

El derecho a sindicación en la (nueva) Constitución¹

Claudio Palavecino.

Profesor Asistente del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

I. Noción

Según el profesor Guido Macchiavello “el derecho de sindicación consiste en la facultad de constituir sindicatos y de afiliarse a ellos o de desafiliarse”². Conforme a esta definición el derecho de sindicación es la posibilidad reconocida por el ordenamiento jurídico a todo trabajador de asociarse con otros trabajadores para crear una organización en defensa de intereses comunes. Esa organización se conoce como sindicato. El derecho de sindicación implica, también, la libertad de afiliación al sindicato³, conforme a la cual cada trabajador debe poder decidir, sin injerencias ni presiones, si se suma o no a un sindicato ya existente o si mantiene su afiliación o se desafilia del sindicato al que pertenece. Como veremos, esta libertad también se le reconoce al sindicato para crear organizaciones de grado superior y para afiliarse a o desafiliarse de las mismas.

II. Fundamento

¿Sobre qué base se sustenta aquella definición dogmática? Hay una base metaconstitucional, a saber, la comprensión internacional del derecho a sindicación plasmada en los convenios de la Organización Inter-

nacional del Trabajo (OIT), especialmente los números 87 y 98.

El Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948 señala en su artículo 2 que: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”. Resulta también pertinente el artículo 5, conforme al cual el derecho a sindicación comprende además el de constituir organizaciones de grado superior: “Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores.”

Por su parte, el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949, pone énfasis en la protección de la libertad de afiliación del trabajador frente a coacciones o amenazas que afecten al empleo. En su artículo 1 dispone 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:

a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

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.

¹Ponencia leída por el autor en el Seminario La Constitución Laboral, realizado por los departamentos de Derecho Público y Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile el 5 de abril de 2016.

²MACCHIAVELLO, Guido: *Derecho colectivo del trabajo*, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 365.

³Para el profesor Macchiavello “forma parte del derecho genérico de sindicación y consiste en la facultad de los trabajadores de incorporarse y de permanecer en el sindicato de su elección, con los derechos, las obligaciones, las prerrogativas y las limitaciones del sistema legal y estatutario de la organización sindical” MACCHIAVELLO, Guido: *Derecho colectivo del trabajo*, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 366.



III. La autonomía sindical

Los convenios citados abarcan dentro del derecho a sindicación un aspecto no mencionado en la definición del profesor Macchiavello, a saber, la autonomía de las organizaciones sindicales (aunque también pueda ser considerada un derecho aparte del de sindicación). Esta autonomía se la garantiza primero frente al Estado, pero también respecto de las injerencias de los empleadores y de sus organizaciones. Como observan Sala y Albiol: “La conquista de la libertad sindical individual bien poco significa si el sindicato en sus relaciones con el Estado no disfruta de una independencia o autonomía efectivas [...] Por otra parte, esta autonomía sindical, como derecho fundamental que es, posee un carácter ‘erga omnes’ debiendo ser garantizado no sólo frente al Estado sino frente a terceros y muy especialmente frente a los empresarios”⁴.

El artículo 3.1 del Convenio 87 determina el contenido de la autonomía sindical en los siguientes términos:

“1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción”.

El mismo artículo 3 citado, en su numeral 2, reafirma esta autonomía frente al poder público, al prescribir que *“Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”.* En el mismo sentido el artículo 4 agrega: *“Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa”.*

Por su parte, el Convenio 98, en su artículo 2, protege la autonomía de la organización sindical frente a la intervención o injerencia de los privados:

“1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración”.

⁴SALA, Tomás y ALBIOL, Ignacio: *Derecho Sindical*, 6ª edición, Valencia, 2000, p.85.

“2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores”.

En síntesis, conforme a los convenios citados el derecho a sindicación comprende:

Libertad de constitución de sindicatos; libertad de federación y confederación y de creación pertenencia a organizaciones internacionales.

Libertad de afiliación

Libertad de acción (autonomía).

IV. Preceptos constitucionales relativos al derecho de sindicación

El artículo 19 N° 19° inc. 1° de la Constitución Política asegura a todas las personas: *“El derecho de sindicarse en los casos y formas que señale la ley.”* La formulación me parece suficientemente comprensiva tanto de la libertad de constituir sindicatos, como de la libertad de federación y confederación y la libertad de creación o pertenencia a organizaciones internacionales, establecidas en los convenios OIT.

Enseguida el precepto citado añade que *“La afiliación sindical será siempre voluntaria”*, garantizando de este modo la libertad de afiliación positiva y negativa, esto es libertad del trabajador no sólo para ingresar al sindicato sino también para decidir la permanencia dentro del mismo.

Por su parte, su inciso segundo estatuye que: *“Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley”.* De este modo la Constitución de 1980 satisface la exigencia del Convenio 87 en orden a que el derecho a constituir sindicatos debe poder ser ejercido *“sin autorización previa”.*

Finalmente el art. 19 N° 19° inc. 3° de la Constitución reconoce la autonomía colectiva de las organizaciones sindicales al establecer que *“la ley contemplará los*

mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones". Agrega, como límite a esta autonomía, que las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas.

Como se ve, la Constitución vigente establece un derecho de sindicación consistente con la comprensión internacional del mismo, a la par que deja abierto un amplio campo de determinación a la ley, esto es, a la deliberación democrática, sobre la definición de los modos de ejercicio de esta libertad. Estimo que el texto no debería variar sustancialmente en una nueva Constitución.

V. Necesidad de que la (nueva) Constitución reconozca el derecho a sindicación

Puestos en la tesitura de un proceso constituyente ¿Debe figurar el derecho de sindicación en la Constitución? Podría opinarse, en contra, que basta con la libertad de asociación y/o con el reconocimiento de la autonomía de los grupos intermedios. Sin embargo, reconociendo que el sindicato es un tipo o especie de asociación, por su naturaleza y función y, sobre todo, por su incidencia social y económica, estimo que requiere de una regulación legal más exigente que el resto de las asociaciones, la que a su vez necesita de un reconocimiento especial en la Constitución. Voy a explicar por qué. Para ello debo referirme a la función económica de los sindicatos y, a partir de ella, acerca de la naturaleza del sindicato.

VI. La función económica del sindicato

Antes he dicho que el sindicato es una organización de los trabajadores en defensa de sus intereses. Es el momento de aclarar que el sindicato no defiende los intereses de todos los trabajadores, vale decir, no defiende los intereses de la "clase trabajadora", sino sólo los de sus afiliados ¿Porque cuál es el interés principal de esos trabajadores? Todos lo sabemos, elevar el salario cuanto sea posible⁵. "Y únicamente apartando

⁵Es cierto que históricamente los sindicatos han bregado también por las condiciones laborales tales como fijar una jornada máxima o por leyes sobre seguridad y salubridad en el trabajo, pero no es menos cierto que "los efectos económicos de regular las condiciones laborales son muy similares a los efectos de regular salarios, ya que mejores condiciones laborales, al igual que salarios más altos, tienden a hacer un trabajo determinado más atractivo para los trabajadores y más costoso para los empresarios. Además, éstos luego tienen en cuenta dichos costes a la hora de decidir cuántos trabajadores pueden contratar cuando los costes

a los no sindicados de los puestos de trabajo es como pueden elevar los salarios de grupos particulares de trabajadores por encima del nivel que alcanzarían en un mercado libre"⁶.

¿Qué es el salario? El salario es un precio. El precio del factor trabajo. Para generar el bien o servicio que coloca en el mercado, el empresario necesita de los factores productivos: capital y trabajo. El empresario debe salir al mercado a buscar esos factores y normalmente debe competir y pujar con otros empresarios que también los necesitan para sus respectivos proyectos productivos⁷. Si no hay interferencias, el precio de los factores productivos y del trabajo en cuanto tal se fijará en función de su productividad. Dicho de otro modo: si no hay interferencias el empresario le paga al trabajador en consideración de lo que, calcula, será la contribución de éste a las ganancias de la empresa⁸. Evidentemente el coste que el empresario asumirá por el factor trabajo, como por el resto de los factores productivos, quedará además condicionado por el precio que obtenga por el producto o servicio que coloca en el mercado y por lo que sus competidores estén pagando por el mismo factor⁹. Son los precios los que determinan los costes y no al revés. Y, como recuerda Mises, son los propios

son más altos por trabajador, así como qué sueldo pueden ofrecer a los trabajadores, ya que el dinero que se gastan para crear mejores condiciones laborales es el mismo que se gastan para pagar mayores salarios por hora. Dejando de lado otros factores, las mejores condiciones laborales significan menores salarios, de manera que la realidad es que los trabajadores están pagando por sus mejores condiciones de trabajo." SOWELL, Thomas: *Economía básica*, Deusto, España, 2013, p. 286.

⁶HAYEK, Friedrich: *¿Sindicatos para qué?*, Unión Editorial, España, 2009, p. 98.

⁷Como dice Rothbard, resumiendo un pensamiento de Jean Baptiste Say (1767-1832): "A cambio de pagos fijos por estos factores, el empresario asume el riesgo especulativo de obtener beneficios o sufrir pérdidas". ROTHBARD, Murray: *Historia del pensamiento económico, Volumen II, La Economía Clásica*, Unión Editorial, España, 2006, p. 46.

⁸"El término 'productividad' suele utilizarse para describir la contribución de un empleado a las ganancias de la empresa..." SOWELL, Thomas: *Economía básica*, Deusto, España, 2013, p. 231.

⁹"El límite máximo del salario se halla prefijado por el precio a que el empresario piensa que podrá vender la mayor cantidad de mercancías producida gracias al nuevo trabajador contratado. El límite mínimo lo determinan las ofertas de los restantes empresarios, también deseosos de obtener el mayor lucro posible." MISES, Ludwig: *La acción humana. Tratado de Economía*, 10ª edición, Unión Editorial, España, 2011, p. 703.



trabajadores en su rol de consumidores, los peores enemigos de las alzas de salarios¹⁰.

Pero resulta que en la realidad sí hay interferencias. Una de ellas es la ley laboral que impone al empresario una estructura obligatoria de remuneraciones: ingreso mínimo; sobresueldo; semana corrida; gratificación; vacaciones pagadas, etc. Por consiguiente, el empresario sólo va a contratar al trabajador si proyecta que su contribución a la productividad excederá, o al menos igualará, a lo que debe pagarle por ley. Dicho de otro modo, la estructura legal de remuneraciones es un impedimento para contratar a los trabajadores menos productivos. Aquellos cuya productividad predeciblemente no compense la estructura de remuneraciones que impone el Estado no conseguirán trabajo. Prohibir contratar a trabajadores menos productivos que podrían estar dispuestos a trabajar por menos de lo que manda pagar la ley y condenarlos al parasitismo es una crueldad social.

Hay una segunda forma de interferir el modo natural de fijación del salario. Y aquí es donde entra el sindicato. El sindicato interfiere cuando los trabajadores que aceptaron individualmente contratarse a cambio de un determinado salario pretenden, después, concertadamente, alterar el precio del factor trabajo hasta entonces vigente. Esto sucede porque corrientemente el sindicato atribuye a los trabajadores el mérito de todo aumento de la productividad¹¹ sin considerar el

¹⁰La cuantía de todo salario está determinada por el valor que la gente atribuye a la obra o servicio que el trabajador ejecuta. El trabajo se valora en el mercado exactamente igual que las mercancías, no porque los empresarios y los capitalistas sean duros y sin entrañas, sino porque deben someterse a la supremacía de las masas consumidoras, compuestas hoy fundamentalmente por trabajadores y asalariados. Tales consumidores no están en modo alguno dispuestos a soportar la presunción, la vanidad o el amor propio de nadie. Aspiran, invariablemente, a que se les sirva al menor coste posible." MISES, Ludwig: *La acción humana. Tratado de Economía*, 10ª edición, Unión Editorial, España, 2011, p. 721.

¹¹El moderno sindicalismo utiliza un concepto de productividad del trabajo construido precisamente para justificar éticamente las demandas sindicales. Define la productividad del trabajo bien como el cociente de dividir el valor agregado a las mercancías en el proceso productivo por el número de obreros empleados (bien en una empresa o en todas las empresas de una rama industrial), o el de dividir la producción de una empresa o industria por el número de horas trabajadas. Las diferencias de magnitudes así computadas entre el principio y el fin de un determinado periodo de tiempo se estima como 'incremento de la productividad del trabajo'. Como quiera que ese 'incremento de la productividad' se atribuye exclusivamente a los trabajadores, se entiende que

papel crucial que en ello desempeña el capital¹². La ley, bajo determinados presupuestos, obliga al empresario a sentarse a negociar con estos trabajadores, pero todavía la ley no lo obliga a aceptar sus pretensiones ¿Cuál es la única manera en que el sindicato puede forzar al empresario a aceptar un alza de salarios? La respuesta es simple, controlando la oferta del factor trabajo¹³ ¿Y cómo consigue el sindicato controlar la oferta de trabajo? Pues asegurándose de que, en caso de ir a la huelga, sus afiliados no se descuelguen de la misma antes de doblegar al empresario y, sobre todo, impidiendo que trabajadores ajenos al conflicto colectivo puedan ser contratados para reemplazar o asumir las funciones de los huelguistas¹⁴. Antaño esto lo obtenía el sindicato mediante violencia física y moral contra los trabajadores competidores, contra los "esquirolas". Hoy ha conseguido que el legislador le saque las castañas del fuego. Mediante la prohibición legal de descuelgue y la prohibición legal de reemplazo, cuando se produce la huelga el sindicato consigue generar una escasez artificial de factor trabajo en la empresa que obliga al empresario a ceder¹⁵. Al prohibir el descuelgue de la

el aumento de los ingresos empresariales debe ir íntegramente a aumentar las percepciones salariales" MISES, Ludwig: *La acción humana. Tratado de Economía*, 10ª edición, Unión Editorial, España, 2011, p. 719.

¹²En general la productividad de cualquier insumo en el proceso de producción depende de la cantidad y la calidad de los otros insumos, así como del propio insumo analizado. En consecuencia, los trabajadores en Sudáfrica tienen mayor productividad que los trabajadores en Brasil, Polonia, Malasia o China, porque como lo señala *The Economist*, las empresas sudafricanas 'dependen más del capital que del trabajo'. En otras palabras, los trabajadores sudafricanos no están necesariamente trabajando más duro o más hábilmente que los trabajadores en otros países. Simplemente trabajan con más y mejores equipos." SOWELL, Thomas: *Economía básica*, Deusto, España, 2013, p. 232.

¹³La fuerza del monopolio reside, en última instancia, en la capacidad para limitar o controlar la oferta." HUTT, William: *La contratación colectiva*, 2ª edición, Unión Editorial, España, 2010, p. 121.

¹⁴Nunca insistiremos bastante en el hecho de que la coacción que los sindicatos se han permitido utilizar, contra todos los principios de libertad bajo la ley, es, de modo singular, coacción ejercida sobre los compañeros de trabajo. Cualquier poder coactivo auténtico utilizado por los sindicatos contra el sector empresarial deriva del aludido poder primordial de coaccionar a otros obreros..." HAYEK, Friedrich: *Los fundamentos de la libertad*, 8ª edición, Unión Editorial, España, 2008, p. 362.

¹⁵¿Por qué cede el empresario? Von Böhm-Bawerk lo explica con un sencillo ejemplo: "Si, por ejemplo, el empleador tenía una plantilla de cien trabajadores, el problema que surgía en la contratación salarial con cada uno de los cien trabajadores era siempre el saber cuánta utilidad adicional habría obtenido el empresario si hubiera empleado a ese particular trabajador, y cuánta utilidad en cambio habría perdido si no hubiera empleado a ese 'último'

huelga y el reemplazo de los huelguistas el Estado confiere al sindicato, en la práctica, un monopolio sobre la oferta de trabajo, puesto que el empresario solo podrá utilizar a los trabajadores huelguistas una vez que acepte el salario que quiere imponer el sindicato¹⁶. El salario se convierte así en un precio de monopolio.

VII. Conclusión

La Constitución vigente reconoce el derecho de sindicación ajustándose a los estándares internacionales sobre la materia (Convenios OIT), de modo que no se vislumbra cambios sustanciales al menos con relación al derecho a sindicación para el evento que una nueva constitución la reemplace.

Por otra parte, la libertad de sindicación requiere ser concebida como un derecho fundamental específico. No basta con la inespecífica libertad de asociación porque las organizaciones sindicales quedarían al margen de esa libertad como asociaciones ilícitas en cuanto persiguen un fin que para las demás asociaciones está vedado: el monopolio de la oferta de trabajo y, sobre

todo, en cuanto tienen como fin principal imponer un precio monopólico al factor trabajo. O como explica más duramente Hayek: “Equivale a una obstrucción y sabotaje sistemáticos de la determinación de los precios a través del mercado competitivo por parte de unos intereses sectoriales organizados a los que se permite emplear la fuerza y la coacción para mantener su monopolio¹⁷.” El reconocimiento constitucional excepciona al sindicato del principio de competencia¹⁸ a la vez que ofrece cobertura a una regulación legal más estricta que para el resto de las asociaciones.

VIII. Bibliografía

- BÖHM-BAWERK, EUGEN: *¿PODER O LEY ECONÓMICA?*, UNIÓN EDITORIAL, ESPAÑA, 2009.
- HUTT, WILLIAM: *LA CONTRATACIÓN COLECTIVA*, 2ª EDICIÓN, UNIÓN EDITORIAL, ESPAÑA, 2010
- HAYEK, FRIEDRICH: *LOS FUNDAMENTOS DE LA LIBERTAD*, 8ª EDICIÓN, UNIÓN EDITORIAL, ESPAÑA, 2008.
- HAYEK, FRIEDRICH: *¿SINDICATOS PARA QUÉ?*, UNIÓN EDITORIAL, ESPAÑA, 2009.
- MACCHIAVELLO, GUIDO: *DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO*, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, 1989.
- MISES, LUDWIG: *LA ACCIÓN HUMANA. TRATADO DE ECONOMÍA*, 10ª EDICIÓN, UNIÓN EDITORIAL, ESPAÑA, 2011.
- ROTHBARD, MURRAY: *HISTORIA DEL PENSAMIENTO ECONÓMICO, VOLUMEN II, LA ECONOMÍA CLÁSICA*, UNIÓN EDITORIAL, ESPAÑA, 2006.
- SALA, TOMÁS Y ALBIOL, IGNACIO: *DERECHO SINDICAL*, 6ª EDICIÓN, VALENCIA, 2000.
- SOWELL, THOMAS: *ECONOMÍA BÁSICA*, DEUSTO, ESPAÑA, 2013.

trabajador [...] En el caso de huelga o de amenaza de huelga conjunta de los cien trabajadores el problema para el empresario no es ya si tiene que llevar adelante la empresa con 100 o bien con 99 trabajadores [...], sino si puede hacerlo con cien o bien no puede hacerlo en absoluto.” BÖHM-BAWERK, Eugen: *¿Poder o ley económica?*, Unión Editorial, España, 2009, p. 92.

¹⁶“...el trabajador es un bien complementario, es decir un bien que no se puede emplear si no se dispone de los demás bienes complementarios correspondientes -las materias primas y auxiliares que hay que elaborar, los instrumentos indispensables, las máquinas, etc.- y sin el cual, viceversa, tampoco pueden utilizarse estos otros bienes complementarios. Si a toda la organización empresarial le falta una sola unidad entre cien, la utilización de los bienes complementarios se resentirá muy poco: bastará eliminar una sola función laboral, la menos indispensable, o bien se intentará sustituirla, hasta que, posiblemente con una leve modificación de la división del trabajo, se consiga que con la falta de ese único elemento venga a faltar tan solo el producto marginal de una sola jornada de trabajo [...] Y si faltan las cien unidades -como sucede con la huelga, cuando no existe posibilidad de sustituirlas con esquirolas-, se pierde no sólo el producto del trabajo específico de estas cien unidades, sino también el de los bienes productivos complementarios que dejan de utilizarse, y también el de las instalaciones paradas, y finalmente el de las reservas de materias primas almacenadas que corren el riesgo de malograrse. La pérdida del valor del producto crece por encima de toda proporción y va mucho más allá del céntuplo del producto marginal del ‘último’ trabajador. BÖHM-BAWERK, Eugen: *¿Poder o ley económica?*, Unión Editorial, España, 2009, pp. 92 y 93.

¹⁷HAYEK, Friedrich: *¿Sindicatos para qué?*, Unión Editorial, España, 2009, p. 73.

¹⁸Como observa agudamente Hayek, “...hemos llegado a una situación en que las asociaciones obreras se han convertido en instituciones privilegiadas a las que no se aplican las reglas generales del derecho.” HAYEK, Friedrich: *Los fundamentos de la libertad*, 8ª edición, Unión Editorial, España, 2008, p. 358.