

La Libertad Sindical en el Perú: Una Revisión a su Desarrollo Jurisprudencial

Jorge Toyama Miyagusuku*
Marilú Merzthal Shigyo**

RESUMEN:

En el presente artículo los autores realizan un examen del derecho a la libertad sindical a partir de la normativa y jurisprudencia nacional. Dicho análisis parte de la Constitución de 1993 y una comparación con su predecesora. Luego proceden a analizar el derecho a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo cual influye en el desarrollo del contenido del mismo. Por último, se exponen los casos en los que se entiende afectada la libertad sindical, a partir de Sentencias recaídas en casos reales de la práctica laboral peruana.

PALABRAS CLAVE:

Libertad Sindical - Constitución del Perú 1993 - Derecho del Trabajo - Tribunal Constitucional - Sindicato - Actos Antisindicales - Derechos Sindicales - Libertad Sindical Colectiva.

SUMARIO:

- I. MARCO GENERAL: LA LIBERTAD SINDICAL.
- II. FUENTES DE LA LIBERTAD SINDICAL: MARCO NORMATIVO APLICABLE.
- III. CONTENIDO DE LA LIBERTAD SINDICAL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
- IV. ¿CUÁNDO SE ENTIENDE VULNERADO EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL?
- V. CONCLUSIONES.

* Profesor principal de la PUCP. Profesor en la Universidad Pacífico, Universidad de Piura y ESAN. Magíster en Derecho Constitucional. Socio de Miranda & Amado, Abogados.

** Estudiante del 12vo ciclo de derecho de la PUCP. Asistente de Docencia del curso «Derecho Laboral Especial» del Dr. Jorge Toyama.

I. MARCO GENERAL: LA LIBERTAD SINDICAL

Este 2013 se cumplen veinte años de la promulgación de la Carta Magna vigente: la Constitución Política de 1993. En ella se reconocen los llamados derechos sociales y económicos, que inciden directamente en nuestro campo de análisis: el derecho laboral.

Resulta oportuno aprovechar este espacio para reflexionar sobre la eficacia de los derechos laborales, y en concreto de los derechos colectivos en la actualidad, y qué mejor que a los veinte años de promulgada la actual Constitución. Si bien, en comparación con el texto constitucional precedente existe un escueto reconocimiento de la libertad sindical, la profusa jurisprudencia constitucional ha generado un rico desarrollo sobre sus alcances. Probablemente quienes redactaron la Constitución nunca imaginaron los múltiples supuestos que se han desarrollado en sede judicial.

Estamos de acuerdo con VILLAVICENCIO RÍOS cuando indica *«que la consagración jurídica de un derecho no es suficiente para su vigencia real, en la medida en que todas las normas jurídicas tienen una cierta tasa de incumplimiento. En el derecho colectivo del trabajo, el índice de aplicación de las normas es todavía menor que en las demás ramas del ordenamiento jurídico puesto que se construye sobre una relación de conflicto (...).»*¹ Y más aún en nuestro país, el reconocimiento de las normas laborales en materia colectiva es aún incipiente, y es necesario hacer un esfuerzo de interpretación constitucional y un desarrollo jurisprudencial para poder ayudar a dotar de contenido a este derecho constitucional.

Dentro de los derechos fundamentales laborales hemos escogido a la libertad sindical, ya que es reconocida como la piedra angular de las relaciones colectivas. Siguiendo a BAYLOS GRAU podemos indicar: *«su importancia constitutiva medida en términos de valor político es tal que progresivamente ha ido ganando un espacio decisivo en las declaraciones constitucionales de derechos a tal punto que posiblemente sería inimaginable una Constitución democrática que no incluyera de forma específica entre el elenco de derechos reconocidos, el derecho de libertad sindical.»*² Sin embargo, la Constitución posee una regulación un tanto genérica y escueta de los derechos laborales, y concretamente respecto a la libertad

sindical, razón por la cual la mayor dotación de contenido de este derecho fundamental así como su desarrollo, tienen como fuente a las sentencias del intérprete de la Constitución: el Tribunal Constitucional.

Esta necesidad se hace más evidente ya que, como bien acota BLANCAS BUSTAMANTE: *«el reconocimiento de la libertad sindical como un derecho fundamental ha sido el producto de una larga lucha librada por los trabajadores desde los orígenes mismos del Estado liberal, que inicialmente la negó, la persiguió, la sancionó.»*³ Ahora bien, a pesar de la consagración constitucional y el ámbito de protección internacional del que goza este derecho, aún presenta cotidianamente una serie de actos y conductas por parte del empleador que ponen en peligro y lesionan este derecho.

Lo que pretende este artículo es utilizar la Constitución del 1993 únicamente como un punto de partida para analizar este derecho de gran trascendencia: la libertad sindical. Así, este derecho pretende ser materia de un análisis tanto teórico como práctico, ya que es considerado como la razón de ser del derecho colectivo. El genérico marco normativo en el Perú de este y los demás derechos colectivos (la negociación colectiva y la huelga), hacen imperativo dotar de contenido a este derecho y, especialmente, apreciar la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional.

La libertad sindical se define como el derecho que tiene todo trabajador a constituir las organizaciones que estime convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.⁴ En palabras más simples, la libertad sindical es el derecho de los trabajadores a asociarse libremente para poder ejercer sus derechos frente al empleador, es la garantía por excelencia que tienen los trabajadores para la tutela de sus derechos. La libertad sindical sirve para equilibrar un poco la relación, desigual por naturaleza, entre el empleador y el trabajador. Pero este derecho tiene una especial relevancia en la medida en que no solo es un derecho constitucional y fundamental de toda persona sino que también, como bien ilustra, ERMIDA URIARTE: *«la libertad sindical no es posible sin el ejercicio de otros derechos humanos, y viceversa.»*⁵

El presente artículo pretende ser una guía jurisprudencial de algunos de los

1 VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «La protección de la libertad sindical y su regulación (limitada y simbólica) en el Perú». En: IUS ET VERITAS No. 19. En: Derecho Colectivo del Trabajo. Lima, Jurista Editores, 2010. Pp. 241.

2 BAYLOS GRAU, Antonio. «Sindicalismo y derecho sindical». Albacete, Editorial Bomarzo, 2009. Pp. 13.

3 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «La cláusula de estado social en la Constitución» Lima, Fondo Editorial PUCP, 2011. Pp. 402.

4 Artículo 2 del Convenio No. 87 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación.

5 ERMIDA URIARTE, Oscar. «Sindicatos en libertad sindical». Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1985. Pp. 24

pronunciamientos más importantes emitidos por el Tribunal Constitucional a lo largo del tiempo sobre la libertad sindical. De acuerdo a lo mencionado por ARCE ORTIZ: «Quizá el mayor exponente de esta suerte de penetración del Derecho Constitucional en las relaciones de trabajo ha sido el Tribunal Constitucional (TC), el cual con sus reiteradas sentencias ha precisado el contenido normativo de los derechos constitucionales de los trabajadores.»⁶

A través de diversas sentencias del TC se puede entender la importancia de este derecho, así como su concepción de derecho fundamental. Adicionalmente se puede dotar de un contenido dinámico y mutable al derecho a la libertad sindical en sus dos dimensiones: individual y colectiva. Una primera parte del artículo se dedicará a desarrollar el contenido conceptual de la libertad sindical. Una segunda parte, señalará casos concretos en los que determina que el TC, a través de presunciones, principios e interpretaciones constitucionales, cuándo es que alguna conducta, acción u omisión del empleador constituye un acto vulneratorio del derecho a la libertad sindical.

II. FUENTES DE LA LIBERTAD SINDICAL: MARCO NORMATIVO APLICABLE

A continuación realizaremos una breve mención de los artículos pertinentes que forman el marco normativo que define a la libertad sindical. Las normas internacionales sobre Derechos Humanos y Convenios de la OIT, aportan el marco normativo que sirve para contextualizar nuestro tema de análisis:

1. Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 23, inciso 4: Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

2. Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 8

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de

este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

3. Convenios de la OIT ratificados por el Perú

En primer lugar tenemos el Convenio No. 87 de la OIT:

Artículo 11: Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.»

También debemos mencionar al Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y la negociación colectiva, en su artículo 1º establece que:

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.»

⁶ ARCE ORTIZ, Elmer. «La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador. Una asignatura pendiente en tiempos de reforma» En: DERECHO PUCP No. 68: REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2012. Pp. 436-437.

Este marco normativa reviste de una protección en el ámbito internacional de los derechos colectivos, en particular, de la libertad sindical. No obstante, la libertad sindical inclusive, es un derecho exigible aun cuando no exista una ratificación de los convenios de OIT. Como bien señala MEJÍA MADRID: «La libertad sindical, al estar reconocida en su Constitución, es un principio fundacional de la OIT cuya vulneración reviste gravedad desde el punto de vista jurídico; pero también lo hace desde un punto de vista social, pues compromete el progreso y la paz social.»⁷

4. Nuestro punto de partida: la Constitución de 1993

Como mencionamos en la introducción del presente artículo, la Constitución de 1993 es únicamente el punto de partida de esta investigación pues lo relevante es el desarrollo de la jurisprudencia constitucional. La libertad sindical se encuentra descrita en el 28°, que muy escuetamente presenta a este derecho fundamental de la siguiente manera:

El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.

Podemos notar que únicamente se señala que el Estado garantiza la libertad sindical, pero no hay mayor desarrollo ulterior del contenido del derecho, de sus alcances, limitaciones ni ejercicio. Es más, aunque la Constitución mencione que se garantiza el derecho, no indica de qué manera o mediante qué mecanismos es que se puede lograr este objetivo.

Adicionalmente, no podemos dejar de realizar una breve pero necesaria comparación de lo que estipulaba la antecesora Constitución de 1979 respecto a la libertad sindical, y analizar si es que hemos avanzado en relación con la actual. Consideramos que en ese sentido, la Constitución vigente representa un retroceso no solo respecto al derecho de la libertad sindical sino en materia de derechos colectivos en general. Ahora, respecto del derecho materia de análisis en concreto, el artículo 51° de la Constitución de 1979 era detallada, y mucho más completa respecto a la definición, alcances y protección de este derecho:

Artículo 51: El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicalización sin autorización previa. Nadie está obligado a formar parte

de un sindicato ni impedido de hacerlo. Los sindicatos tienen derecho a crear organismos de grado superior, sin que pueda impedirse u obstaculizarse la constitución, el funcionamiento y la administración de los organismos sindicales. Las organizaciones sindicales se disuelven por acuerdo de sus miembros o por resolución en última instancia de la Corte Superior. Los dirigentes sindicales de todo nivel gozan de garantías para el desarrollo de las funciones que les corresponde.

Concordamos con BLANCAS BUSTAMANTE cuando manifiesta que: «el laconismo de esta redacción [el artículo 28° de la Constitución] contrasta con la elocuencia de su antecedente, el art. 51° de la Constitución anterior, en el que era posible distinguir ambos aspectos de la libertad sindical: el individual («El estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicalización sin autorización previa. Nadie está obligado a formar parte de un sindicato ni impedido de hacerlo») y el colectivo («Los sindicatos tienen derecho a crear organismos de grado superior, sin que pueda impedirse u obstaculizarse la constitución, el funcionamiento y la administración de los organismos sindicales»).»⁸

Resultan manifiestas las múltiples omisiones del legislador de la Constitución vigente al haber efectuado todo un recorte de las garantías y alcances de la libertad sindical. Así, antes se reconocían expresamente en la Constitución las dos dimensiones del derecho: la individual y la colectiva, la protección del derecho a los dirigentes sindicales, la libertad positiva y negativa de afiliación, e incluso la protección del fuero sindical. Todo lo que ha sido reducido ahora a una escueta mención de la intervención que debe tener el estado únicamente para garantizar el derecho.

Por lo antes señalado, resulta mayor el reto a asumir por parte de los intérpretes de la Constitución en la actualidad, ya que la norma no brinda un marco de regulación que pueda favorecer a la definición de un derecho tan importante como la libertad sindical. A su vez, esto tiene un impacto en el ámbito de protección del derecho, los alcances del derecho y la conexión que tiene con otros derechos fundamentales.

III. CONTENIDO DE LA LIBERTAD SINDICAL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Una primera aproximación que tenemos al contenido de este derecho, de acuerdo a GARCIA

7 MEJÍA MADRID, Renato. «Los mecanismos especiales de control de la organización internacional del trabajo en materia de libertad sindical» En: Revista Derecho y Sociedad No. 30. Lima, 2008. Pp. 113.

8 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op. Cit. Pp. 405-406.

ABELLAN, sería que: «El principio de libertad sindical comporta una compleja trama de garantías, traducidas positivamente en la formulación de los correspondientes derechos garantizadores de la efectividad de aquél, frente a las posibles y no siempre eludidas violaciones de que pueda ser objeto.»⁹ Para complementar esta definición y entender los alcances de la libertad sindical analizaremos tres puntos: la libertad sindical como derecho como fundamental, el reconocimiento de las dos dimensiones de la libertad sindical y finalmente desarrollar el rango de protección del mismo.

1. El derecho a la libertad sindical como derecho fundamental

En primer lugar debemos mencionar que la libertad sindical se entiende como piedra angular y base sobre la cual se ejercen los derechos a la negociación colectiva y a la huelga. Ahora, su consagración como derecho fundamental va más allá, ya que como señala ERMIDA URIARTE: «la libertad sindical no es uno más de los derechos humanos o fundamentales, sino que es un prerequisite o condición de posesión y ejercicio de otros derechos. Usando una expresión a la moda, podría decirse que es «un derecho para tener derechos», un derecho generador o creador de otros derechos.»¹⁰

Este carácter fundamental ha sido bien entendido por el TC, quien reconoce la estrecha vinculación de este con los demás derechos colectivos, y la necesidad de su protección. Ahora bien, sobre este tema, el TC ha indicado (Exp. N° 03204-2009-PA/TC):

6. Habiéndose comprobado que EsSalud indebidamente se negaba a reconocer la personería jurídica del demandante como sindicato, resulta evidente que tampoco se le permitió el ejercicio de sus derechos de negociación colectiva y de huelga. Ello se encuentra comprobado con el Informe N.º 0031-GCRH-ESSALUD-2004, de fecha 27 de agosto de 2004, obrante a fojas 70 vuelta, en el que se señala que el Sindicato demandante «no se encuentra legalmente facultada a interponer pliego de reclamos, destinados al inicio de una negociación colectiva» (sic).

Por dicha razón, también corresponde concluir que EsSalud ha vulnerado los derechos de negociación colectiva y de huelga, ya a que pesar de que la personería jurídica del Sindicato demandante se encontraba reconocida por la Autoridad de Trabajo, éste se negaba a

reconocerla, impidiéndole el ejercicio de sus derechos de negociación colectiva y de huelga, por lo que la presente demanda debe ser estimativa. (Subrayado nuestro)

De esta forma, el TC se encarga de resaltar la importancia de la libertad sindical al entender la vinculación estrecha y orgánica entre la libertad sindical y los derechos de la negociación colectiva y la huelga. En el caso en concreto, la falta de reconocimiento de la personería jurídica del sindicato que comprende la vulneración a la libertad sindical, vulnera a su vez a la negociación colectiva y a la huelga, ambas consideradas como materializaciones de la libertad sindical.

2. Las dos dimensiones de la libertad sindical

Este es uno de los aspectos medulares del concepto de libertad sindical, y es su capacidad de desplegarse de manera individual y colectiva. Esto es sumamente importante ya que este derecho no se agota únicamente en su ejercicio titular como trabajador, ni en su ejercicio colectivo por un grupo de trabajadores.

2.1 Libertad sindical individual

Respecto a la distinción entre ambas dimensiones de la libertad sindical, existe una sentencia emblemática emitida en el año 2005 que resuelve la acción de inconstitucionalidad sobre la Ley No. 28715, la Ley Marco del Empleo Público. Así, en esta sentencia (Exp. No. 0008-2005-AI/TC), en el fundamento 27 explica los alcances de la libertad sindical:

27. *[La libertad sindical] Esta facultad se manifiesta en dos planos: el intuito persona y el plural.*

La libertad sindical intuito persona plantea dos aspectos:

- *Aspecto positivo: Comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos. Dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical.*

- *Aspecto negativo: Comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical.*

(...) La libertad sindical intuito persona se encuentra amparada genéricamente por el inciso 1 del artículo 28º de la Constitución.

Es pertinente citar en este extremo a NEVES MUJICA quien manifiesta que: «nuestra Constitución es muy

9 GARCIA ABELLAN, Juan. «Curso de Derecho Sindical». Murcia, Universidad de Murcia, 1986. Pp. 81.

10 ERMIDA URIARTE, Oscar. «Crítica a la libertad sindical» En: DERECHO PUCP No. 68: REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2012. Pp. 33.

sucinta al proclamar el derecho de sindicación no específica a quiénes les reconoce qué. Queda, por tanto, la incertidumbre acerca de si –respecto de la libertad sindical individual de afiliación– consagra sólo la positiva (derecho a afiliarse) o también la negativa (derechos de no afiliarse y desafilarse).»¹¹ De esta manera, el TC de una manera muy pertinente se ha encargado de reconocer ambos aspectos de la libertad sindical individual. Finalmente, bien hace el TC al señalar estos dos aspectos pese a lo escueta que es la mención a la libertad sindical en la Constitución de 1993.

2.2 Libertad sindical plural o colectiva

En la sentencia antes comentada (Exp. No. 0008-2005-AI/TC), se señala en el mismo fundamento respecto a la libertad sindical plural o colectiva:

La libertad sindical plural plantea tres aspectos:

- *Ante el Estado: Comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical.*
- *Ante los empleadores: Comprende el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales.*
- *Ante las otras organizaciones sindicales: Comprende la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, etc.*

Cabe señalar que la sentencia antes mencionada es muy citada en una serie de resoluciones posteriores del TC que se relacionan con la libertad sindical, es decir funciona como base de las mismas. Ello debido a que el TC establece con claridad la diferencia entre la dimensión individual y la colectiva, así como la necesidad de que se protejan ambos ámbitos.

Adicionalmente, en la sentencia (Exp. No. 0206-2005-AA/TC), con carácter de precedente vinculante, el caso Baylón Flores, se expresa lo siguiente:

12. Por tanto, debemos considerar que la libertad sindical, en su dimensión plural o colectiva, también protege la autonomía sindical, esto es, que los sindicatos funcionen libremente sin injerencias o actos externos que los afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados, así como a los dirigentes sindicales, para garantizar el desempeño de sus funciones y que cumplan con el mandato para el que fueron elegidos. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades, tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación

sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga. (Subrayado nuestro)

3. Un derecho numerus apertus

El derecho a la libertad sindical también posee un amplio espectro de protección, y su resguardo no se agota únicamente en su dimensión individual o plural, sino que puede llegar a proteger a todos los derechos que se encuentren relacionados o afecten de alguna manera la libertad sindical.

Así lo ha señalado en la sentencia recaída en el Exp. No. 1469-2002-AA/TC, que indica en su fundamento 5 lo siguiente:

*5. Sin embargo, además de los dos planos de la libertad sindical antes mencionados, debe también considerarse la garantía para el ejercicio de aquellas actividades que hagan factible la defensa y protección de los propios trabajadores. En tal sentido, **el contenido esencial de este derecho no puede agotarse en los aspectos orgánico y funcional, sino que, a este núcleo mínimo e indisponible, deben añadirse todos aquellos derechos de actividad o medios de acción que resulten necesarios, dentro del respeto a la Constitución y la ley,** para que la organización sindical cumpla los objetivos que a su propia naturaleza corresponde, esto es, el desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses, así como el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros. Por consiguiente, cualquier acto que **se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la capacidad de obrar de un sindicato, resulta vulneratorio del derecho de libertad sindical.**» (Subrayado nuestro).*

Esta afirmación ha sido repetida en innumerables sentencias, es decir que el TC considera importante recalcar siempre el carácter amplio del derecho a la libertad sindical, de tal manera que no se agote en un listado taxativo de derechos conexos. Por el contrario, lo que busca el TC es dotar de un carácter mutable y dinámico que se adapta a las acciones u omisiones que pudiera tomar el empleador conforme los casos concretos y el desarrollo de las circunstancias.

Estamos de acuerdo con la precisión que realiza el TC en esta sentencia puesto que, para una debida

11 NEVES MUJICA, Javier. «La cuarta disposición final y transitoria de la constitución y los derechos laborales». IUS ET VERITAS No. 19. En: «Derecho colectivo del trabajo». Lima, Jurista Editores, 2010. Pp. 180.

protección de un derecho tan trascendente como la libertad sindical, es necesario explicitar el amplio contenido del mismo, así como extender la protección práctica del derecho que no se limita a un núcleo mínimo que se relaciona directamente con el derecho, sino que se extiende a todos los demás derechos que *resulten necesarios*. Como veremos en el siguiente acápite, la casuística es tan diversa, que no podría pensarse en preparar una lista taxativa de derechos que se vinculan a la libertad sindical, sino que, en cada caso concreto, el TC puede determinar cuándo por actos aparentemente inofensivos, se entiende vulnerado el derecho a la libertad sindical.

Al respecto, siguiendo a ERMIDA URIARTE: «*El derecho a la libertad sindical depende de los demás derechos fundamentales, porque es prácticamente imposible constituir un sindicato libre desarrollar un actividad sindical auténtica, si no se pueden ejercer derechos tales como, por ejemplo, el de reunión, el de libre expresión de pensamiento, etc.*»¹² Como hemos señalado, resulta muy importante entender la magnitud de la libertad sindical desplegando un nivel de protección que no se agota en una lista taxativa de derechos, sino que más bien puede ampliar su nivel de protección según se analice el caso concreto.

IV. ¿CUÁNDO SE ENTIENDE VULNERADO EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL?

En este último acápite analizaremos brevemente una serie de casos a raíz de los cuales el TC ha considerado que un empleador determinado ha vulnerado el derecho a la libertad sindical. Estos son casos en muchas ocasiones *sui generis*, y se puede apreciar claramente que, en ocasiones, el empleador utiliza una serie de medidas indirectas para transgredir derechos. Hace algunos años, el empleador peruano se manifestaba de manera más directa o evidente para vulnerar derechos sindicales, como lo señala LOVATON PALACIOS: «*dentro de los algunos de los supuestos más frecuentes de antisindicalidad encontrábamos las listas negras y consecuentes despidos, medidas que no rompían el vínculo laboral, medidas con efectos colectivos o la promoción de sindicatos amarillos, entre otros.*»¹³ Si bien muchas de estas conductas ya han sido erradicadas, los cambios en la sociedad y en las relaciones laborales en la actualidad, han hecho que el empleador encuentre nuevas «formas» para evitar que los trabajadores sindicalizados ejerzan derechos sindicales e incluso se las ingenian para evitar nuevas afiliaciones o «provocar» desafilaciones.

Es por esta razón, que el TC desarrolla a nuestro modo de ver de manera acertada, una serie de criterios y principios que ayudan a determinar qué nuevas conductas, a veces en zonas grises y cuyas vulneraciones son muchas veces indirectas, que también han de ser consideradas como violatorias de la libertad sindical. En este plano de análisis, el TC también introduce la posibilidad que tiene el empleador de utilizar medidas «indirectas» que discriminen a los trabajadores sindicalizados y a su vez, vulneren la libertad sindical. En la sentencia ya antes comentada, Exp. No. 0008-2005-AI/TC, se destaca:

23. Por acción indirecta: la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de «lo constitucional», cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores.

Como veremos en algunos de los casos materia de análisis muchas veces el empleador se vale de medios sutiles e indirectos, vulnerando el derecho en cuestión. Sobre ello, existen dos posibles manifestaciones que pueden vulnerar la libertad sindical de los trabajadores, estas manifestaciones pueden estar dirigidas a afectar la libertad sindical individual o la libertad sindical colectiva. A continuación desarrollaremos algunos ejemplos de casos que ilustran la vulneración a la libertad sindical colectiva, que son particularmente emblemáticos.

De acuerdo a lo señalado por OJEDA AVILES: «*a nivel colectivo, pues, se reconoce la libertad del nuevo ente para autoorganizarse sin injerencias externas, y la libertad del mismo para actuar con los instrumentos tradicionalmente del sindicato, como son la negociación colectiva y la huelga.*»¹⁴

1. Actos antisindicales

En esta parte del artículo nos avocaremos a analizar la vulneración de la libertad sindical colectiva, es decir de los actos por parte del empleador destinados a evitar que el sindicato no funcione. Ya sea a través de que no reconozcan su existencia o vulneren derechos conexos, estos actos tienen el objetivo de evitar que el sindicato pueda «existir», lo que conlleva a que pueda ejercer y desplegar sus derechos buscando defender los derechos de los trabajadores a los que representan.

Es importante señalar que, siguiendo a VALDEOLIVAS GARCIA, que reflexiona sobre

12 ERMIDA URIARTE, Oscar. «Sindicatos en libertad sindical». Op. Cit. Pp. 24.

13 LOVATON PALACIOS, Miguel. «Protección de la libertad sindical en el Perú». Lima, Instituto de Defensa Legal, 1991. Pp.100-107.

14 OJEDA AVILÉS, Antonio. «Derecho Sindical». Madrid, Editorial Tecnos, 2003. Pp. 149.

los actos antisindicales: (...) «el problema será dilucidar en cada supuesto concreto cuándo el comportamiento que afecta negativamente a los derechos de libertad sindical puede ser considerado como antisindical en sentido estricto y cuándo, por el contrario, supone un comportamiento legítimo no reprimible.»¹⁵ Por tanto, la labor del TC no sólo se circunscribe a dotar de contenido el derecho, sino también a hacer un análisis caso por caso que permita establecer lineamientos respecto de cuándo existe vulneración o no del derecho en cuestión.

En adición, de acuerdo a lo señalado por la OIT: «la existencia en la legislación de normas de fondo que prohíban los actos de discriminación antisindical no es suficiente si las mismas no van acompañadas de procedimientos eficaces para que se cumplan en la práctica.»¹⁶ Siguiendo esta línea expositiva, consideramos que las interpretaciones jurisprudenciales del TC son una herramienta muy importante en la solución de estos conflictos, y más aún para tener lineamientos y corregir las conductas lesivas de derechos colectivos por parte de los empleadores. A continuación mostramos algunos de los ejemplos más resaltantes a nivel jurisprudencial de estos actos:

1.1. *La fatal de reconocimiento de la personería jurídica de un sindicato debidamente constituido*

En la sentencia a detallar (Exp. N° 03204-2009-PA/TC), la negativa del empleador en reconocer la personería jurídica del sindicato, es decir negar la propia existencia del sindicato como persona jurídica autónoma, configura una vulneración a la libertad sindical. Ello resulta claro ya que supone no reconocer la existencia del sindicato y por tanto, no tomar en cuenta sus facultades y derechos, e invalidar cualquier acto que éste desarrolle con el objetivo de defender los derechos de los trabajadores:

5. Con los documentos mencionados, puede concluirse que no existe razón alguna para que EsSalud no le reconozca al demandante su personería jurídica como Sindicato, ya que que el 2 de julio de 2004 la Autoridad de Trabajo lo inscribió en el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos. Por dicha razón, el Tribunal considera que el comportamiento de EsSalud vulnera el derecho a la libertad sindical del demandante, porque no existe ninguna justificación para no reconocerle su personalidad jurídica como sindicato. Consecuentemente, EsSalud tiene que

reconocerle al Sindicato demandante todos los derechos que le corresponden como organización sindical para que pueda cumplir sus fines y funciones. (Subrayado nuestro)

A mayor abundamiento, el TC hace una mención pertinente de lo señalado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, ya que no solo reconoce la existencia del sindicato una vez que esta se inscribe en el registro de organizaciones sindicales respectivo, sino que resalta que no le compete al empleador sino a la autoridad a la que corresponde efectuar la inscripción en el registro. Esto es importante toda vez que previene acciones antisindicales por parte del empleador en caso quiera «adjudicarse la potestad de inscribir al sindicato» como herramienta para desconocer su existencia.

Para terminar este punto, debemos señalar que el reconocimiento de la personalidad jurídica de un sindicato se encuentra contenido en el artículo 7 del Convenio No. 87 de la OIT:

Artículo 7: La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio

1.2. *Denegar el permiso para colocar un periódico mural sindical*

El rechazo a una solicitud de una organización sindical para instalar dentro de las instalaciones del centro de trabajo un periódico mural, también es considerado por el TC como una vulneración al derecho de la libertad sindical. Este caso es muy interesante ya que resulta bastante novedoso por parte del TC interpretar esa negativa como una lesión al derecho constitucional. Hace algunos años tal vez habría sido poco probable que una actitud así por parte de un empleador fuese considerada como un acto antisindical, o que incluso que la demanda llegase hasta la máxima instancia constitucional. Sin embargo, hoy en día los medios de información y publicidad han cobrado mayor importancia, y se entienden como instrumentos mediante los cuales se hace efectivo el ejercicio de un derecho: la plena vigencia de la libertad sindical. Así, tener un espacio físico a disposición del sindicato en el centro de trabajo, en el cual se puede informar a los trabajadores (sindicalizados o no), es parte del ejercicio de la libertad sindical.

15 VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda. «Las conductas lesivas de la libertad sindical». Madrid, Consejo Económico y Social, 1994. Pp. 71.

16 OIT. «La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Cuarta edición (revisada)». Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1996. Pp.159.

A nuestro criterio, consideramos que la utilización de un periódico mural podría tener dos funciones: una función informativa y una publicitaria. La función publicitaria versaría sobre las actividades del sindicato, composición, eventos entre otros, publicidad que estaría destinada principalmente a los miembros del sindicato. Adicionalmente, la función de informativa implicaría que el periódico mural sindical también puede ser informativo en materia de derechos socio laborales para todos los trabajadores, ya que el periódico mural puede ser un instrumento mediante el cual se puede instruir a los trabajadores sobre sus derechos –y también de sus deberes-, y así ser un canal de comunicación entre el sindicato, que muchas veces tiene un mejor dominio y conocimiento de los derechos laborales.

En cualquier caso, el periódico mural es un efectivo medio de comunicación entre el sindicato y los trabajadores, independientemente de si estos tienen la calidad de sindicalizados o no. Vemos que, en este caso, si bien la publicación de un periódico mural para el sindicato es una materialización de la libertad sindical colectiva, sus efectos se pueden desplegar tanto a nivel colectivo (con relación a los trabajadores sindicalizados) como también a nivel individual (respecto de los trabajadores no sindicalizados).

En la sentencia que comentamos (Exp. No. 1469-2002-AA/TC), el empleador se niega a otorgarle la autorización correspondiente al sindicato para que pueda colocar un periódico mural en el local municipal. Así, en virtud del Decreto Supremo No. 093-1-83-PCM¹⁷, el empleador se ampara para señalarle al Sindicato que se encuentran imposibilitados de disponer de un espacio dentro del centro de trabajo. Es importante mencionar que el TC no hace ninguna distinción respecto a si el empleador es una entidad del sector público o del sector privado, entendiéndose que la vulneración al derecho se ha realizado en cualquiera de los casos, siendo aplicable, por tanto, este criterio a cualquier tipo de empleador.

Es interesante reproducir lo señalado en el fundamento 7 de la mencionada sentencia:

7. El objeto de la norma antes citada, tal como se desprende de su texto, es garantizar el adecuado uso de los locales de las dependencias públicas y, con ello, la continuidad y el desenvolvimiento de los servicios públicos y, en general, el

funcionamiento eficaz de la Administración. Atendiendo a ello, ni en la resolución tachada ni durante el proceso, la demandada ha podido justificar su negativa a autorizar la colocación del periódico mural, ni tampoco demostrar que ello podría implicar la perturbación del normal funcionamiento de las actividades públicas, significando, más bien, dicha actitud, por arbitraria e ilegal, una inaceptable restricción al derecho de expresión e información del Sindicato, sus dirigentes y miembros, elemental para un ejercicio efectivo de la libertad sindical y el cumplimiento de los fines propios de todo gremio. (Subrayado nuestro)

El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT ha señalado, a través de sus decisiones y principios, la importancia de un periódico mural para toda organización sindical, así como la necesidad de que se autorice su existencia y se impida la censura de sus publicaciones. Así, en la Recopilación de 1985, en el párrafo 180 ha señalado lo siguiente: «El temor de las autoridades de que un periódico sindical pueda servir para lograr finalidades políticas ajenas a la actividad sindical, o, por lo menos, que rebasen ampliamente los límites normales de ésta, no constituye un motivo suficiente para negar la autorización de publicar dicho periódico.»¹⁸ Consideramos pertinente esta sentencia que sirve de antecedente para futuros comportamientos que quieran obstaculizar el ejercicio de la libertad sindical, incluso a través de mecanismos indirectos y vulneración de derechos conexos.

1.3. Otorgar incentivos económicos con fines antisindicales

Otorgar beneficios económicos en función a la afiliación sindical es uno de los temas que mayor controversia genera, a tal punto que hay dos sentencias del TC que tienen una posición discordante.

Surge en este punto una cuestión muy importante: ¿A quiénes se les otorga el incentivo económico? Resulta muy interesante analizar que en la práctica lo señalado por el TC respecto a este punto, pues veremos dos sentencias con criterios diferentes.

En primer lugar, debemos analizar el caso Alicorp (Exp. No. 02974-2010-AA) en donde estamos ante un caso en el que la empresa otorgó un aumento general de sueldo a trabajadores que no se

17 El Decreto Supremo señala en su artículo 1º lo siguiente: «Los locales de los ministerios, organismos públicos e instituciones públicas no podrán ser utilizados por los trabajadores para la realización de reuniones y concentraciones con fines ajenos a las funciones que les son propias a dichas dependencias [...]. Asimismo, **no se permitirá la difusión de propaganda en los referidos locales, tales como la utilización de parlantes, altavoces, carteles y cualquier otro medio que perturbe el normal funcionamiento de las actividades públicas»**

18 OIT. Op. Cit. Pp. 36.

encontraban adscritos al sindicato de la empresa. Ahora bien, en el presente caso, el sindicato argumenta que ello implicaba «premiar a los trabajadores por renunciar al sindicato», afectando tanto el derecho a la libertad sindical como el derecho a la igualdad. Sin embargo, la empresa por su parte argumentaba que ello era falso toda vez que los pagos no constituían incentivo alguno para la renuncia de los trabajadores sindicalizados, sino que por el contrario, la empresa no tenía ningún tipo de responsabilidad en la renuncia de los trabajadores sindicalizados.

En este caso el TC realiza el «test de razonabilidad» *prima facie* para poder determinar si es que los incrementos remunerativos implican o no una vulneración al principio de la igualdad, y posteriormente al derecho a la libertad sindical. Respecto al test, se señala en fundamento 9, lo siguiente:

a. De la existencia de un fin constitucional en la diferenciación: Ello queda plenamente acreditado con la iniciación de las diferentes negociaciones colectivas entre el sindicato y la empresa emplazada, de conformidad con lo señalado en el artículo N.º 41 del Decreto Supremo N.º 010-2003-TR [...] En ese sentido, es a través del convenio colectivo que se determinará el pago a cuenta de reintegros por el incremento de remuneraciones.

b. De la adecuación del medio utilizado para alcanzar el fin perseguido: [...] la negociación colectiva se constituye como el acuerdo destinado a regular las remuneraciones y demás condiciones de trabajo relativas a las relaciones entre trabajadores y empleadores, por medio de las organizaciones sindicales que son las encargadas de representar el conjunto de trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, en los conflictos, controversias o reclamaciones de naturaleza colectiva, y a través del cual se adoptarán las medidas idóneas para determinar el otorgamiento a los trabajadores sindicalizados del derecho al pago a cuenta de reintegros de remuneraciones y exigir su cumplimiento.

En el caso de autos a fojas 727 obra el convenio colectivo suscrito entre el Sindicato y la emplazada, en el cual se acordó un aumento general a partir del 1 de agosto de 2008 a favor de los trabajadores sindicalizados, por lo que se evidencia que no existe un trato discriminatorio que sea favorable sólo a aquellos trabajadores que no pertenecen al sindicato recurrente.

c. De la necesidad del medio empleado: De lo expuesto en este caso ha quedado acreditado que no se ha vulnerado derecho alguno de los demandantes y que el pago diferenciado entre algunos trabajadores responde a la facultad que tiene la empresa de determinar las remuneraciones de los trabajadores

sindicalizados o no sindicalizados. En ese sentido, no se advierte de autos que la emplazada haya efectuado alguna medida arbitraria, irrazonable o desproporcionada. (Subrayado nuestro).

Consideramos que el análisis en el caso concreto es adecuado dado que estamos ante un incremento a un grupo de trabajadores no sindicalizados y, ciertamente, una falta de aumento al personal sindicalizado dado que, para este colectivo de trabajadores, existe un proceso de negociación colectiva. Es decir, hay dos fuentes de incrementos y beneficios sociales: colectiva –vía el ejercicio de la libertad sindical- y la otra basada en la política de la empresa.

En base a la existencia del convenio colectivo previo, el TC considera que la medida es razonable pues el empleador tiene la facultad de determinar las remuneraciones de los trabajadores sindicalizados o no sindicalizados. Finalmente, amparándose en la dimensión individual de la libertad sindical considera que en el caso materia de análisis los trabajadores estaban optando «voluntariamente» por la desafiliación del sindicato, no mediando coacción alguna por parte del empleador. En conclusión el TC concluye en este primer caso que la medida de la empresa de otorgar beneficios económicos a los trabajadores no sindicalizados no obedecía a una medida arbitraria, irrazonable ni mucho menos antisindical.

En contraposición al caso precedente, existe un criterio diferente (sentencia recaída en el Exp. No. 02476-2010-PA/TC). En este caso, la empresa otorgaba beneficios económicos únicamente a personal no afiliado al sindicato, pero en este caso el TC sí consideró categóricamente que se trataba de una vulneración a la libertad sindical. Para ello, el Tribunal hace una pertinente mención a lo esgrimido por la OIT en el fundamento 9:

9. Informe N.º 307, Caso N.º 1886 de la OIT: «Queja interpuesta por la Asociación de Empleados Bancarios de Uruguay (AEBU) contra el Gobierno de Uruguay en su Convenio N.º 98, señala que. «El Comité considera que el otorgamiento de gratificaciones al personal no afiliado a la organización sindical- los trabajadores afiliados en momentos que existe un conflicto colectivo, es un acto de discriminación antisindical contrario al Convenio N.º 98. En estas condiciones, el Comité pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para evitar que tales actos se repitan. (Subrayado nuestro)

Para analizar la cuestión de fondo y el caso en concreto, el TC es enfático al señalar lo siguiente:

11. De lo expuesto anteriormente se desprende que otorgar incentivos económicos solamente a

los trabajadores no afiliados a una organización sindical, es un acto vulneratorio del derecho a la libertad sindical, en el sentido que impide o restringe de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción del sindicato, pues ello no solo promueve la desafiliación de los trabajadores, tal como ha ocurrido en el presente caso, sino que evidentemente constituye un acto de discriminación sindical. (Subrayado nuestro)

A mayor abundamiento, el TC también realiza un análisis muy interesante de las consecuencias de las acciones de la empresa en el caso concreto. De esta forma, señala que los incentivos económicos no solo desincentiva de manera indirecta a que los trabajadores se afilien al sindicato, sino impacta de manera directa en la desafiliación de trabajadores sindicalizados. Así, continúa en el fundamento 11:

En efecto, de autos se ha comprobado que a la fecha que la Sociedad emplazada ofrece otorgar a los trabajadores no afiliados al Sindicato, el adelanto remunerativo a cuenta del reajuste salarial del año 2007, el Sindicato recurrente se encontraba negociando el pliego de reclamos de ese año, habiendo surgido incluso un conflicto en la tramitación del mismo. De lo cual se infiere que el ofrecimiento de la Sociedad emplazada conllevó a desestimular la actividad sindical y por ello que varios trabajadores procedieron a presentar sus cartas de desafiliación a la organización sindical, tal como obra de fojas 27 a 34, por lo que, encontrándonos ante la vulneración al derecho de sindicalización de los trabajadores del sindicato recurrente, corresponde estimar la demanda.

Siguiendo este razonamiento, y haciendo un análisis de todos los elementos del caso: la proximidad a iniciar la negociación de un nuevo pliego, las coincidentes cartas de desafiliación de los trabajadores sindicalizados, y los pagos a cuenta de «reajuste salarial» únicamente a trabajadores no afiliados al sindicato, es que el TC concluye que se ha incurrido en actos lesivos de la libertad sindical. De pronto, a diferencia del caso anterior, en el presente se aprecia un impacto directo en la desafiliación de los trabajadores derivada de una actuación del empleador en la dirección de generar desafiliaciones, y por ello el TC habría resuelto de manera diferente.

1.4. Rechazo de la solicitud de licencia sin goce de haber a un dirigente sindical

Finalmente, respecto a las prácticas antisindicales queremos mencionar una sentencia (Exp. N° 01139-2007-PA/TC), en donde el Secretario General de la Federación Nacional de Trabajadores Aduaneros y Tributarios del Perú (FENTAT) recibe

una invitación por parte de la Asamblea Nacional de la Asociación de Funcionarios de Aduanas Chile (ANFACH). La invitación consistía en su asistencia y participación en dicha asamblea, con el objeto de tratar temas gremiales y sindicales. El superior jerárquico del trabajador en cuestión le denegó la solicitud de licencia sin goce de haber, pero aun así el trabajador asistió al evento. Debido a la consecuente inasistencia a su centro de labores, aparentemente injustificada, es que el empleador decide cesar al trabajador. Si bien en este caso se cuestiona *prima facie* el despido del dirigente sindical, el hecho generador de la supuesta falta, y la verdadera raíz de la aparente conducta antisindical del empleador se origina en la negativa del mismo de concederle la licencia sin goce para poder asistir al evento sindical.

Cabe señalar también la rigidez del TC en este punto, pues estaba estipulado que todo dirigente sindical requería de la aprobación de la licencia sin goce por su superior. Sin embargo, el TC invalida esa disposición, equiparando el rechazo a la solicitud, y el posterior despido como manifestaciones que lesionen la libertad sindical:

15. En tal sentido, se infiere que el Intendente de la Aduana de Tacna, al haber rechazado la solicitud de licencia sin goce de haber, está obstruyendo el libre funcionamiento de la sindicalización, toda vez que el recurrente solicitó la licencia, y la cual le fue rechazada sin tener en cuenta que este ejercía la representación legal de la Federación de Trabajadores Aduaneros y Tributarios del Perú. Por tanto, configura un acto totalmente irrazonable y no justificado el impedir a todo trabajador el libre ejercicio de la representación sindical, más aún cuando el empleador motiva el despido de un trabajador por la sola razón de la sindicalización. En efecto, se colige en el presente caso que se están vulnerando el derecho a la libertad y representación sindical, el derecho al trabajo y el derecho a la asociación. (Subrayado nuestro)

2. Niveles de protección de la libertad sindical colectiva: el fuero sindical

Como hemos mencionado anteriormente, los miembros del sindicato, y en particular los dirigentes sindicales del mismo gozan de una protección especial y garantías particulares para poder asegurar que defiendan de manera real y efectiva los derechos y fines que profesan. Así, se ha indicado (Expediente No. 01417-2007-PA/TC):

3. (...) En tal sentido cabe puntualizar que este Tribunal ha señalado que la libertad sindical protege a los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir

con el mandato para el que fueron elegidos; es decir, protege a los representantes sindicales para su actuación sindical. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades tales como el derecho de reunión sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales.

Complementando lo antes dicho, en el conocido precedente Baylón Flores (Exp. No. 0206-2005/AA/TC), se desarrolla también la protección del fuero sindical en los siguientes términos:

10. En efecto, la libertad sindical y el derecho de sindicación reconocidos por el artículo 28.º, inciso 1 de la Constitución (Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, fundamentos 26, 27 y 28), e interpretados conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un trabajador a que no se afilie o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (artículo 11.º del Convenio N.º 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1.º del Convenio N.º 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva). (Subrayado nuestro)

El TC hace bien en señalar a modo de ejemplo, algunas manifestaciones que implican actos de discriminación que busquen lesionar la libertad sindical. Cabe mencionar que esta vulneración puede materializarse a través de una serie de actos que deben ser analizados de manera casuística. Si bien en nuestro ordenamiento jurídico el fuero sindical protege a determinados trabajadores de los siguientes actos antisindicales: el despido injustificado y el traslado injustificado¹⁹, solo analizaremos el primer caso, y adicionalmente otros supuestos que, dado el carácter de fundamental antes expuesto de la libertad sindical, también se encuentran protegidos por el fuero sindical. A continuación presentamos algunos de los casos que consideramos más interesantes.

2.1. Traslado del centro de trabajo

Respecto al traslado de un centro de trabajo a otro, en una sentencia (Exp. No. 01417-2007-PA/TC), se analiza el caso de un sindicato que alega que la reestructuración de la empresa, que acarrea una política de despidos masivos para poder reducir los costos, buscaban la reducción sistemática de personal afiliado al sindicato, a la vez que también trasladaban de manera estratégica a miembros del sindicato, coaccionando a sus miembros para que acepten dichas medidas. En este singular caso, el TC se pronunció de la siguiente manera:

8. Que si bien la organización sindical demandante alega que la verdadera motivación para el cambio de puesto de trabajo de algunos de sus afiliados y del despido de otros, fue su afiliación a dicha organización sindical, tal afirmación ha quedado desvirtuada puesto que en autos se encuentra acreditado que los trabajadores que han cesado en sus labores han formulado su renuncia voluntaria no habiéndose probado, ni siquiera de manera indiciaria, la alegada coacción por parte de la emplazada. Asimismo, tampoco se ha probado que el cambio de puesto de trabajo de algunos de sus afiliados, quienes según alega el sindicato accionante habrían sido trasladados del área de mantenimiento al de envasado, hubiere ocasionado perjuicio alguno. (Subrayado nuestro)

En este caso podemos apreciar que el TC realiza una inversión de la carga de la prueba, ya que destaca que el sindicato tiene que probar, aunque sea de manera indiciaria, que los traslados tuvieron una motivación antisindical.

2.2. Carga laboral excesiva

En el siguiente caso (Exp. No. 02318-2007-PA/TC), un miembro del sindicato fue objeto de un traslado, cambiándolo del área donde prestaba servicios habitualmente a otra nueva, en la cual a juicio del demandante, tenía una carga excesiva de trabajo y estaba obligado a realizar labores y funciones para las cuales no estaba debidamente preparado ni instruido. A criterio del demandante este hecho, en su calidad de dirigente sindical, vulneraba su libertad sindical. Al respecto el TC señaló lo siguiente:

16. La lesión del fuero sindical del demandante no solamente es consecuencia de la infracción de los requisitos legales para el traslado de dirigentes sindicales, sino del hecho de que dicho traslado constituye en sí mismo una afectación de la libertad sindical del recurrente, pues al

19 GONZALES RAMIREZ, Luis Álvaro. «El fuero sindical: ¿verdadera garantía de la libertad sindical?». En: Soluciones Laborales, Marzo 2011. Pp. 96.

imponérsele una carga laboral excesiva y para la cual no estaba calificado se le impide el adecuado ejercicio de las labores y responsabilidades propias de un dirigente sindical.»(Subrayado nuestro)

Sobre este tema podemos comentar que el TC tiene una tendencia al momento de calificar las acciones que tiene el empleador cuando efectúa medidas concretas con dirigentes sindicales. Se puede observar en este caso que el TC relaciona de manera categórica el cambio de funciones dentro del traslado de puesto, calificando el nuevo puesto como violatorio de la libertad sindical debido a una supuesta sobrecarga de trabajo.

2.3. *Disminución de categoría*

Un tercer caso interesante resulta el traslado de un trabajador sindicalizado acompañado de una disminución de categoría, medida que de acuerdo al empleador se justificaba en la clausura del local en donde el demandante prestaba servicios. Así, en el presente caso, mediante la sentencia recaída en el Exp. No. 8330-2006-PA/TC, el TC concluye que una medida como la disminución de categoría (que está implícita en un cambio de funciones) también implica la lesión a la libertad sindical en su dimensión plural. Cabe mencionar que estos hechos se desarrollaron en el contexto de una próxima negociación colectiva:

10. Precisamente cuando el interesado venía asumiendo la defensa colectiva del Sindicato al que pertenece, como miembro de la comisión negociadora del pliego de reclamos del año 2001, que estaba en giro al tiempo en que suceden los hechos; su empleador emite los memos que ordenan el traslado y degradación de categoría del demandante, cuya inaplicación y nulidad es solicitada en el Amparo. Todos estos actos se dan en contraposición a la razonabilidad, no se invocan causas que justifiquen las medidas adoptadas y se configuran como una extralimitación del poder de dirección del empleador.

Finalmente, el TC concluye de la siguiente manera:

12. De los hechos expuestos se concluye que las medidas adoptadas por el empleador resultan irrazonables, por cuanto los traslados sucesivos, la rebaja de categoría sin justificación alguna y sin amparo legal, así como la clausura del centro de labores en el contexto de una negociación colectiva, resultan actos violatorios que atentan contra la actividad sindical. En efecto, si bien los actos señalados podrían encontrar justificación en caso se sujeten a la legislación pertinente (lo que no ha sido probado en el caso de autos),

tales actos, en su conjunto, neutralizan en gran medida la actividad sindical de los trabajadores, a efectos de poder negociar, de forma libre, con su empleador. (Subrayado nuestro)

En este caso en particular, llama la atención que el TC considere la apariencia de derecho que tienen las medidas tomadas por el empleador, y haciendo un análisis más profundo, analiza las verdaderas causas y el contexto de negociación colectiva que motivan las medidas tomadas contextualizando su análisis.

V. CONCLUSIONES

A modo de breves conclusiones podemos finalizar recalcando que el TC, ante la brevedad constitucional y el gran vacío respecto a la regulación de la libertad sindical en nuestro marco normativo, se encuentra en una posición en que es indispensable una constante y dinámica interpretación constitucional de este derecho. Esta interpretación se produce través de un extenso desarrollo jurisprudencial, sentencias mediante las cuales el TC en casos concretos, va dotando de contenido a este derecho.

Creemos que bien hace el TC al hacer una clara distinción entre la libertad sindical individual y la colectiva, salvando la omisión de la Constitución, reconociendo que ambas dimensiones tienen igual protección constitucional. Esta distinción es recurrente en un sin número de sentencias posteriores que tratan el tema de la libertad sindical.

También es importante resaltar el carácter de derecho fundamental que tiene la libertad sindical, no únicamente por su mención expresa en la Constitución y en tratados internacionales, sino por su naturaleza de derecho trascendental que sirve como cimiento para la materialización del derecho a la negociación colectiva y la huelga. Es decir, resulta inconcebible entender a la libertad sindical si no es como una garantía para el ejercicio de los otros derechos colectivos antes señalados.

Respecto al punto anterior, a su vez se reconoce el amplio marco de protección que tiene este derecho, toda vez que no solo protege derechos directamente conexos como la negociación colectiva y la huelga, sino que también puede ampliar a todos los derechos que importen el ejercicio de la libertad sindical y por tanto, la protección se extiende todos los derechos que puedan servir como medios de acción para poder otorgar las garantías del ejercicio real y efectivo del derecho.

La casuística sobre la vulneración a la libertad sindical es rica y diversa. Así, hoy en día los

cambios tecnológicos y los avances en la sociedad han hecho que se deban analizar nuevas conductas y omisiones por parte del empleador, demostrando que el TC debe ser minucioso al momento de analizar los casos concretos. No podemos dejar de mencionar que es en este punto que se puede observar claramente un desarrollo por parte del TC y una tendencia a recoger casos sobre libertad sindical, al punto de aplicar una serie de presunciones estrictas al momento de calificar las conductas del empleador respecto al sindicato.

Un último aspecto que hemos analizado de manera breve, es la protección que ofrece el fuero sindical a los dirigentes sindicales para que estén protegidos de actos lesivos por parte de los empleadores que les impidan ejercer sus funciones de defensa de los trabajadores. En este sentido, el fuero sindical no protege únicamente los traslados, sino que el TC analiza otras medidas que pueden acompañar

un traslado de centro de trabajo que pueden estar aparentemente justificadas, como por ejemplo, una «sobrecarga de trabajo» o una «disminución de categoría».

Así, es por todo lo antes expuesto que el supremo intérprete es el llamado a dotar de contenido el derecho a la libertad sindical según sea el caso concreto. A través de precedentes ha determinado criterios y definiciones que son el marco de referencia para casos futuros, manteniendo una línea argumentativa que creemos se mantiene coherente en el tiempo.

Como advertimos al inicio, creemos que gracias al TC, la libertad sindical no tiene un mero reconocimiento escueto constitucional, sino que representa una piedra angular en el desarrollo de las relaciones laborales y que, cuando ha sido vulnerado, ha encontrado en el TC una instancia no solo de reconocimiento sino de promoción. 🗣️