

# LA REPRESENTATIVIDAD SINDICAL Y EL DERECHO DE HUELGA EN LOS SINDICATOS MINORITARIOS



**Álvaro GARCÍA MANRIQUE**

*Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

## SUMARIO

I. Introducción; II. Noción de autonomía colectiva; III. Afiliación al sindicato minoritario; IV. La mayor representatividad sindical y los sindicatos minoritarios; V. La aprobación y efectos de la huelga en caso de sindicato minoritario: escenarios de unidad y pluralidad sindical; VI. Reflexiones finales.

## I. INTRODUCCIÓN

El concepto de unidad sindical postula la existencia de una única organización sindical en un ámbito determinado, por decisión soberana de los trabajadores precisamente comprendidos en ese ámbito específico. Se entiende por ámbito, conforme al artículo 4 del Decreto Supremo N° 011-92-TR (Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo), a los niveles de empresa, categoría, sección o establecimiento de aquella; así como la rama de actividad, gremio u oficios varios.

Unidad sindical se distingue de otro concepto, el de unicidad sindical, en tanto esta viene impuesta por la ley, aunque coinciden en la preferencia por un único sindicato en un ámbito en particular. Nuestro ordenamiento jurídico, a partir de lo establecido por el artículo 2 del Convenio OIT N° 87, ratificado por el Estado peruano, repudia la unicidad sindical en tanto establece que “los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes”.

La unicidad sindical como opción legislativa tiende a buscar la centralización y concentración de la actividad sindical y de las relaciones laborales colectivas de manera que exista un solo centro de imputación e interlocutor en un ámbito

de negociación, lo que se presume fortalece la acción gremial; sin embargo, el ordenamiento jurídico nacional y supranacional la repudian en la medida que lesiona la libertad de constituir organizaciones de trabajadores, como componente del derecho de libertad sindical. Por la vía legal no se puede imponer la existencia de un "monopolio sindical" ni directa ni indirectamente<sup>(1)</sup>; si acaso existe una única organización sindical tendrá que ser una circunstancia que responda a la libre y exclusiva decisión de los trabajadores<sup>(2)</sup>.

Se opone a ambos un tercer concepto, el de pluralidad sindical, el cual reconoce el derecho de los trabajadores a que exista más de un sindicato en un mismo ámbito, y que jurídicamente se sostiene en el mismo Convenio OIT N° 87<sup>(3)</sup>, por ejemplo, dos o más sindicatos en una misma empresa. Si queremos esgrimir un argumento adicional que sustente la pluralidad sindical como opción de nuestro sistema jurídico, lo encontramos también en el artículo 28 de la Constitución Política que, al consagrar el derecho de sindicación, impone al Estado la obligación de cautelar el ejercicio democrático de ese y otros derechos (negociación colectiva y huelga). Los trabajadores tienen el derecho irrestricto de elegir a qué organización sindical preconstituida se afilian, o cuál descartan, o constituir una nueva organización si acaso ninguna de las existentes les atrae o les resulta conveniente, si acaso deciden sindicalizarse. El derecho de libertad sindical, en ese panorama de libre elección, supone también su ejercicio democrático.

La pluralidad sindical suele conllevar entonces, como primera consecuencia visible, la existencia de sindicatos mayoritarios y, por oposición natural, también la de otros sindicatos numéricamente en desventaja respecto de aquellos, a los que llamaremos minoritarios.

No se es mayoritario o minoritario porque sí. Se es mayoritario o minoritario en un contexto y ámbito específicamente delimitados, ya que se precisa contar con factores de referencia para calificarlos de una manera u otra; aunque la existencia de uno no presupone dialécticamente la del otro en el mismo ámbito ya que bien podrá existir un sindicato mayoritario sin que exista uno minoritario en el mismo nivel o

- (1) La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha establecido que "(...) la ley no deba institucionalizar un monopolio de hecho; incluso en caso de que la unificación del movimiento sindical haya contado, en un momento dado, con la aquiescencia de todos los trabajadores, estos deben seguir gozando de la libertad de crear, si así lo desean, sindicatos al margen de la estructura establecida (...)". En: *Estudio General 1994. Libertad sindical y negociación colectiva*. Parágrafo 96.
- (2) El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha expresado que "la unidad del movimiento sindical no debe ser impuesta mediante intervención del Estado por vía legislativa, pues dicha intervención es contraria a los principios de la libertad sindical". En: "La Libertad Sindical - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT". Parágrafo 321. Puede verse en: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/23s2006.pdf>>.
- (3) En palabras del profesor Alfredo Villavicencio, "la unicidad sindical está proscrita, la unidad es deseable y la pluralidad ha de ser posible". En: "La libertad sindical en el Perú". Lima: Oficina Internacional del Trabajo / Oficina de Área y Equipo Técnico Multidisciplinario para los países andinos. Año 1999. pp. 31-32.

ámbito, o viceversa puede existir un sindicato minoritario sin necesidad que exista el mayoritario. En lo sucesivo analizaremos la representatividad sindical y el derecho de huelga, de preferencia en el contexto de pluralidad sindical, aunque también en algunos pasajes lo haremos situándonos en el escenario de unidad sindical.

Para estos efectos debemos entender por sindicato mayoritario al que agrupa a la mayoría de trabajadores del ámbito y no al que tenga simplemente más afiliados que las demás organizaciones de su mismo ámbito.

Los beneficios y privilegios que la ley asigna a los sindicatos mayoritarios suelen ser, a su vez, los perjuicios de las organizaciones minoritarias. Perjuicios que limitan o enervan el ejercicio de su autonomía colectiva y el desarrollo de su actividad sindical, como se ensayará en líneas sucesivas.

## II. NOCIÓN DE AUTONOMÍA COLECTIVA

Según el profesor Alfredo Villavicencio, la autonomía colectiva puede ser definida como "el elenco de facultades de que disponen las organizaciones de trabajadores y empresarios, para regular conjuntamente sus intereses (contrapuestos o coincidentes)"<sup>(4)</sup>. La autonomía colectiva reconoce tres manifestaciones del mismo derecho: autonomía reguladora, autonomía normativa y autotutela.

Las organizaciones de trabajadores gozan de plena autonomía para regularse a sí mismas, dentro del marco de la ley, y fijar así sus estatutos y reglamentos internos (autonomía reguladora); también tienen plena capacidad para participar en la generación de normas jurídicas que regulen las relaciones laborales en un determinado ámbito, respetando la jerarquía propia de las fuentes del Derecho del Trabajo (autonomía normativa). Y, finalmente, por la autonomía colectiva les asiste también el derecho de ejercer dentro de los parámetros legales mecanismos de presión oponibles al empleador para el logro de sus objetivos y respeto de los acuerdos, a través de la huelga (autotutela). Para que exista propiamente autonomía colectiva estos tres elementos deben presentarse de manera conjunta; la inexistencia de tan solo uno de ellos resquebrajará su goce y ejercicio plenos<sup>(5)</sup>.

Debe quedar claro que la autonomía colectiva no es un derecho exclusivo de las organizaciones sindicales formalmente constituidas. Un colectivo de trabajadores impedido de constituir propiamente un sindicato por no reunir el número mínimo

- (4) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "El principio de autonomía colectiva". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano - Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Grijley. Segunda edición, 2009, p. 34.
- (5) Sobre el particular, el propio Villavicencio señala que "nos encontramos ante un complejo mecanismo de relojería, en el que las facultades integrantes se encuentran vertebradas estructuralmente, de manera que solo se puede hablar de autonomía colectiva, cuando los tres componentes centrales tienen un espacio suficiente y adecuado de desarrollo, o, visto desde otro ángulo, que la vulneración o recorte de alguna de ellas afecta esencialmente a la institución en su conjunto". *Ibidem*, p. 40.

de afiliados es también titular del derecho de autonomía colectiva, y lo ejercerá, por ejemplo, cuando designe delegados para negociar condiciones de trabajo con el empleador en los términos del artículo 15 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT). Lo mismo para un colectivo que, reuniendo sí el número mínimo, toma la decisión de constituir una organización sindical, en cuyo caso convocará a asamblea y elaborará un estatuto acorde a sus intereses y expectativas, y así estará ejerciendo su derecho de autorregulación —como componente de la autonomía colectiva— previamente a la ulterior existencia formal del sindicato. Es un derecho que existe y se ejerce con anterioridad y, si se quiere, también con prescindencia de un sindicato formalmente establecido.

Para nosotros, eso sí, el derecho que aquí se comenta pertenece exclusivamente al colectivo de trabajadores y no a cada trabajador en particular. Tanto la titularidad como el ejercicio del derecho son colectivos, a diferencia de otros derechos como el de huelga cuyo ejercicio si bien es exclusivamente colectivo y forma parte esencial de la autonomía colectiva, se reconoce que la titularidad también le pertenece a cada trabajador individualmente considerado<sup>(6)</sup>.

La autonomía colectiva recoge como principal fundamento la garantía de que las organizaciones de trabajadores desarrollen a plenitud sus actividades gremiales, a fin de que se cumplan los objetivos consagrados por el artículo 2 de la LRCT, cuales son, el estudio, desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses y mejoramiento social de los trabajadores<sup>(7)</sup>. Como está propuesto para esta ponencia, más adelante veremos que estos objetivos no necesariamente se cumplen a plenitud para los sindicatos minoritarios.

### III. AFILIACIÓN AL SINDICATO MINORITARIO

Pueden ser razones que podrán esgrimir los trabajadores para justificar la pluralidad sindical: i) un elemento objetivo y común a todos los miembros de un grupo que los identifique y acerque entre sí y, al mismo tiempo, los aleje de otros (solo obreros o solo empleados, o solo trabajadores de un mismo centro de trabajo de los varios que tiene el empleador), o ii) mera afinidad sindical basada en la apreciación subjetiva y en las expectativas sobre qué se logrará con la afiliación (el trabajador elige el sindicato más antiguo o el que a su criterio cuenta con dirigentes más duchos en materia de sindicación).

(6) Según Monereo y otros, “no se puede prescindir de la dimensión colectiva del derecho de huelga y de la centralidad del momento colectivo en la dinámica huelguística, ya que, siendo un derecho individual se ejerce colectivamente”. MONEREO PÉREZ, José Luis y otros. *Manual de Derecho Sindical*. Segunda Edición. Editorial Comares, 2006, p. 298.

(7) Alfredo Villavicencio, citando a Oscar Ermida Uriarte, señala que el objeto central de la actividad sindical “no es ni el individuo y su derecho de avocación, ni la organización sindical, sino la actividad sindical, la acción gremial o colectiva, exista o no una organización sindical estructurada”. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Ob. cit., p. 37.

Dentro de este último podrá haber otro motivo igualmente sólido que persuada a uno o más trabajadores a afiliarse —no afiliarse o desafiliarse— a tal o cual sindicato ya existente. La razón será la presencia de un sindicato mayoritario en el mismo ámbito. En un escenario de pluralidad sindical, al momento de elegir el sindicato al cual se afilia o se desafilia, es indudable que el trabajador incluirá en su razonamiento aquel factor a partir de la presunción, relativa a nuestro entender, de que “a mayor número de afiliados más fuerte es [debiera ser] el sindicato, y así defenderá mejor mis intereses”. Y esta es una apreciación subjetiva, que si bien parte de un elemento objetivo como es el número de afiliados, este por sí mismo no genera nada salvo un juicio de valor positivo sobre su fortaleza institucional, que obedece a la subjetividad de quien pretende afiliarse.

El trabajador elegirá probablemente la organización sindical que, excluyéndose a él del cómputo, reúna de por sí a la mayoría de trabajadores del ámbito, o incluyéndose alcance la mayoría, o sea inminente que así ocurrirá en algún momento. Su afiliación, entonces, no será más que la reafirmación y/o consolidación de esa supremacía. En cierto modo la decisión del trabajador que va a elegir sindicato se verá influenciada por aquella variable, y por otras también, que duda cabe.

En términos severos, los sindicatos minoritarios se muestran menos atractivos para los nuevos trabajadores que se incorporen al mismo ámbito donde aquellos se sitúan y operan, sobre todo en un escenario sindical plural. Es más, lo mismo sucede para los trabajadores “antiguos” ya sindicalizados, quienes tampoco encontrarán mayor incentivo para desafiliarse de su sindicato [mayoritario] y pasar a formar parte de aquel otro que por ahora es minoritario. Una decisión distinta de ese trabajador implicará, por lo menos, que ponga en riesgo su situación sindical. Entonces, a menos que el trabajador afiliado al mayoritario visualice un eventual crecimiento a futuro de la organización minoritaria y tome la decisión de potenciarla, quizá concertándolo con otros correligionarios, creemos que el apartarse del sindicato mayoritario para integrar el minoritario no sea probablemente la mejor decisión que pueda tomar en el corto plazo. Seguramente no lo hará. Si a ello le agregamos que la multifiliación viene restringida en el sentido que existe el impedimento legal de que un mismo trabajador se afilie a dos sindicatos de un mismo ámbito<sup>(8)</sup>, se concluye que cada nuevo trabajador que se afilie al sindicato mayoritario y que descartó afiliarse al minoritario vendrá a extender, aún más, la diferencia entre uno y otro.

La situación puede agravarse. Los afiliados al sindicato minoritario, en tanto esta condición perdure obstinadamente en el tiempo, quizá opten incluso por renunciar a su organización sindical para integrar las filas del sindicato mayoritario. Recuérdese que la renuncia a cualquier organización sindical —sea mayoritaria o minoritaria— puede ser efectuada en cualquier momento y sin expresión de causa,

(8) Artículo 12 inciso c) de la LRCT.

incluso sin necesidad de preaviso, sin que sea posible, a nuestro criterio, que el estatuto del sindicato imponga requisitos contrarios<sup>(9)</sup>. La exigencia de contar con un mínimo de veinte afiliados no viene establecida únicamente para constituir el sindicato sino también para que el mismo siga subsistiendo como tal, entonces, no es descabellado pensar que lo comentado entraña el riesgo incluso de que el sindicato minoritario desaparezca y se cancele su registro, si acaso se presenta el escenario de masiva migración de sus afiliados. No será más que el preludio de un "monopolio sindical", ora por la vía de los hechos y por decisión de los trabajadores.

Ahora bien, es cierto que en un escenario de pluralidad sindical y negociación colectiva, según el artículo 9 de la LRCT el sindicato mayoritario asume la representación de todos los trabajadores del ámbito, incluyendo a los no afiliados y a los afiliados al(los) sindicato(s) minoritario(s), lo que en principio podría llevar a pensar que un trabajador no sindicalizado y uno afiliado a la organización minoritaria, por igual, no tendrían mayor incentivo para sindicarse o migrar al mayoritario, pues siempre se sentirán seguros ya que contarán con el respaldo de la organización numéricamente aventajada mientras subsista esta condición; para nosotros en rigor no es tan así. En efecto, es cierto que el sindicato mayoritario negocia no solo sus propios intereses sino también los de los demás, ante quienes igualmente debe responder, pero también es cierto que no hay mejor defensor de propios intereses que uno mismo.

#### IV. LA MAYOR REPRESENTATIVIDAD SINDICAL Y LOS SINDICATOS MINORITARIOS

La pluralidad sindical, dada la diversidad de organizaciones sindicales, hace que las relaciones laborales tiendan a dispersarse en lugar de concentrarse. Hacemos nuestra la apreciación del profesor Alfredo Villavicencio cuando expresa que "de un lado, la contraparte empresarial tendrá dificultades a la hora de vislumbrar su interlocutor, y de otro, el colectivo laboral representado por varias organizaciones tendrá mucho menos capacidad de presión y, por tanto, la acción sindical perderá eficacia"<sup>(10)</sup>.

Si se quiere, la pluralidad sindical hace más colectiva a las relaciones colectivas. Las atomiza y complejiza en la medida que dispersa la fuerza sindical, fragmentando el poder y distribuyendo las cuotas de ese poder a más de una organización sin consolidarlas en solo una de ellas. En otras palabras, "muchos tienen un poco de poder" o lo que equivale a decir que "nadie tiene todo el poder".

(9) Naturalmente, el renunciante deberá haber cumplido con su obligación de cancelar las cuotas sindicales hasta la fecha de su renuncia, en los términos del artículo 25 de la LRCT.

(10) En: *'La libertad sindical en el Perú'*. Oficina Internacional del Trabajo / Oficina de Área y Equipo Técnico Multidisciplinario para los países andinos, Lima, 1999, p. 60.

Es por ello que se hace necesario establecer algún mecanismo para elegir a la organización sindical que prevalezca de entre todas las existentes en el mismo ámbito, concentre en sí misma todo el poder de negociación y asuma la representación ante el(los) empleador(es), y con ello garantice la eficacia de la acción gremial de los trabajadores del ámbito y se reduzca el riesgo de dispersión al que nos hemos referido. Es lo que se conoce como la mayor representatividad sindical, y que ciertamente ha encontrado en la doctrina algunas opiniones en contra por los principios que están en juego<sup>(11)</sup>. Indudablemente que toda elección supone favorecer a uno en desmedro de otro(s), por lo que los criterios de selección debieran ser objetivos y no discriminatorios. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha expresado que: "el simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería ser en sí criticable" y que "los criterios en que se inspire la distinción entre organizaciones más o menos representativas tienen que ser de carácter objetivo y fundarse en elementos que no ofrezcan posibilidad de parcialidad o abuso", añadiendo que "deben existir en la legislación criterios objetivos, precisos y previamente establecidos para determinar la representatividad de una organización de empleadores o de trabajadores, y dicha apreciación no podría dejarse a la discreción de los gobiernos"<sup>(12)</sup>.

Nuestra legislación ha optado por el criterio del número de afiliados como el único determinante para elegir al sindicato más representativo, siendo el caso que tendrá esa condición el que agrupe a la "mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito". Es decir, al sindicato mayoritario. Entiéndase por mayoría absoluta a la mitad más uno de todo el universo de trabajadores con vínculo laboral vigente, con prescindencia de la naturaleza de su contrato de trabajo (a plazo indefinido, a plazo fijo, tiempo parcial, etc.), de la nacionalidad del trabajador (peruano o extranjero), de la situación especial del vínculo laboral (suspendido de manera perfecta o imperfecta), de la edad del trabajador (mayor o menor de edad), su situación sindical (no afiliado o afiliado a un sindicato minoritario) e incluso del cargo que ocupan. Sobre este último punto, para nosotros se deberá incluir en el conteo también a los trabajadores de dirección y de confianza ya que el artículo 9 de la LRCT no hace distinción al respecto, es más señala que el universo

(11) Alfredo Villavicencio se expresa a favor de la mayor representatividad sindical al señalar que ella "no solo no contradice las exigencias del principio de libertad sindical sino que constituye un mecanismo necesario para impedir, valga el juego de palabras, que la libertad sindical (formal) vaya contra la libertad sindical (real)"; sin embargo reconoce que "esta solución (la mayor representatividad) no deja de producir ciertos recelos en la doctrina puesto que se considera que el privilegio de algunos sindicatos contradice la libertad sindical, tanto en lo referente a la multiplicidad e igualdad de los sindicatos, cuanto, en lo que hace a la libre afiliación, al condenar a las organizaciones que no hayan obtenido tal calificación a perder todo atractivo por su práctica inoperancia". *Ibidem*, p. 60.

(12) En "La Libertad Sindical - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT". Párrafos 346, 347 y 348. Puede verse en: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/23s2006.pdf>>.

de trabajadores donde se exige tener mayoría absoluta incluye a los no afiliados, y aquellos encajan en ese supuesto pues bien pueden no estarlo<sup>(13)</sup>.

Por ejemplo, si en una empresa de 100 trabajadores existe un sindicato que agrupa por lo menos a 51 de estos, asume la representación incluso de los otros 49. Ese sindicato es mayoritario y sea cual fuere el escenario, unidad o pluralidad, viene a gozar del privilegio de asumir el poder de representación de sus afiliados y de todos los demás trabajadores comprendidos en el ámbito, aunque estén afiliados a sindicatos minoritarios o no estén afiliados a ninguno. El sindicato mayoritario no solo será el que ostente la mayor fortaleza pues agrupa a la mayoría sino que también será, y por mandato de la ley, el más representativo, lo que naturalmente aumenta aún más su atractivo de afiliación. En el contexto de unidad sindical, la organización mayoritaria no desplaza a un minoritario sino que únicamente se reafirma a sí misma como la contraparte del empleador; en un escenario de pluralidad sindical hay igual coincidencia pero aquí sí el mayoritario vence al(los) minoritario(s), relegándolo(s) a un segundo plano.

¿Es un criterio justo el elegir al sindicato mayoritario? ¿Existen otros criterios de selección iguales o más equitativos que no se relacionen con el número de afiliados? Sin duda que el factor numérico es un criterio objetivo de diferenciación, no nos oponemos a ello, aunque sí encierra la problemática de que de por sí, en un escenario de pluralidad, el sindicato mayoritario goza ya de mayor atractivo para la afiliación, al punto de que puede derivar en la desafiliación y posterior migración de los trabajadores del sindicato minoritario, incluso la desaparición de este. El atractivo del sindicato mayoritario viene establecido, por tanto, no solo en la fuerza de la organización que se percibe en los hechos sino que es el Derecho, a través de la ley, el que acentúa ese atractivo. Las nuevas afiliaciones no solo consolidarán la posición del sindicato mayoritario y consecuentemente su mayor representatividad, sino que podrá hacer inalcanzables las diferencias existentes con los sindicatos minoritarios, de haberlos. En el escenario de unidad sindical, a su turno, existen también desincentivos, pero no de afiliarse a un sindicato minoritario (pues no lo hay) sino con el mismo sindicato mayoritario, en tanto los no afiliados también se benefician de lo obtenido por ese único sindicato del ámbito (mayoritario). En este escenario de unidad, podría decirse que el único sindicato del ámbito y que es mayoritario hasta tendría la intención de dejar de serlo y, con ello, dejar de extender sus logros en la negociación colectiva a personas que decidida y deliberadamente no quieren afiliarse a él, claro está mientras persista la unidad y no hayan visos de que surgirá otra organización sindical que le plantee competencia. Es claro que en este supuesto los trabajadores no afiliados reciben “cómodamente” lo obtenido por otros, sin mayor esfuerzo.

(13) Recuérdese que los trabajadores de dirección y de confianza solo pueden afiliarse a una organización sindical si el estatuto de esta se lo permite. Lo usual es que no lo haga ya que suelen ser percibidos por los demás trabajadores como “enclaves” del empleador.

Ahora, según recientes sentencias expedidas por la Corte Suprema (Casaciones N° 2864-2009-Lima y N° 602-2010-Lima), los efectos del convenio colectivo que celebre un sindicato minoritario, en un escenario de unidad sindical, se extenderán también a los no afiliados. Esgrime la Corte Suprema que lo que dispone el artículo 9 de la LRCT debe ser interpretado necesariamente a la luz del principio de igualdad consagrado en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado y al criterio vinculante del convenio colectivo a que se refiere el artículo 42 de la LRCT. Nos parece errático el argumento de la Corte y, en lo que al tema que hoy nos ocupa, entorpece el crecimiento al que seguramente aspira todo sindicato minoritario aunque sea el único del ámbito y no compita con otro, ya que los no afiliados también se beneficiarán del producto de la negociación como si la única organización del ámbito fuese mayoritaria<sup>(14)</sup>. Dicho de otro modo, sentencias como las que se citan hacen que el sindicato minoritario siga siéndolo.

Volviendo al criterio numérico de asignación de mayor representatividad, creemos que sí se trata de una pauta que admite la movilidad y no el enquistamiento. Esto, quizá también lo convierte en la pauta de elección más justa. Un sindicato que hoy es mayoritario –luego, más representativo– podrá dejar de serlo mañana; y el sindicato que hoy es minoritario devendrá en mayoritario y tendrá la mayor representatividad. No es un escenario de ocurrencia improbable. Los sindicatos minoritarios pueden diseñar ofertas que hagan atractiva la afiliación y dejen así su posición de desventaja. Ahondando, si tomamos como criterio de elección –contemplado en la doctrina– de antigüedad del sindicato, la situación nunca variará, a menos que desaparezca ese sindicato. Alienta el enquistamiento. Estamos también en contra de otro criterio, tal como es el de elegir al sindicato que haya celebrado más convenios colectivos, pues no solo desincentiva la paz laboral y las soluciones a los conflictos a largo plazo, sino que puede degenerar en situaciones de abuso de la posición de dominio del sindicato negociante.

Insistimos, nos parece adecuado el criterio numérico elegido por nuestra legislación, por los motivos antes explicados. Aunque la problemática de la mayor representatividad sindical viene dada no tanto por las pautas de elección sino, más bien, por las facultades y prerrogativas que ella confiere. La LRCT, evidenciando amplitud, no ha escatimado al establecer que la mayor representatividad otorga al sindicato mayoritario la representación “en materia de negociación colectiva”, sin más ni más. A nuestro criterio, tendría que precisarse aún más ya que la negociación colectiva, en rigor, involucra la elaboración del pliego de reclamos y empieza

(14) Es más, ¿qué sucedería si hay pluralidad de sindicatos minoritarios? Sobre la Casación N° 264-2009-Lima, el profesor Jorge Toyama señala que “(...) hay un supuesto que no sé cómo se va a resolver, consistente en aquel caso donde hay dos o más sindicatos minoritarios negociando en el mismo ámbito. En este supuesto se crea un ‘sobrebeneicio’ tras esta sentencia, porque un no afiliado recibiría los beneficios de un primer convenio colectivo firmado por un primer sindicato minoritario, y luego, si se suscribe otro convenio colectivo con otro sindicato minoritario, el no afiliado también tendría derecho a eso”. Entrevista al Dr. Jorge Toyama Miyagusuku. En: *Revista Jurídica del Perú*. Gaceta Jurídica, 2011, p. 14.

con su ulterior presentación, y convengamos que sería un despropósito permitir que un sindicato, abusando de su posición, pretenda elaborar o imponer su criterio en el diseño del pliego de otra organización sindical. Y tampoco nos parece improbable que ello pueda ocurrir, ya que la estrategia de negociación de un sindicato mayoritario podría ser la de presentar al empleador un “pliego dócil o sumiso” en nombre del sindicato minoritario y lograr el favor del empresario, a cambio de un “pliego más ambicioso” en nombre de quienes son propiamente sus representados (sus afiliados). La ley lo deja al campo de las relaciones intersindicales.

En un escenario de pluralidad sindical, los efectos del convenio colectivo celebrado por el sindicato mayoritario se extienden también a los trabajadores afiliados al minoritario, pero convengamos que ello no quiere decir que no pueda plantearse, en esa misma negociación, el otorgamiento de beneficios destinados exclusivamente a los minoritarios. Por ejemplo, si el sindicato mayoritario es de empleados administrativos y el minoritario de obreros, aquel negociará por los dos grupos ocupacionales, pero en la negociación podrá pactar un bono que premie la especial labor de los obreros: una bonificación por contacto directo con materiales industriales, que solo aplica para los obreros que los manipulan y no para los administrativos. A esto nos referimos con manipular los pliegos; el sindicato mayoritario plantea al empleador como oferta reducir este bono a cambio de incrementar otro de aplicación solo a los empleados, que son sus afiliados.

El segundo de los tres derechos de que se compone la autonomía colectiva es el de autonomía normativa, que no es sino la facultad de crear normas jurídicas que regulen las relaciones laborales mediante el producto más frecuente de la negociación colectiva: el convenio colectivo. El derecho de autonomía normativa incluye, qué duda cabe, el de sentarse a negociar con el(los) empleador(es) las futuras cláusulas normativas, y demás está decir que cada organización sindical sabe qué es lo mejor para sus intereses y, sobre todo, cuál es la mejor estrategia para conseguirlo. No nos queda duda que es mucho mejor negociar por sí mismo que por medio de un tercero, pues no solo es derecho de los sindicatos que así sea sino que el mayoritario no necesariamente buscará lo mejor para sus “extraños”, valga el término. Recordemos nuestro ejemplo anterior en que el sindicato más representativo puede manipular la negociación colectiva a fin de favorecer a sus afiliados antes que a los afiliados al sindicato minoritario, toda vez que es el único que se sentará con el empleador en la mesa de negociación.

Finalmente, cabe agregar que el mismo artículo 9 de la LRCT prevé la posibilidad de que la mayoría absoluta de los trabajadores sea obtenida conjugando dos o más sindicatos (léase minoritarios). Lógicamente, ello es de aplicación cuando no sea posible arribar a esa mayoría con un solo sindicato, en cuyo caso las organizaciones podrán conformar “alianzas” o “coaliciones” a fin de reunir la mayoría

requerida por la ley<sup>(15)</sup>. No sería de aplicación si ya existe un sindicato mayoritario pues este, por ser tal, ya ostenta individualmente la mayor representatividad sin necesidad de acudir a la ayuda de otra(s) organización(es) sindical(es), y a menos que otro sindicato del ámbito –minoritario, claro está– lo convenza de actuar en conjunto, queda claro que el sindicato mayoritario no tendrá mayor incentivo de renunciar a su natural posición dominante ni ceder parcialmente ese lugar de por sí expectante.

## V. LA APROBACIÓN Y EFECTOS DE LA HUELGA EN CASO DE SINDICATO MINORITARIO: ESCENARIOS DE UNIDAD Y PLURALIDAD SINDICAL

La huelga puede ser declarada por la mayoría de los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito o por la organización sindical protagonista del conflicto. En este último caso, para que la huelga igualmente abarque a todos los trabajadores comprendidos en el ámbito, el sindicato que adopte la decisión debe ser mayoritario (tanto en el escenario de unidad como de pluralidad sindical) y, naturalmente, que quienes hayan votado a favor de la huelga sean, en número, la mayoría de trabajadores del ámbito.

Es decir: i) que se haya aprobado por unanimidad de los trabajadores afiliados al sindicato mayoritario, o ii) que sin haber sido unánime, los trabajadores afiliados al sindicato mayoritario que hayan votado a favor de la huelga sean, a su vez, la mayoría de trabajadores del ámbito.

A manera de ejemplo gráfico. Para un sindicato mayoritario que agrupa a 100 trabajadores dentro de un universo de 120 trabajadores del mismo ámbito, y en el que no haya existido unanimidad de votos para ejercer el derecho de huelga, esta también podrá afectar a la totalidad del ámbito si de esos 100 por lo menos 61 votaron a favor de su realización. Esta última cifra (61) constituye, al mismo tiempo, tanto la mayoría de trabajadores afiliados al sindicato mayoritario como la mayoría de trabajadores comprendidos en el ámbito. Si solo votaron a favor 60 trabajadores o menos pero como mínimo 51, habrá huelga pero solo comprenderá a los trabajadores afiliados al sindicato mayoritario. Con menos de 51 votos simplemente no habrá huelga de los trabajadores afiliados, tanto menos de todo el ámbito.

Lógicamente, para que una huelga sea más efectiva y signifique en términos reales una verdadera medida de presión al empleador o grupo de empleadores tendría que abarcar a todos los trabajadores del ámbito (empresa, rama de actividad) y no solamente a una porción de ellos aun cuando pare las labores la mayoría de

(15) El artículo 9 de la LRCT señala que en estos casos, los sindicatos involucrados determinarán libremente la forma en que ejercerán esa representación, sea a prorrata, proporcional al número de afiliados, o encomendada a uno de los sindicatos. En caso de no existir acuerdo, cada sindicato representa únicamente a sus afiliados.

trabajadores<sup>(16)</sup>. Mientras sean todos los trabajadores los que paralizen sus labores y abandonen el centro de trabajo, mayor angustia le causará al empleador y tendrá quizá mayor necesidad de negociar rápidamente una solución pacífica al conflicto ya desbordado y lograr detener la huelga (retomando el trato directo, aceptando el arbitraje voluntario, etc.), a fin de reiniciar los trabajos y restablecer la paz laboral<sup>(17)</sup>.

Entonces, en el contexto descrito, la decisión de ejercer el derecho de huelga y que esta intimide, en términos reales, al empleador, no obligará necesariamente al sindicato mayoritario a tener que persuadir a los trabajadores afiliados a las organizaciones minoritarias [y a los no afiliados también] a que “cierren filas” y se alineen a su iniciativa. Y esto sucede tanto en un escenario de unidad como de pluralidad sindical. Basta con la sola decisión del sindicato mayoritario si fue aprobada por unanimidad de sus miembros o por un número de afiliados que represente a su vez la mayoría de trabajadores del ámbito, justamente por ser mayoritario, para que la huelga afecte a todo el ámbito.

Ahora, en caso de pluralidad sindical con el mayoritario en huelga, si acaso la voluntad de los afiliados al sindicato minoritario es no ejercer el derecho de huelga, por tener en ese momento buenas relaciones con el empleador o por las razones que tuvieren, esa voluntad viene diezmada ya que su oposición será ciertamente inútil. Si se quiere, “tienen derecho a voz pero no a voto”. Sus trabajadores igualmente paralizarán las labores y abandonarán el centro de trabajo, aun contra su voluntad y, lo que es más, no se les remunerará por todo el tiempo de duración de la huelga ya que esta suspende de manera perfecta los contratos de trabajo.

Apreciamos, por ello, que la posición de los sindicatos minoritarios no pasa a ser, ni siquiera en este caso, protagónica ni trascendental, ya que sus miembros podrán incluso no ser convocados a la asamblea respectiva<sup>(18)</sup> para decidir si la huelga propuesta se ejerce y afecta a todo el ámbito, toda vez que basta con la decisión que adopten los afiliados a la organización mayoritaria<sup>(19)</sup>. Tienen, sí, derecho de iniciativa para someter a consulta la ratificación de la huelga, empero, esta ratificación se sujeta a los mismos requisitos establecidos para cuando ella fue aprobada. Aquí se le concede al sindicato minoritario, ya con mayor propiedad, derecho a voto, pero es muy probable que siga triunfando la mayoría pues a menos que el

sindicato mayoritario varíe su posición inicial, continuará la paralización<sup>(20)</sup>. El derecho de autotutela, integrante de la autonomía colectiva, presupone, entre otros, decidir libremente si se hace uso de ella o no; atributo que ciertamente viene enervado en este caso.

El empleador que es notificado del aviso de huelga decidida por el sindicato mayoritario, bien podrá acatarla con resignación y negar el ingreso a todos los trabajadores incluyendo a los minoritarios, precisamente porque la huelga aprobada afecta a todo el ámbito. Aprovechará la paralización, quizá, para ahorrar costos de energía, etc. Si, por el contrario, los minoritarios, con asentimiento del empleador, permanecen en el centro de trabajo, realizarán sus labores aunque no podrán cubrir a sus compañeros huelguistas ya que se prohíbe, aunque no a nivel legal, el esquirolaje interno.

Por otro lado, en un escenario donde no exista un sindicato mayoritario sino varias organizaciones minoritarias, la huelga que declare una de ellas solo se extenderá, en principio, a sus afiliados, a menos que se alíe con otro(s) sindicato(s) minoritario(s) y alcancen, en conjunto, la mayoría de trabajadores requerida por la ley para que la huelga afecte a todo el ámbito. A diferencia del caso anterior, en este supuesto cada sindicato minoritario sí goza de protagonismo y sus decisiones serán relevantes para el desenlace de un conflicto cuyo desborde al parecer es inminente.

Si se puede presentar una particularidad en el caso que los dos o más sindicatos minoritarios que se alíen no abarquen en conjunto a la mayoría de los trabajadores del ámbito (menos del 51%) o lo hagan sin margen de error (exactamente el 51%). No queda duda que en el primer caso tendrán que buscar nuevos aliados, caso contrario la huelga solo comprenderá a sus afiliados. En el segundo caso, necesariamente tendrán que obtener el voto unánime de todos sus afiliados pues bastará que uno de ellos vote en contra para que no se alcance la mayoría de trabajadores del ámbito y, en consecuencia, la huelga no afecte a todo el ámbito, sino únicamente a los sindicatos que conformaron la coalición. Tarea difícil pero no imposible.

Si el sindicato minoritario que declara la huelga afilia a trabajadores de un mismo sector o área de la empresa que es neurálgica o esencial para el funcionamiento de la compañía, su sola declaración de por sí pondrá en situación de aprieto al empleador. Pero, al ser hoy una modalidad irregular de huelga conforme al artículo 81 de la LRCT, no procederá bajo pena de ilegalidad de la medida y despidos en caso que los trabajadores persistan en materializarla. En consecuencia, para un mejor ejercicio del derecho de huelga cuando se extienda solo a sus afiliados, el sindicato minoritario deberá afiliar a trabajadores de diversas secciones de la empresa y no exclusiva ni mayoritariamente a trabajadores de una sección neurálgica.

(20) El artículo 80 de la LRCT señala que: “cuando lo solicite por lo menos la quinta parte de los trabajadores afectados, la continuación de la huelga requerirá de ratificación. La consulta se sujetará a los mismos requisitos de la declaratoria de huelga”.

(16) Salvo que se trate de una, valga el término, “gran mayoría”. Por ejemplo, 96 de 100 trabajadores, que en los hechos es como si fuesen todos los trabajadores.

(17) El profesor Montoya Melgar lo resume así: “la huelga típica es un medio de presión laboral con cuyo ejercicio se quiere, más que exteriorizar o dar formalidad jurídica a una controversia de hecho, forzar al antagonista laboral —la asociación patronal, el empresario o empresarios afectados por la contienda— a adoptar un comportamiento con el que se satisfaga el interés de los trabajadores y, al hacerlo, se dé solución al conflicto colectivo”. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 19ª edición Tecnos, Madrid, pp. 715-716.

(18) O siendo convocados, actúen como “convidados de piedra”, si vale el término.

(19) De acuerdo a lo establecido por el artículo 62 del Reglamento de la LRCT, la decisión debe ser adoptada de acuerdo al estatuto del sindicato pero que, en todo caso, debe representar la voluntad de la mayoría de los afiliados votantes asistentes a la asamblea. Lógicamente, se cumplirá también el requisito si quienes votan a favor de la huelga constituyen la mayoría de trabajadores afiliados al sindicato mayoritario.

Volviendo a la aprobación de la huelga, no queremos dejar de señalar que en toda votación destinada a aprobar o desaprobar la iniciativa de huelga, aunque no lo parezca, la exigencia de unanimidad puede beneficiar más al sindicato que la exigencia de mayoría. Nos explicamos; si la ley exigiera unanimidad indirectamente desincentivaría el voto en contra ya que el afiliado cuya voluntad es justamente oponerse a la huelga sabrá que bastará su voto para que la iniciativa se desestime, lo que llevará a que muy probablemente manifieste una voluntad distinta y vote a favor de la huelga por temor a las represalias o señalamiento por parte de sus correligionarios. Y no olvidemos que estas votaciones no suelen ser anónimas ni secretas. Vemos claramente que quien se beneficiará será el sindicato convocante. Contrariamente, la exigencia de mayoría no desincentiva el voto en contra de la huelga, pues quien tiene esta voluntad contraria sabe que su opción no desestimarán de por sí la iniciativa de huelga y, entonces, no tendrá mayor inconveniente para oponerse a ella en la asamblea; salvo el voto de aquel otro afiliado también opositor que por cuestiones de orden en la votación sea el determinante en tiempo real del resultado del escrutinio, cuya situación será similar a la del caso anterior y que podría presentarse.

Ahora bien, en cualquier caso de unidad o pluralidad sindical, la huelga declarada por el sindicato minoritario se extenderá únicamente a sus afiliados, siempre que la mayoría de ellos haya votado a favor de la medida. De aceptarse legalmente la posibilidad de ejercer el derecho de huelga dentro de las instalaciones del centro de trabajo (sin abandono), como que existe una propuesta legislativa que oportunamente se debatirá, el ejercicio de este derecho podría acarrear algunos inconvenientes. Durante una huelga los trabajadores suelen realizar proclamas, arengas o discursos, y permitirse una huelga sin abandono del centro de trabajo tendría como consecuencia autorizar que dichas manifestaciones sean realizadas al interior del centro de trabajo. Sería difícil, en ese contexto, garantizar que los trabajadores no alineados a la huelga (que en el ejemplo propuesto serían la mayoría del ámbito) puedan seguir laborando con normalidad y eficiencia, teniendo al lado, quizá a muy pocos metros de distancia, a compañeros de trabajo realizando arengas.

## VI. REFLEXIONES FINALES

Que no se nos malinterprete. La mayor representatividad es la solución más pacífica que la legislación confiere a las desigualdades propias de un escenario de pluralidad sindical y tiene el respaldo, además, del Comité de Libertad Sindical de la OIT. No es posible concebir una solución distinta. Sin embargo, consideramos que debieran regularse de un modo más puntual las facultades y prerrogativas que confiere la mayor representatividad sindical, quizá promoviendo por la vía legal el trabajo conjunto de los sindicatos involucrados o asignar algún grado de participación a los representantes del sindicato minoritario, facultad de fiscalizar, etc., en defensa de las minorías y del ejercicio democrático de los derechos colectivos siguiendo el mandato del artículo 28 de la Constitución Política del Estado. Opina el

Comité de Libertad Sindical que las ventajas y prerrogativas que, en todo caso, debiera gozar el sindicato más representativo no deben exceder de ciertas preferencias en lo que respecta a la negociación colectiva, consulta por autoridades o designación de delegados ante organismos internacionales<sup>(21)</sup>.

Sobre la huelga de los sindicatos minoritarios, al extenderse únicamente a sus afiliados, precisan reforzarse o aliarse con otras organizaciones y lograr así una real medida de presión al empleador. La norma es clara, su eficacia es limitada ya que solamente sus afiliados han participado en la adopción de la decisión. No tienen mayor alternativa que buscar el apoyo de otras organizaciones o de los no afiliados, a menos que la Corte Suprema, por la vía jurisprudencial, extienda los efectos de la huelga a todos los trabajadores del ámbito incluyendo a los no afiliados, como lo ha hecho hasta en dos sentencias para los convenios colectivos celebrados por sindicatos minoritarios. Creemos que no debería hacerlo, como ciertamente no debió hacerlo en las referidas sentencias.

(21) En: "La Libertad Sindical - Recopilación de decisiones y principios (...)", Parágrafo 354.