

## CAPÍTULO 11

# CONSTITUCIÓN, PERSONIFICACIÓN Y REPRESENTATIVIDAD DEL SINDICATO

Carlos CARRO ZÚÑIGA  
Bernardo VAN DER LAAT E.

SUMARIO: I. *Constitución del sindicato*. II. *Personificación del sindicato*.  
III. *Representatividad del sindicato*. IV. *Bibliografía*.

### I. CONSTITUCIÓN DEL SINDICATO

#### 1. *Etapas preparatorias*

Como en cualquier otra asociación voluntaria, la fundación del sindicato está precedida por una etapa preparatoria en la que una o varias personas asumen la iniciativa de constituirlo. La doctrina denomina a estos sujetos “promotores”, y les asigna la índole del “gestor de negocios” (Cabanellas). Lo que caracteriza y dinamiza esta etapa previa es el interés profesional común de los gestores. Piensan en el sindicato como la organización capaz de atender sus intereses profesionales. Dicho en forma diferente, es el interés profesional el que promueve la idea de constituir el sindicato, y tal interés en último término significa la defensa de los intereses económicos-sociales comunes.

Desde una perspectiva clásica la profesionalidad como concepto para constituir el sindicato se ceñía exclusivamente a quienes ejercían profesión, arte u oficio en condiciones de subordinación. Hoy, esta tendencia se ha rectificado de manera que cubre a personas de signo no sólo “laboral” sino también comercial e industrial (García Abellán). De modo que, cuando se habla de interés profesional entendemos que aplica al sindicato de trabajadores y al sindicato de patronos.

La fundación del sindicato es, pues, antecedida por un periodo de menor o mayor duración, de indagaciones, consultas, discusiones y trámites internos y de carácter privado del grupo de gestores y sus adherentes. Es posible, también, en este lapso preliminar la puesta a punto de una doctrina o de una

ideología, ahora no condicionada por la guerra fría. Poco a poco, los simpatizantes del sindicato adoptan medidas, toman decisiones y llegan a acuerdos carentes de obligatoriedad, pero que van dibujando la entidad que quieren.

La idea inicial se va ampliando y reforzando con propósitos más concretos y definidos. Se esquematiza el proyecto y se adopta un plan de acción que conlleva tres aspectos centrales: la decisión de constituir la organización; la redacción y aprobación de los estatutos; y la primera convocatoria a asamblea general, para tomar los acuerdos que legitimen la organización para efectos de inscripción o depósito, y efectuar el nombramiento de personeros y administradores. Con todo, mientras estos actos no se registren o depositen, la persona jurídica no existiría, según la mayoría de legislaciones.

En esta fase preliminar, es de fundamental importancia la vigencia de varios aspectos de la libertad sindical. Por una parte, los trabajadores y los empleadores “sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen conveniente”, así como el afiliarse y desafiliarse a esas organizaciones. Sobre este tema el artículo 2° del Convenio número 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, es una garantía jurídica descollante. Por otro lado, es de particular relevancia el derecho de esas organizaciones “a redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, y el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y actividades y el de formular su programa de acción” (artículo 3°, *idem*). Además, las autoridades públicas deben garantizar tales derechos y abstenerse de toda intervención que tienda a limitarlos o a entorpecer su ejercicio legal.

Cabe señalar, asimismo, que en esta fase previa es cuando determinados patronos se muestran más proclives a la violación de la libertad sindical por medio del despido arbitrario, particularmente en la fundación del sindicato de empresa. Y para tratar de frenar esta violación la doctrina y el derecho comparado han ideado y puesto en práctica diferentes alternativas, que serán estudiadas en otro capítulo. La OIT también ha hecho lo propio.

A partir del inicio de esta fase preparatoria rige el derecho apuntado por el Convenio 87 precitado, en el sentido de poder constituir la organización “sin autorización previa”.

Esta es una garantía que tienen por igual los trabajadores y los patronos al constituir el sindicato, y hace referencia a que la constitución de la organización se efectúe sin que medie autorización previa del Estado. El principio de libertad sindical se podría lesionar, si las gestiones propias de esta primera etapa estuvieran condicionadas a una autorización de las autoridades públicas. En opinión del Comité de Libertad Sindical (OIT), esto no quiere decir que

los fundadores de una organización estén exentos de cumplir con las formalidades prescritas en la ley. “Sin embargo, en la práctica, tales formalidades no deben surtir efectos análogos a los de una autorización previa, ni deben crear un obstáculo que de hecho equivalga a una prohibición” (*Manual de educación obrera sobre libertad sindical*, OIT). Las normativas de una ley o reglamento no deben, tampoco, interpretarse ni aplicarse de modo que demoren o impidan la creación del sindicato.

## 2. Constitución de la organización sindical

### A. El acuerdo constitutivo

El acto de constitución del sindicato es el más importante de cuantos conciernen al nacimiento de la asociación profesional, ya que es el que conlleva el consenso de promotores y adherentes de crear el sindicato. Este acuerdo es el primero y esencial de los que adopte la asamblea en su convocatoria inicial, habida cuenta de que es el que presupone la voluntad plural y coincidente de dar nacimiento a la asociación sindical. Desde el punto de vista formal, nos parece que este acuerdo debe constar explícitamente en el acta constitutiva y en los estatutos que se aprueben, precisamente por ser el propósito principal de toda la actividad que antecede y prosigue de la primera asamblea general.

Una reunión de asamblea sin una resolución concreta que aluda específicamente a la *creación del sindicato*, no cabe ser imaginada desde el punto de vista jurídico. Y si los estatutos fueran separados materialmente del acta constitutiva, también deben contener el acuerdo de constitución.

### B. Requisitos necesarios

a) *Número mínimo de integrantes*. El número de constituyentes de la agrupación sindical debe ser un mínimo y constituir requisito para la fundación de la entidad y también para su inscripción en el registro administrativo.

Estimamos que la exigencia de un mínimo para la fundación es imprescindible porque atañe directamente a la posibilidad de cumplimiento de los fines del sindicato. Y es debido a esta misma razón, el que también sea requisito necesario para su inscripción en el registro.

Ahora bien, el número mínimo de constituyentes varía mucho de una legislación laboral a otra. Varía, también, si el sindicato es de trabajadores o de patronos. Si es de trabajadores, el número mínimo dispuesto por ley varía

por lo regular entre 12 y 30, con escalas intermedias de 15, 20 y 25. Si el sindicato es patronal, el número de miembros se sitúa por regla general entre 3 y 5.

b) *Inscripción o depósito*. Por tres razones básicas la constitución del sindicato debe inscribirse o depositarse:

En primer lugar, la inscripción satisface un interés general de la sociedad en la actividad sindical (publicidad). Por otro lado, la formalidad de la inscripción permite un mínimo de vigilancia administrativa sobre la formación legal de la asociación. Y, por último, es la inscripción o el depósito el que dota de personería jurídica al sindicato, admitiendo que no puede ésta quedar sujeta a condiciones que limiten la aplicación de los artículos 2º, 3º y 4º del Convenio 87.

El registro no es un acto de autorización dado por el poder público, sino una simple comprobación de cumplimiento de los requisitos mínimos.

Conviene también anotar que la inscripción tiene simplemente un valor declarativo, no es constitutivo. La unión existe antes de la inscripción, como formación espontánea de un grupo de trabajadores. Se trata de una situación similar al nacimiento de un niño: existe antes del reconocimiento oficial basado en la inscripción.

c) *Aprobación de los estatutos*. En la primera asamblea se debe dar lectura y aprobación de los estatutos, que constituyen el régimen jurídico por el que se guiará en lo sucesivo el sindicato. Por su importancia, estudiaremos el tema en el punto siguiente.

### 3. *Estatutos*

Tan pronto se tengan establecidas las bases de la organización sindical, deben incorporarse a las normas estatutarias, que sin duda son uno de los requisitos fundamentales para la vida sindical. En adelante, la asociación se guiará en el orden jurídico, por los estatutos y por la ley, esta última en aplicación subsidiaria.

Un concepto doctrinario de los estatutos es el siguiente: “Es el ordenamiento constitucional de la asociación; esto es, el conjunto de normas que regulan de un modo abstracto y para el futuro la estructura interna de la asociación, la forma de funcionamiento y su actividad externa” (Ferrara). También se ha señalado que los estatutos “Síntetizan las normas para el futuro desenvolvimiento de la entidad, de tal manera que constituyen la carta orgánica que sirve para expresar no solo los propósitos y fines perseguidos, sino para

fijar las reglas generales y particulares conforme a las cuales se gobernará la asociación” (Cabanellas).

Ahora bien, como normas fundamentales los estatutos rigen toda la vida de la organización. Desde los actos y situaciones más simples a los más delicados y complejos. Los estatutos comprenden las reglas de derecho sustantivas, las puramente procesales y las de ejecución.

En el derecho comparado prevalece el principio de inscripción, tanto de la constitución de la asociación como de los estatutos. En otras legislaciones únicamente se requiere el depósito, y en algunos países no son necesarios esos actos. Estas formalidades exigidas por la ley no son, en sí mismas, incompatibles con el Convenio 87, siempre que no estén sujetas a previa autorización y que se encuentren orientadas hacia la idea de que los estatutos del sindicato sean de conocimiento público.

En cambio, la OIT considera que no es compatible con dicho Convenio que los estatutos estén condicionados a la aprobación administrativa de autoridades públicas, o que éstas se reserven la facultad de cerciorarse que la constitución de la entidad se justifica desde la perspectiva de los intereses económicos y sociales de la comunidad. Por regla de principio, se estima también que toda solicitud de las autoridades a la organización de que emiende una cláusula de los estatutos por ser presuntamente contraria a la ley, puede limitar la facultad de formular los estatutos y reglamentos con entera libertad, conforme lo establece el artículo 3° del Convenio. Igualmente pueden ser violatorias al Convenio las facultades discrecionales que se reserven las autoridades de exigir cambios en los estatutos.

Sin embargo, en la práctica la más reciente doctrina considera que no obstante las garantías constitucionales sobre el derecho de fundar organizaciones sindicales sin previa autorización en Iberoamérica, “termina por desembocar en una vida precaria (de la organización), sometida a los reconocimientos o registros públicos que ponen a los sindicatos en manos de las autoridades” (Néstor de Buen).

#### *4. Nombramiento de directores y administradores*

Los directores y administradores de la organización sindical deben ser nombrados de acuerdo con lo que estipulen los estatutos. Las facultades y atribuciones de los mismos también deben estar regladas por los estatutos que, como ya vimos, constituyen el ordenamiento jurídico fundamental del sindicato.

En la misma acta de constitución suelen incluirse los estatutos y la designación de directivos y administradores para un primer periodo. El sistema de

nombramiento más corriente en Iberoamérica es el de elección directa y por voto secreto. Las condiciones que deben reunir los candidatos y los electores serán, asimismo, las que establezcan los estatutos.

## II. PERSONIFICACIÓN DEL SINDICATO

### 1. *Capacidad jurídica y capacidad gremial*

El nacimiento a la vida jurídica del sindicato, lleva al tema de su personalidad y consecuente capacidad para actuar. Ésta se plantea en dos planos sucesivos, o requisito, por lo general, el uno del otro: el de la capacidad como persona jurídica con la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones y, por lo tanto, de poder adquirir y disponer de su patrimonio, celebrar contratos, tener capacidad procesal...; y la capacidad gremial o ejercicio de la actividad sindical, o sea, la posibilidad de representar a sus asociados y también a quienes no lo son, a los trabajadores actuales y aun los futuros, en el campo de las relaciones laborales, entendido éste en la forma más amplia, sea la negociación colectiva, el ejercicio del derecho de huelga, iniciar y tramitar en sede jurisdiccional procedimientos de conflicto y arbitrajes.

El primero, la obtención de la personalidad jurídica no siempre se da, pues son conocidos los casos (Italia, Uruguay) de sectores del movimiento sindical que, basados en un extremo celo por la libertad sindical, no aceptan o no aceptaban pasar por el tamiz estatal del reconocimiento de la personalidad jurídica. Los que mantienen esta concepción deben enfrentar los problemas derivados de la situación de no tener personería jurídica, tales como la inscripción de bienes del sindicato a nombre de terceros, posibles acusaciones de corrupción, inseguridad para los afiliados, posible chantaje o uso abusivo de las ventajas por parte de sectores de la dirigencia o afiliados que controlan los bienes (Plá). Pero, además, es frecuente que para el ejercicio de la personalidad gremial se exige, por ejemplo, una certificación de que la personería del dirigente sindical que pretende actuar se encuentra debidamente registrada, por lo que la primera deviene requisito o supuesto de la segunda, convirtiendo en obligación el registro de la asociación sindical, pues de otra forma no podrá actuar gremialmente.

El reconocimiento de persona jurídica puede obtenerse mediante la inscripción en un registro general de personas, y puede existir también un registro de sindicatos. Sin embargo, es usual que cuando se exige acreditar la personalidad jurídica para actuar, el mismo registro de organizaciones gremiales,

sociales o sindicales cumpla con la doble función, al inscribir este tipo de personas, de reconocerles la personalidad jurídica que, como se apuntó, es requisito de la personalidad gremial.

### III. REPRESENTATIVIDAD DEL SINDICATO

#### 1. *Representación y representatividad*

El sindicato tiene, entre sus atribuciones, la función de “representación”, entendida como la actividad de sustitución legal de los miembros en el ejercicio de la actividad negociadora (Grandi).

Diversas pueden ser las funciones de representación de sus afiliados que ejerce el sindicato, como puede ser la defensa de intereses individuales en vía administrativa o judicial, aunque en varias legislaciones se exija el otorgamiento de poderes; la defensa de los intereses comunes, aunque en algunas ocasiones se les haya negado esta posibilidad, con fundamento en que ese tipo de poder sólo se puede otorgar a una persona física.

La existencia del sindicato presupone la libertad sindical y ésta la posibilidad de la pluralidad sindical.

El sindicato está llamado a ejercer muy importantes funciones en diversos campos: la negociación colectiva, el ejercicio de funciones públicas, o el ser interlocutor de los poderes públicos y, en el plano internacional, desde la perspectiva del tripartismo, participar en los diversos niveles de la estructura y funcionamiento de la Organización Internacional del Trabajo.

El sindicato por definición es representativo. Nace a la vida jurídica para representar cuando menos los intereses económicos y sociales de sus miembros; en muchos ordenamientos, o de hecho, también los de otra índole.

Si la legislación laboral de un país limita la organización sindical en perjuicio de la pluralidad sindical, la organización única será evidentemente quien ejercerá todas las funciones señaladas.

Pero si se respeta el ejercicio pleno de la libertad sindical, y consecuentemente la pluralidad sindical, la existencia de más de una organización en un determinado ámbito plantea el problema de cuál de ellas, ante la dificultad práctica de que más de una ejerza las funciones, será la escogida como la más representativa. Resulta la mayor representatividad sindical un criterio de la valoración de la capacidad de una organización sindical para representar los intereses gremiales cuando, ante la existencia de una pluralidad de ellas, es necesario determinar cuál es la más calificada.

## 2. *Relatividad y grados de la representatividad*

La representatividad será siempre relativa. Implica una determinación en el tiempo y dentro de un espacio. Significa comparar entre una pluralidad de organizaciones, y en un momento dado, cuál de ellas es la más apta para representar a la categoría. Es relativa en el espacio, porque depende del ámbito a que se haga referencia podrá obtenerse un resultado; en el tiempo, porque es una condición que debe comprobarse o revalidarse periódicamente.

Por lo expuesto, se distingue entre representatividad ordinaria y mayor representatividad.

También hay grados de representatividad (España), así, la mayor representatividad originaria sería cuando se obtiene un determinado porcentaje de representantes y de personal en las elecciones, tanto en empresas como en administraciones públicas (Montoya Melgar). Y la mayor representatividad impropia, irradiada, derivada o subordinada, que se adquiere por el hecho de la afiliación a una federación o confederación que tiene una mayor representatividad por sí, por parte del sindicato (García Murcia).

## 3. *Criterios para determinar la representatividad*

El concepto de la mayor representatividad tiene sus antecedentes en el Tratado de Paz de Versalles, cuyo artículo 389, párrafo tercero, lo señaló como aquel que los Estados miembros de la Conferencia Internacional del Trabajo debían utilizar para la designación de los delegados y consejeros técnicos no gubernamentales. Sin embargo, ante la ausencia en ese Tratado de elementos que permitieran determinar los alcances del concepto, y con ocasión de un conflicto surgido en torno a la designación de un delegado obrero a la tercera sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el asunto pasó a conocimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya, que en julio de 1922, interpretó el mencionado párrafo del artículo 389, en el sentido de que debía entenderse por organizaciones representativas aquellas que mejor representarían a los empleadores y a los trabajadores, y que tal cuestión debería ser resuelta por la legislación de cada país. Sin embargo, es importante destacar que para la Corte el número de afiliados no era el único criterio para determinar la representatividad, no obstante su importancia, pero que deberían tomarse en cuenta otros elementos, aunque no los definió.

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, y por lo tanto el más universal que podamos imaginar en el derecho laboral, el referido es



el criterio que debe ser aplicado. Cuáles sean esos otros elementos, lo podremos deducir con base en las regulaciones hechas en algunos países que, a su vez, sirven para la determinación del sindicato más representativo para otros propósitos. Así, se toman en consideración el monto de las cotizaciones, la antigüedad de la organización, las luchas que haya dado en representación de sus afiliados, los resultados de las elecciones sindicales a nivel nacional, el establecer una representación proporcional a la fuerza que demuestren las diferentes centrales sindicales nacionales, la determinación para la negociación concreta de cuál es el sindicato que obtienen mayor apoyo, el mayor número promedio de afiliados cotizantes sobre la cantidad promedio de trabajadores que intente representar, o los resultados de elecciones de delegados en los consejos de salarios o cajas de compensación de asignaciones familiares u otros organismos de integración análoga o la antigüedad o continuidad e independencia de la organización.

Se han utilizado para la determinación de los delegados no gubernamentales, en el ámbito de la OIT, otros criterios, en tanto cuenten con el consentimiento de las organizaciones interesadas, lo que garantizaría que no se presentarían reclamos. Entre éstos estaría el de la organización mayoritaria, o también el de la rotación en la integración de esas delegaciones entre las diferentes centrales sindicales de un determinado país, de tal manera que un año forma parte de una de ellas, el segundo otra, y así sucesivamente.

El criterio numérico es muy importante por su actualidad y objetividad, aunque necesariamente su determinación tiene que estar claramente establecida con base en procedimientos transparentes, precisos y rápidos, pues si no puede ocurrir que sea la contraparte patronal, en el caso de negociaciones colectivas respecto de las que varias organizaciones se proclamen como mayoritaria, la que llegue a determinar la contraparte sindical con la que negociará, provocando conflictos intersindicales de difícil solución y viciando la autenticidad de la negociación. Seguramente la mejor instancia para ese propósito sea la inspección general de trabajo, que en aquellos países en que es obligatorio para los sindicatos informar periódicamente al ministerio del trabajo sobre el número de sus afiliados, dispondrá ahí de una información actualizada que le sirva de base en su determinación.

En cuanto a la participación en funciones públicas, pueden presentarse situaciones inconvenientes por falta de adecuada regulación, toda vez que si bien puede reconocerse la presencia de representación sindical, por ejemplo, en juntas o mesas directivas de organismos públicos, si no se establece un mecanismo adecuado de selección, pueden resultar electos miembros de un sindicato que no sea el más representativo, pero si más afín a la línea política

del gobierno. Otro problema que podría presentarse es que si no se indica el carácter vinculante de la línea que establece el sindicato para que la ejecute su representante, puede ocurrir, si ese aspecto no está claramente determinado, que una vez nombrado el delegado de éste, actúe en forma totalmente libre sin sujetarse a los mandatos de la organización que lo llevó al cargo o aun contraviniéndolos y no haya un mecanismo que permita su cese.

#### 4. *Mayor representatividad y libertad sindical*

El tema de la mayor representatividad plantea un problema importantísimo desde el punto de vista de la libertad sindical, pues se ha discutido si el atribuirle a determinada organización sindical tal condición y, consecuentemente, reconocerle mayores funciones, derechos y prerrogativas limita la igualdad entre los sindicatos, dado que quien no tenga el reconocimiento verá sensiblemente limitada su posibilidad de acción. También se cuestiona si se limita la libertad sindical individual, pues el trabajador se verá impulsado o prácticamente obligado a afiliarse al sindicato más representativo, si desea ser representado por una organización que, en la práctica, será quien pueda actuar en los diferentes campos que le interesan a los trabajadores.

El sindicato, como estructura de poder, tiende a ser monopolista. Por ello, no son extraños los atentados a la libertad sindical en que el sujeto activo es un sindicato. Por otra parte, también el Estado o los entes públicos tienen un interés en organizar la representación de los trabajadores, de manera tal que no tengan ante sí una colectividad con diversos líderes que dificulten la relación; especialmente, es importante cuando se le vayan a atribuir a los sindicatos funciones cuyos efectos van a exceder su ámbito originario de representación, pues estas organizaciones no se van a limitar a la tutela o representación de los afiliados, si no la van a extender a todos los trabajadores o empresarios, o aun se les tiene como exponentes de grupos más numerosos o tan amplios como los beneficiarios de la seguridad social, los consumidores o los administrados en general (García Murcia).

Tal limitación a la posibilidad de acción de un sector de los sindicatos se ha justificado con base en la necesidad de establecer un equilibrio entre los principios de la libertad y la pluralidad sindicales, con el de la protección de los intereses colectivos, que podrían verse afectados si existiera una pluralidad de organizaciones. Se ha señalado también el principio democrático de predominio de voluntad de la mayoría.

Se considera que el riesgo de la lesión a la libertad sindical no existirá, en tanto se garanticen, como ha sido señalado por el Comité de Libertad Sindical

de la Organización Internacional del Trabajo, criterios objetivos, imparciales y respetuosos del contenido esencial de la libertad sindical. También se deben garantizar los procedimientos que permitan impugnar la designación que se haga de una determinada organización, de tal manera que la entidad que se sienta afectada tenga toda la posibilidad de que se revise el nombramiento y se verifique la efectiva presencia de los elementos objetivos que lo justifican, aunque es probable que ante un supuesto de este tipo la organización afectada recurra a la autotutela más que a un procedimiento administrativo o judicial.

El problema analizado, respecto de la libertad sindical, no es el único que se señala, pues la situación privilegiada que se concede a la organización más representativa puede provocar que ésta ponga más énfasis en su relación con el poder público que en la representación de los intereses de sus representados (García Murcia). También se destaca que el aspecto individual de la acción sindical pierde relevancia, habida cuenta que la intervención estatal va dirigida a la promoción de las representaciones profesionales más significativas y no a la del individuo (García Murcia).

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del trabajo*.  
CABANELLAS, Guillermo, *Derecho Sindical y Corporativo*.  
CARRO IGELMO, Alberto José, *Curso de derecho del trabajo*.  
CONVENIOS adoptados por la Organización Internacional del Trabajo.  
ESCUADERO, Ricardo, *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*.  
GARCÍA ABELLÁN, Juan, *Introducción al derecho sindical*.  
GARCÍA MURCIA, Joaquín *et. al.*, *Los sindicatos de Iberoamérica. Organizaciones sindicales y empresariales más representativas*.  
KROTOSCHIN, E., *Tratado práctico de derecho del trabajo*.  
LAAT, Bernardo van der, *Consideraciones en torno a la "representatividad sindical"*.  
OIT, *La libertad sindical* (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT).  
MONTROYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*.  
OIT, *La libertad sindical, Manual de educación obrera*.  
SÁEZ LARA, Carmen, *Representación y acción sindical en la empresa*.  
VV.AA., *Derechos sindical en América Latina*.  
VÁSQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del trabajo y seguridad social*.