que trabajan y los que disponen de los medios de producción». Los sindicatos tienen «el cometido específico de asegurar los justos derechos de los hombre de trabajo frente a los empresarios y a los propietarios de los medios de producción, en el marco del bien común de la sociedad entera». Por todo ello, las asociaciones sindicales «se constituyen en elemento indispensable de la vida social».⁶⁵

Además, no parece posible desconocer las tendencias del derecho colectivo del trabajo, que

[...] se dirigen hacia la conformación de una sociedad abierta, pluralista, democrática, en la cual lo *social* asumirá su legítimo papel, en detrimento del papel hasta hoy desempeñado por el Estado, de intervencionismo y de director único y severo de la convivencia humana en el área del trabajo. Se dirigen hacia una democracia social, que reconoce el conflicto com legítima manifestación de las diferencias y de los anhelos de los diversos factores de la producción económica, pero que estará preparada para enfrentarlos y resolverlos, si no para prevenirlos, democráticamente.⁶⁶

⁶⁵ DIFRIERI BARONE, Jorge A. *El derecho del trabajo y la doctrina social de la Iglesia*. Lima, 1994, p. 128.

⁶⁶ SCALLE, Georges, citado por DE MORAES FILHO, Evaristo. «Tendências do Direito Coletivo do Trabalho». En TEIXEIRA FILHO, Joao de Lima (coord.). *Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. São Paulo: Editora LTR, 1989, p. 37.